

# New Approaches to Lawmaking

**Kurator: Holger Fleischer**

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht

**Basistext (7. März 2014)**

## I. Einführung

„The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law“, formulierte der große US-amerikanische Richter und Rechtsprofessor *Oliver Wendell Holmes* dereinst in seiner *prediction theory*. Dieses klassische Selbstverständnis der Rechtswissenschaften ist inzwischen überholt. Heute steht die rechtswissenschaftliche Forschung gleich in doppelter Hinsicht vor einem Umbruch:

- *Von der Rechtsanwendungs- zur Rechtssetzungswissenschaft*: Zum einen widmet sich die moderne (Spitzen-)Forschung immer weniger der Rechtsanwendung und immer mehr der Rechtsetzung. Unter der Fahne der *Better Regulation* sieht sie ihre Hauptaufgabe nicht mehr in der Ordnung und Systematisierung der richterlichen Spruchpraxis, sondern vor allem in dem Vordenken neuer gesetzlicher Problemlösungen. Ein solcher Forschungsansatz verspricht gerade unter den Knappheitsbedingungen wissenschaftlicher Ressourcen eine attraktive Rendite: Der Grenznutzen einer *legislativen Rechtswissenschaft*, die sich z.B. der Zukunft des Gläubiger- oder Verbraucherschutzes in Europa annimmt, ist weitaus größer als jener einer systemimmanenten Verfeinerung der Rechtsprechungsregeln zur verdeckten Sacheinlage oder zum Einwendungsdurchgriff beim Verbraucherdarlehen.

- *Von der Staatlichkeit zur Entstaatlichung des Rechts*: Zum anderen liegt die Rechtssetzung längst nicht mehr nur in der Hand eines nationalen Gesetzgebers, der zwingende Regeln für die Rechtsunterworfenen in seinem Hoheitsgebiet erlässt. Vielmehr haben wir es heute mit einer Vielzahl von Regelgebern auf ganz verschiedenen Ebenen zu tun, unter denen sich zunehmend auch private Normsetzer befinden. Betroffen davon sind klassische Regelungsbereiche wie das Vertragsrecht (*Principles of European Contract Law*) und das Gesellschaftsrecht (*Corporate Governance Codes*) ebenso wie neuere oder neueste Rechtsmaterien (Sportrecht, Internetrecht). Vielfach treten private Normsetzer auf, wenn es um internationale Regelungsprobleme geht, die den nationalstaatlichen Gesetzgeber

überfordern. Gleichzeitig ist Staatlichkeit im supranationalen Bereich vielfach zu wenig ausgeprägt, um als Basis für traditionelle Normsetzung zu dienen.

Vor diesem Hintergrund lassen sich unter der Überschrift *New Approaches to Lawmaking* drei größere Entwicklungslinien ausmachen, die heute im Mittelpunkt rechtswissenschaftlicher Forschung stehen: (1.) der scheinbar unaufhaltsame Aufstieg privater Akteure als Regelgeber, (2.) die Entwicklung von Optionsmodellen als neuem Regelungsinstrument auf nationaler und supranationaler Ebene und (3.) die Herausbildung von Mehrebenensystemen als neuer Regelungsarchitektur.

## **II. Private Akteure als Regelgeber**

Private Normsetzer haben national und international verschiedene Gesichter. Die wohl bedeutendste Entwicklung auf dem Gebiet des Zivilrechts geht zurück auf eine Initiative von Wissenschaftlern, die den Prozess der Europäisierung des Privatrechts auf breiter Front und von den Grundlagen her begleitet und vorangetrieben haben. Verschiedene Wissenschaftlergruppen haben es unternommen, auf breiter rechtsvergleichender Grundlage regelförmig formulierte Referenztexte zu entwickeln, die gewissermaßen nicht-legislative Kodifikationen bilden. Pioniercharakter hatten die *Principles of European Contract Law* der sog. *Lando-Kommission*, die von dem Gedanken eines *Restatement* des europäischen Privatrechts inspiriert waren. Ein ähnliches, allerdings auf globale Rechtsvereinheitlichung zielendes Dokument legte das römische UNIDROIT-Institut mit den *Principles of International Commercial Contracts* vor. Die Idee dieser Modellregeln erwies sich als so attraktiv, dass sie von anderen Arbeitsgruppen aufgegriffen wurden. Einige von ihnen wurden in einem *Joint Network on European Private Law* zusammengeführt mit der Aufgabe, einen Gemeinsamen Referenzrahmen (*Common Frame of Reference*) für ein Europäisches Vertragsrecht zu entwickeln. Aufbauend auf diesen und anderen Vorarbeiten hat die Europäische Kommission kürzlich einen Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (*Common European Sales Law*) vorgelegt. Mit diesem Dokument tritt der Prozess der Europäisierung des Privatrechts in ein neues Stadium ein.

Beispiele für private Regelsetzung zeigen sich in vielfältiger Form auch im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, wo Verhaltenskodizes für börsennotierte Unternehmen heute zu den Kernelementen der Corporate Governance in der westlichen Welt zählen. Sie werden von Börsen, Industrieverbänden oder halbstaatlichen Regierungskommissionen aufgestellt. Ihre

Themen und Schwerpunkte hängen vom jeweiligen Urheber ab: Von Börsen erarbeitete Regelwerke betonen vor allem Fragen der internen *board*-Organisation; staatsnahe Regelwerke legen mehr Gewicht auf externe Rechts- und Regulierungsfragen; von Industrieverbänden herausgegebene Kodizes widmen den Bilanzierungs- und Transparenzanforderungen vergleichsweise wenig Raum. Auch jenseits der *Corporate Governance Codes* wächst der Einfluss privater Standardsetzer auf Fragen der Unternehmensführung und Unternehmensüberwachung. Bei ihnen handelt es sich häufig um transnationale Akteure, die für eine weltweite Zirkulierung bestimmter Corporate-Governance-Muster sorgen – bildhaft als „migrating standards“ beschrieben. Treibende Corporate-Governance-Kräfte sind namentlich die führenden Börsen, die durch ihre Zulassungsbedingungen für Mindeststandards guter Unternehmensführung sorgen und das gesetzliche Anforderungsprofil zuweilen sogar verschärfen. Außerdem werden Corporate-Governance-Regeln durch institutionelle Investoren mitgeprägt. Unter ihnen nimmt CalPERS, der Pensionsfonds für die öffentlichen Bediensteten in Kalifornien, eine herausgehobene Stellung ein. Schließlich sind in jüngster Zeit die sog. Stimmrechtsberater (*proxy advisors*) zu einer heimlichen Corporate-Governance-Macht aufgestiegen.

Aus wirtschaftsrechtlicher Sicht verdienen des Weiteren die internationalen Anwaltsfirmen Beachtung, die als Transaktionskosteningenieure und Reputationsintermediäre dazu beitragen, dass sich bei M&A-Vereinbarungen weltweit bestimmte Vertragsklauseln durchsetzen. Ein prominentes Beispiel bilden sog. „Deal Protection“-Vereinbarungen, mit denen der Kaufinteressent durch sanften Druck auf das Zustandekommen der M&A-Transaktion hinwirkt. In begrifflicher Parallele zu den *Legal Transplants* vermittelt neuer Gesetzesvorschriften kann man derartige Vertragsklauseln als *Private Legal Transplants* bezeichnen. Sie spiegeln größtenteils anglo-amerikanische Verhandlungsgepflogenheiten wider und lassen sich oft nicht friktionslos in kontinentaleuropäische Rechtsordnungen einfügen. Die sich hieraus ergebenden Reibungsflächen, Konfliktlinien und Widersprüche bilden einen insgesamt noch wenig ausgeleuchteten Forschungsgegenstand der Wirtschaftsrechtsvergleichung.

Im Völkerrecht lässt ein anderes Phänomen beobachten, dass man als „The Exercise of International Public Authority“ bezeichnet hat. Internationale Organisationen wie die OECD üben durch ihre regelmäßigen Schulleistungsuntersuchungen einen erheblichen Einfluss auf die nationale Schulpolitik und andere Politikbereiche aus. Gleiches gilt für den Basler

Ausschuss für Bankenaufsicht der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, der mit seinem als „Basel III“ bezeichneten Reformpaket die Bankenregulierung maßgeblich mitbestimmt. Durch die Linse individueller und kollektiver Selbstbestimmung lassen sich diese und weitere Steuerungsinstrumente als Ausprägungen öffentlicher Gewalt verstehen. Wenn das öffentliche Recht die Ausübung öffentlicher Gewalt legitimieren und beschränken soll, so steht das Völkerrecht vor der Frage, wie es mit den Herausforderungen der zunehmenden Ausübung öffentlicher Gewalt durch *internationale* Organisationen und *transnationale* Netzwerke umgehen soll. Ähnliche Probleme stellen sich im Zusammenhang mit der Herrschaft internationaler Gerichte, die längst nicht mehr nur der Streitschlichtung dienen, sondern zunehmend auch *International Judicial Lawmaking* betreiben.

Aus einer historischen Langzeitperspektive ist entstaatlichtes, ja sogar entterritorisiertes Recht allerdings keine gänzlich neue Erscheinung. Vielmehr bildete das „Recht ohne Staat“ eher den historischen Regelfall. Normentstehungsprozesse aus dieser vor-staatlichen Zeit finden daher zunehmend die Aufmerksamkeit der europäischen und vergleichenden Rechtsgeschichte. Hierzu gehört auch die Herausbildung nicht-staatlichen Rechts, wie etwa dem Recht der Römischen Kurie, die sich mit der europäischen Expansion vor der Herausforderung einer *global governance* und entsprechender normativer Strukturbildung sah. Selbst die Nationalstaaten des 19. Jahrhunderts beharrten längst nicht immer auf einer Monopolstellung der Rechtsschöpfung. Es gab viele Räume autonomer Rechtsentstehung im Spannungsfeld moderner Staatsgewalt, etwa bei technischen Normen, aber auch unter dem Schutz von Vertragsfreiheit im Bereich des Privatrechts. Für solche Formen wurde der Begriff „regulierte Selbstregulierung“ geprägt, der heute zum geflügelten Wort der Governance-Forschung geworden ist.

### **III. Optionsmodelle als Regelungsinstrumente**

Ein zweiter bemerkenswerter Trend in der modernen Rechtsetzung besteht in der Entwicklung sog. Optionsmodelle. Anders als herkömmliche Regelungen geben sie den Marktakteuren keinen bestimmten Satz von Rechtsregeln verbindlich vor, sondern überlassen ihnen die Wahl zwischen verschiedenen Regelungsmodellen. Solche Options- oder Wahlmöglichkeiten gewinnen bei nationalen und supranationalen Gesetzgebern immer mehr an Bedeutung. Ihre Befürworter betonen, dass sie die Vorteile dispositiver Normen mit jenen des zwingenden Rechts verbinden: Einerseits bieten sie den Marktakteuren eine gewisse Auswahl, andererseits

bleiben Rechtssicherheit und Transparenz durch die Beschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten weiterhin gewährleistet.

Systematisch kann man Optionsmodelle nach verschiedenen Gesichtspunkten ordnen, die sich nicht ausschließen, sondern miteinander kombiniert werden können. Eine erste Einteilung knüpft daran an, ob sich die Wahlentscheidung auf einzelne Regelungselemente oder auf ganze Regelungsbündel bezieht. Zweitens kann man bei Optionsmodellen im Unionsrecht danach differenzieren, ob das Wahlrecht den Mitgliedstaaten oder den Marktakteuren selbst zusteht. Eine dritte Grenzziehung unterscheidet Regelungen, die gelten, wenn sich die Wahlberechtigten nicht gegen sie entscheiden (*Opt-out*-Modell oder Widerspruchslösung), und solche, denen man ausdrücklich zustimmen muss (*Opt-in*-Modell oder Zustimmungslösung). Die Strukturierung des gesetzlichen Optionsmodells kann privatautonome Wahlentscheidungen beeinflussen: „Menus matter!“ Wie die theoretische und empirische Forschung zeigt, erscheinen manche „Menü-Vorschläge“ verlockender als andere: Wahrnehmungsverzerrungen und Persistenzneigungen infolge von Netzwerk- oder Lerneffekten beeinflussen die tatsächliche „Menü-Auswahl“ der Normadressaten. So kann sich der Gesetzgeber zur Förderung seiner Regelungsziele etwa den sog. Ausstattungseffekt (*endowment effect*) zunutze machen, der dazu führt, dass Marktakteure eine dispositive Standardregelung in der Rechtswirklichkeit seltener abbedingen. Insgesamt bildet das optimale rechtliche Design von Optionsmodellen eine immer wichtiger werdende Grundfrage für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis.

Besonderer Beliebtheit erfreuen sich Optionsmodelle gegenwärtig im Europäischen Privatrecht. Sie werden dort auch als „28. Modell“ bezeichnet. Gemeint ist damit eine Bereitstellung supranationaler Organisationsformen, Rechtstitel oder Regelungsregime, die das Rechtsangebot der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht ersetzen, sondern ergänzen sollen. Um es an einem Beispiel zu veranschaulichen: Wer eine Aktiengesellschaft gründen möchte, die im Binnenmarkt tätig werden soll, dem soll dafür nicht nur die französische *société anonyme* (SA) oder die niederländische *namenlose vennootschap* (NV) zur Verfügung stehen, sondern auch die Europäische Aktiengesellschaft (SE) als eine genuin supranationale Organisationsform. Geläufig sind optionale Rechtsinstrumente auch aus dem europäischen Immaterialgüterrecht. Dort hat man mit der Gemeinschaftsmarke und dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster supranationale Schutztitel geschaffen, die parallel zu den nationalen Schutzrechten bestehen. Sie sollten vor allem dazu beitragen, die territoriale

Beschränkung der nationalen Schutzrechte zu überwinden. Hinzu gesellt sich neuerdings das Europäische Patent. Im Versicherungsvertragsrecht sind die wissenschaftlichen Vorarbeiten für ein optionales Instrument in Europa ebenfalls weit gediehen. Eine internationale Forschergruppe hat im Rahmen des *Draft Common Frame of Reference* einen Regelungsentwurf für allgemeine Fragen des Versicherungsvertragsrechts vorgelegt: die *Principles of European Insurance Contract Law*. Sie sind als voll entwickeltes Modell eines optionalen Instruments ausformuliert, das von den Marktakteuren gewählt werden kann. Regeln für bestimmte Versicherungssparten stehen noch aus. Jüngstes Beispiel für fakultatives Unionsprivatrecht ist der Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Auch er folgt dem Optionsmodell, indem er die nationalen Vertragsrechte unberührt lässt und nur Gültigkeit beansprucht, wenn die Parteien eines Vertrages es vereinbaren.

Die Diskussion über Rechtsnatur, Ziel, Rechtsrahmen, Anwendungsbereiche, Vorteile und Probleme solcher optionalen Instrumente und ihres möglichen Beitrags zur Vollendung des Europäischen Binnenmarkts steht noch am Anfang. Hier stellen sich von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet unterschiedliche Fragen. Es lassen sich aber auch eine Handvoll bereichsübergreifender Grundfragen identifizieren. Am Anfang aller Reformdebatten über Optionsmodelle steht die Frage nach einer unionsrechtlichen Kompetenz. Sie ist für das Gesellschafts- und Immaterialgüterrecht geklärt, aber beispielsweise für das Kaufrecht heftig umstritten. Mit der Bejahung einer Unionskompetenz ist die Frage nach einem rechtspolitischen Bedürfnis nicht schon beantwortet, sondern erst gestellt. Ihre seriöse Beantwortung ist vor allem deshalb wichtig, weil Rechtsvereinheitlichung beträchtliche Ressourcen verschlingt und sich daher wenigstens einer überschlägigen Kost-Nutzen-Rechnung stellen muss. Konzeptionell verdient zudem die Verzahnung supranationaler und nationaler Vorschriften Aufmerksamkeit: Empfiehlt sich ein supranationales Vollstatut oder soll man mit weitreichenden Verweisungen auf nationales Recht operieren? Wie soll man mit Fragen der Lückenschließung umgehen? Schließlich werfen Optionsmodelle die Frage nach dem Wettbewerb der Rechtsordnungen im Europäischen Privatrecht auf – freilich unter einem bisher wenig beleuchteten Blickwinkel: Es geht nicht um den horizontalen Wettbewerb zwischen mehreren Mitgliedstaaten, sondern um einen vertikalen Regulierungswettbewerb zwischen der supranationalen Ebene und der Ebene der Mitgliedstaaten. Die Funktionsbedingungen und Störgrößen einer solchen vertikalen Regelkonkurrenz sind wissenschaftlich noch wenig beleuchtet.

#### **IV. Mehrebenensysteme als Regelungsarchitektur**

Die neue Vielfalt von Regelgebern und Rechtsquellen führt häufig auch zu einer neuen Regelungsarchitektur, die man mit einem Begriff aus der politikwissenschaftlichen Europaforschung als *Multi-Level Governance* bezeichnen könnte. Als griffige Metapher bezeichnet er nicht nur die bloße Verteilung von Handlungskompetenzen auf verschiedenen Ebenen, sondern betont zugleich deren notwendige Verknüpfung zu einem umfassenden Gesamtsystem. Der weit verstandene Governance-Begriff bezieht neben verschiedenen Regelungsebenen (supranational – national) auch unterschiedliche Steuerungsformen (hierarchisch – nicht hierarchisch) und eine neue Akteursvielfalt (staatlich – nicht staatlich) ein. Ein besonderes Augenmerk gilt dem Vordringen weicher Steuerungsinstrumente sowie dem Bedeutungszuwachs privater Akteure als Promotoren europäischer Politik. Als idealtypische Interaktionsmuster im Mehrebenensystem der Europäischen Kommission pflegen Politologen Hierarchie, Verhandlung, Konkurrenz und Kooperation zu unterscheiden.

Der interdisziplinäre Brücken- oder Verbundbegriff der Multi-Level Governance eignet sich auch vorzüglich zur Konzeptualisierung der Corporate Governance in Europa: Eine erste Problemebene betrifft die Aufgabenverteilung im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht zwischen nationalem und supranationalem Gesetzgeber (Stichwort: Kompetenzfragen der Corporate Governance). Auf einer zweiten Ebene geht es um das rechte Verhältnis von hoheitlicher Regelsetzung und Selbstregulierung (Stichwort: Corporate Governance durch Verhaltenskodizes). Die dritte Ebene handelt von privaten Marktakteuren als faktischen Standardsetzern (Stichwort: Corporate Governance durch Börsen, institutionelle Investoren und Stimmrechtsberater). Ebenso wie in anderen Regelungsbereichen changiert die Politikkoordination im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht zwischen hierarchischer Steuerung, wechselseitiger Anpassung und interjurisdiktionellem Wettbewerb.

Ein ähnlicher Regelungspluralismus und eine ähnliche Regelungsarchitektur zeigen sich bei vielen Grund- und Einzelfragen im Recht der Europäischen Union, auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts oder im Internationalen Bilanz- und Steuerrecht. Für Rechtsgeschichtler sind historische Formen von Multinormativität ein zentraler Forschungsgegenstand; oft interessiert sie das Nebeneinander von säkular-rechtlicher und religiöser Normativität.