

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE INNOVATIONEN

Im Laufe eines wissenschaftlichen Lebens wird viel geschrieben. Manches davon ist vergänglich, anderes überdauert. Einige Überlegungen haben sogar innovativen Charakter. Sie könnten, wenn man sich entschließen würde sie umzusetzen, die soziale und rechtliche Rahmenordnung strukturell verändern. Für die Leser, die sich mein Schrifttumsverzeichnis anschauen, ist häufig nicht erkennbar, in welchen Texten und Werken innovative grundlegende Ideen verborgen sind. Aus diesem Grunde werden hier auf kurzem Raum und in verständlicher Sprache die wichtigsten Innovationen vor die Klammer gezogen, von denen der Autor meint, dass eine vertiefte Diskussion und Auseinandersetzung mit diesen Überlegungen nützlich sein könnte.

1. Neue analytische Regelwirkungswissenschaft (NAWI) ... denn sie wissen nicht, was sie tun!

Warum Politik und Gesetzgebung so oft irren

Ein Plädoyer für die neue analytische Regelwirkungswissenschaft (NAWI)

Nomos Verlag 2014, ISBN 978-3-8487-1612-8

„Regeln sind unser Leben“. Aber, ob sie das bewirken, was sie bewirken sollen, wissen wir oft erst im nachhinein und häufig erst dann, wenn es zu spät ist. Die Finanzkrise steht als warnendes Beispiel vor uns, die Eurokrise ebenfalls, die Rückfallquoten des Strafrechts oder die starren Altersgrenzen lassen grüßen. Es gilt der Satz: „...denn sie wissen nicht, was sie tun!“ – ein biblisches Motto, das leider noch immer Gültigkeit hat, obwohl es möglich wäre, mit analytischen, wissenschaftlichen Methoden die Wirkungen von Regeln zu messen und zu quantifizieren, bevor sie Unheil anrichten können.

Schwintowski entwickelt ein Plädoyer für die „Neue analytische Regelwirkungswissenschaft (NAWI)“. Es wird gezeigt, dass die nachhaltige Messung und analytische Quantifizierung von Regeln möglich ist. Entwickelt werden erste Ansätze für Messmethoden und ergänzt um eine Vielzahl von Beispielen aus der uns umgebenen Lebenswirklichkeit, in die die Regelwirkungsforschung segensreich wirken könnte.

2. Der Anspruch auf angemessene, faire Schadensregulierung (VuR 2005, 201-206)

Im Rahmen der 15. Wissenschaftstagung des Bundes der Versicherten am 21.04.2005 in Bad Bramstedt Schwintowski auf eine Schutzlücke in der Rechtsordnung hingewiesen, die auf dem Bernoulli-Theorem beruht. Danach werden Schadensersatzprozesse nicht geführt, wenn die geschädigten Opfer nicht mindestens über ein Vermögen verfügen, das etwa doppelt so hoch ist, wie die wahrscheinlich zu erwartenden Prozesskosten im Falle eines Verlustes. Diese Rechtsschutzlücke kann von Schadensregulierern strategisch ausgenutzt werden, da ein Großteil der Geschädigten über das notwendige Vermögen zur Finanzierung (auch aussichtsreicher) Prozesse nicht verfügt. Das hängt damit zusammen, dass Rechtsschutzversicherungen nur teilweise bestehen und auch nur teilweise bezahlen und dass das System der Prozesskostenfinanzierung nur sehr lückenhaft angeboten wird.

Zur Schließung dieser Rechtsschutzlücke, die von den schadensregulierenden Versicherungsgesellschaften strategisch ausgenutzt werden kann, entwickelt Schwintowski einen Anspruch auf angemessene, faire Schadensregulierung. Dieser Anspruch besteht nach seiner Auffassung bereits heute schon. Er beruht auf den §§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB und besteht aus drei Kernelementen:

- Pflicht zur umfassenden, wahrheitsgemäßen und objektiven Sachverhaltsaufklärung durch den Schadensregulierer
- Pflicht zur zeitnahen Entwicklung eines (Vor-)finanzierungskonzeptes
- Pflicht zur Entwicklung eines Konzeptes der angemessenen psychologischen Betreuung des Unfallopfers

Verletzen Schadensregulierer rücksichtslos und mit dem Ziel der Zermürbung der geschädigten Person deren Anspruch auf eine angemessene, faire Schadensregulierung, so löst dies einen Anspruch wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes aus. Dieser Anspruch steht neben dem Schmerzensgeldanspruch aus § 253 Abs. 1 BGB. Er ist eigenständig zu berechnen und der Höhe nach so zu gestalten, dass die vom Schadensregulierer angestrebten Regulierungsgewinne anreizkompensierend sanktioniert werden (Caroline von Monaco-Doktrin).

3. Prozesskostenfinanzierung als Teil des Risikomanagementsystems im Unternehmen

Seit dem 1. Mai 1998 hat der Vorstand einer Aktiengesellschaft „geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden“ (§ 91 Abs. 2 AktG). In einem im Februar 2007 erschienenen Beitrag in der ZRFG (S. 15-22) entwickelt Schwintowski die These, dass in das nach § 91 Abs. 2 AktG erforderliche Risikomanagement auch die Prozessrisikoanalyse einzufügen ist. Darüber hinaus entwickelt Schwintowski aus der ARAG-Rechtsprechung des BGH vom 21.04.1997 (NJW 1997, 1926) die Rechtspflicht des Vorstands zur Einschaltung von Prozesskostenfinanzierern. Die Einschaltung des Prozesskostenfinanzierers durch den Vorstand ist im Unternehmensinteresse geboten, um zu prüfen, ob der Vorstand Kosten- und Prozessrisiken auf den Finanzierer verlagern und damit den Nutzen für das Unternehmen mehren kann. Die Wirtschaftsprüfer haben bei ihren Testaten darauf zu achten, ob die Prozessrisiken des Unternehmens im Lagebericht zutreffend dargestellt sind.

4. Anleger- und objektgerechte Beratung

Die Grundsätze der anleger- und objektgerechten Beratung sind vom BGH am 06.07.1973 im Bond-Urteil entwickelt worden (BGHZ 123, 126). Schwintowski entwickelt in einem Beitrag in der Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag im Jahre 2010 dieses Konzept grundlegend weiter. Er zeigt, dass das von der Rechtsprechung entwickelte

Konzept der anleger- und objektgerechten Beratung durch das am 01.11.2007 in Kraft getretene Geeignetheitskonzept des § 31 Abs. 4 WpHG maßgeblich modifiziert wurde. Entscheidend ist, dass die aus der Anlageempfehlung resultierenden Anlagerisiken in Zukunft seit dem 01.11.2007 für den Kunden finanziell tragbar sein müssen. Es genügt nicht, den Kunden (wie bisher) in eine Risikoklasse (konservativ/sicherheitsbewusst/chancenorientiert) einzuordnen. Vielmehr muss in jedem Einzelfall aus der Perspektive der finanziellen Verhältnisse des Kunden die Risikotragbarkeit individuell bestimmt werden. Die Risikotragfähigkeit muss immer auch den worst case (Vollverlust) umfassen.

5. Vorschlag für ein modernes, bezahlbares und nachhaltiges Rentenversicherungssystem

Fast 90 % der Deutschen sind im gesetzlichen Rentenversicherungssystem erfasst. Die Leistungen werden nach dem **Umlagesystem** erbracht, d.h. die jeweils arbeitende Generation zahlt Monat für Monat ein und die Rentenversicherung zahlt diese eingezahlten Beiträge an die Rentner/innen aus. Problematisch ist, dass der Anteil der einzahlenden (jüngeren) Generation immer kleiner wird - die Geburtenzahlen gehen zurück -, während der Anteil der immer älter werdenden Menschen steigt. Bis zum Jahre 2070 wird die Bevölkerungszahl in Deutschland um ca. 9 Mio. Menschen schrumpfen. Gleichzeitig nimmt die Anzahl der Menschen über 65 Jahre zu. Der Altenquotient (65) verdoppelt sich von 30 % (2007) auf 60 % im Jahre 2040 und steigt dann bis zum Jahre 2074 auf 64 % an (Mysickova, Stochastische Bevölkerungsausbreitung für Deutschland und ihre Bedeutung für ein zukünftiges Rentenmodell, November 2007; Klinge, Ein zukünftiger Altersrentenvertrag unter Wettbewerbsbedingungen 2008). Immer weniger Menschen müssen die Renten von immer mehr Menschen finanzieren.

Die Folge liegt auf der Hand. Entweder die Belastung der jungen Generation steigt ins Unermessliche oder – sehr viel wahrscheinlicher – die Leistungen gegenüber den jeweiligen Rentnern müssen drastisch gekürzt werden. Auf der Grundlage der Arbeit von Alene Mysickova hat Schwintowski Anfang 2009 einen Vorschlag für ein neues, nachhaltiges und bezahlbares Rentenversicherungssystem vorgelegt und die Grundüberlegungen dazu in der Festschrift „200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin“ im Jahre 2010 veröffentlicht. Im Kern würde jedem Bürger der Bundesrepublik Deutschland in Zukunft im Alter von 67 eine monatliche Rente in Höhe von 1.000,00 EUR (statt durchschnittlich 730,00 EUR) gewährt werden. Die Hälfte hiervon (500,00 EUR) würde – wie bisher – umlagefinanziert. Die andere Hälfte (500,00 EUR) würde kapitalgedeckt finanziert werden. Der Sparvorgang für den kapitalgedeckten Teil würde ab Geburt beginnen. Damit stünde eine Zinseszinsphase von ca. 67 Jahren zur Verfügung. Die Mysickova-Studie zeigt die finanziellen Auswirkungen eines solchen Systemumstiegs. Bis zum Jahre 2015 wären die Belastungen im neuen System fast deckungsgleich. Ab dem Jahre 2020 wird das heutige System immer teurer, es verursacht im Jahre 2040 Kosten von ca. 201 Mrd. EUR jährlich. Im Vergleich dazu kostet das neue System zu jener Zeit 40 Mrd. EUR pro Jahr weniger. Der Abstand erhöht sich im Zeitablauf. Er liegt im Jahre 2070 bei ca. 55 Mrd. EUR jährlich. Zu

dieser Zeit ist der Staatsanteil für das neue System auf nahezu null gesunken. Das System finanziert sich von nun an von selbst.

Bis zum Jahre 2070 werden Staat und Bürger um ca. 4.1 Billionen EUR entlastet. Dies liegt an der Ausnutzung des Zinseszinseseffektes. Dabei sind die Annahmen, die die Mysickova-Studie macht, sehr konservativ. Sie geht davon aus, dass erst vom 30. Lebensjahr an in das neue System eingezahlt wird. Beginnt man mit den Zahlungen – so wie es Schwintowski vorschlägt – bereits ab Geburt, so verlängert sich die Zinseszinsphase um mehr als weitere 30 Jahre. Wer ab Geburt ca. 30 EUR/mtl. einzahlt, erlangt durch den Zinseszinseseffekt nach Ablauf von 67 Jahren eine monatliche lebenslange Rente von etwa 500 EUR. Die Angaben sind inflationsbereinigt. Es wurde nur mit einem 2,5 Effektivzins gerechnet.

Das neue System ist nur zu 50 % kapitalgedeckt. Die anderen 50 % bleiben umlagefinanziert. Damit ist die Abhängigkeit vom Kapitalmarkt im Fälligkeitszeitpunkt der kapitalgedeckten Vorsorge – entsprechend den Vorschlägen des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi (Grundlegende Reform der gesetzlichen Rentenversicherung, 1998, 1257) angemessen und vertretbar begrenzt. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass die Weltbevölkerung insgesamt zunimmt, also jünger wird, folglich eine starke Nachfrage auf den Kapitalmärkten und den Märkten für Unternehmen entsteht.

Das Konzept einer flächendeckenden, jedem Bürger zu gewährenden Mindestrente in Höhe von 1.000,00 EUR/mtl. könnte sofort eingeführt werden. Alle Bürger/innen würden gleich behandelt werden. Sie hätten Planungssicherheit über ihre Altersmindestvorsorge. Vorgeschlagen wird eine Übergangszeit von 27 Jahren. Dabei könnte der Beitragssatz zur gesetzlichen Rentenversicherung ab sofort auf ca. 10 % gesenkt werden. Er würde bis 2030 bis zum Jahre 2070 langsam auf 15 % ansteigen. Gleichzeitig würde der Bundeszuschuss stetig reduziert – er betrug im Jahre 2008 ca. 56 Mrd. EUR und würde bis zum Jahre 2050 auf 7 Mrd. EUR/jährlich sinken. Ab 2060 würde der Bundeszuschuss weniger als 1 Mrd. EUR pro Jahr betragen.

6. Vorschlag für eine bezahlbare, nachhaltige gesetzliche Krankenversicherung

Fast 90 % der Bevölkerung gehören der gesetzlichen Krankenversicherung an. Die Gesundheitsausgaben stiegen von 1996 bis 2006 auf ca. 240 Mrd. EUR/jährlich. In Deutschland werden ca. 11 % des Bruttoinlandsproduktes für Gesundheitsleistungen ausgegeben. Die Tendenz ist steigend. Bis zum 2015 werden 13 % erwartet. Damit liegt Deutschland in der Spitzengruppe der G8-Staaten (USA 2005: 15,3 % des BIP).

Bei den Leistungen ist Deutschland eher mittelmäßig (Blankart/Fasten/Schwintowski, Das deutsche Gesundheitswesen zukunftsfähig gestalten, 2009). Zusammen mit Blankart und Fasten hat Schwintowski im Jahre 2009 einen Systemwechsel vorgeschlagen. Vorgeschlagen wird ein System der Krankenversicherung, basierend auf risikogerechten Prämien mit geringen staatlichen Interventionen. Soziale Härten sollen durch eine

Beitragshöchstgrenze (Vorschlag: 15 % des Einkommens) vermieden werden. Es besteht eine Versicherungspflicht – genauso wie in der Kfz-Haftpflichtversicherung. Ebenso wie dort wird es Bonus- und Selbstbeteiligungsregelungen geben. Das heißt der Unterschied zwischen der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung hebt sich auf. Anbieter im neuen System sind alle gesetzlichen Krankenkassen, ebenso wie alle privaten. Es entstünde ein freier Markt für Gesundheitsdienstleistungen mit geringer staatlicher Regulierung. Es gäbe eine Vielzahl von Leistungsanbietern und Versicherern, die um die Gunst der Patienten konkurrieren würden. Die Finanzierung würde risikoorientiert erfolgen, sodass die im derzeitigen System schlummernden Effizienzreserven zugunsten der Patienten aber auch der besonders qualifizierten Leistungsanbieter (Ärzte/Krankenhäuser/Arzneimittelhersteller) gehoben würden. Aufgrund der systemimmanenten Sparanreize (Selbstbeteiligungen/Boni) würde das System alle Überkapazitäten abbauen und insgesamt nur solche Kosten verursachen, die auf den Wünschen und Bedürfnissen der Patienten beruhen. Dabei wird der Wettbewerb – entgegen der Meinung vieler Kritiker – nicht allein über den Preis, sondern ebenso über die Qualität stattfinden, sodass auch hier mit einer Verbesserung zu rechnen ist. Ferner werden Innovationen nicht länger behindert, sodass das Leistungsspektrum erhöht und die Dynamik des „Wachstumsmotors Gesundheit“ zunehmen würde.

7. Vorschlag für eine bezahlbare und nachhaltige Pflegeversicherung

Die für die gesetzliche Rentenversicherung entwickelte zinseszinsbasierte Grundidee würde auch in der Pflegeversicherung geeignet sein, die in der Zukunft entstehende beachtliche Deckungslücke zu schließen. Schon heute beträgt die Deckungslücke in der Pflegestufe 3 pro Monat ca. 1.840,00 EUR (Schulze, Pflegebedürftigkeit – Konsequenzen und Verpflichtungen auch aus der Sicht der Kinder, VersWissStud 2009, 45). Dieser **pro Monat** fehlende Betrag ist von den Kindern der jeweils pflegebedürftigen Personen aufzubringen (§ 1601 BGB). Da jeder Erwerbstätige in Zukunft nahezu einen Rentner wird finanzieren müssen, heißt dies, dass allein für die Pflege Beträge zwischen 150.000 bis 300.000 EUR auf die junge Generation in den Jahren 2040 bis 2060 zurollen.

Wendet man in diesem System den Grundgedanken von Schwintowski an und finanziert es hälftig kapitalgedeckt und hälftig im Umlageverfahren und beginnt mit dem Sparvorgang ab Geburt, so hat auch hier der Zinseszinsseffekt gigantische Wirkungen (Einzelheiten: Schwintowski, Festschrift „200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin“, 2010, ab S. 1165).

8. Willensfreiheit

Die Rechtswissenschaft geht (weltweit) davon aus, dass Menschen über Willensfreiheit verfügen. Der BGH hat in den 50er Jahren entschieden: „Mit dem Unwerturteil der Schuld

wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich nicht rechtmäßig verhalten, dass er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich hätte rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können (BGHSt. 2, 200).

Schwintowski ist demgegenüber der Auffassung, dass kein Mensch gegen sein Gehirn entscheiden kann. Eine von den Steuerungsgrundlagen des Gehirns losgelöste „Freiheit an sich“ gibt es nach seiner Meinung nicht. Sehr ähnlich formuliert es der amerikanische Neurowissenschaftler David Eagleman (Der Spiegel, 7/2012, S. 112): „So sehr wir uns die Willensfreiheit wünschen mögen, so sehr wir glauben wollen, dass es sie gibt, haben wir nach dem jetzigen Stand unserer Erkenntnis keine Möglichkeit, ihre Existenz überzeugend nachzuweisen“. Eagleman schlussfolgert: „Der Rechtsstaat wird bald nicht mehr um die Erkenntnisse der Neurologie herumkommen. Ein besseres Verständnis der Täter ist nicht gleichbedeutend mit ihrem Freispruch, doch die Schuldfrage ist nicht das Thema. Wir sollten stattdessen immer davon ausgehen, dass Kriminelle nicht anders handeln konnten, als sie gehandelt haben. Die kriminelle Tat an sich sollte als Hinweis auf eine Abnormalität des Gehirns gewertet werden.“

Sehr ähnlich argumentiert Schwintowski (Recht und Gerechtigkeit, 1996, S. 65), wonach es dem Menschen zumindest möglich sein müsste, sozusagen auf Vorrat „alternative Verhaltensmöglichkeiten“ gedanklich zu speichern. So lässt sich beispielsweise speichern, dass man Sachen kaufen, mieten, pachten, leihen, aber natürlich auch stehlen oder unterschlagen kann. Man kann speichern, dass es unterschiedliche Süßigkeiten gibt. Löst nun Hunger den Wunsch nach einer Süßigkeit aus, so werden im Gehirn die verschiedenen Wahlmöglichkeiten aufgerufen und letztlich wird zwischen Schokolade, Baumkuchen, Apfel- oder Erdbeertorte entschieden. Entschließt sich der Mensch, die Erdbeertorte zu stehlen, so weiß er regelmäßig, dass er sie stattdessen auch kaufen könnte. Das unterscheidet ihn vom Kind, das diesen Unterschied noch nicht kennt und deshalb auch nicht bestraft wird. Es lassen sich also Muster alternativer gesellschaftlich geächteter und gesellschaftlich geachteter Verhaltensweisen entwickeln.

Juristisch vorwerfbar wird ein Verhalten dann, wenn jemand aus dem Kreis der für ihn denkbaren und bekannten Alternativen gerade diejenige auswählt, die geächtet ist. Es kommt also, anders als vom BGH postuliert, nicht darauf an, ob sich jemand für Unrecht entschieden hat, sondern allein darauf, ob jemand in der Lage war, das rechtmäßige Verhalten im Vorfeld zu erkennen und zu speichern. Strafe dient, wenn man so argumentiert, dem „Umlernen“, d.h. der Sicherstellung, dass in Zukunft aus dem Kreis der alternativen Verhaltensweisen die rechtlich zulässigen abgerufen werden. Eagleman schlägt Rehabilitierungsprogramme mit dem Ziel vor, diejenigen Neuronengruppen zu kräftigen, die langfristige Konsequenzen bedenken, den Impuls zu bremsen und das Nachdenken zu fördern (Incognito 2012, S. 216, 217). Das tradierte, aus Freiheits- und Geldstrafe bestehende Strafsystem würde zumindest ergänzt werden müssen um ein System des rehabilitierenden Umlernens. Die Legitimation für Strafe ist hiernach nicht die Schuld des Täters beim Auswahlprozess, sondern sein von gesellschaftlichen Normvorstellungen abweichendes Verhalten. In gleicher Weise würde die Verantwortlichkeit im Zivilrecht begründbar sein: Man muss für faule Eier einstehen, wenn man frische versprochen hatte,

man fährt innerstädtisch nicht schneller als 50 km/h und nimmt auch jemandem, der von rechts kommt, nicht die Vorfahrt.

All das gelingt allerdings nur, wenn man die alternativ zur Verfügung stehenden Verhaltensmöglichkeiten zuvor hat lernen können.

9. Nutzentheorie des Rechts

1995 hat Schwintowski in seiner Antrittsvorlesung an der Humboldt-Universität zu Berlin eine „Nutzentheorie des Rechts“ vorgestellt (Öffentliche Vorlesungen, Heft 47). Er geht davon aus, dass Recht ein Produktionsfaktor ist (wie Boden, Kapital und Arbeit). Nach seiner Meinung trägt der Produktionsfaktor Recht in erheblichem Umfang zum volkswirtschaftlichen Gesamteinkommen bei. Verteilungsdefizite durch Recht können entstehen, weil es keine Regel gibt, mit deren Hilfe ein besseres Rechtssystem oder eine bessere Rechtsregel den jeweils schlechteren Zustand verdrängen würde.

Um beurteilen zu können, ob ein Rechtssystem oder eine Rechtsregel optimale Wirkungen entfaltet, benötigt man einen Maßstab, der sich nicht an der durch Angebot und Nachfrage gekennzeichneten Einzelaktion orientiert, sondern auf den Gesamtnutzen abstellt. Er schlägt vor, in den Verfassungen ein Grundrecht auf optimale Rechtsregeln aufzunehmen. Das Grundrecht könnte lauten: Jeder hat Anspruch auf Rechtsregeln, die mehr nützen, als kosten.

10. Flexibilitätsprinzip

Im Jahre 1992 hat Schwintowski in der Antrittsvorlesung (Universität Passau) das Flexibilitätsprinzip für Rechtsregeln entwickelt. Angeknüpft wird an Heisenbergs Unschärferelation, wonach vereinfacht gesagt, in der Natur die präzise Festlegung variabler Strukturen nur annähernd möglich ist. Ein beobachteter Zustand kann danach sowohl richtig als auch zeitgleich falsch sein. Überträgt man diesen Gedanken auf das Rechtssystem, so kann die Anwendung einer Regel prinzipiell richtig oder falsch sein. Davon ausgehend schlägt Schwintowski folgendes Flexibilitätsprinzip vor: „Es spricht eine – widerlegliche – Vermutung dafür, dass Regeln, die zu starren, unabänderlichen Verhaltensweisen zwingen, unrichtig sind. Je weniger Spielraum eine Regel lässt, desto stärker muss der sie legitimierende Sachgrund sein (vertiefend: Rechtstheorie 1992, 35, 47).“

11. Kapitalmarktmoral oder Defizite in der Rechtsordnung

Schon immer wurde von vielen Seiten die fehlende Kapitalmarktmoral kritisiert und eingefordert. Besonders prominent ist der Hinweis von *Helmut Schmidt*, wonach der Raubtierkapitalismus die offene Gesellschaft bedrohe (Das Gesetz des Dschungels, DIE ZEIT, 50/2003). In einem in der Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag im Jahre 2006 veröffentlichten Beitrag entwickelt Schwintowski die Gegenthese. Er knüpft an die Überlegungen des Nobelpreisträgers Gary S. Becker aus dem Jahre 1976 an. Der Kern der Überlegungen Beckers beruht darin, dass Menschen ihren Nutzen, bezogen auf ein stabiles Referenzsystem, maximieren und sich in verschiedenen Märkten eine optimale Ausstattung an Informationen und anderen Faktoren schaffen (Gary S. Becker, *Ökonomische Erklärung menschlichen Verhaltens*, 2. Aufl., 1993, S. 15). Hiervon ausgehend, stellt Schwintowski die These auf, dass es nicht sinnvoll ist, über Kapitalmarktmoral zu reden, sondern stattdessen die Funktionsbedingungen für (internationale) Kapitalmärkte zu ändern. Diejenigen, die an die Kapitalmarktmoral appellieren, müssen stattdessen eine Antwort darauf geben, welche Funktionsdefizite sie im normativen Steuerungssystem der (internationalen) Kapitalmärkte eigentlich meinen. Schwintowski entwickelt Beispiele, die zeigen, dass es tatsächlich immer Funktionsdefizite sind, die zu Fehlsteuerungen auf Kapitalmärkten führen, etwa im Fall Mannesmann-Vodafone oder bei kreditfinanzierten Unternehmensübernahmen (hostile take-over-bids). In späteren Veröffentlichungen knüpft Schwintowski an diesen Ansatz an und zeigt, dass die Ursachen der Finanz- und Wirtschaftskrise einschließlich der Eurokrise (Stichwort: Griechenland) in fehlenden oder fehlerhaften Grundregeln des (internationalen) Währungs- und Kapitalmarktrechts zu suchen sind.

12. Taggenaue Bemessung des Schmerzensgeldes

Im Jahre 2011 hat Schwintowski die Grundzüge des Modells der taggenauen Berechnung des Schmerzensgeldes entwickelt (VuR 2011, 117). Grundgedanke ist, dass jeder Verletzte einen Anspruch auf Kompensation seines immateriellen Schadens hat (§ 253 Abs. 2 BGB), d.h. dieser immaterielle Schaden muss – so schon der Große Zivilsenat im Jahre 1955 – täglich nach Größe und Dauer der Leiden und Beeinträchtigungen kompensiert werden. Legt man einmal die in Deutschland üblichen Schmerzensgelder auf die durchschnittliche Lebenserwartung der Verletzten um, so zeigt sich, dass zurzeit zwischen 0,20 EUR bis max. 20,00 EUR täglich gezahlt werden. Die 20,00 EUR betreffen Schwerstverletzte, z.B. solche, die einen hundertprozentigen Dauerschaden erlitten haben und ihr Leben von nun an im Rollstuhl verbringen. Schwintowski ist der Auffassung, dass Schmerzensgelder in diesem Umfang mit den Grundsätzen der Menschenwürde (Art. 1 GG) nicht mehr in Einklang zu bringen sind und schlägt deshalb ein völlig neues (objektiviertes) System der Bemessung des Schmerzensgeldes nach Behandlungsstufen vor. Er differenziert zwischen der Behandlung in der Intensivstation, der Normalstation, der Rehabilitation, der Ambulanz zu Hause und dem Dauerschaden im Sinne der medizinisch durchgesetzten GdS-Tabelle. Für jeden Tag innerhalb der jeweiligen Behandlungsstufe wird ein festgelegter Prozentsatz des monatlichen Durchschnittseinkommens der Deutschen zugrunde gelegt. Bei den Verletzten,

die einen Dauerschaden erleiden, wird der Prozentsatz nach der GdS-Tabelle zugrunde gelegt, d.h. der Verletzte mit 100 % GdS bekommt den vollen Tagessatz für den Dauerschaden sein Leben lang – während ein Verletzter mit einem GdS von 20 % oder 30 % einen entsprechenden Anteil erhält.

Dieses System führt zu einer hochgradigen Normenklarheit und Normenbestimmtheit, zugleich zu Rechtssicherheit und zu überprüfbaren und angemessenen Schmerzensgeldern, sodass hiervon ausgehend tatsächlich von einer Kompensation der Schmerzen lebenslang gesprochen werden kann. Schwintowski ergänzt das System – angelehnt an die Entscheidung des Großen Zivilsenats aus dem Jahre 1955 – um eine zweite, individuelle Stufe. Auf dieser Stufe werden Zu- oder Abschläge je nach der individuellen Gestaltung des Falles vorgenommen – auf dieser Stufe wird z.B. das Verschulden des Schädigers oder auch das Mitverschulden des Verletzten berücksichtigt. Schließlich ergänzt Schwintowski das System um eine dritte Stufe, um der Präventionsfunktion des Haftungsrechtes zum Durchbruch zu verhelfen. Bei besonders schweren, vorwerfbaren Verhaltensverletzungen entfaltet das derzeitige Haftungs- und Versicherungssystem keinerlei Präventionswirkungen im Sinne einer Verhaltensveränderung beim Schädiger. Gemeint sind wirklich schwere, vorwerfbare Verhaltensverletzungen mit schweren Unfallfolgen – insbesondere Dauerschäden. Beispiel ist die Fahrt mit mehr als 1,3 Promille Alkohol im Blut oder das Fahren mit völlig defekten Bremsen oder das Fahren mit einer weit überhöhten Geschwindigkeit (mit 100 km/h durch die Innenstadt). In diesen Fällen – so schlägt Schwintowski vor, sollte das Schmerzensgeld deutlich erhöht werden, um präventiv das Verhalten zukünftiger Schädiger zu beeinflussen und zu verändern. Die Erhöhung des Schmerzensgeldes sollte mit einer Tarifumstellung bei den Versicherern einhergehen – d.h. die Versicherer sollten den potenziellen Schädigern durch entsprechende Tarifikalkulation zeigen, wie stark Fehlverhaltensweisen dieser Art die Schädiger in Zukunft in ihrem persönlichen Vermögen belasten werden. Nur dann, wenn dies geschieht, ist zu erwarten, dass sich gerade die schwersten Verfehlungen im Straßenverkehr vermindern lassen. Diese Präventionsfunktion, die dem Haftungsrecht immanent ist, läuft zurzeit leer – Schwintowski schlägt deshalb vor, die dritte Stufe bei der Bemessung des Schmerzensgeldes einzuführen, um diese dem Haftungsrecht immanente Präventionsfunktion in Zukunft wieder mit Leben zu erfüllen. Schwintowski ist insoweit der Auffassung, dass die Präventionsfunktion des Haftungsrechtes diesem immanent ist – das heißt es besteht eine verfassungsrechtliche Verpflichtung der Präventionsfunktion über die Zivilgerichtsbarkeit letztlich auch zum Durchbruch zu verhelfen. Die Präventionsfunktion steht also nicht zur freien Disposition der Gerichte, sondern ist unverzichtbarer Teil der Rechtsordnung, muss also umgesetzt werden.

13.Öffnung der Direktversicherungsmärkte

Im Jahre 1994 wurden die Direktversicherungsmärkte in Europa durch ein Richtlinienpaket für den Wettbewerb geöffnet. Seit diesem Zeitpunkt dürfen die Versicherer in Europa die Preise und Bedingungen für Ihre Versicherungsverträge frei entwickeln und festsetzen. Sie sind nur noch einer – nachträglichen – Missbrauchsaufsicht unterworfen (§ 81 VAG). Damit

hat ein grundlegender Paradigmawechsel eingesetzt, der bis heute andauert und zu einer Umformung der Versicherungsmärkte in Europa führt.

In den Jahrzehnten vor 1994 mussten die Versicherer demgegenüber mit ihren Tarifen und den Allgemeinen Versicherungsbedingungen bei der jeweiligen staatlichen Aufsichtsbehörde eine Vorabgenehmigung einholen. Das hat zur Erstarrung der Versicherungsmärkte geführt. Schwintowski hat in seiner Habilitationsschrift aus dem Jahre 1987 (Nomos-Verlag, Reihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 89) die damalige Aufsichtspraxis (Vorabgenehmigung) auf den (europarechtlichen und kartellrechtlichen) Prüfstand gestellt und damals bereits darauf hingewiesen, dass die Praxis der Vorabgenehmigung weder mit dem nationalen noch mit dem europäischen Recht vereinbar ist. Aus der Perspektive der europäischen Dienstleistungsfreiheit und des Kartellrechts hat Schwintowski die Notwendigkeit der Marktöffnung entwickelt und damit Entwicklungen vorweggenommen, die der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 04.12.1986 angedeutet hat (dazu Schwintowski: NJW 1987, S. 522-526).

14. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Die Rechtsprechung wendet – inzwischen gewohnheitsrechtlich – die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft an, wenn Fehler – etwa bei der Gesellschaftsgründung – unerkannt blieben, die Gesellschaft also in Vollzug gesetzt wurde und später – nach Aufdeckung des Fehlers – die Frage der Rückabwicklung ansteht. Um diese Rückabwicklung zweckangemessen für alle Beteiligten zu organisieren, sorgt die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft dafür, dass Fehler nicht von Anfang an, sondern erst nach Aufdeckung der Fehler (ex nunc) zur Rückabwicklung führen. Dies soll aber nach einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1951 immer dann nicht gelten, wo „gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder bestimmter, besonders schutzwürdiger Personen“ entgegenstünden. Besonders gewichtige Interessen der Allgemeinheit sind beispielsweise berührt, wenn Unternehmen das Kartellverbot verletzen (z.B. Preise absprechen) und zu den besonders schutzwürdigen Personen gehören vor allem Minderjährige.

Schwintowski (NJW 1988, 937) zeigt, dass es diese Begrenzung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft im Kapitalgesellschaftsrecht nicht gibt (§§ 275 ff. AktG/§§ 75 ff. GmbHG). Im Kapitalgesellschaftsrecht werden fehlerhafte – gleichwohl wirksame – Gesellschaften nach Feststellung einer Eröffnungsbilanz abgewickelt. Dies gilt gerade auch in den Fällen, in denen die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft im Personengesellschaftsrecht (Kartellverbot/Minderjährige) nicht anwendbar ist. Schwintowski stellt die Frage, ob es einen Sachgrund für diesen Unterschied zwischen der tatbestandlichen Ausgestaltung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft im Personengesellschaftsrecht gegenüber dem Kapitalgesellschaftsrecht gibt. Sein Ergebnis ist, dass es diesen Sachgrund nicht gibt. Er schlägt deshalb eine einheitliche Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, angelehnt an die Regelungen des Kapitalgesellschaftsrechtes vor.

15. Die Stiftung als Konzernspitze

Stiftungen treten zunehmend als Konzernspitze auf. Dadurch entsteht geradezu zwangsläufig ein Konflikt zwischen den Zwecken der Stiftung einerseits und der konzernrechtlichen Haftung für Vermögensverschiebungen in Tochtergesellschaften andererseits. Schwintowski zeigt, dass weder das Stiftungsrecht noch das Konzernrecht auf diese Konflikte abgestimmt ist. Wendet man die konzernrechtliche Haftung (Vertragskonzern/faktischer Konzern) auf Stiftungen an, so kann dies zu einer völligen Aushöhlung des Stiftungszwecks führen. Schwintowski meint, ein prinzipieller Vorrang des Stiftungsrechtes vor dem Konzernrecht wäre verfassungswidrig, zumindest aber nicht mehr gemeinwohlkonform (§ 87 BGB). Außerdem wäre eine Stiftung, die sich darin erschöpfen würde, Konzern-Unternehmensinteressen zu verwirklichen, als Selbstzweckstiftung unzulässig (NJW 1991, 2736-2742). Ein Ausgleich des Zielkonfliktes könnte – so Schwintowski – erreicht werden durch einen die Stiftungsgenehmigungspraxis bindenden stiftungserhaltenden Vorrang des Gesellschaftsrechtes. Danach wären Stiftungsbeteiligungen zulässig, wenn und soweit sie keine qualifizierte Herrschaft im Konzern eröffnen würden. Das würde unabhängig davon gelten, ob es sich um Beteiligungen an Personen- oder Kapitalgesellschaften handelt. Zum Abbau übermäßiger Beteiligungen sind (zeitlich befristete) „Entherrschungsverträge“ denkbar.

16. Grundstruktur optimaler Regel- und Entscheidungssysteme

Im Jahre 1992 (Rechtstheorie 1992, 35) hat Schwintowski den Gedanken entwickelt, wonach Ökonomie und Recht die gemeinsame Funktion haben, Beschränkungen aufzustellen. Beschränkungen werden gewöhnlich Regeln oder Gesetze genannt. Schwintowski stellt die These auf, dass Recht und Ökonomie nach den gleichen Gesetzmäßigkeiten funktionieren müssen, nach denen auch die Natur funktioniert. Ein Gedanke, eine Regel, kann – so Schwintowski – keine andere Struktur haben, als beispielsweise ein Molekül, weil dieser Gedanke für die in der DNS gebündelten Aminosäureketten sonst nicht begreifbar wäre. Schwintowski meint, alle gedanklichen Systeme, so auch Ökonomie und Recht, können von Menschen nur begriffen werden, weil die Basisstruktur für Regeln/Gesetze der Basisstruktur der DNS analog sein müssen. Daraus schlussfolgert Schwintowski, dass Ordnungssysteme (wie beispielsweise das Rechtssystem) nur dann funktionsfähig sind, wenn sie zur Realisierung von Gleichgewichtszuständen in der menschlichen Psyche beitragen (Symmetrie-Prinzip). Regel- und Entscheidungssysteme erreichen dieses Ziel dann, wenn folgende vier Basisbedingungen erfüllt werden:

- (1) Funktionsbedingung
- (2) Optimierungsbedingungen
- (3) Unsicherheitsbedingung
- (4) Korrekturbedingung

Ausgehend von diesem Denken in Funktionskategorien schlägt Schwintowski eine neue Didaktik des Rechtsunterrichtes vor. An die Stelle schlichter, sinnverkürzender Subsumtionsvorgänge sollte ein funktional-sinnverknüpfter Unterricht treten. Denkbar wären fünf Schritte:

- (1) Problemerkennung
- (2) Interessenanalyse
- (3) Subsumtion
- (4) Normfunktionsdiskussion
- (5) Funktionaler Vergleich zwischen (2) und (3)

17. Angehörigenschmerzensgeld

Der BGH gewährt in ständiger Rechtsprechung den Angehörigen von Unfallopfern nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen ein Schmerzensgeld. Der Gerichtshof bejaht eine Ersatzpflicht nur dort, wo es zu gewichtigen psycho-pathologischen Ausfällen von einiger Dauer kommt. Schwintowski zeigt in einem Beitrag aus dem Jahre 2012 (zfs 2012, 6-10, Teil A), dass der dogmatische Grundansatz des BGH, wonach es in diesen Fällen typischerweise an einer Gesundheitsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB fehlte, nicht zutrifft. Schwintowski entwickelt das Konzept der Einheit von Opfer und Angehörigen. Nach seiner Auffassung wird auch der nahe Angehörige bei der Verletzung des Opfers unmittelbar körperlich und psychisch verletzt. Der Schädiger verletzt zunächst einmal unmittelbar das Opfer. Die Persönlichkeit des Opfers ist aber zugleich Teil der Persönlichkeit des Angehörigen, der dem Opfer besonders nahe steht. Das bedeutet, ein Schädiger verletzt im Zeitpunkt der Schädigung nicht nur den Körper des Opfers, sondern zugleich, und zwar unmittelbar immer auch die Persönlichkeit und den Körper des oder der nahen Angehörigen. Der Schädiger verletzt unmittelbar also zwei oder mehr Personen, je nachdem wie viele Personen mit dem Opfer unmittelbar verbunden sind. Opfer und Angehörige bilden sozusagen eine körperlich-psychische Einheit.

Ein solcher Ansatz ist auch heute schon im soldatischen Bereich anerkannt. Es geht um posttraumatische Belastungsstörungen, die als Krankheit nach der internationalen Klassifikation ICD 10 anerkannt sind. Geht man – wie Schwintowski – von einer psychosozialen Einheit zwischen Opfer und Angehörigen aus, so werden auch die Angehörigen bei Verletzung des Opfers immer unmittelbar körperlich/psychisch mitgeschädigt. Damit ist das dogmatische Problem, das der BGH bisher bei der Zubilligung von Angehörigenschmerzensgeldern deshalb hatte, weil es nach seiner Auffassung an einer Körper- oder Gesundheitsverletzung fehlte, überwunden.

18. Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Rechts- und Sprachwissenschaft

Im Jahre 2003 (NJW 2003, 632-638) hat Schwintowski das Konzept des interdisziplinären Zusammenwirkens zwischen Rechts- und Sprachwissenschaft vorgestellt. Nach seiner Meinung ist auf der Ebene der Übersetzungswissenschaft interdisziplinäres Zusammenwirken zwischen Sprach- und Rechtswissenschaft erforderlich. Rechtsbegriffe dürfen nicht wortwörtlich, sondern nur ihrer Funktion nach in fremde Sprachen übertragen werden. Dabei ist das sprachwissenschaftliche Adäquatheitsprinzip auf die Textstruktur juristischer Normen zu übertragen. Offen und zu klären ist die Frage, ob den juristischen Argumentformen (z.B. Analogie, argumentum e contrario, argumentum a majore ad minus, fraus legis) eine Sprach- und womöglich auch rechtswissenschaftliche Universalgrammatik zugrunde liegt. Offen ist auch die Frage, welche sprachwissenschaftlichen Anforderungen erfüllt sein müssen, um das juristische Transparenzgebot zu erfüllen. Gibt es z.B. einen quantifizierbaren Grenzwert für eine bestimmte Klausellänge oder für eine bestimmte Klauselmenge? Ist Textverständlichkeit vom Lebensalter oder Geschlecht oder vom Bildungsgrad oder Beruf abhängig? Sind Rechtsbegriffe, die als Texthüllen (Textmembranen) benutzt werden, leichter und besser verständlich, als Texte, die versuchen, den hochkomplexen Inhalt dieser Texthüllen zu klären? Gemeint sind Begriffe, wie grobe Fahrlässigkeit, Haftungsausschluss, Gewährleistung oder Überschussbeteiligung in der Lebensversicherung. Schwintowski schlägt die Entwicklung einer Rechtslinguistik vor.

19. Daseinsvorsorge versus Wettbewerb

Die Begriffe Daseinsvorsorge und Wettbewerb bestimmen das nationale, aber vor allem auch das europäische Wirtschaftsrecht. Der europäische Vertrag betont den Stellenwert der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der Union (Art. 14 AEUV), erklärt aber zugleich in Art. 119 Abs. 1 AEUV, dass die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten dem Binnenmarkt und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist. Die Mitgliedstaaten handeln im Einklang mit diesem Grundsatz, wodurch nach Art. 120 AEUV ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird. Zugleich verpflichtet der Europäische Vertrag die Unternehmen – gemeint sind auch die öffentlichen Unternehmen – auf einen freien, unverfälschten Wettbewerb und verbietet horizontale wie vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 101 AEUV) sowie den Missbrauch einer beherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV). Eine besondere Regelung für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, enthält Art. 106 Abs. 2 AEUV. Auch diese Unternehmen sollen die Wettbewerbsregeln einhalten. Nur dann, wenn die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert wird, gilt eine Ausnahme, d.h. die Verwirklichung der Gemeinwohlziele setzt sich durch. Ausgehend von diesen Grundsätzen stellt sich seit langem die Frage, welches Verhältnis eigentlich die Daseinsvorsorge gegenüber dem Prinzip des Wettbewerbs hat. Im Jahre 2003 (ZögU 2003, 283-310) hat Schwintowski vorgeschlagen, die Abgrenzung zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerb aus der Theorie des partiellen Marktversagens zu entwickeln. Wenn und soweit Märkte versagen, sind

danach korrigierende Staatseingriffe zulässig und notwendig. Der Staat wird also im Rahmen seiner Daseinsvorsorge dann (regulierend und korrigierend) tätig, wenn die Kräfte des Wettbewerbs, also der Markt, versagen.

Darüber hinaus stellt der Staat die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Verfügung, die funktionsfähigen Wettbewerb überhaupt erst ermöglichen, die also Voraussetzung für einen freien und unverfälschten Wettbewerb sind (Gewährleistungsstaat).

Aus der Begrenzung der Daseinsvorsorge auf die Gewährleistung von rechtlichen Rahmenbedingungen und den Ausgleich von Marktunvollkommenheiten folgt, dass es den einen dauerhaften und immer gleichen Begriff der Daseinsvorsorge nicht geben kann. Daseinsvorsorge ist also – anders als es sich einmal Forsthoff 1938 vorgestellt hat – kein feststehender inhaltlich unveränderlicher Begriff, sondern ein Terminus, der immer dann zu staatlich regulierenden Eingriffen aufruft, wenn die Kräfte des freien Wettbewerbs nicht die Ergebnisse zeitigen, die gewünscht sind, wenn also Marktversagen vorliegt. Das Gleiche gilt mit Blick auf das Zurverfügungstellen rechtlicher Rahmenbedingungen in den Fällen, in denen man in der Staatswissenschaft vom Staatsversagen spricht.

Aus dieser, aus der Konzeption des Europäischen Vertrages entwickelten, völlig neuen Konzeption des Begriffs Daseinsvorsorge ergeben sich weitreichende Konsequenzen für die Rechtspraxis. Branchen, die ihrer Natur nach Aufgaben im Sinne der Daseinsvorsorge Forsthoff's erfüllen, gibt es nicht mehr. Das gilt im Sozialsektor ebenso wie auf der Ebene der Ausbildung, des öffentlichen Nahverkehrs, der Wasserwirtschaft, der Energiewirtschaft, der Abfallwirtschaft, der Telekommunikation, der Post, der Banken. Entscheidend ist immer die Frage, ob Leistungen evtl. auch im freien Wettbewerb erbracht werden könnten. Wenn und soweit dies der Fall ist, hat die Idee des Wettbewerbs Vorrang. Erst dann, wenn der Wettbewerb seine Funktion nicht oder nicht angemessen erfüllt, sodass von einem Marktversagen gesprochen werden kann und muss, darf der Staat regulierend eingreifen, um das Marktversagen zu kompensieren. Der Begriff Daseinsvorsorge dient also der Beseitigung von Marktunvollkommenheiten. Auf der Ebene der Zurverfügungstellung von rechtlichen Rahmenbedingungen dient der Begriff Daseinsvorsorge dazu, staatliches Versagen bei der Entwicklung rechtlicher Rahmenbedingungen zu korrigieren.

Die Folge ist, dass es den öffentlichen Zweck im Sinne eines feststehenden Pflichtenprogramms nicht mehr gibt. Sämtliche Dienstleistungen und Güter können Gegenstand von rechtlichen Rahmenbedingungen und Märkten sein. Folglich kann auch der Staat mit öffentlichen Unternehmen – ebenso wie private Unternehmen – auf sämtlichen Märkten tätig sein. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Zweck und nichtöffentlichem Zweck bricht zusammen. Die staatliche Tätigkeit ist auch nicht mehr auf einen bestimmten örtlichen Zusammenhang begrenzt (das deutsche Örtlichkeitsprinzip verliert damit seine Legitimation). Die gesamte öffentliche Wirtschaftstätigkeit ist ebenso wie die private Wirtschaftstätigkeit Teil der Gesamtwirtschaft und unterliegt den Prinzipien des Marktes. Das heißt z.B., dass auch sämtliche Sozialversicherungssysteme – also etwa die gesetzliche Krankenversicherung, Pflegeversicherung oder Rentenversicherung - selbstverständlich Teil des allgemeinen Marktwettbewerbs sind. Regulierende Eingriffe des Staates wären hiernach

dann und nur dann zulässig, wenn die Versorgung der Bürger mit Leistungen aus diesen Systemen nicht angemessen funktioniert. Denkt man dieses Konzept zu Ende, so müssen die gesamten sozialrechtlichen Systeme einschließlich der überbordenden Regulierung im Sozialgesetzbuch grundlegend verändert und überarbeitet werden. Das Sozialgesetzbuch ist insgesamt Ausdruck eines massiven Staatsversagens. Es produziert eine Überregulierung, die die Bundesrepublik Deutschland jährlich wahrscheinlich 30-40 Mrd. EUR kostet.

Aus dem von Schwintowski entwickelten Konzept der Marktunvollkommenheiten folgt zugleich, dass der Beihilfetatbestand (Artt. 107, 108 AEUV) immer dann nicht erfüllt ist, wenn ein öffentliches Unternehmen Marktunvollkommenheiten ausgleicht.

20. Ordnungsgemäße Anlage von Stiftungsvermögen

Stiftungen erfüllen typischerweise ihren Zweck aus den Erträgen des Stiftungsvermögens. Sie sind deshalb daran interessiert, möglichst hohe Erträge zu erzielen. Umgekehrt müssen sie allerdings alles daran setzen, um das Stiftungsvermögen als solches zu erhalten. Der Erhaltungsgrundsatz verlangt mindestens, das Nominalkapital zu erhalten. Langfristig muss es aber um den Erhalt des Realkapitals gehen. Wenn eine Stiftung das ihr zur Verfügung stehende Geld am Kapitalmarkt spekulativ anlegt, so besteht die Gefahr, dass sie das gesamte Stiftungsvermögen verliert. Die Frage ist, wie die rechtliche Rahmenordnung beschaffen sein muss, um einerseits für eine angemessene und ertragreiche Anlage des Stiftungsvermögens zu sorgen, aber andererseits auch das Stiftungsvermögen als solches zu erhalten. Schwintowski schlägt vor, die Grundsätze zur Anlage des Stiftungsvermögens durch die Stiftungsaufsicht (also nicht durch die Stiftung selbst) festzulegen, weil Stiftungsaufsicht keine Fachaufsicht, sondern reine Rechtsaufsicht ist. Im Rahmen der Rechtsaufsicht sollte die Stiftungsaufsicht dafür sorgen, dass ein ordnungsgemäßes und hinreichendes Risikomanagement in Form einer mittel- und langfristigen Finanzplanung für den Stiftungsvorstand festgelegt wird (Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geb. 2004, S. 271-285). Gegenstand einer solchen Finanzplanung ist die dauernde Erhaltung des nominellen Stiftungskapitals. Dies wird letztlich nur über Garantien auf der Grundlage von Mindestwerten oder durch Anlage in sichere, festverzinsliche Wertpapiere oder über den Erwerb von Null-Coupon-Anleihen gelingen.

Maßnahmen, die erforderlich sind, um das nominelle Stiftungskapital jederzeit zu erhalten, können dazu führen, dass die Stiftung für eine gewisse Zeit ihren Zweck nicht erfüllen kann. Unter diesen Voraussetzungen wird man im Einzelfall zulassen müssen, durch Satzungsänderung das nominelle Stiftungskapital herabzusetzen.

21. Grenzen staatlicher Haftung für öffentliche Unternehmen

Im Jahre 2002 hat das Berliner Abgeordnetenhaus zugunsten der Berliner Bankgesellschaft ein Risikoabschirmungsgesetz beschlossen. Durch dieses Gesetz werden Risiken, die sich bei der Berliner Bankgesellschaft verwirklichen, über den Landeshaushalt in Höhe von 21 Mrd. EUR abgesichert. Eine Risikoabschirmung in dieser Größenordnung zugunsten einer öffentlichen Bank ist in der Bundesrepublik einmalig und wirft die Frage nach den Grenzen staatlicher Haftung für Schulden öffentlicher Unternehmen auf. Schwintowski entwickelt ein neues Konzept der Haftungsbegrenzung (Festschrift für Derleder 2005, S. 509-524). Aus der ultra-vires-Doktrin folgt, dass sich die staatliche Haftung nicht auf Geschäfte öffentlicher Unternehmen erstreckt, die außerhalb des durch Gesetz oder Satzung bestimmten Wirkungskreises der juristischen Person liegt.

Die Übernahme des konzernweiten Verlustrisikos wirkt zudem wie eine Beihilfe und ist erst dann wirksam, wenn das Notifizierungsverfahren (Art. 108 Abs. 3 AEUV) in Brüssel abgeschlossen ist. Ohne ein solches Verfahren haftet der Staat für das öffentliche Unternehmen nicht. Die Rechtswidrigkeit der Beihilfe erstreckt sich auch auf Ausführungsgeschäfte, also auf die gesamte Geschäftstätigkeit des öffentlichen Unternehmens, wie der BGH betont hat.

Schwintowski zeigt auch, dass das deutsche Konzept der Gewährträgerhaftung und der Anstaltslast selbst beihilferechtswidrig ist.

22. Überregulierung durch Vergaberecht

Öffentliches Auftragsrecht ist erforderlich, wenn der ökonomische Zwang zu wirtschaftlichem Verhalten fehlt. Das ist oft der Fall, wenn die öffentliche Hand Güter oder Dienstleistungen beschafft. Man spricht dann vom Problem des Hoflieferantentums. Ökonomisch geht es um einen Fall des Marktversagens. Vergaberecht ist folglich dann und nur dann zulässig, wenn es um die Korrektur eines Marktversagens geht. Hieraus entwickelt Schwintowski die These, dass die öffentliche Hand dann und nur dann dem Vergaberecht unterworfen sein darf, wenn es um die Korrektur von Marktversagen geht (Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geb. 2005, S. 751-768). Testfrage ist, ob ein privates Unternehmen bei funktionsfähigem Wettbewerb zu gleichen Bedingungen und Konditionen wie das öffentliche Unternehmen nachfragen müsste. Fragen Unternehmen Leistungen auf wettbewerblich funktionsfähigen Märkten nach und sind sie ansonsten dem Insolvenzrecht ausgesetzt, so nehmen sie am Wettbewerb teil. Sie sind folglich keine öffentlichen Auftraggeber, auch wenn sie für Kommunen, Länder oder den Bund Güter oder Dienstleistungen beschaffen. Die starren Tatbestandsmerkmale des Vergaberechtes - es wird an Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand angeknüpft - sind somit mit den Grundprinzipien eines freien und unverfälschten Wettbewerbs (Artt. 119, 120 AEUV) nicht zu vereinbaren. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers muss funktional definiert werden. öffentliche Auftraggeber sind folglich nur solche öffentlichen Unternehmen, die Leistungen

auf Märkten nachfragen, die ihrerseits durch Marktversagen geprägt sind. Ist demgegenüber ein Markt funktionsfähig – etwa der Markt für Arzneimittel oder der Markt für Strom und Gas oder der Markt für die Beseitigung von Abfällen, so verbietet sich eine Anwendung des öffentlichen Auftragsrechtes auf diesen Markt (Artt. 119, 120 AEUV). Verlangt man in diesen Fällen trotzdem von den öffentlichen Unternehmen die Anwendung des formellen Vergaberechtes, so ist dies europarechtswidrig, weil von diesen Unternehmen mehr verlangt wird als von privaten Unternehmen in gleicher Situation. Allerdings sind die öffentlichen Unternehmen, wenn sie – wie die privaten – auf funktionsfähigen Märkten agieren, den Grundregeln des Wettbewerbsrechts unterworfen, also dem Kartellverbot, dem Verbot vertikaler Preisbindung oder auch dem Verbot missbräuchlichen Verhaltens (§§ 19, 20 GWB).

23.Ökonomische Theorie des Rechts

Das Grundproblem der ökonomischen Theorie des Rechts ist das Konzept der eingeschränkten Rationalität (bounded rationality). Wenn rationale Entscheidungen nicht an objektiven Kriterien messbar sind, so sind auch positive Aussagen über Wirkungszusammenhänge nicht mehr möglich. Es spricht dann viel dafür, dass erst das Ergebnis von Verhaltensweisen Rückschlüsse darauf zulässt, ob dieses ökonomisch rational oder nicht rational war. Auf der Ebene eines so verstandenen subjektiven Rationalismus wird dasjenige Verhalten als kausal gemessen, das sich final durchgesetzt hat. Damit gerät die moderne Institutionenökonomik nach Auffassung von Schwintowski in eine nicht unproblematische Nähe zum Orakel in Delphi oder zum Würfeln oder Stöckchenwerfen (JZ 1998, S. 581-588). Zur Lösung dieses Problems wird beispielsweise von Kirchner vorgeschlagen, dass die jeweiligen Rechtsfolgen in die Prognoseentscheidung mit einbezogen werden müssen (Konsequentialismus). Die Grundfrage lautet also, wie kann man bei Prognoseentscheidungen die Rechtsfolgen (die Wirkungen der Entscheidung) so mit einbeziehen, dass umgekehrt die Prognoseentscheidung als solche überprüfbar und korrigierbar wird? Schwintowski schlägt Computersimulationen vor. Er verweist auf eine Studie von *Dietrich Dörner* auf dem Gebiet der kognitiven Psychologie (Die Logik des Misslingens, 1989). Im Vorfeld grundlegender Prognoseentscheidungen (etwa im Gesetzgebungsprozess) würde man also eine Computersimulation durchführen, mit deren Hilfe man Wirkungen der neu einzuführenden Rechtsregeln auf den Prüfstand stellt. Man könnte dann mithilfe der Computersimulation die Wirklichkeit sehr viel schneller und sehr viel konsequenter durchspielen und auf diese Weise sehr viel früher Fehler erkennen. Das Problem der Computersimulation ist natürlich, dass die einzugebenden Daten und Wirkungszusammenhänge möglicherweise unvollständig oder falsch sind. Es kann also zu Diskussionen über die Grundannahmen kommen, so wie wir das derzeit im Zusammenhang mit der Klimadiskussion erleben. Aber: Schwintowski meint, Computersimulationen seien in jedem Falle einer schlichten (gefühlten) Prognoseentscheidung überlegen, da sie immerhin den Versuch machen, Wirkungszusammenhänge zu objektivieren und zu rationalisieren und nach Kriterien formaler Logik auch zu überprüfen. Außerdem können mögliche Fehlannahmen zumindest überprüft und einem rationalen Diskurs zugeführt werden. Das ist

bei bloß gefühlten Prognoseentscheidungen (Stöckchenwerfen/Orakel) nicht mehr möglich. Prognoseentscheidungen sind also reine Politik, während Computersimulationen eine Mischung aus Politik und Rationalität sind. Allerdings muss man sich immer der Tatsache bewusst bleiben, dass jede Computersimulation nichts anderes als ein Modell ist. Bildet das Modell die Wirklichkeit nicht oder nicht zutreffend ab, so sind die Ergebnisse falsch.

24. Kriterien für verständliche und transparente Allgemeine Geschäftsbedingungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen klar und verständlich sein. Das damit beschriebene Transparenzgebot ist vom BGH im Jahre 1988 entwickelt worden, später hat es die Europäische Kommission (1993) in die Missbrauchsrichtlinie aufgenommen und heute steht es in § 307 BGB. Schwintowski schlägt im Jahre 2000 vor, für die Frage der Messung von Transparenz und Verständlichkeit von Klauseltexten nicht nur auf den juristischen, sondern auch auf den sprachwissenschaftlichen Sachverstand zurückzugreifen (VersWissStud 2000, S. 87-151). Er zeigt, welche Kriterien von der Sprachwissenschaft (Linguistik) für die Textverständlichkeit bisher entwickelt wurden und fordert ein funktionales Zusammenspiel zwischen Sprachwissenschaft und Rechtswissenschaft. Er knüpft an das Hamburger Verständlichkeitskonzept an und fordert Einfachheit, klare Gliederung, Kürze, Prägnanz sowie anregende Zusätze für die Textverständlichkeit.

25. Der Netzverbundvertrag

Im Zusammenhang mit Strom- und Gasnetzen wurde und wird immer wieder gestritten, wie der Zugang zu diesen Netzen und der Preis für die Netznutzung zu gestalten ist. Allgemeine Meinung ist, dass es sich bei diesen Netzen um *natürliche Monopole* handelt, also um Einrichtungen, die trotz der ihnen innewohnenden Wettbewerbsbeschränkung nicht dupliziert werden sollen und können, weil die damit verbundenen Kosten höher sind, als die Monopolrente, die in solchen Netzen (oberhalb des Marktpreises) unvermeidlich durchgesetzt wird.

Es ist aber ein großer Unterschied, ob jemand Zugang zu 500 oder 1000 Teilnetzen oder Zugang zu einem einzigen Strom- oder Gasnetz begehrt. Schwintowski entwickelt im Jahre 2001 den Gedanken des *Netzverbundvertrages* (ZNER 2001, 215-223). Er ist der Auffassung, dass die Eigentümer der Teilnetze von Strom und Gas einen solchen Netzverbundvertrag (durch schlüssiges Handeln) praktizieren. Dies ergibt sich aus der täglich bis ins Detail aufeinander abgestimmten gesamten Netzdienstleistung, mit deren Hilfe die Strom- und Gasnetze funktionsfähig gehalten werden, sodass zu jedem gedachten Zeitpunkt Energie sowohl ein- als auch ausgespeist werden kann. Der gesamten Netzdienstleistung liegt ein sich täglich erneuernder und perpetuierender Prozess zugrunde,

der auf jahrzehntelanger Tradition und Erfahrung beruht und für die Zukunft unumkehrbar ist.

Auch wenn sich die Teilnetzbetreiber ihres Zusammenwirkens (rechtlich) nicht bewusst sind, so praktizieren sie dennoch einen solchen Netzverbundvertrag – das ergibt sich schon daraus, dass die technischen Notwendigkeiten ein solches Zusammenwirken tagtäglich erzwingen. Die rechtliche Konsequenz hieraus ist, dass alle Eigentümer von Teilnetzen bei Strom und Gas in einer Netzverbundgesellschaft vergemeinschaftet sind. Diese Netzverbundgesellschaft steht den potenziellen Netznutzern als Einheit gegenüber. Sie wird sozusagen von jedem einzelnen Teilnetzbetreiber vertreten. Die Folge eines solchen Denkens ist, dass der Zugangsbegehrende es nur noch mit einem einzigen Netz und nur noch mit einem einzigen Teilnetzbetreiber zu tun hat, der ihm nämlich den Zugang zum Gesamtnetz zu angemessenen Konditionen verschafft. Das Zerlegen in Teilnetze und auch das Zerlegen in Regelzonen ist mit diesem Konzept des Netzverbundvertrages nicht zu vereinbaren. Der Netznutzungsvertrag, den der Zugangspetent mit einem Teilnetzbetreiber als Vertreter des Gesamtnetzes schließt, berechtigt ihn (den Nutzer) zur Nutzung des gesamten Netzes zu einem festgelegten Preis, der ebenfalls für das Gesamtnetz gilt. Im Innenverhältnis (zwischen den Teilnetzbetreibern) ist sodann ein System für den angemessenen Ausgleich von Ausgaben und Einnahmen für das Netz vorzunehmen. Dieser Ausgleich findet allerdings im Innenverhältnis und eben nicht im Verhältnis zum Netznutzer statt.

26.Überwindung des Örtlichkeitsprinzips auf Energiemärkten

In der Festschrift für Jürgen F. Baur zum 65. Geb. (2002, S. 339-349) entwickelt Schwintowski den Gedanken, dass das Örtlichkeitsprinzip auf Energiemärkten spätestens mit der Marktöffnung am 29. April 1998 überwunden wurde. Wegen der physikalischen Natur von Strom und Gas ist es zweifelhaft, ob es überhaupt jemals eine Beschränkung auf ein bestimmtes Versorgungsgebiet geben konnte, denn die Versorgung mit Strom und Gas findet im Netzverbund statt. Der Kunde bekommt nicht etwa den für ihn produzierten Strom oder das für ihn zur Verfügung gestellte Gas, sondern es findet schlicht ein Abtausch von Strom und Gas im Netz statt (die eingespeiste Menge entspricht der ausgespeisten). Die Versorgung mit Strom und Gas war somit schon immer eine überörtliche Aufgabe. Spätestens mit der Marktöffnung im Jahre 1998 sind etwaige Restbestände des Örtlichkeitsprinzips auf den Energiemärkten beseitigt worden. Das folgt schon aus dem europäischen Recht, wonach der zwischenstaatliche Handel unbeschränkt sein muss (Artt. 34/35 AEUV). Etwaige entgegenstehende nationale Vorschriften sind, mangels Sachgrundes, nichtig.

27. Staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen

Wettbewerbsbeschränkungen können nicht nur von privaten Unternehmen, sondern auch vom Staat ausgehen. Der Staat kann Selbstbeschränkungsabkommen schließen. Er kann aber vor allem Gesetze machen, mit denen der Wettbewerb beschränkt wird, etwa indem er auf Arzneimittelmärkten die Anwendung des Vergaberechtes anordnet, obwohl der Wettbewerb auf diesen Märkten frei funktioniert.

Die Frage lautet, ob das System des freien und unverfälschten Wettbewerbs, so wie es in Artt. 119, 120 AEUV verankert ist, auch den Gesetzgeber in Europa bindet, also Gesetze, die Wettbewerbsbeschränkungen beinhalten, verbietet und rechtswidrig macht. Schwintowski bejaht dies. Nach seiner Auffassung ist jeder Mitgliedstaat über die Einbindung in die Europäische Union verpflichtet, dem System eines unverfälschten Wettbewerbs zum Durchbruch zu verhelfen. Das ergibt sich heute aus Artt. 119, 120 AEUV im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 3 EUV (Binnenmarktprinzip). Diese Regeln sind, so Schwintowski, keine unverbindlichen Programmsätze, sondern verbindliche Rechtsprinzipien (RabelsZ 1994, 232-291). Sehr ähnlich hat der Europäische Gerichtshof im Fall *Continental-Can* entschieden. Grundgedanke, so Schwintowski, ist, dass das Prinzip Wettbewerb Ausdruck der die Evolution bestimmenden Naturgesetze selbst ist. Daraus folgt, dass staatliche Regulierung notwendigerweise zeitlich begrenzt und sachlich legitimiert sein muss. Sachlich legitimiert ist staatliche Regulierung dann, wenn sie die Wettbewerbsfähigkeit von Bürgern, Unternehmen und Regionen kostengünstiger sichert, als es marktmäßig möglich wäre.

28. Die Rechtsnatur des Versicherungsvertrages

Volkswirtschaftlich hat Versicherung eine Risikooptimierungsfunktion; einzelwirtschaftlich bündeln sich Sicherungs-, Liquiditäts- und Innovationsfunktion. Versicherungsbetrieblich geht es um die Dienstleistungs- und Produktentwicklungsfunktion. Ausgehend von diesen Funktionen zeigt Schwintowski (VersWissStud, Bd. 6, 1997, S. 27-68), dass keine der bis dahin vertretenen Theorien zur Rechtsnatur des Versicherungsvertrages diesen Funktionen adäquat ist. Das gilt sowohl für die Geldleistungs- als auch für die Gefahrtragungstheorie. Schwintowski schlägt stattdessen vor, den Versicherungsvertrag als hedge-ähnliches Geschäft zu definieren. Der Versicherungsvertrag gehört danach zur Gruppe der Risikoverträge. Typprägend ist der Risikoausgleich über eine Risikogemeinschaft der Versicherten nach dem Gesetz der großen Zahl. Mit einer Zuordnung des Versicherungsvertrages zu den Risikoverträgen wird die Rechtsnatur des Versicherungsvertrages funktional bestimmt. Es geht weder darum, Gefahren durch den Versicherer zu tragen (der Versicherer kann das Abbrennen eines Hauses nicht verhindern), es geht auch nicht darum, durch Versicherung Geld zu leisten (in vielen Fällen entsteht nie ein Versicherungsfall, d.h. es gibt auch keine Geldleistung) und es geht auch nicht darum, für die Versicherten ein Geschäft zu besorgen. Das wäre allenfalls im Rahmen einer Versicherungsgenossenschaft oder eines VVaG alter Prägung denkbar. Es geht vielmehr

darum, dass wirtschaftliche Risiko einer bestimmten Lebenssituation zu messen und zu kalkulieren. Die finanziellen Auswirkungen dieses Risikos werden durch den Versicherungsvertrag auf Versicherer verlagert. Auf diese Weise findet ein Absicherungsgeschäft (also ein Hedge-Geschäft) durch Versicherung statt. Dieses Hedge-Geschäft ähnelt den Absicherungsgeschäften auf den internationalen Devisen- und Währungsmärkten. Auch das Swap-Geschäft ist ein versicherungsähnliches Geschäft in diesem Sinne. Die Einordnung des Versicherungsvertrages als Risikovertrag erlaubt eine klare Abgrenzung gegenüber Nichtrisikogeschäften, wie etwa Kauf-, Miet-, Pacht- oder Werkverträgen. Innerhalb der Klasse der Risikoverträge ist sodann die Frage zu beantworten, welche dieser Verträge der Bankaufsicht und welche der Versicherungsaufsicht und welche möglicherweise gar keiner Aufsicht zuzuweisen sind.

29. Der Grundsatz der anleger- und objektgerechten Beratung im Versicherungsrecht

Im Jahr 1997 (VersWissStud, Bd. 7, S. 379-404) schlägt Schwintowski vor, den Grundsatz der anleger- und objektgerechten Beratung, den der BGH 1993 für Finanzanlagen als Rechtsprinzip entwickelt hatte, auch auf die Lebensversicherung zu erstrecken. Folgt man diesem Vorschlag, so muss beispielsweise ein transparentes Überschussbeteiligungssystem zwischen Versicherer und Kunde vereinbart werden. Der Kunde muss erfahren, welche Kosten seinen Beitrag belasten und in welcher Höhe ihm Erträge aus Kapitalanlagen und anteilige stille Reserven zugeführt werden.

30. Verkaufsmodalitäten – Produktmodalitäten

1993 änderte der Europäische Gerichtshof im Keck-Urteil seine Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit (heute: Art. 34/35 AEUV). Er differenzierte erstmals zwischen Verkaufsmodalitäten und Produktmodalitäten. Verkaufsmodalitäten sollten aus dem Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit herausgenommen sein. Die Warenverkehrsfreiheit sollte sich also nur noch auf Produktmodalitäten (Abmessung, Gewicht, Form der Ware, Zusammensetzung, Etikettierung und Verpackung) erstrecken. Dagegen sollten Werbeverbote oder Ladenöffnungszeiten Verkaufsmodalitäten sein. Insoweit sollten die Mitgliedstaaten machen können, was sie wollen. Dazu gehörten auch Regelungen mit dem Inhalt Milch für Säuglinge nur in Apotheken zu verkaufen oder das Gesetz, den Verkauf von Waren unterhalb von Einkaufspreisen zu verbieten oder das Verbot außerhalb besonders zugelassener Läden zu verkaufen.

Schwintowski zeigt (in: Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des europäischen Privatrechts, herausgegeben von Stefan Grundmann, 1996, S. 457-478), dass die Trennung zwischen Verkaufs- und Produktmodalitäten mit dem europäischen Recht nicht zu vereinbaren ist. Verkaufsmodalitäten können die Einfuhr von Produkten in gleicher Weise

beschränken, wie Produktmodalitäten. Der Europäische Gerichtshof ist nicht berechtigt, den klaren Wortlaut der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) einzuschränken. Alle Maßnahmen, die geeignet sind, den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, sind nach Art. 34 AEUV verboten, es sei denn, es handelt sich um Maßnahmen zur Aufrechterhaltung eines offenen, freien und fairen Marktwettbewerbs oder um Maßnahmen, die das Erreichen des Binnenmarktziels nicht in Frage stellen. Mit diesen, die Warenverkehrsfreiheit prägenden Grundannahmen ist die Keck-Rechtsprechung des EUGH nicht zu vereinbaren. Sie ist deshalb selbst europarechtswidrig.