

Jahrbuch Junger  
Zivilrechtswissenschaftler



2008

# Einheit des Privatrechts

Jahrbuch  
Junger Zivilrechtswissenschaftler  
2008

**Einheit des Privatrechts,  
komplexe Welt:  
Herausforderungen durch  
fortschreitende  
Spezialisierung und  
Interdisziplinarität**

Zürcher Tagung  
3. – 6. September 2008

Für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V.  
herausgegeben von

Tanja Domej  
Bianka S. Dörr  
Urs H. Hoffmann-Nowotny  
David Vasella  
Ulrich Zelger



RICHARD BOORBERG VERLAG  
STUTT GART • MÜNCHEN  
HANNOVER • BERLIN • WEIMAR • DRESDEN

*Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek*

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

ISBN 978-3-415-04217-9

E-ISBN 978-3-415-05002-0

© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 2009  
Scharrstraße 2  
70563 Stuttgart  
[www.boorberg.de](http://www.boorberg.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Thomas Schäfer, [www.schaefer-buchsatz.de](http://www.schaefer-buchsatz.de)  
Druck und Verarbeitung: e. kurz + co druck und medientechnik gmbh  
Kernerstraße 5, 70182 Stuttgart

## Vorwort

Der vorliegende Band dokumentiert die Vorträge der 19. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler, die vom 3. bis 6. September 2008 an der Universität Zürich stattfand. Die Tagung stand unter dem Generalthema „Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität“.

Die komplexer gewordene Lebensrealität hat in den vergangenen Jahrzehnten zu einer verstärkten Auffächerung des Privatrechts und der Privatrechtswissenschaft geführt. Die Rechtsentwicklung und die wissenschaftliche Diskussion in Spezialmaterien haben sich vielfach weitgehend von der allgemein-privatrechtlichen Entwicklung abgekoppelt. Als Abkoppelungsprozess vom „allgemeinen“ Privatrecht wird bisweilen auch eine verstärkte Hinwendung zum interdisziplinären Austausch mit Nachbarwissenschaften wahrgenommen, der in einer Reihe privatrechtlicher Materien in jüngerer Zeit verstärkt praktiziert wird.

Diese Entwicklungen stehen in einem Spannungsverhältnis zum Ideal der Einheit des Privatrechts. So wird denn auch deren Verlust oder Gefährdung vielfach beklagt. Andererseits erweisen sich allerdings die Auffächerung des Privatrechts und die Herausbildung von Spezialmaterien ebenso wie die interdisziplinäre Zusammenarbeit oft als treibende Kräfte des Fortschritts im Recht. Im Übrigen sind Einheit und Differenzierung des Privatrechts keine reinen Gegensätze: Häufig sind Differenzierungen innerhalb der Privatrechtsordnung auf das Bestreben zurückzuführen, Einheit auf anderer Ebene zu fördern. Dabei ist verbreitet eine Fokussierung auf bestimmte Lebensbereiche festzustellen: So wird im Rahmen von Querschnittsmaterien eine integrierte Betrachtung aller rechtlichen Aspekte eines Lebensbereichs angestrebt. Durch interdisziplinären Austausch wird versucht, einen Lebensbereich ganzheitlich zu erfassen. Auch die internationale Harmonisierung des Rechts erfolgt häufig im Rahmen von Spezialmaterien oder nur für grenzüberschreitende Sachverhalte, was wiederum eine Differenzierung innerhalb der einzelnen nationalen Privatrechtsordnungen nach sich zieht.

Die Beiträge des vorliegenden Bandes beleuchten diese Prozesse und die Herausforderungen, die sich daraus für die heutige Privatrechtswissenschaft ergeben, aus einer Vielfalt von Perspektiven. Sie versuchen das Proprium von Spezialmaterien herauszuschälen, untersuchen, wo Differenzierungen gerechtfertigt sind und zeigen, wo andererseits durch Rückbesinnung auf allgemein-privatrechtliche Grundsätze verlorengegangene (oder -gegläubte) Einheit wiederhergestellt werden könnte. Dabei wird teils eine

Spezialmaterie zum Ausgangspunkt der Betrachtung gemacht, teils die Fragestellung aus grundsätzlicher Perspektive in Angriff genommen. So zeichnen die Beiträge insgesamt ein facettenreiches Bild der Möglichkeiten und Grenzen, unter denen sich heute Wertungseinheit im Privatrecht finden und fördern lässt.

Für die freundliche Begrüßung der Tagungsteilnehmer anlässlich der Eröffnungsveranstaltung in der Aula der Universität Zürich danken wir dem Präsidenten des Regierungsrats des Kantons Zürich Dr. *Markus Notter*, dem Rechtskonsulenten der Stadt Zürich Dr. *Peter Saile*, dem Prorektor Rechts- und Wirtschaftswissenschaften Prof. Dr. *Egon Franck* sowie dem Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Prof. Dr. *Marcel Senn*. Prof. Dr. *Heinrich Honsell* haben wir herzlich für seinen Eröffnungsvortrag zu danken, der das Generalthema der Tagung in einen größeren Zusammenhang stellte.

Ferner danken wir allen Referentinnen und Referenten für ihre Beiträge sowie den Teilnehmerinnen und Teilnehmern für die hochstehende Diskussion. Ganz besonders haben wir auch den Einsendern der zahlreichen Referatsvorschläge zu danken, die leider aus Kapazitätsgründen nicht berücksichtigt werden konnten.

Eine Reihe von Kolleginnen und Kollegen hat uns selbstlos und engagiert bei der Vorbereitung und Durchführung der Tagung unterstützt. Besonders hervorzuheben sind *Michael Slonina*, *Philipp Weber*, *Rafael Brägger*, Dr. *Lukas Müller* und *Milena Stark*. Herzlichen Dank ihnen und allen weiteren Helferinnen und Helfern!

Herr Prof. Dr. *Marcel Senn* hat sich bereitwillig und in gewohnt unbürokratischer Weise für die Durchführung einer Führung durch das mittelalterliche Zürich zur Verfügung gestellt und uns als Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät auch sonst bei mancher Gelegenheit unter die Arme gegriffen. Dank gebührt auch Dr. *Urs Leemann* und seinem Team am Dekanat, den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Rechtswissenschaftlichen Instituts sowie dem Rektorat der Universität Zürich für vielfältige organisatorische und infrastrukturelle Hilfestellungen. Nicht zuletzt danken wir auch Prof. Dr. *Andrea Büchler*, Prof. Dr. *Wolfgang Ernst*, Prof. Dr. *Paul Oberhammer* und Prof. Dr. *Anton K. Schnyder* für ihre Unterstützung.

Die Vorbereitung für die Drucklegung des vorliegenden Bandes lag in den Händen von *Anna Brassel*, die sich auch um die Administration der Tagungsanmeldungen sehr verdient gemacht hat.

Eine Vielzahl öffentlicher und privater Stellen hat die Tagung großzügig finanziell unterstützt: Homburger, der Verlag C.H. Beck, Frosch Renggli, der Zürcher Universitätsverein (ZUNIV), Stadt und Kanton Zürich, die Hanns-Martin-Schleyer-Stiftung, der Helbing Lichtenhahn Verlag, Oppenländer Rechtsanwälte, die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V., Stiffler & Partner Rechtsanwälte, Gloor & Sieger Rechtsanwälte, die Verlage

Schulthess, Dike, Mohr Siebeck, Nomos Verlagsgesellschaft, Sellier. European Law Publishers, Giesecking, Springer und Stämpfli sowie von der Crone Rechtsanwälte und Nater Dallafior Rechtsanwälte. Ferner danken wir der Universität Zürich, der Rechtswissenschaftlichen Fakultät und der Vereinigung akademischer Mittelbau der Universität Zürich (VAUZ) für materielle und immaterielle Unterstützung.

Dr. *Arnd-Christian Kulow* und der Richard Boorberg Verlag haben auch zum Gelingen der 19. Tagung wieder in vielfältiger Weise – finanziell, logistisch und mit manchem guten Rat – maßgeblich beigetragen.

Allen Beteiligten gilt unser herzlicher Dank!

Die 20. Jahrestagung 2009 findet vom 2. bis 5. September 2009 in Osnabrück statt und wird unter dem Generalthema „Europäische Methodik: Konvergenz und Diskrepanz europäischen und nationalen Privatrechts“ stehen. Die 21. Jahrestagung 2010 wird voraussichtlich in Wien ausgerichtet.

Zürich, im Herbst 2008

Tanja Domej  
Bianka S. Dörr  
Urs H. Hoffmann-Nowotny  
David Vasella  
Ulrich Zelger



# Inhaltsverzeichnis

|   |     |
|---|-----|
| <b>Die Einheit der Rechtsordnung</b>  |     |
| Heinrich Honsell . . . . .  | 11  |
| <b>Gewährung von Risikokapital auf schuldrechtlicher Grundlage als Herausforderung für die Einheit und internationale Anschlussfähigkeit des Privatrechts</b> |     |
| Kaspar Krolop . . . . .   | 29  |
| <b>Das österreichische Privatstiftungsrecht als Schauplatz der Verwirklichung und Weiterentwicklung allgemein privatrechtlicher Prinzipien</b>                |     |
| Johannes Zollner . . . . .  | 67  |
| <b>Vermögenswerte im Finanzmarktrecht – Das Ende aller dinglichen Prinzipien?</b>   |     |
| Corinne Zellweger-Gutknecht . . . . .   | 87  |
| <b>Derivative Finanzinstrumente und Spieleinwand – Überlegungen zur „Spekulationsfeindlichkeit“ des Zivilrechts</b>   |     |
| Martin Zimmermann . . . . .   | 113 |
| <b>Die Einheit des Privatrechts in der europäischen Integration – Palladium oder Relikt einer vergangenen Epoche?</b>   |     |
| Carsten Herresthal . . . . .  | 139 |
| <b>Rechtsvergleichung im Dienste von „Einheit im Privatrecht“ – mit Beispielen aus dem Vertrags- und Haftpflichtrecht</b>                                     |     |
| Sandra Hotz . . . . .   | 177 |
| <b>Interdisziplinarität oder ökonomischer Imperialismus?</b>  |     |
| Alexander Fritzsche . . . . .   | 207 |
| <b>Ebenenübergreifende Dogmatik im Internationalen Zivilverfahrensrecht</b>   |     |
| Oliver L. Knöfel . . . . .  | 239 |
| <b>Privatautonomie und Insolvenzrecht</b>   |     |
| Christoph Thole . . . . .   | 267 |
| <b>Das Verbraucher- und Unternehmerleitbild – Einheitsstiftende Rechtsprinzipien der Vertragsfreiheit</b>   |     |
| Christoph Reymann . . . . .   | 311 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>Das Verbraucherprivatrecht im deutschen Recht: Regelungstypus und Sonderprivatrecht?</b>   |     |
| Marina Tamm . . . . .   | 339 |
| <b>Europäisierung und Systematisierung des Gesellschaftsrechts – Widerspruch oder Chance?</b> |     |
| Sebastian Mock . . . . .  | 365 |
| <b>Die unmittelbare und zwingende Wirkung tarifvertraglicher Normen</b>                       |     |
| Felix Hartmann . . . . .  | 379 |
| <b>Systembau oder Systembruch?</b>  |     |
| Thomas Haberer . . . . .  | 407 |
| <b>Vom Sacheigentum zum „virtuellen Eigentum“? – Absolute Rechte an „Daten“</b>               |     |
| Michael Beurskens . . . . .   | 443 |
| <b>Verzeichnis der Autoren und Herausgeber</b>  | 475 |

# Die Einheit der Rechtsordnung

Heinrich Honsell

Das Generalthema der Tagung ist die Einheit des Privatrechts. Mein Vortrag über die Einheit der Rechtsordnung enthält dazu die Prolegomena und steckt den größeren Rahmen ab. Im Zentrum steht das Verhältnis des Privatrechts zu den anderen Teildisziplinen, insbesondere zum Verfassungsrecht. Sodann geht es um Methodenfragen, namentlich den Begriff des Systems und das Nichtwiderspruchsprinzip.

Im Jahre 1935 hielt der Strafrechtler und Rechtsphilosoph Karl Engisch seine Heidelberger Antrittsvorlesung über die Einheit der Rechtsordnung.<sup>1</sup> Seither wird wieder die Frage diskutiert, ob das Recht als ein System begriffen werden kann, dessen zwei wesentliche Elemente Einheit und Ordnung sind. Claus Wilhelm Canaris hat dies in seinem Buch „Systemdenken und Systembegriff“<sup>2</sup> bejaht und die Rechtsordnung als ein axiologisches und teleologisches System bezeichnet, in dem die „generalisierende Tendenz der Gerechtigkeit verwirklicht“ sei.<sup>3</sup> Andere bezeichnen es als logisches<sup>4</sup> oder gar moralisches<sup>5</sup> Postulat.<sup>6</sup> Der Einwand liegt nahe, dass man zwischen einem wissenschaftlichen Rechtssystem unterscheiden muss, das solche Forderungen vielleicht erfüllen könnte und dem Recht als der Summe aller Normen, das ja nicht einem sinnvollen Plan folgend als Ganzes konzipiert worden ist, sondern als ad hoc-Gesetzgebung und das a priori kein System in dem genannten Sinne sein kann. Ein Versuch der Systematisierung des Rechts waren die großen Zivilrechtskodifikationen am Anfang und am Ende des 19. Jahrhunderts. Seither ist die Kodifikationsidee weitgehend Geschichte. Vieles wird außerhalb geregelt. Was integriert wird, wie z. B. die deutsche Schuldrechtsreform, kontrastiert durch legistische und dogmatische Mängel.

Die Idee von Einheit und Ordnung war eine Anleihe der Rechtswissenschaft bei dem positivistischen Wissenschaftsbegriff des 19. Jahrhunderts, der seinerseits von dem Systemstreben des Naturrechts geprägt war. Wis-

---

1 1935; s. ferner *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, 168 ff., 401; zur geschichtlichen Entwicklung des Topos *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995; „Die Einheit der Verfassung“ beleuchtet kritisch *F. Müller*, 1979, 85 ff., 225 ff. u. passim.

2 2. Aufl. 1983, 16 f. u. passim.

3 Kritsch *Peine*, Recht als System, 1983, 16, 20 ff.

4 Etwa *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962, 107.

5 *Coing*, System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, 485; *Raiser*, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, NJW 1964, 1201 ff., 1206.

6 Weitere Charakterisierungen bei *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, 13 f.

senschaft bedeutete damals exakte systematische Wissenschaft wie Mathematik oder Physik. Es waren Systeme *more geometrico* mit einer Hierarchie von Gattungsbegriffen unter einer höchsten Idee, aus der alles deduziert werden sollte. Solche Systeme wurden nicht nur für das Recht konzipiert. Baruch Spinoza hat sogar eine *ethica more geometrico demonstrata* verfasst und Isaac Newton eine Philosophie in dem Werk *Philosophiae naturalis principia mathematica*. Samuel Pufendorf,<sup>7</sup> Thomas Hobbes, Christian Wolff u. a. haben diese vorgeblich von Naturgesetzen ausgehende Methode auf das Naturrecht übertragen.<sup>8</sup> Diese Mode fand ihre Fortsetzung in der Begriffsjurisprudenz des 19. Jhdts. Paradigmatisch dafür waren Puchta's Genealogie der Begriffe oder Stammlers Begriffshimmel. Einheit bedeutete nicht nur Widerspruchsfreiheit, sondern auch Lückenlosigkeit, die allerdings nur durch die Lehre vom sog. negativen Satz hergestellt werden konnte, der Annahme, dass auch ein noch so lückenhaftes Gesetz keine Lücken hat, weil eben jeder Anspruch, den das Gesetz nicht kennt, abzuleiten ist.<sup>9</sup> Die Begriffsjurisprudenz ist heute weitgehend überwunden. Unser Systemvertrauen ist weniger optimistisch und wir pflichten Nicolai Hartmann bei, der gesagt hat, System sei immer ein inhaltlich zu weitgehendes Verlangen der menschlichen Vernunft.

Fragen kann man allerdings, ob die Jurisprudenz überhaupt eine Wissenschaft ist. Die Rechtsdogmatik, die sich mit dem geltenden Recht und seiner Anwendung befasst, ist jedenfalls keine Wissenschaft im strengen Sinne, wie die Mathematik oder die Physik. Es gibt kein geschlossenes System, keine Axiome und keine Ableitungszusammenhänge. Sie ist auch keine empirische Wissenschaft wie z. B. die Medizin, die Biologie oder die Geschichte. Gegenstand empirischer Forschung sind aber einige Nebenfächer, wie Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie.

Man könnte es sich leicht machen und die Frage nach dem Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz pragmatisch dahin beantworten, dass alles, was an Universitäten gelehrt wird, Wissenschaft ist. Die Jurisprudenz gehört neben Philosophie, Medizin und Theologie seit dem Mittelalter zu den klassischen vier Fakultäten. Zu diesen zählt allerdings auch die Theologie. Sie ist Zweifeln an ihrer Wissenschaftlichkeit noch stärker ausgesetzt; Ähnlichkeit mit ihr hat die Jurisprudenz insofern, als sie sich mit Dogmen befasst. In der Jurisprudenz geht es zwar nicht um Glaubenssätze, aber doch um Dogmen im Sinne einer Überzeugung von der Richtigkeit, um Meinungen und Regeln, die der Mehrheit einleuchten, es geht nicht um Erkenntnis von Wahrheiten. Hier tut sich ein weites Feld von Streitfragen auf, zu denen es sogenannte herrschende Meinungen gibt. Diese werden

---

7 *De jure naturae et gentium*, 1672.

8 S. etwa *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, 301 ff.; *Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1924, 124 ff.

9 Vgl. statt aller *Bergbohm*, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I*, 1892, 372 ff.

von den Juristen oft auch Theorien genannt, ohne dass sie freilich den Anforderungen eines wissenschaftlichen Theoriebegriffs genügen würden. Meinung zu bilden und zu überzeugen ist Aufgabe der Rhetorik, die seit dem Mittelalter Jahrhunderte lang im Studium generale des ersten Studienjahrs im sog. trivium (den trivialen Fächern) neben Grammatik und Logik unterrichtet wurde. Sie kam seit dem Wissenschaftspositivismus des 19. Jahrhunderts – nicht zum ersten Mal, aber zu Unrecht – in Verruf und wurde schließlich an den Universitäten nicht mehr gelehrt. Jetzt glaubte man, dass es in den Parlamenten und Gerichtshöfen nur um die Wahrheit gehe, zu der die Rhetorik nichts beitragen könne. Heute ist Rhetorikunterricht wieder im Vordringen. Jurisprudenz ist zu einem guten Teil Rhetorik. Juristische Argumentation ist in gewissem Sinne eine Kunst (ars) oder besser ein Handwerk (techne). In diesem Sinne sagt der römische Jurist Celsus<sup>10</sup>: *Ius est ars boni et aequi* – Das Recht ist die „Kunst“ des Billigen und Gerechten.

So wundert es nicht, dass eine alte Tradition den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz überhaupt leugnet. Noch heute wird Julius von Kirchmann zitiert mit seinem Vortrag über „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“. Aus diesem Dilemma heraus hat man die Wertfreiheit der Jurisprudenz gefordert und versucht, aus der Jurisprudenz ein deduktives System zu machen. Das war die Geburtsstunde des Positivismus.

Bernhard Windscheid, der berühmte deutsche Pandektist, hat den Satz geprägt: „Ethische, politische, oder volkswirtschaftliche Erwägungen [...] sind nicht Sache des Juristen als solchen.“ Auch Max Weber postulierte die Wertfreiheit der Wissenschaft. Hans Kelsen begründete die Reine Rechtslehre<sup>11</sup> in Reaktion auf die Freirechtsschule Eugen Ehrlichs,<sup>12</sup> des Begründers der modernen Rechtssoziologie.

Nach der Reinen Rechtslehre sollte sich die Rechtswissenschaft allein mit dem positiven Recht befassen und nicht mit Rechtspolitik, Soziologie oder Ethik etc. vermengt werden. Gegenstand der Reinen Rechtslehre war das Recht, wie es ist, und nicht das ideale, richtige Recht. Sein und Sollen waren ebenso strikt zu trennen wie Recht und Politik. So glaubte man erneut, aus der Jurisprudenz eine echte Wissenschaft mit einem geschlossenen System, ableitungsfähigen Begriffen und verifizierbaren Sätzen machen zu können. Dies geschah um den Preis eines Verzichts auf inhaltliche Richtigkeit, was zu einem mehr oder weniger sterilen System führte. Die Reine Rechtslehre ist eine Fortsetzung der Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts. Kelsen wollte ein geschlossenes, auf einer Grundnorm basierendes

---

10 Ulpian. Dig. 1,1,1.pr.: *ut eleganter Celsus definit ius est ars boni et aequi.*

11 Reine Rechtslehre, 1934.

12 Vgl. ARSP 1915, 839; dazu Ehrlich, ARSP 1916, 844; Kelsen, ARSP 1916, 850; Ehrlich, ARSP 1916/17, 609 und wiederum Kelsen, ARSP 1916/17, 611.

System von Regeln. Die Grundnorm und den Gedanken eines rechtlichen Stufenbaus hat erstmals der Kelsen-Schüler Adolf Julius Merkl formuliert.

Die Reine Rechtslehre geht von einer Normenhierarchie und einem Delegations- und Bedingungszusammenhang aus: Verfassung – Gesetz – Verordnung – Verwaltungsakt/Urteil.<sup>13</sup> Sie hat der Idee von der Einheit der Rechtsordnung neuen Auftrieb verliehen.<sup>14</sup> An oberster Stelle steht die Verfassung. Obwohl sie positives Recht ist, nimmt sie sich selbst vom positiven Recht aus<sup>15</sup>. Das ist paradox.<sup>16</sup> Vom sonstigen positiven Recht unterscheidet sich die Verfassung zunächst nur durch erschwerte Abänderbarkeit. Sodann durch einen Vorrang<sup>17</sup>, der allerdings wie für die Grundrechte in Art. 1 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes ausdrücklich angeordnet sein muss. Verfassungen enthalten Normen von ganz unterschiedlichem Gewicht. Etlliche Regelungen, wie die Freifahrt der Abgeordneten im deutschen Grundgesetz (Art. 48 Abs. 3 GG), das Absinth- oder das Jesuitenverbot in der alten Schweizer Verfassung oder die Beschreibung des Bundesadlers<sup>18</sup> in der österreichischen Verfassung (einköpfig, golden gewaffnet, rot bezungt) könnten auch einfachgesetzlich geregelt sein und haben offensichtlich nicht denselben Stellenwert wie die Würde des Menschen. Die Normenhierarchie steigert sich zur deductio ad absurdum, wenn man das Europarecht in die Pyramide einzeichnet, dem ja Vorrang sogar vor den nationalen Verfassungen eingeräumt wird. Obersten Rang haben dann nicht nur der EG-Vertrag, sondern auch pointilistische und fragmentarische EG-Richtlinien zum Konsumentenschutz oder zum Kartellrecht, die sich als oberste Grundsätze oder Begriffe für das sonstige Recht überhaupt nicht eignen und eine planmäßige Einheit und Ordnung auch nicht im Ansatz erkennen lassen.

Doch bleiben wir bei der Verfassung. Die Vorstellung vom Grundgesetz als „Spitze der Pyramide der Rechtsordnung“<sup>19</sup> oder als „Dach über dem sonstigen Recht“<sup>20</sup> hat in Deutschland eine merkwürdige Fehlentwicklung begünstigt: Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Einheit der Verfassung „das vornehmste Interpretationsprinzip“, ein „logisch-teleologisches

13 *Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, FS Kelsen, 1931, 252 ff.

14 *S. Schnapp*, Hans Kelsen und die Einheit der Rechtsordnung, FS Kelsen, 1984, 381; ferner *Mayer-Maly*, Jurisprudenz und Politik, FS Kelsen, 1984, 108.

15 *N. Luhmann*, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, RJ 9 (1990) 176, 186 f., 190.

16 So *Roellecke*, Das Ansehen des BVerfG und die Verfassung, in: Piazolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, 1995, 33, 47 f.

17 Dazu etwa *Starck* (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, 1995, 29 ff.; *Ruffert*, Der Vorrang der Verfassung, 2001, 7 ff. u. passim.

18 Art. 8a B-VG Abs. 2.

19 Gegen diese These *F. Müller*, Die Einheit der Verfassung, 1979, 106.

20 *Clemens*, Das BVerfG im Rechts- und Verfassungsstaat, Das Ansehen des BVerfG und die Verfassung, in: Piazolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht – Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, 1995, 16, 19.

Sinngebilde“. Die Wertordnung der Grundrechte strahle auf alle Rechtsgebiete aus und verwirkliche so das Postulat der Einheit der Rechtsordnung.<sup>21</sup> In der Wissenschaft hatte Günter Dürig schon zuvor eine Drittwirkung der Grundrechte im Rahmen der Generalklauseln des Privatrechts postuliert und dies damit begründet, dass so die „Einheit des Gesamtrechts in der Rechtsmoral“ gewahrt werde.<sup>22</sup>

Die entscheidende Fehlentwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war das Lüth-Urteil<sup>23</sup> im Jahre 1958. Lüth, ein hamburgischer Beamter, hatte zum Boykott gegen einen Film des Regisseurs Veit Harlan aufgerufen, der im Dritten Reich im Auftrag von Goebbels den antisemitischen Hetzfilm „Jud Süß“ gedreht hatte. Die Hamburgische Justiz hielt Boykottaufrufe für unzulässig. Das Bundesverfassungsgericht hingegen entschied, sie seien durch die Meinungsfreiheit des Art. 5 GG gerechtfertigt. Im nächsten Fall rief der Axel Springer Verlag zum Boykott gegen die Zeitschrift „Blinkfuer“ auf, weil diese das DDR-Fernseh-Programm abdruckte. Die Justiz hatte durch das Lüth-Urteil gelernt, dass die Meinungsfreiheit Wirtschaftsboykotte rechtfertigt und wies deshalb die Schadensersatzklage gegen den Axel Springer Verlag ab.<sup>24</sup> Damit lag sie wieder falsch. Das Bundesverfassungsgericht<sup>25</sup> gab diesmal Blinkfuer recht. Es geht hier nicht darum, welche Entscheidung richtig ist. Es geht darum, dass die Abwägung kollidierender Grundrechtspositionen politische Ansichtssache ist, die mal so und mal so ausfällt. Das Lüth-Urteil ist deshalb so bedeutsam geworden, weil es aus den Grundrechten, die Abwehrrechte gegen den Staat waren, eine auf alle Bereiche des Rechts ausstrahlende Wertordnung gemacht hat. Erst dadurch, so die vorherrschende Meinung, sei die Einheit der Rechtsordnung verwirklicht worden.<sup>26</sup>

So bestechend auf den ersten Blick der Gedanke ist, dass die ganze Rechtsordnung vom Geist der Grundrechte durchweht wird, so verfehlt ist er bei näherem Hinsehen. Die Grundrechte eignen sich nicht zur Lösung von Konfliktfällen im Privatrecht. Auch wird die Verfassung entwertet, wenn man selbst noch die kleinsten praktischen Rechtsfragen aus ihr ableitet, wie dies seit dem Elfes-Urteil<sup>27</sup> geschieht, das aus der freien Persönlich-

---

21 S. etwa K. Schmidt in: Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung, Hamburger Ringvorlesung, 1994, 9, 19.; W. Rüfner, Drittwirkung der Grundrechte – Versuch einer Bilanz, GS Martens, 1987, 215, 216 f.; s. auch Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 42 f.; krit. Felix (Fn. 1), 168 ff., 401; „Die Einheit der Verfassung“ beleuchtet kritisch F. Müller, 1979, 85 ff., 225 ff. u. passim.

22 Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, FS Nawiasky, 1956, 176 ff.

23 BVerfGE 7, 198, 205.

24 BGH NJW 1964, 29.

25 BVerfGE 25, 256.

26 Z. B. K. Schmidt (Fn. 21) 9, 19.

27 BVerfGE 6, 32.

keitsentfaltung des Art. 2 Abs. 1 GG eine allgemeine Handlungsfreiheit entwickelt hat.<sup>28</sup> Mit dem Instrumentarium des Bundesverfassungsgerichts kann man jede Rechtsfrage zur Verfassungsfrage machen.<sup>29</sup> Seither befasst sich das Gericht im Rahmen von Verfassungsbeschwerden mit dem Grundrecht auf „Reiten im Wald“<sup>30</sup> oder „Taubenfüttern“<sup>31</sup>, um nur zwei Beispiele zu nennen. Zu Recht hat man von einer Banalisierung der Grundrechte gesprochen.<sup>32</sup> Inzwischen existiert eine abschreckende Liste von Einzelfällen, die das Bundesverfassungsgericht auf dieser Basis als „Supervisionsinstanz“ und „Oberstes Amtsgericht“<sup>33</sup> entschieden hat, von der Parabolantenne<sup>34</sup> des türkischen Mieters bis zur Verfassungswidrigkeit des Verbots von Erfolgshonoraren wegen Verstoßes gegen die Berufsfreiheit<sup>35</sup>. Wäre das richtig, so wäre das Erfolgshonorar ein Essentiale der Advokatur. Davon kann indes keine Rede sein. Das auch in anderen Ländern gültige Verbot des Erfolgshonorars<sup>36</sup>, das man als eine Art Klagenkauf charakterisieren kann, geht auf das Römische Recht zurück.<sup>37</sup> Seine ratio liegt auf der Hand: Der Mandant kann das Prozessrisiko und damit den Wert der Klage nur schwer einschätzen. Dass das Verbot an der Berufsfreiheit scheitern soll, ist zu weit hergeholt. Einen kuriosen Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung hat das Bundesverfassungsgericht<sup>38</sup> auch mit der Entscheidung geleistet, dass das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1. S. 1 GG sein soll. Es gibt also jetzt zwei Eigentümer, den Vermieter und den Mieter. Im Gegensatz zum Laien unterscheidet der Jurist zwischen Eigentum und Besitz. Seit 2000 Jahren gilt der Satz, dass Eigentum und Besitz nicht verwechselt werden dürfen: Ulpian. Dig. 41,2,12,1: nihil commune habet proprietas cum possessione. Kurios sind auch die Ergebnisse, zu denen das Gericht auf dieser

28 Dazu statt aller *Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, Der Staat 2003, 165, 172; *Knies*, FS Stern, 1997, 1155, 1172 f.

29 Vgl. auch *Würtenberger*, Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: *Guggenberger/Würtenberger* (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit, 1998, 57, 69.

30 BVerfGE 80, 137.

31 BVerfGE 54, 173.

32 *Grimm*, Sondervotum BVerfGE 80, 137, 146 ff.; kritisch auch *Knies*, FS Stern, 1997, 1155, 1172 f.; *Scholz*, Karlsruhe im Zwielficht – Anmerkungen zu den wachsenden Zweifeln am BVerfG, FS Stern, 1997, 1201, 1214 f.

33 *Robbers*, NJW 1998, 935 ff.; s. auch *Ossenbühl*, FS Hoppe, 1996, 52: „entscheidet das Bundesverfassungsgericht wie ein Amtsrichter, beispielsweise im Ehrenschutz, im Mietrecht und zuletzt im Arbeitsrecht“.

34 BVerfG NJW 1993, 1252.

35 BVerfGE 117, 163.

36 Vgl. z. B. § 879 Ziff. 2 ABGB. Die US-amerikanische contingency fee ist allerdings überall auf dem Vormarsch.

37 Ulp. Dig. 17,1,6,7; Pap eod. 7; s. *Kunkel/Honsell*, Röm. Recht, 1987, 337 Fn. 23.

38 BVerfGE 89, 1 (u. öfter).