

*Rüping, Matthias: Der mündige Bürger. Leitbild der Privatrechtsordnung?* (Zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Diss., 2016.) – Berlin: Duncker & Humblot 2017. 285 S. (Schriften zum Bürgerlichen Recht. 471.)

I. Diese Dissertation, an der Humboldt-Universität in Berlin entstanden und betreut von Schmidt-Räntsch, zielt nicht wie so viele andere juristische Doktorarbeiten darauf ab, ein enges Thema weiterzuerlegen und – vermeintliche – Gewissheit im Speziellen zu finden. Sie hat einen ganzheitlichen Ansatz. Wie schon aus dem Titel ersichtlich, geht es ihr um eine großflächige Analyse des gesamten Privatrechts. Sie stellt einen ebenso ambitionösen wie verdienstvollen Versuch dar, in der Entwicklung des Privatrechts während der letzten Jahrzehnte Orientierung zu finden. Auch wenn sich das Thema durchaus für eine rechtsvergleichende Bearbeitung eignet, beschränkt sich *Matthias Rüping* auf das deutsche Recht unter gelegentlicher Berücksichtigung seiner Unterfütterung durch europäische Richtlinien und ihre Auslegung durch den EuGH. Umfassend ist die Untersuchung aber insofern, als sie exemplarische Studien aus ganz verschiedenen Bereichen des Privatrechts enthält: Verbraucherrecht, Wohnungsmietrecht, sittenwidrige Geschäfte, Arbeitsrecht, Minderjährigen- und Eherecht etc.

II. Am Anfang steht eine Klärung dessen, was für den Verfasser ein „Leitbild“ ist und was er unter einem „mündigen Bürger“ versteht (S. 24–57). Es geht ihm um die Verdeutlichung der positiven und normativen Vorstellungen, die legislativen und juristischen Entscheidungen zugrunde liegen (S. 23). Das Bild des mündigen Bürgers bezieht sich auf Personen, die zu einem selbständigen Urteil und darauf aufbauendem Entscheidungsverhalten fähig sind (S. 57). Das BGB von 1900 habe der individuellen Mündigkeit grundlegende Bedeutung beigelegt (S. 74). Für einige Rechtsgebiete nimmt der Verfasser dann einen Langzeitvergleich vor. Während er im Ehe- und Minderjährigenrecht eine „quantitative Ausweitung des Mündigkeitsprinzips“ feststellt (S. 134–141), führen ihn die Analyse von Verbraucherrecht, Wohnraummietrecht, Arbeitsrecht, AGB-Recht und der Inhaltskontrolle von Eheverträgen sowie der Blick auf die zunehmend zwingende Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen auf diesen Gebieten zu der ebenso nüchternen wie unzweideutigen Aussage: „Die deutsche Privatrechtsordnung ist nicht mehr maßgeblich vom Leitbild des mündigen Bürgers geprägt“ (S. 152). Sosehr dies den Leser, der in den überkommenen Prinzipien des Privatrechts lebt, auch erschrecken mag, in der Sache fasst *Rüping* nur die Eindrücke zusammen, die sich bei der Lektüre des Bundesgesetzblatts über die Jahre hinweg unweigerlich einstellen. Dispositives Recht wird kaum noch gesetzt; es wimmelt von Eingriffen in die private Autonomie.

III. Nach der Bestandsaufnahme des ersten Teils sucht der Verfasser im zweiten Teil (S. 153–223) nach normativen Grundlagen des Leitbilds vom mündigen Bürger. Hier liegt der Blick auf das Grundgesetz nahe, das nach seiner „Systematik und Zielsetzung [...] überwiegend durch einen freiheitlich-individuellen Aspekt gekennzeichnet“ sei (S. 168). Dies hat das Bundesverfassungsgericht aber bekanntlich nicht davon abgehalten, mithilfe des Sozialstaatsprinzips oder anderer verfassungsrechtlicher Wertungen in Privatautonomie, Vertragsfreiheit und Vertragsbindung einzugreifen, so im Bürgerschaftsrecht, im Recht der Eheverträge und im Handelsvertreterrecht. Wer den mündigen Bürger im Privatrecht neu

beleben möchte, sollte deshalb nicht allzu große Hoffnungen in das Grundgesetz setzen, sosehr dessen Menschenbild auch der Analyse des Verfassers entspricht. Letztlich ist durch eine offene rechtspolitische Diskussion zu klären, in welchem Umfang das Gesetz dem Individuum Freiheitsräume zur Selbstbestimmung einräumt und ihm damit auch die Verantwortung für seine Entscheidungen zuschreibt.

Wachsende Bedeutung für diese rechtspolitische Diskussion hat in den letzten Jahrzehnten die ökonomische Analyse des Rechts erlangt, der *Rüping* einen längeren Abschnitt widmet (S. 170–201). In den Mittelpunkt stellt sie die Auswirkungen von Rechtsregeln, insbesondere die Anreizwirkungen auf das Verhalten der von einer Regel adressierten Personen. Von normativer Bedeutung ist dies insofern, als sie die Kosten–Nutzen–Rechnungen der Beteiligten unter Geltung der verschiedenen Regelungsalternativen miteinander vergleicht und es gestattet, der „effizienteren“ Lösung den Vorrang zu geben. Zwar kann eine solche utilitaristische Betrachtung nicht absolut gesetzt werden, doch erlaubt sie immerhin, bezüglich eines der verschiedenen Wertungsgesichtspunkte, nämlich des möglichst sparsamen oder wirksamen Einsatzes volkswirtschaftlicher Ressourcen, ein fundiertes Urteil zu treffen (S. 170).

Die ökonomische Analyse baut im Prinzip auf dem Menschenbild des Homo oeconomicus auf, der eine informierte und besonnene Entscheidung hinsichtlich seiner eigenen Präferenzen trifft, sodass das Zustandekommen einer Transaktion für beide Seiten einen Vorteil und damit insgesamt eine Effizienzsteigerung signalisiert. Diese Überlegung stützt die Anerkennung der Privatautonomie. Wo die genannten Voraussetzungen fehlen, spricht man von Markt- oder Wettbewerbsversagen. Es wird in verschiedenen Formen virulent, insbesondere wo Marktmacht die Wahlfreiheit der Marktteilnehmer faktisch einschränkt, wo (externe) Effekte zwar bei Dritten spürbar werden, aber keine Berücksichtigung im Kalkül der Parteien finden oder wo zwischen den Parteien ein deutliches Informationsgefälle bezüglich des Gegenstandes der Transaktion besteht. Da es in solchen Fällen gleichsam an der Richtigkeitsgewähr des Vertrages fehlt, ist die Privatautonomie infrage gestellt und liegt eine hoheitliche Intervention des Staates nahe. Die Theorie des Marktversagens steht daher im Mittelpunkt aller Versuche, Eingriffe in die Privatautonomie und das Konzept des mündigen Bürgers zu rechtfertigen (S. 172f.). Zutreffend arbeitet der Verfasser heraus, dass die Feststellung von Marktversagen als solche die höhere Effizienz der interventionistischen Regelung noch nicht begründen kann und dass die in verschiedenen Rechtsgebieten vorfindlichen zwingenden Regelungen vielfach effizienz-mindernd wirken.

Eine Schwäche der ökonomischen Analyse liegt oft in der Abstraktheit ihrer Erwägungen. Juristen halten es häufig für spekulativ, wenn von einer bestimmten Regel gesagt wird, sie führe zu Wohlfahrtsverlusten oder Marktaustritten. Was in der Ökonomie oft nach präzisen Modellierungen näher belegt worden ist, erscheint, als Ergebnis vorgetragen, in der rechtspolitischen Diskussion oft als allzu theoretisch; es fehlt an der empirischen Unterfütterung. Diese Kritik wird man auch *Rüping* nicht ersparen können. Dabei hätten die von ihm erörterten Rechtsgebiete durchaus die Möglichkeit geboten, bestimmte Missstände

näher zu beschreiben, wie sie von einer hoheitlichen Intervention durch zwingendes Recht zu erwarten oder schon eingetreten sind. Dazu zwei Beispiele:

1. Das Widerrufsrecht für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verbraucherverträge soll Verbraucher vor Überrumpelung schützen, was der Verfasser als „Verhaltensanomalie“ des Unternehmers bezeichnet. Es begünstigt aber auch die vielen Verbraucher, die in voller Kenntnis aller relevanten Umstände gehandelt haben, schießt also über das Ziel hinaus (S. 197–199). Wenn man das Interesse der ökonomischen Analyse an Anreizwirkungen ernst nimmt, müsste man der Frage nachgehen, ob die Verfügbarkeit des Widerrufsrechts denn nicht *aufseiten des Verbrauchers* zu „Verhaltensanomalien“ führt, nämlich zu Bestellungen aufs Geratewohl oder auf Probe, zur Ansicht, also letztlich zu kostentreibenden, unüberlegten Einkäufen. In der Tat scheint sich das Verbraucherverhalten im E-Commerce in diese Richtung zu verändern. Dem durch eine rechtstatsächliche Untersuchung nachzugehen, wäre vielversprechend. Es würde die abstrakten Aussagen der ökonomischen Analyse empirisch anfütern und ihre Überzeugungskraft in der Rechtspolitik steigern.

2. Ähnlich verhält es sich mit der abstrakten These, die Ausweitung des Mieterschutzes könne zur Verknappung des Wohnungsangebots führen (S. 182). Dies ist plausibel und wird von der in Fußnote 185 zitierten Literatur überwiegend gestützt; doch gibt es auch Gegenstimmen. Der Beweis solcher Tatsacheneffekte lässt sich nun nicht mit dem Hinweis auf eine herrschende Meinung führen. Sinnvoll wäre hier eine nähere Analyse der Bestimmungsfaktoren von Nachfrage und Angebot von Wohnungen gewesen. Um nur die Miethöhe zu nennen: Steigende Mieten geben der Angebotsseite Anreize zum Neubau von Wohnungen sowie zur Erweiterung des Bestandes durch den Ausbau von Dachböden oder die Aufstockung von Gebäuden. Auf der anderen Marktseite verringern sie die Nachfrage: Manche Bestandsmieter vermieten einzelne Zimmer ihrer zu groß gewordenen Wohnung ab. Andere wechseln in eine kleinere Wohnung oder eine Wohnung in einem billigeren Stadtteil; manche ziehen auch früher als geplant in ein Altersheim. Wer von außerhalb zuzieht, wird sich nicht gerade das teuerste Viertel im neuen Wohnort aussuchen. Manche Pendler räumen ihre Zweitwohnungen am Arbeitsort. Zeitgleich fallende Bauzinsen geben einen Anreiz, von der Mietwohnung in eine Eigentumswohnung zu wechseln. Die Effekte sind vielfältig. Staatliche Eingriffe in die Miethöhe unterbinden sie und führen in der Wahrnehmung des Marktes in der Tat zu einer Verknappung des Angebots. Eine nähere Analyse wäre sinnvoll und möglich gewesen; ohne sie bleibt die an sich hilfreiche ökonomische Analyse in der rechtswissenschaftlichen Debatte eine Art Glaubensbekenntnis: Manche sind dafür, andere halten sie für Teufelszeug.

IV. Nach meinem Eindruck präferiert auch der Verfasser selbst eine anthropologische, wertungsorientierte Diskussion. Er schließt den zweiten Teil des Buches mit Ausführungen zur Rechtspolitik, die das Mündigkeitsprinzip aus der personalen Würde und aus seiner Anerkennung als Grundsatz politischer Partizipation ableiten, die in dem Prinzip einen Beitrag zur Rechtssicherheit erkennen und eine Gewährleistung von Lerneffekten; zudem beschreibt er die Risiken einer paternalistischen Rechtspolitik im Privatrecht (S. 201–220). Abschließend skizziert er zwei Wege, die zu einer „Rückkehr des mündigen Bür-

gers“ führen könnten, aber gleichwohl die Schutzziele des geltenden Rechts beachten (S. 224–232): zum einen öffentliche Subventionen – er spricht eine Erhöhung des Wohngeldes als Alternative zur sogenannten Mietpreisbremse (§§ 556d ff. BGB) an – und zum anderen die Wahl von – im Vergleich zur Inhaltsregulierung – milderem Mitteln wie Formvorschriften oder Informationspflichten.

V. Alles in allem verdient *Rüping*s Blick auf das Grundsätzliche der Privatrechtsordnung hohe Anerkennung. Dass zum Bürgerlichen Recht auch Bürger gehören, die im Prinzip frei und selbstverantwortlich Entscheidungen treffen, für deren Folgen sie dann auch geradestehen, ist im Verlaufe der letzten zwei oder drei Jahrzehnte zunehmend in Vergessenheit geraten. Dass *Rüping* daran mit dem Begriff des „mündigen Bürgers“ erinnert, ist verdienstvoll und wird hoffentlich die privatrechtstheoretische Debatte neu befruchten. Seine Argumentation verläuft durchgehend auf hohem Ton, auch dort, wo eine konkret-zupackende Ausarbeitung seinem Anliegen gutgetan hätte. Gerade die Einbeziehung der ökonomischen Analyse erweist sich für das Thema als überaus hilfreich. Sie wird in Zukunft durch eingehendere, auch empirisch untermauerte Untersuchungen hoffentlich noch an Überzeugungskraft gewinnen.

Hamburg

JÜRGEN BASEDOW

*Schellerer, Juliane*: Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen. BGB, Kunsthandel, Europäisches Privatrecht. (Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2014/15.) – Tübingen: Mohr Siebeck 2016. XVII, 198 S. (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. 362.)

Die Verfasserin, die mit dieser Arbeit bei Oliver Remien in Würzburg promoviert wurde, behandelt vor allem das deutsche Recht des Erwerbs von Kunstgegenständen. Sie gliedert ihre Ausführungen in drei Abschnitte, nämlich die Einleitung (S. 1–34), den Hauptabschnitt über den Erwerb und die Ersitzung von Kunstgegenständen (S. 35–175) und eine Zusammenfassung in Thesen (S. 176–186).

I. Die Einleitung befasst sich vor allem mit zwei Fragen: zunächst mit dem Kunstmarkt und dann mit dem gutgläubigen Erwerb und der Ersitzung in historischer Entwicklung und im Rechtsvergleich. Am Ende der Ausführungen zu den Erscheinungsformen des Kunstmarktes geht die Verfasserin auch auf die Kunstkriminalität ein. Hierbei wird sehr cursorisch auf deutsche Literatur Bezug genommen<sup>1</sup> und im Anschluss daran das Recht sechs europäischer Länder (U.K., Spanien, Italien, Schweden, Schweiz und Frankreich) auf maximal

<sup>1</sup> Soweit sie auf S. 11 auf das Werk von *Nora und Stefan Koldehoff*, *Aktenzeichen Kunst – Die spektakulärsten Kunstdiebstähle der Welt* (2004), Bezug nimmt, wird nicht immer klar, wer bzw. was gemeint ist. Gab es den Marquis Eduardo de Valfierno, den die Koldehoffs auf S. 29 erwähnen, wirklich? – Welcher Diebstahl aus der Hamburger Kunsthalle ist gemeint? Der Diebstahl von Wouwermans „Reiter an der Düne“ im Jahr 1960, von Werken von Delacroix im Jahr 1972, einer Statue von Giacometti im Jahr 2002 oder gar von Caspar David

