



Privatrechtliche Regelsetzung, Governance und Verhaltensökonomik

Florian Möslein*, Marburg

Kurztext

Governance und Verhaltensökonomik können die Privatrechtswissenschaft vor allem insofern bereichern, als sie zu effektiver Regelsetzung, also zur Auswahl zielführender Regelungsinstrumente und zur Entwicklung sinnvoller Regelungsstrategien beitragen. Umgekehrt sind beide Instrumente methodisch ungleich weniger geeignet, selbst Schutzziele zu definieren und dadurch materielle Regelungsinhalte zu determinieren. Diese Aufgabe sollte einer anderen, vorgelagerten Ebene vorbehalten bleiben; Rechtspolitik und Regelsetzung sind zumindest analytisch voneinander zu trennen. Dass Governance und Verhaltensökonomik ungeachtet ihrer methodischen Eignung in der Rechtswirklichkeit instrumentalisiert werden, um versteckte Rechtspolitik zu betreiben, ist mithin nicht wünschenswert – aber (leider) auch nicht ausgeschlossen.

Governance and behavioral economics can enrich private law theory especially insofar as they contribute to effective rulemaking, i.e. to the choice of targeted regulatory instruments and the design of meaningful regulatory strategies. Conversely, both instruments are methodologically much less suited to define themselves protection objectives or to determine the substance matter of regulation. This task should be left to another, upstream level. Legal policy and regulation are to be separated, at least analytically. It is therefore not desirable, but (unfortunately) not excluded in legal reality, that governance and behavioral economics are exploited as instruments of a hidden agenda of legal policy, regardless of their methodological suitability.

Schlagworte: Regelungsinstrumente; Regelsetzungslehre; Governance; Verhaltensökonomik; Rechtspolitik.

* Prof. Dr. Florian Möslein, Dipl.-Kfm., LL.M. (London), Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht, Philipps-Universität Marburg.



I. Das Spannungsfeld von (Privat-)Recht, Governance und Verhaltensökonomik

Wer über das Generalthema „Recht, Governance und Verhaltensökonomik“ nachdenkt, muss diese Elemente zunächst zueinander in Beziehung setzen. Alle drei Begriffe bezeichnen Wissenschaftsdisziplinen oder zumindest Forschungsfelder. Wenn die altherwürdige Rechtswissenschaft auf zwei ungleich neuere, wohl auch modernere, jedenfalls unweigerlich interdisziplinäre Forschungsfelder trifft, so entsteht daraus ein scheinbar unauflösliches, vielleicht aber produktives Spannungsfeld, das durch die jeweils spezifischen Zielsetzungen und Methoden jener drei Ansätze ausgelöst wird.

Governance ist bekanntlich ein schillernder und vieldeutiger Begriff,¹ der unterschiedliche Formen der Handlungskoordination umfasst.² Wenngleich dabei, anders als bei der herkömmlichen Steuerungslehre, nicht mehr zielgerichtetes, interventionistisches Steuerungshandeln im Vordergrund steht, sondern institutionelle, nicht notwendig staatliche Regelungsstrukturen, die ihrerseits Anreizwirkung auf die beteiligten privaten und staatlichen Akteure entfalten,³ so geht es bei Governance im Kern dennoch um Fragen der Verhaltenssteuerung.⁴

Auch bei *Verhaltensökonomik* geht es – schon begrifflich – um menschliches Verhalten. Dieser Forschungsansatz versucht, das klassische ökonomische Verhaltensmodell des rationalen Nutzenmaximierers, des homo oeconomicus, der Realität anzunähern, indem er gewisse (vermeintliche?) Irrationalitäten in den Blick nimmt, etwa durch Berücksichtigung

¹ Der Begriff gilt als „notoriously slippery“ bzw. „anerkannt uneindeutig“: *Pierre/Peters*, Governance, politics, and the state (2000) 7; v. *Blumenthal*, Governance – eine kritische Zwischenbilanz, Zeitschrift für Politikwissenschaft 2005, 1149 (1150); *Schuppert*, Governance – auf der Suche nach Konturen eines „anerkannt uneindeutigen Begriffs“, in *Schuppert/Zürn* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt (2008) 13; vgl. auch *Offe*, Governance – „Empty signifier“ oder sozialwissenschaftliches Forschungsprogramm? in *Schuppert/Zürn* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt (2008) 61 („empty signifier“).

² In diesem Sinne vor allem *Mayntz*, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie? in *Schuppert* (Hrsg.), Governance-Forschung² (2006) 11 (14 f.); ähnlich *Benz*, Governance – Modebegriff oder nützliches sozialwissenschaftliches Konzept? in *Benz* (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen (2004) 11 (25); *Börzel*, European Governance – Verhandlungen und Wettbewerb im Schatten der Hierarchie, in *Tömmel* (Hrsg.), Die Europäische Union (2008) 61 (63, 65 f.); *Scharpf*, Interaktionsformen (2000) 90-94, 323 („Interaktionsformen“); *Trute/Kühlers/Pilniok*, Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in *Schuppert/Zürn* (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt (2008) 173 (174). Engere Begriffsverständnisse etwa bei *Köndgen*, Privatisierung des Rechts. Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, AcP 2006, 477 (514) („Gesamtheit der kollektiven Einflüsse auf ein soziales System“; Hervorh. d. Verf.); *Offe* in *Schuppert/Zürn*, Governance 63 ff. (Gegenbegriff zu marktförmiger Handlungskoordination); *Stoker*, Governance as theory: five propositions, International Social Science Journal 1998, 17 ff. (Gegenbegriff zu hierarchischer Steuerung); überblicksweise zu diesen unterschiedlichen Definitionen: v. *Blumenthal*, Zeitschrift für Politikwissenschaft 2005, 1153 f.; *Schuppert* in *Schuppert/Zürn*, Governance 24; *Mayntz*, Governance im modernen Staat, in *Benz* (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen (2004) 65 (66 f.); Vgl. ferner *Schuppert*, Alles Governance oder was? (2011).

³ Zu „Governance und Regelungsstrukturen“ instruktiv *Franzius*, Governance und Regelungsstrukturen, VerwArch 2006, 186; Der Begriff der Regelungsstruktur wurde bemerkenswerterweise von sozialwissenschaftlicher Seite eingeführt. Vgl. *Mayntz/Scharpf*, Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in *Mayntz/Scharpf* (Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung (1995) 9 (19 f.) und in den (Verwaltungs-) Rechtswissenschaften nur spärlich rezipiert, vgl. jedoch *Schuppert*, Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen, in *Schuppert* (Hrsg.), Governance-Forschung² (2006) 371 (382-394); *Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, 950 (952-954); *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 2004, 451 (457-459) und (468-472); *Trute/Kühlers/Pilniok* in *Schuppert/Zürn*, Governance 175 ff.

⁴ Ausführlicher zum Ganzen: *Möslein*, Dispositives Recht (2011) 136 f.

heuristischer Entscheidungsfindung oder instabiler Präferenzen.⁵ Im Gegensatz zu anderen Verhaltensmodellen aus den Sozial- oder Verhaltenswissenschaften, etwa dem *homo sociologicus*,⁶ hält die Verhaltensökonomik jedoch trotz dieser Modifikation des Rationalitätsmodells am ökonomischen Effizienzkriterium als gesamtwirtschaftlichem Orientierungspunkt fest.⁷

Wenn sich Governance und Verhaltensökonomik demnach gegenseitig ergänzen, weil Governance Phänomene der Verhaltenssteuerung in den Blick nimmt und die Verhaltensökonomik hierfür methodische Hilfestellung leistet, indem sie ein hilfreiches, halbwegs realitätsgetreues Verhaltensmodell liefert, so ist das Verhältnis beider Ansätze zum Recht, insbesondere zum Privatrecht, komplexer und durchaus ambivalent.⁸ Als Teildisziplin des Rechts stellt das Privatrecht zwar ebenjene Regelungsstrukturen bereit, die menschliches Verhalten potentiell beeinflussen, indem sie bestimmte Anreize setzen.⁹ Insofern kann man das Privatrecht durchaus als ein Steuerungsinstrument verstehen.¹⁰ Allerdings ist gerade das Privatrecht durch und durch vom Gedanken der Privatautonomie, der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung, getragen.¹¹ Privatautonomie ermöglicht die Verfolgung eigener Zwecke nach eigener Einsicht, erlaubt also, um mit *Werner Flume* zu sprechen, geradezu „Selbstherrlichkeit“.¹² Wenn aber Selbstherrlichkeit den Dreh- und

⁵ Vgl etwa *van Aaken*, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in *Anderheiden et al* (Hrsg), *Paternalismus und Recht* (2006) 109; *Lüdemann*, Jenseits von Rationalität und Eigennutz, in *Engel et al* (Hrsg), *Recht und Verhalten* (2007) 1; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht (2014) insb 174-266. Allgemein zur Verhaltensökonomik statt aller: *Camerer/Loewenstein/Rabin* (Hrsg), *Advances in behavioral economics* (2004); *Kahneman/Tversky* (Hrsg), *Choices, values, and frames* (2000); *Sunstein* (Hrsg), *Behavioral Law & Economics* (2000); grundlegend *Simon*, *Homo rationalis* (1993) (englisches Original 1983).

⁶ Grundlegend *Dahrendorf*, *Homo Sociologicus*. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle¹⁶ (2006); erstmals veröffentlicht in *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1958, 178-208 und 345-378; vgl ferner *Weise*, *Homo oeconomicus und homo sociologicus – Die Schreckensmänner der Sozialwissenschaften*, *Zeitschrift für Soziologie* 1989, 148. Für Gegenüberstellungen jener Verhaltensmodelle aus rechtswissenschaftlicher Perspektive vgl *Th. Raiser*, *homo oeconomicus, homo sociologicus, homo juridicus*. Leitbilder wissenschaftlicher Forschung? in *FS Rotteluthner* (2011) 347; *Möslein*, *Dispositives Recht* 267-301.

⁷ Entsprechend kritisch zur fehlenden Konvergenz jener anderen Verhaltensmodelle: *Vanberg*, *Rules and Choice in Economics and Sociology*, in *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 7 (1988) 146 (146) („amorphous set of numerous perspectives with no indication of theoretical convergence in sight“).

⁸ In diesem Sinne etwa *Führ*, *Rechtswissenschaft als Verhaltenswissenschaft – Beitrag der Rechtswissenschaft zu Konzepten responsiver Regulierung*, in *Scherzberg et al* (Hrsg), *Kluges Entscheiden* (2006) 291; vgl auch, *Lüdemann*, *Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft*, in *Engel et al* (Hrsg), *Recht und Verhalten* (2007) 7.

⁹ Vgl *Schuppert*, *Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht*, in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann ua* (Hrsg), *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts* (1993) 65 (96 f); *ders*, *Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen*, in *ders* (Hrsg), *Governance-Forschung*² (2006), 371 (383); *Franzius*, *VerwArch* 2006, 197, 202 ff mwN.

¹⁰ Dazu – und zugleich zu Vorbehalten: *Wagner*, *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?* *AcP* 2006, 352 (360) („heiße Kartoffel“); *G.-P. Callies*, *Die Steuerungskrise – jetzt auch im Privatrecht?* in *FS G. Teubner* (2009) 465.

¹¹ In diesem Sinne etwa *Zöllner*, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, *AcP* 1988, 85 (95 ff); vgl ferner *Mayer-Maly*, *Privatautonomie und Selbstverantwortung*, in *Lampe* (Hrsg), *Verantwortlichkeit und Recht* (1989) 268 (277) sowie die Beiträge in *Riesenhuber* (Hrsg), *Privatrechtsgesellschaft* (2007) und *ders* (Hrsg), *Das Prinzip der Selbstverantwortung* (2011).

¹² *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*⁴ (1992) 17; im Anschluss an *Reinhardt*, *Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge*, in *FS Schmidt-Rimpler* (1957) 115 (116). Neuerdings etwa *Riesenhuber*, *Privatautonomie und Diskriminierungsverbote – Grundlagen im deutschen Recht und europäische Regulierung*, in *Riesenhuber/Nishitani* (Hrsg), *Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?* (2007) 19 (20 f).

Angelpunkt des Privatrechts bildet, so verbietet sich scheinbar von vorneherein, in diesem Zusammenhang über Steuerungseffekte des Privatrechts (*Governance*) nachzudenken oder die Entscheidungsfindung Privater zu hinterfragen und zu modellieren (*Verhaltensökonomik*).

II. Die Relevanz für das Privatrecht

A. Privatrecht als Infrastruktur

Trotz dieses grundlegenden Spannungsverhältnisses schließen sich Privatrecht, Governance und Verhaltensökonomik nicht gegenseitig aus, sondern können sich gegenseitig befruchten. Denn das Privatrecht macht die Privatautonomie zwar zum Ausgangspunkt; zugleich stellt der Privatrechtsgesetzgeber aber Regeln bereit, auf deren Grundlage diese Privatautonomie erst sinnvoll ausgeübt werden kann.¹³ Dies illustriert das berühmte Wüstenbeispiel *Gerhart Husserls*, in dem sich zwei Menschen unterschiedlicher Nationalität in der Wüste begegnen und miteinander Dörrfleisch und Früchte tauschen, weil der eine Hunger und der andere Durst hat.¹⁴ Dieses Beispiel zeigt, dass Vertragsfreiheit nicht sinnvoll ausgeübt werden kann, ohne dass es eine übergeordnete Rechtsordnung gibt, die privaten Verträgen durchsetzbare Bindungswirkung verleiht.¹⁵ Jeder der beiden Wüstenbewohner müsste nämlich befürchten, dass ihm das, was er per Tauschgeschäft erworben hat, gleich anschließend wieder weggenommen wird.¹⁶

Das Privatrecht steht deshalb nicht in diametralem Widerspruch zu Governance und Verhaltensökonomik. Stattdessen steht es zu diesen beiden Forschungsansätzen in einem tendenziell subtileren Verhältnis als etwa das öffentliche Recht, das von vorneherein stärker hierarchisch orientiert ist. Illustrativ kann man das Privatrecht mit einer Art Infrastruktur vergleichen: Ganz ähnlich wie das Straßen- oder Schienennetz ermöglicht und erleichtert die rechtliche Infrastruktur des Privatrechts die Ausübung privater (Gestaltungs-

¹³ Mit Nachdruck beispielsweise *Isensee*, Privatautonomie, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts – Band VII - Freiheitsrechte³ (2009) 207 (246 f) Privatrechtsnormen als das „rechtliche Gehäuse der Freiheit“; vgl ferner *Möslein*, Dispositives Recht 377.

¹⁴ *Husserl*, Rechtskraft und Rechtsgeltung: eine rechtsdogmatische Untersuchung (1925) 39; vgl dazu auch *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt (1994) 141; ferner v. *Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie (1936) 91–105 („im Naturstande“).

¹⁵ In diesem Sinne auch die Rechtsprechung des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts, vgl BVerfGE 89, 214 (231 f): „Nach ihrem Regelungsgegenstand ist die Privatautonomie notwendigerweise auf staatliche Durchsetzung angewiesen. Ihre Gewährleistung deckt die justitielle Realisierung gleichsam mit und begründet daher die Pflicht des Gesetzgebers, rechtsgeschäftliche Gestaltungsmittel zur Verfügung zu stellen, die als rechtsverbindlich zu behandeln sind und auch im Streitfall durchsetzbare Rechtspositionen begründen“; dazu näher aus privatrechtlicher Sicht: *Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht (2004) 27–29 (Erforderlichkeit eines „staatliche[n] Geltungsbefehl[s] für private Abreden“).

¹⁶ AA ersichtlich nur *Struck*, Demokratie und Recht (1988) 39 ff, der meint, die Rechtsordnung könne sich auf bloße Duldung von Verträgen beschränken, ohne deren rechtliche Durchsetzbarkeit zu gewährleisten; hiergegen jedoch zu Recht: *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in FS Lerche (1993) 873 (889) (FN 59) („völlig sinnlos und mit Art. 2 I GG zweifelsfrei unvereinbar“).

) Freiheit; sie kanalisiert, lenkt und steuert diese Freiheitsausübung zugleich aber auch in bestimmte Bahnen.¹⁷

Um dieses subtile, ambivalente Wechselspiel spezifisch in den Blick zu nehmen, liefern Governance und Verhaltensökonomik die richtigen Werkzeuge.¹⁸ Mit ihrer Hilfe lässt sich nämlich besser einschätzen, wie weit die Steuerungswirkung einzelner privatrechtlicher Regeln reicht. Die Infrastruktur des Privatrechts lässt sich somit als eine Art „choice architecture“ verstehen und untersuchen. Mit diesem Begriff bezeichnen *Richard Thaler* und *Cass Sunstein* ein zentrales Element des libertären Paternalismus.¹⁹

B. Regelsetzung vs Rechtsanwendung

In welchen Zusammenhängen, für welche Zwecke lohnt es sich nun für Privatrechtswissenschaftler, sich dieser beiden Werkzeuge zu bedienen und über die Steuerungswirkung des Privatrechts nachzudenken?

Governance und Verhaltensökonomik nehmen die Wirkung von Regeln auf (künftiges) privates Verhalten in den Fokus. Sie spielen daher eine große Rolle, soweit es um die ex-ante-Beurteilung von Rechtsregeln geht, helfen aber umgekehrt nicht viel weiter, soweit abgeschlossene Lebenssachverhalte rechtlich zu bewerten sind. Für die klassische Rechtsanwendung, die dogmatische Auslegungsarbeit und die Subsumtion, sind diese Analyseinstrumente deshalb nur sehr eingeschränkt hilfreich.²⁰ Umso größere Bedeutung haben sie umgekehrt für die Regelsetzung, sei es durch den Gesetzgeber, durch Private

¹⁷ Zum Bild des Privatrechts als „Infrastruktur“ *Windbichler*, Neue Vertriebsformen und ihr Einfluß auf das Kaufrecht, AcP 1998, 261 (271); vgl. ferner *Bachmann*, Privatrecht als Organisationsrecht. Grundlinien einer Theorie privater Rechtsetzung, in *Witt ua* (Hrsg), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (2003) 1 (20 ff); *Drexel*, Zwingendes Recht als Strukturprinzip des Europäischen Verbrauchervertragsrechts? in FS Sonnenberger (2004) 771 (783); *Grundmann*, Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach, ERCL 2007, 121 (122); *Riesenhuber/Möslein*, Contract Governance - Skizze einer Forschungsperspektive, in *Riesenhuber* (Hrsg), Perspektiven des Europäischen Schuldvertragsrechts (2008) 1 (22); für das Gesellschaftsrecht: *Fleischer*, Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht, ZHR 2004, 673 (675-678, 707) („Infrastrukturverantwortung des Gesetzgebers“).

¹⁸ Ähnlich instrumentaler Blickwinkel etwa bei *Fleischer/Schmolke/Zimmer*, Effizienzorientierung im Handels- und Wirtschaftsrecht – Einführung und Überblick, in *Fleischer/Zimmer* (Hrsg), Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht (2011) 9 (43-47). Näher zum Beitrag der Governance-Perspektive für das Privatrecht: *Möslein*, „Governance by Default“ – Innovation und Koordination durch dispositives Recht, in FS Klaus J. Hopt (2010) 2861.

¹⁹ *Thaler/Sunstein*, Nudge - Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness (2008) 81-100; *Sunstein*, The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism, Yale Law Journal 2013, 1826 (1879); kritisch *Blumenthal-Barby*, Choice Architecture: A mechanism for improving decisions while preserving liberty? in *Coons/Weber* (Hrsg), Paternalism – Theory and Practice (2013) 178. Einführend zum libertären Paternalismus etwa: *Eidenmüller*, Liberaler Paternalismus, JZ 2011, 814; monographisch *Neumann*, Libertärer Paternalismus – Theorie und Empirie staatlicher Entscheidungsarchitektur (2013).

²⁰ Ausführlich und zu Recht differenzierter *Lüdemann*, in *Engel et al*, Recht und Verhalten 44-47; vgl. ferner *Hopt*, Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten? JZ 1975, 341.

(etwa für Vertragsgestaltung) oder auch durch Gerichte (nämlich für die Rechtsfortbildung).²¹

C. Regelungsgehalt vs Regelsetzungstechnik

Darüber hinaus kann man, allerdings vorsichtiger und lediglich als Arbeitshypothese, noch weiter eingrenzen: Governance und Verhaltensökonomik tragen nicht primär dazu bei, materielle Regelungsziele zu definieren, sondern zeigen vor allem, auf welche Art und Weise Regeln strukturiert sein sollten, um jene – exogen vorgegebenen – Regelungsziele zu erreichen. Es geht diesen Werkzeugen nämlich nicht um die rechtspolitische Festlegung bestimmter Schutzziele (Verbraucherschutz, Anlegerschutz oÄ), sondern um Regelungsstrukturen und deren Wirkungen. Governance und Verhaltensökonomik sind insofern im Ausgangspunkt rechtspolitisch neutrale Hilfsmittel.²² Sie zeigen jedoch, dass jede Zuweisung von Rechten paternalistische Wirkung haben kann.²³ Zudem können sie zu einer effektiven Regelsetzung beitragen, indem sie Funktionsvoraussetzungen und Funktionsweise spezifischer Regelungsinstrumente analysieren und dadurch helfen, übergreifende Regelungsstrategien zu entwickeln und die Technik der Regelsetzung zu verbessern. Governance und Verhaltensökonomik sind insofern modal orientiert; sie betreffen weniger das „Ob“ als vielmehr das „Wie“ der Regelsetzung.²⁴

III. Anwendungsbeispiele aus dem Unternehmensrecht

A. Dispositives vs zwingendes Gesetzesrecht

Vorliegend lässt sich diese These (oder: Behauptung) nur an einigen wenigen Regelungsfragen aus dem Unternehmensrecht auf den Prüfstand stellen, beispielsweise an

²¹ Allgemein zu Bedeutung und Bedarf einer (privatrechtlichen) Regelsetzungslehre: Für das Vertragsrecht vor allem *Bachmann*, Optionsmodelle im Privatrecht, JZ 2008, 11 (19 f); *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts (2010) 332 f; *Eidenmüller*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216; *Unberath/Cziupka*, Dispositives Recht welchen Inhalts? - Antworten der ökonomischen Analyse des Rechts, AcP 2009, 37 (39); für das Gesellschaftsrecht: *Binder*, „Prozeduralisierung“ und Corporate Governance – Innerbetriebliche Entscheidungsvorbereitung und Prozessüberwachung als Gegenstände gesellschaftsrechtlicher Regulierung – Entwicklungslinien und Perspektiven, ZGR 2007, 745 (746); *Davies/Hertig/Hopt*, Beyond the Anatomy, in *Kraakman/Davies ua* (Hrsg), The anatomy of corporate law (2006) 215 (224); *Eidenmüller*, Forschungsperspektiven im Unternehmensrecht, JZ 2007, 487 (490 f); *Fleischer*, ZHR 2004, insb 686-704.

²² Mit Blick auf die Verhaltensökonomik ähnlich, wenngleich mit kritischem Unterton (fehlende normative Grundlage): *Schnellenbach*, Wohlwollendes Anschubsen: Was ist mit liberalem Paternalismus zu erreichen und was sind seine Nebenwirkungen? Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2011, 445; anders hingegen *Lurger*, Empiricism and Private Law: Behavioral Research as Part of a Legal-Empirical Governance Analysis and a Form of New Legal Realism, Austrian Law Journal 1/2014, 20 (33); *Schäfer/Ott*, Homo Oeconomicus, Verhaltensökonomik und liberaler Paternalismus, in FS Hans-Peter Bull (2011) 301 (312-322).

²³ So vor allem *van Aaken* in *Anderheiden et al*, Paternalismus und Recht 109; referierend *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung 226-228.

²⁴ Zu diesen Fragestellungen vgl. *S. Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft (2003) 323-335; außerdem zum Begriff der „modalen Normanalyse“: *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht (2012) insb 24-34; vgl. ferner *Bachmann*, Private Ordnung (2006) 375 („Baukasten der Regelsetzung“).

Regeln zur Hinauskündigung und Abfindung von Gesellschaftern in geschlossenen Gesellschaften.²⁵ Die Verhaltensökonomik kann hier zwar durchaus auch den grundsätzlichen Schutzbedarf identifizieren, indem sie etwa zeigt, dass Gesellschafter zu kurzfristig denken und daher nicht rational genug agieren, um entsprechende Schutzmechanismen bereits zum Zeitpunkt ihres Beitritts zur Gesellschaft zu vereinbaren.²⁶ Sie kann das „Ob“ des legislativen (oder judikativen) Tätigwerdens also durchaus rechtfertigen.

Der eigentliche Mehrwert der Verhaltensökonomik – und erst recht der Governance-Analyse – zeigt sich dann aber bei der Frage, wie intensiv der Gesetzgeber regeln muss, ob er beispielsweise die Frage der Abfindung zwingend regeln muss oder ob umgekehrt dispositive Vorgaben genügen, etwa weil bereits solches „framing“ die Beitrittsverhandlungen hinreichend prägt.²⁷ Der *status quo*, den dispositive Regeln festlegen, entfaltet nach den Erkenntnissen der Verhaltensökonomik nämlich erstaunliche Beharrungskräfte, auch wenn die Parteien ihn eigentlich ohne weiteres abbedingen können.²⁸ Darüber hinaus mag die Verhaltensökonomik spezifizieren helfen, welche Mechanismen der Abbedingung sinnvoll sind, ob etwa bereits das Schriftformerfordernis oder erst die Pflicht zur notariellen Beurkundung für hinreichendes „debiasing“ sorgt.²⁹

B. Menü- und Modellgesetzgebung

Die Verhaltensökonomik zeigt außerdem, dass es darauf ankommt, in welchen „Paketen“ selbst dispositive gesellschaftsrechtliche Regeln angeboten werden: „Menus matter“, so titelt *Ian Ayres* plakativ.³⁰ Im Gesellschaftsrecht, das mehrere Rechtsformen zur Wahl stellt, spielt Menügesetzgebung naturgemäß eine besonders große Rolle.³¹ Diese Regelungsstruktur vermag, so die Lehre der Verhaltensökonomik, die Verhandlungen zwischen Gesellschaftsgründern maßgeblich zu prägen und zu beeinflussen, weil die Pakete, die der Gesetzgeber anbietet, in der Regel nicht aufgeschnürt, sondern fast blind

²⁵ Vgl. dazu etwa *Flume*, „Hinauskündigung“ aus der Personengesellschaft und Abfindung, DB 1986, 629; *Henssler*, Hinauskündigung und Austritt von Gesellschaftern in personalistisch strukturierten Gesellschaften, in FS Konzen (2006) 267.

²⁶ Näher *Schmolke*, Expulsion and Valuation Clauses – Freedom of Contract vs. Legal Paternalism in German Partnership and Close Corporation Law, ECFR 2012, 380 (405-413); *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung 534-593.

²⁷ Dazu eingehend *Schmolke*, ECFR 2012, 413-418; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung 653-655; allgemein zu diesen sog. Framing-Effekten: *Tversky/Kahneman*, Rational Choice and the Framing of Decisions, *Journal of Business* 1986, 251; monographisch *Stocké*, Framing und Rationalität (2002).

²⁸ *Möslein*, Dispositives Recht 317.

²⁹ Allgemein zu den vielfältigen Abstufungen des Dispositionsspielraums *Möslein*, Dispositives Recht 161-264; zum „debiasing through law“ vgl. *Jolls/Sunstein*, Debiasing through Law, *Journal of Legal Studies* 2006, 199.

³⁰ *Ayres*, Menus Matter, *U Chi L Rev* 2006, 3; vgl. außerdem: *Bachmann*, JZ 2008, 11 ff; *Bechtold*, Vertragsrecht 121-265; *Ringe*, Menügesetzgebung im Privatrecht, AcP 2013, 98.

³¹ Dazu näher *Hertig/McCahery*, Legal Options: Towards Better EC Company Law Regulation, in *Weatherill* (Hrsg.), Better regulation (2007) 219; *Hertig/McCahery*, Optional rather than Mandatory EU Company Law: Framework and Specific Proposals, ECFR 2006, 341; *Listokin*, What Do Corporate Default Rules and Menus Do? An Empirical Examination, *Journal of Empirical Legal Studies* 2009, 279; vgl. außerdem *Möslein*, Dispositives Recht 49.

übernommen werden. Die fraglichen Kündigungs- und Abfindungsregeln brauchen daher möglicherweise nur im richtigen Menü verpackt zu werden.

C. Comply-or-Explain-Regeln

Unter Umständen braucht der Gesetzgeber die entsprechenden Regeln nicht einmal selbst zu erlassen. Die Verhaltensökonomik zeigt nämlich, dass selbst privat gesetzte Regeln erhebliche Wirkkraft zeigen, zumindest wenn sie vom Gesetzgeber durch sog Comply-or-Explain-Vorgaben flankiert werden.³² Das bedeutet, dass Gesellschaften von den inhaltlichen Vorgaben dieser privaten Kodizes nur abweichen dürfen, wenn sie diese Abweichung öffentlich kundtun und erläutern.³³ Während sich strikte Eigennutzmaximierer von diesem Erfordernis nicht würden abschrecken lassen, zeigt die Verhaltensökonomik, dass die Hürden in Wirklichkeit höher – und die Wirkkraft entsprechender Regeln deshalb größer ist.³⁴

IV. Fazit

Diese wenigen Beispiele zeigen bereits, dass Governance und Verhaltensökonomik die Privatrechtswissenschaft vor allem insofern bereichern können, als sie zu effektiver Regelsetzung, also zur Auswahl zielführender Regelungsinstrumente und zur Entwicklung sinnvoller Regelungsstrategien beitragen. Umgekehrt sind beide Instrumente methodisch ungleich weniger geeignet, selbst Schutzziele zu definieren und dadurch materielle Regelungsinhalte zu determinieren. Diese Aufgabe sollte einer anderen, vorgelagerten Ebene vorbehalten bleiben; Rechtspolitik und Regelsetzung sind zumindest analytisch voneinander zu trennen. Dass Governance und Verhaltensökonomik ungeachtet ihrer

³² Ausführlich hierzu *Haar*, Normanerkenntnis, -befolgung und Economic Behavior, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2014, 219.

³³ Zur Bindungsintensität solcher Regeln vgl. *Wymeersch*, How can Corporate Governance Codes Be Implemented? in *Ferrarini/Wymeersch* (Hrsg), Investor Protection in Europe - Corporate Law Making, The MiFID and Beyond (2006) 143 (148), („not binding in substance“); *Seidel*, Der Deutsche Corporate Governance Kodex – eine private oder doch eine staatliche Regelung? ZIP 2004, 285 (290 f) ([nur] „mittelbare rechtliche Bindungswirkung“). Die einzelnen Folgen unterlassener, unvollständiger oder falscher Erklärungen sind indessen ausgesprochen vielfältig, vgl. *Schüppen*, To comply or not to comply – that's the question! - „Existenzfragen“ des Transparenz- und Publizitätsgesetzes im magischen Dreieck kapitalmarktorientierter Unternehmensführung, ZIP 2002, 1269 (1272 f); *Lutter*, Die Erklärung zum Corporate Governance Kodex gemäß § 161 AktG, ZHR 2002, 523 (527–535); ferner *Bachmann*, Der „Deutsche Corporate Governance Kodex“: Rechtswirkungen und Haftungsrisiken, WM 2002, 2137 (2138–2142). Entsprechend schwer fällt die rechtliche Qualifikation: *Borges*, Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht zur Bindung an Corporate Governance-Kodizes, ZGR 2003, 508 (514 f); *Lutter*, Deutscher Corporate Governance Kodex und die Erklärungen nach § 161 AktG, in FS U. Huber (2006) 871 (872–874); *Ulmer*, ZHR 2002, 150 (160); *Seibt*, AG 2002, 249 (250 f); *Spindler*, Die Entwicklung der Satzungsfreiheit und Satzungsstrenge im deutschen Aktienrecht, in *Bayer/Habersack* (Hrsg), Aktienrecht im Wandel (2007) 995 (1026); *Weiss*, Hybride Regulierungsinstrumente (2011) 88–97.

³⁴ Empirische Studien zur Wirkkraft der *comply-or-explain*-Regelungen zur *corporate governance* finden sich bei *Nowak/Rott/Mahr*, Wer den Kodex nicht einhält, den bestraft der Kapitalmarkt?: Eine Empirische Analyse der Selbstregulierung und Kapitalmarktrelevanz des Deutschen Corporate Governance Kodex, ZGR 2005, 252; *Oser/Orth/Wader*, Beachtung der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, BB 2004, 1121 ff sowie in den jährlichen Kodex-Reports, beispielsweise v. *Werder/Talaulicar*, Kodex Report 2008: Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2008, 825.

methodischen Eignung in der Rechtswirklichkeit instrumentalisiert werden, um versteckte Rechtspolitik zu betreiben, ist mithin nicht wünschenswert – aber (leider) auch nicht ausgeschlossen.