

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 471

Der mündige Bürger

Leitbild der Privatrechtsordnung?

Von

Matthias Rüping



Duncker & Humblot · Berlin

MATTHIAS RÜPING

Der mündige Bürger

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 471

Der mündige Bürger

Leitbild der Privatrechtsordnung?

Von

Matthias Rüping



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin hat diese Arbeit
im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormArt, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 978-3-428-15150-9 (Print)

ISBN 978-3-428-55150-7 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85150-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde 2016 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt an erster Stelle meiner Doktormutter, Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch. Sie hat die Arbeit von Beginn an begleitet und auch dann unterstützt, wenn sie inhaltlich anderer Auffassung war. Trotz vielfacher anderweitiger Verpflichtungen hat sie sich stets die Zeit für kritischen Austausch und hilfreiche Anregungen genommen. Ebenso danke ich Prof. Dr. Gerhard Wagner für die Erstellung des Zweitgutachtens und frühe zielführende Anmerkungen.

Die Promotion wurde durch die Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung gefördert. Dafür danke ich – stellvertretend für die vielen engagierten Mitarbeiter der Begabtenförderung – Dr. Christian Taaks. Der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit habe ich auch den wertvollen Austausch mit zwei Vertrauensdozenten zu verdanken. Prof. Dr. Dr. Christian Kirchner hat mich in der Frühphase der Promotion auf vielfältige Weise unterstützt. 2014 ist er viel zu früh verstorben. In der Folge hat mich Dr. Karen Horn als Vertrauensdozentin betreut; ihr verdanke ich viele Hinweise und Anregungen hinsichtlich des ökonomischen Teils der Arbeit.

Jede Promotion lebt vom Austausch mit anderen Doktoranden. Für daraus entstandene Anstöße und Ideen danke ich Dr. Jonas von Göler, Johann Schuldt, Michael Heihsel, Max Schulze und Simon Hillmann.

Nicht nur für das Korrekturlesen dieser Arbeit, sondern auch für alle weitere Unterstützung im Zusammenhang mit sowie außerhalb der Promotion bedanke ich mich herzlich bei meinen Eltern, Dr. Uta Rüping und Prof. Dr. Hinrich Rüping.

Mein privater Dank gilt Dr. Anna Luise und Carlo Rüping. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Berlin, Januar 2017

Matthias Rüping

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
-------------------------	----

1. Teil

Das Leitbild des mündigen Bürgers und sein Stellenwert im deutschen Privatrecht	15
--	----

A. Leitbilder im Recht	15
I. Bestandsaufnahme und Definition	16
II. Funktionen rechtlicher Leitbilder: Orientierung, Rechtssicherheit, Positionierung	21
III. Zusammenfassung	23
B. Privatautonomie und Mündigkeit: Begriffe und Bezüge	24
I. Privatautonomie	24
1. Bedeutung und Gewährleistungselemente	25
2. Privatautonomie und Grundgesetz: Kollision von Grundrechtsdimensionen	27
3. Formale und materiale Privatautonomie	28
a) Formales Verständnis der Privatautonomie	30
b) Materiales Verständnis der Privatautonomie	33
c) Exkurs: Schmidt-Rimplers „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“	36
4. „Materialisierung des Privatrechts“	38
II. Mündigkeit und das Leitbild vom mündigen Bürger	42
1. Rechtstechnische und anthropologische Mündigkeit	43
2. Mündigkeit und Privatautonomie	45
3. Der mündige Bürger als Leitbild	49
a) Qualifizierung des Leitbildes vom mündigen Bürger	49
b) Charakteristika einer vom Leitbild des mündigen Bürgers geprägten Rechtsordnung	50
aa) Die Befolgung der abstrakten Gleichheitsvermutung und der Verzicht auf systematischen Schwächerenschutz	50
bb) Die Anerkennung gesetzlicher Dispositivität	51
cc) Die Beachtung des Vertragstreue-Grundsatzes und die Abwesenheit gerichtlicher Inhaltskontrolle	53

c) Der mündige Bürger und die „Privatrechtsgesellschaft“	54
d) Leitbild vom mündigen Bürger als sozioempirische Zustandsbeschreibung?	56
III. Zusammenfassung	56
C. Das Leitbild des mündigen Bürgers im ursprünglichen Bürgerlichen Gesetzbuch ...	57
I. Historische Rahmenbedingungen – Das Bürgerliche Gesetzbuch als Kind eines „liberalen Zeitgeistes“ und der „Tropfen sozialistischen Öls“	58
II. Mündigkeit im ursprünglichen Bürgerlichen Gesetzbuch	63
1. Mündigkeit als „Primärstatus“	64
2. Ausnahmen von der Mündigkeit als „Sekundärstatus“	71
III. Zusammenfassung	74
D. Das Leitbild des mündigen Bürgers im heutigen Privatrecht	75
I. Verbraucherprivatrecht und wettbewerbsrechtliches Verbraucherleitbild	77
1. Die historische Herausbildung des Verbraucherprivatrechts	77
2. Verbraucherprivatrecht als gesetzliches Regelwerk	81
a) Fernabsatzverträge	81
b) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge	83
c) Verbrauchsgüterkauf	85
d) Sonstige Bereiche	85
e) Zwischenergebnis: Mündigkeit im gesetzlichen Verbraucherprivatrecht ..	86
3. Das wettbewerbsrechtliche Verbraucherleitbild	86
4. Zusammenfassung: Verbraucherprivatrecht, Verbraucherleitbild und das Mündigkeitsprinzip	90
II. Wohnraummietrecht	93
1. Die rechtspolitische Dynamik des Wohnraummietrechts: Vom liberalen über das regulierte zum sozialen Mietrecht	94
2. Instrumente des Mieterschutzes	96
a) Vertragsbeendigung: Kündigungsschutz und Widerspruchsrecht	97
b) Vertragsgestaltung: Mietpreisregulierung	99
c) Zwangsvollstreckung: Räumungsschutz	102
d) Weitere Schutzinstrumente	104
3. Zusammenfassung: Mündigkeit im Wohnraummietrecht	104
III. Sittenwidrige Rechtsgeschäfte	105
1. Sittenwidrigkeit in den Gesetzesmaterialien des Bürgerlichen Gesetzbuchs ..	107
2. Der Funktionswandel des Sittenwidrigkeitsbegriffs	109
a) Angehörigenbürgschaften	109

aa) Rechtsprechung des BGH bis 1993	110
bb) Bürgschafts-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1993	112
cc) Reaktionen auf die Bürgschafts-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	115
dd) Ausweitung der Verfassungsgerichts-Rechtsprechung	116
ee) Zwischenergebnis	118
b) Sexualbezogene Leistungen	118
c) Ausweitung des Wucherschutzes über § 138 I, II BGB	120
aa) Wucherschutz über § 138 II BGB	121
bb) Wucherschutz über § 138 I BGB	122
d) Der Funktionswandel des Sittenwidrigkeitsbegriffs: Ausgleich von wirtschaftlicher Unterlegenheit als zentrales Regulierungsmotiv	123
3. Zusammenfassung: Sittenwidrigkeit als Gradmesser für die Mündigkeitsvermutung	124
IV. Zwingendes Privatrecht – die Teilaufgabe der Dispositivität	125
1. Gesetzliche Dispositivität und das Mündigkeitsprinzip	126
2. Einschränkungen der Dispositivität durch zwingendes Recht	128
a) Mietrecht	129
b) Verbraucherprivatrecht	131
c) Allgemeine Geschäftsbedingungen: Die Abweichung von „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ als Unwirksamkeitsgrund	132
d) Sonstige zwingende Vorschriften	132
3. Zusammenfassung: Zwingendes Recht als Aufweichung des Mündigkeitsprinzips	133
V. Ehe- und Minderjährigenrecht: Quantitative Ausweitung der Mündigkeitsvermutung	134
1. Eherecht: Die Rechtsstellung der (verheirateten) Frau	135
2. Minderjährigenrecht: Das Volljährigkeitsalter	140
3. Zusammenfassung: Quantitative Ausweitung der Mündigkeitsvermutung	141
VI. Weitere Rechtsgebiete	141
1. Arbeitsrecht	141
2. Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	144
3. Inhaltskontrolle von Eheverträgen	146
VII. Ergebnis: Qualitative Einschränkung und quantitative Ausweitung der Mündigkeitsvermutung	147
1. Die Befolgung der abstrakten Gleichheitsvermutung und der Verzicht auf systematischen Schwächerenschutz	148
2. Die Anerkennung gesetzlicher Dispositivität	148

3. Die Beachtung des Vertragstreue-Grundsatzes und die Abwesenheit gerichtlicher Inhaltskontrolle	149
4. Quantitative Ausweitung der Mündigkeitsvermutung	149
5. Gesamtschau	149
E. Zusammenfassung	151

2. Teil

Normative Grundlagen des Leitbildes vom mündigen Bürger: Verfassungsrecht, Ökonomie, Rechtspolitik 153

A. Verfassungsrechtliche Vorgaben – Das „Menschenbild des Grundgesetzes“	153
I. Grundgesetz und Bürgerliches Gesetzbuch: Die Bedeutung verfassungsrechtlicher Wertungen für das Privatrecht	154
II. Das Konzept eines grundgesetzlichen Menschenbilds	157
III. Analyse des Verfassungstextes	158
1. Das freiheitlich-individuelle Element	158
2. Das sozialverpflichtet-gemeinwohlorientierte Element	160
3. Abwägung zwischen den Elementen	162
4. Zwischenergebnis	166
IV. Das Menschenbild des Grundgesetzes und das privatrechtliche Leitbild vom mündigen Bürger	166
V. Ergebnis	168
B. Ökonomische Analyse – Mündigkeit und Marktversagen	170
I. Theorie des Marktversagens als Methode der ökonomischen Analyse	171
II. Die Befolgung der abstrakten Gleichheitsvermutung und der Verzicht auf systematischen Schwächerenschutz	173
1. Vorliegen eines Marktversagens	174
a) Marktversagen aufgrund von externen Effekten	174
b) Marktversagen aufgrund von Marktmacht	175
c) Marktversagen aufgrund von Informationsasymmetrie	176
d) Ergebnis	179
2. Überlegenheit einer hoheitlichen Regulierung	180
3. Ergebnis	184
III. Die Anerkennung gesetzlicher Dispositivität	185
1. Vorliegen eines Marktversagens: externe Effekte, Marktmacht, Informationsasymmetrie	185

2. Überlegenheit einer hoheitlichen Regulierung	187
3. Ergebnis	190
IV. Die Beachtung des Vertragstreue-Grundsatzes und die Abwesenheit gerichtlicher Inhaltskontrolle	191
1. Vorliegen eines Marktversagens	191
2. Überlegenheit einer hoheitlichen Regulierung	193
3. Ergebnis	195
V. Verhaltensökonomische Erkenntnisse	195
VI. Ergebnis	200
C. Rechtspolitische Implikationen – Der mündige Bürger als Postulat	201
I. Das Verhältnis der Privatrechtsordnung zum Individuum oder: Das Paternalismus- Problem	202
1. Mündigkeit als Element personaler Würde	202
2. Der schutzbedürftige Bürger als politischer Souverän: ein Wertungswider- spruch	205
3. Mündigkeit als gradueller Gewährleistungsmaßstab	207
4. Ergebnis	207
II. Mündigkeit als Förderung der Rechtssicherheit	207
III. Mündigkeit als Bedingung individueller Lerneffekte	208
IV. Sozialpolitische Intentionen: „Schutz des Schwächeren“ durch das Privatrecht?	210
V. Systematische Rationalitätsdefizite als empirische Falsifizierung der Mündig- keitsvermutung?	212
1. Die Existenz systematischer Rationalitätsdefizite	213
2. Konsequenz für die Mündigkeitsvermutung	214
3. Zunehmende rechtsgeschäftliche Komplexität und steigender individueller Informationsbedarf als Erschütterungen der Mündigkeitsvermutung?	216
4. Exkurs: Der mündige Bürger als homo oeconomicus?	218
5. Ergebnis	219
VI. Ergebnis	220
D. Ergebnis: Die Bedeutung der Mündigkeitsvermutung aus verfassungsrechtlicher, öko- nomischer und rechtspolitischer Perspektive	221
E. Zusammenfassung	222

	<i>Schluss</i>	
	Die Rückkehr des mündigen Bürgers?	224
A.	Öffentliche Subventionen als Alternative zu privatrechtlichen Inhaltsverboten	224
B.	Regulierung mit Augenmaß: Wahl des „mildesten“ Mittels	226
I.	Inhalt: Informationspflichten, Formvorschriften, Inhaltsverbote	227
II.	Geltungsmodus: Dispositivität, Flexibilität, Unabdingbarkeit	230
III.	Schutzobjekt: Individualisierung und Typisierung	231
C.	Ergebnis	231
	Literaturverzeichnis	233
	Sachverzeichnis	282

Einleitung

Der Charakter einer Privatrechtsordnung lässt sich denken als Punkt auf einer Achse, deren Pole die Werte Gerechtigkeit und Freiheit bilden. Eine maximale Verwirklichung beider Ideale ist unmöglich. Ein Regularium, das primär auf die Erreichung materialer Äquivalenz geeicht ist, gerät in Konflikt mit der freien Selbstbestimmung des Individuums. Gleichheit und Gerechtigkeit drohen zu erodieren, wenn die Rechtsordnung alle Vertragsinhalte dem Primat der Parteiwillkür unterwirft. Letzteres hat Peter Graf Kielmansegg pointiert beschrieben: „Die Ordnung der Freiheit ist keine Ordnung der Harmonie.“¹

Ihre Lokalisierung auf der Achse Gerechtigkeit-Freiheit ist einer der klassischen Streitpunkte der Privatrechtsordnung;² in unzähligen Monographien und Aufsätzen haben Autoren für das eine oder das andere Ideal geworben.³ Wenig Beachtung hat derweil der Topos der Mündigkeit gefunden, der weder mit dem Ideal der Freiheit deckungsgleich ist noch in automatischen Konflikt mit Gerechtigkeitsprojektionen gerät.⁴ Dabei bieten die individuelle Mündigkeit und ihre Achtung durch Gerichte und Gesetzgeber durchaus lohnenswerte Perspektiven auf den Problembereich. Während nämlich Freiheit im privatrechtlichen Diskurs die Freiheit *zu* etwas und damit eine *Fähigkeit* ist und Gerechtigkeit eine von der Gesellschaft für gut erachtete *Zielvorstellung* definiert, kann Mündigkeit als Chiffre für die *Eigenschaft* eines Individuums dienen. Ob eine Rechtsordnung als Leitbild⁵ von dieser Eigenschaft ausgeht, vermag Auskunft darüber zu geben, wie sie sich grundsätzlich zum Individuum positioniert.

Um eine möglichst enge Orientierung an dieser rechtsphilosophischen Grundlagenfrage zu erlauben, wurde in dieser Arbeit der Mündigkeitstopos als Maßstab der deskriptiven sowie normativen Ausführungen gewählt. Operabilität erlangt das in anderen Wissenschaftsdisziplinen ausführlicher durchleuchtete⁶ Mündigkeits-

¹ *Kielmansegg*, Die Grammatik der Freiheit, S. 187 (vollständig: „Die Ordnung der Freiheit ist keine Ordnung der Harmonie; sie ist es nicht einmal in ihren konstitutiven Prinzipien.“); dazu auch *Horn*, in: FAZIT v. 23.04.2014.

² *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 8: „Ausbalancierung individual-freiheitlicher und sozialer Tendenzen im Privatrecht“ ist „[e]ine der Kernfragen einer Privatrechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts“; für *Schmoeckel*, in: NJW 1996, 1697, 1700 ist vor diesem Hintergrund die Frage nach dem Leitbild der Privatrechtsordnung bereits „alt“.

³ Bestandsaufnahmen solcher Quellen finden sich im Verlauf der Arbeit etwa unter 1. Teil, B.I.4., D.VII.5.; 2. Teil, A.III., C.

⁴ Dazu siehe unter 1. Teil, B.II.2.

⁵ Zum Begriff des Leitbildes und seinen Funktionen in der Rechtswissenschaft ausführlich siehe unter 1. Teil, A.

⁶ Dazu siehe unter 1. Teil, B.II.1.

prinzip dabei erst, indem anhand verschiedener inhaltlicher Charakteristika sein privatrechtliches Korrelat formuliert wird.⁷

Die Arbeit gliedert sich in zwei Teile, deren Blickwinkel sich grundlegend voneinander unterscheiden. Ein erster Teil dient der deskriptiven Perspektive auf das Leitbild des mündigen Bürgers. Neben einer grundlegenden Auseinandersetzung mit den Konstrukten Leitbild, Privatautonomie und Mündigkeit soll er darüber Aufschluss geben, welcher rechtspolitischen Konjunktur der Mündigkeitstypus seit Inkrafttreten des BGB ausgesetzt war. Anhand verschiedener Rechtsbereiche wird sein realer Stellenwert in der modernen Privatrechtsordnung evaluiert. Im Anschluss werden in einem zweiten Teil aus normativer Perspektive die theoretischen Grundlagen des Mündigkeitsprinzips diskutiert. Im Ergebnis offenbart sich eine Diskrepanz zwischen dem Stellenwert, den die moderne Privatrechtsordnung dem Leitbild vom mündigen Bürger real einräumt und der Bedeutung, die ihm normativ zukommen sollte. Ein Schlusskapitel befasst sich mit Möglichkeiten, wie dem Leitbild vom mündigen Bürger im Privatrecht wieder mehr Geltung verschafft werden kann.

Vorangestellt sei den folgenden Ausführungen noch ein terminologischer Hinweis: Wenn im Zusammenhang mit der geltenden Privatrechtsordnung vom Leitbild des „mündigen Bürgers“ die Rede ist, geschieht dies in Anlehnung an den etablierten Begriff und unter Einbeziehung sowohl der Bürger als auch der Bürgerinnen, die im System der Privatrechtsordnung miteinander interagieren. Tatsächlich sparte die privatrechtliche Mündigkeitsvermutung in der ursprünglichen Fassung des BGB von 1900 in vielen Punkten verheiratete Frauen noch aus;⁸ das geltende Privatrecht indes differenziert nicht maßgeblich zwischen männlichen und weiblichen Rechtsträgern. Präziser wäre es somit, von dem Leitbild des mündigen „Individuums“ zu sprechen. In Anlehnung an gewachsene Begrifflichkeiten ist dies hier – in der Hoffnung, mögliche Missverständnisse durch diesen Einschub vermeiden zu können – nicht getan worden.

⁷ Dazu siehe unter 1. Teil, B.II.3.b).

⁸ Dazu ausführlich siehe unter 1. Teil, D.V.1.

1. Teil

Das Leitbild des mündigen Bürgers und sein Stellenwert im deutschen Privatrecht

Der erste Teil dieser Arbeit ist der Frage gewidmet, welcher Stellenwert dem Leitbild des mündigen Bürgers im deutschen Privatrecht zukommt.

Die ersten beiden Kapitel bilden den allgemeinen Teil dieser Arbeit. Zunächst wird erörtert, was unter einem rechtlichen Leitbild zu verstehen ist und welche Funktionen es erfüllt (A). Anschließend werden die Termini Privatautonomie und Mündigkeit diskutiert und zueinander in Bezug gesetzt (B). Es folgt eine rechts-historische Auseinandersetzung mit dem Stellenwert des Leitbildes vom mündigen Bürger in der ursprünglichen Fassung des BGB (C). Sodann wird der Blick auf die Gegenwart gelenkt und anhand verschiedener Rechtsbereiche untersucht, welche Bedeutung dem Leitbild in der heutigen Privatrechtsordnung zukommt (D). Die wesentlichen Ergebnisse des ersten Teils der Arbeit werden zuletzt thesenartig zusammengefasst (E).

A. Leitbilder im Recht

Die Befassung mit Leitbildern beschränkt sich nicht auf die Rechtswissenschaft, sondern erfolgt in zahlreichen wissenschaftlichen Teildisziplinen, so insbesondere in der Wirtschaftswissenschaft¹ (z. B. der „Ehrbare Kaufmann“ als Leitbild für Unternehmer), der Verwaltungswissenschaft² (z. B. der „schlanke Staat“ als Leitbild für Behörden) und der Pädagogik³ (z. B. die individuelle Identifikation mit einer älteren Bezugsperson als Leitbild für Jugendliche).⁴ Nicht immer werden der eingehenden Befassung mit der Existenz und Kritik bestimmter Leitbilder Erklärungen dazu vorangestellt, was im Rahmen der jeweiligen Untersuchung unter einem

¹ Zum Beispiel *Schwalbach/Fandel*, Der Ehrbare Kaufmann; *Rudolph*, Wachstum; *von Nell/Kufeld*, Homo oeconomicus.

² Zum Beispiel *Belzer/Brandel/Stöbe*, Leitbilder in der öffentlichen Verwaltung; Sachverständigenrat „Schlanker Staat“, Abschlußbericht III, S. 9 ff.

³ Zum Beispiel *Thomae*, Leitbilder der Jugend; *Tillmann*, in: *Soziale Welt* 1960, 242 ff.

⁴ Neben diesen Bereichen wird zu Leitbildern unter anderem auch geforscht in der Theologie (dazu *Bayerl*, Die Familie als gesellschaftliches Leitbild), der Genderforschung (dazu *Kuhnhenne*, Frauenleitbilder) und sogar der „Graphologie“ (dazu *Klages*, Das persönliche Leitbild (1908)); einen Überblick über verschiedene Anwendungsfelder sowie die Entwicklung des Begriffs gibt *Giesel*, Leitbilder in den Sozialwissenschaften.