

Kautelarpraxis und Privatrecht: Grundfragen und gesellschaftsrechtliche Illustrationen

Von HOLGER FLEISCHER, Hamburg

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----|
| I. „Judges, Legislators and Professors“ ... und wo bleiben die Kautelarjuristen? | 240 |
| II. Grundfragen der Kautelarjurisprudenz | 240 |
| 1. Kautelarjurisprudenz – vorsorgende Rechtspflege – Vertragsgestaltung | 240 |
| 2. Historische Entwicklungslinien | 243 |
| 3. Arbeitsweise – Methodik – Rollenunterschiede | 245 |
| 4. Formularsammlungen und -kommentare | 248 |
| 5. Rechtsschöpfung durch Vertragsgestaltung | 250 |
| 6. Schattenseiten der Kautelarpraxis | 252 |
| 7. Stellenwert in der Juristenausbildung | 252 |
| III. Kautelarjuristische Erfindungen im Gesellschaftsrecht | 253 |
| 1. Stabilitätsfördernde Nebenabreden | 254 |
| 2. Einpersonen-GmbH | 255 |
| 3. Unternehmensverträge | 258 |
| 4. GmbH & Co. KG | 259 |
| IV. Kautelarpraxis als Motor des modernen Gesellschaftsrechts | 261 |
| 1. Kautelarjuristische Innovations- und Diffusionsprozesse | 261 |
| a) Identifizierung eines rechtspraktischen Bedürfnisses | 261 |
| b) Kreierung einer neuartigen Rechtsfigur | 261 |
| c) Standardisierung durch Vertragsmuster und Formularbücher | 262 |
| d) Ausdifferenzierung des kautelarjuristischen Basisangebots | 262 |
| 2. Verhältnis der Kautelarpraxis zu anderen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungskräften | 263 |
| a) Kautelarpraxis und Gerichte | 263 |
| b) Kautelarpraxis und Gesetzgeber | 264 |
| c) Kautelarpraxis und Gesellschaftsrechtswissenschaft | 264 |
| V. Schluss: „Das Gesetz ist ein Datum, aber kein Fatum“ | 266 |
| Summary: Contractual Practice and Private Law: Basic Questions and Illustrations Taken from Company Law | 266 |

I. „Judges, Legislators and Professors“ ... und wo bleiben die Kautelarjuristen?

„Judges, Legislators and Professors“¹ – diese drei Gruppen gelten gemeinhin als prägende Gestaltungskräfte des Privatrechts. Zu ihrem Werken und Wirken gibt es eine reichhaltige Literatur im In- und Ausland.² Auch die Freundestreffen unseres Max-Planck-Instituts haben ihnen wiederholt eigene Symposien gewidmet.³

Weniger Aufmerksamkeit gefunden hat demgegenüber eine vierte Gruppe: die Kautelarjuristen. Sie standen bisher nur selten im rechtswissenschaftlichen Rampenlicht. Für sie gilt stattdessen das Goethe-Wort: „Bilde, Künstler! Rede nicht!“⁴ Wer um die Produktionsbedingungen des Rechts in der privaten Praxis weiß, muss dies als eine veritable Forschungslücke ansehen. Ziel unseres Symposiums ist es, diese Lücke zu schließen und die Bedeutung der Kautelarjurisprudenz für die Fortentwicklung des Privatrechts zu würdigen. Wie man allmählich erkennt, ist die kautelarjuristische Tätigkeit nämlich „nicht irgendein Teil der Rechtspraxis, sondern ein sehr wichtiger, wenn nicht – neben der Gerichtsbarkeit – überhaupt der wichtigste“.⁵

II. Grundfragen der Kautelarjurisprudenz

1. Kautelarjurisprudenz – vorsorgende Rechtspflege – Vertragsgestaltung

Was genau versteht man unter „Kautelarjurisprudenz“? Eine epochenübergreifende Begriffsbildung oder gar eine Legaldefinition fehlen.⁶ Häufig

¹ *Raoul van Caenegem*, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History* (1987).

² Vgl. jüngst den Sammelband: *Legislators, Judges, and Professors*, hrsg. von Jürgen Basedow/Holger Fleischer/Reinhard Zimmermann (2016); aus US-amerikanischer Sicht auch *Stephen B. Presser*, *Law Professors: Three Centuries of Shaping American Law* (2017).

³ Vgl. *RabelsZ* 77 (2013) 300–387: Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung; *RabelsZ* 78 (2014) 315–428: Die Entstehung von Gesetzen in rechtsvergleichender Perspektive; *RabelsZ* 79 (2015) 237–404: Das Zeitelement in der richterlichen Rechtsfortbildung; *RabelsZ* 80 (2016) 237–398: Der verfahrensrechtliche Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung; *RabelsZ* 81 (2017) 497–660: Spezialisierte Gerichte.

⁴ So aus der notariellen Selbstsicht *Alfred Pikalo*, *Der Einfluss der Kautelarjurisprudenz auf die Fortentwicklung des Agrarrechts*, *DNotZ* 1970, 711 mit Fn. 4: „Für sie [= die Kautelarjurisprudenz] gilt das Wort: ‚Bilde Künstler – rede nicht!‘ Weist sie erfolgreich neue Wege, d. h. werden diese von Rspr., Gesetzgebung, Rechtswissenschaft anerkannt, so wird das Verdienst diesen mehr im Rampenlicht stehenden Kräften zugesprochen (ohne deren kritisch prüfende und billigende Mitwirkung auch eine von der Kautelarjurisprudenz initiierte Rechtsfortbildung nicht möglich wäre)“; zuvor schon *Werner Flume*, *Die Vertragsfreiheit – Möglichkeiten und Grenzen – aus Sicht der Kautelarjurisprudenz*, *DNotZ*, Sonderheft 1969, 30.

⁵ *Rudolf Welser*, *Die kautelarjuristische Tätigkeit im Zivilrecht*, *NZ* 2009, 353, 360.

⁶ Dies vermerkt auch *Daniel Damler*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*

nähert man sich dem Begriff im Wege der Gegensatzbildung, indem man Kautelar- und Dezisionsjurisprudenz, beratende und entscheidende Juristen, einander gegenüberstellt.⁷ Griffinger hieß es Ende des 18. Jahrhunderts im Titel eines viel genutzten Werkes von Justus Claproth, weiland Universitätsprofessor in Göttingen: „Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Kontrakte (Iurisprudentia heurematica)“.⁸ Aus heutiger Sicht eignet sich vielleicht am besten eine Umschreibung von Franz Bydliniski: Danach ist Kautelarjurisprudenz die vorsorgliche Beratung und Anleitung der Rechtsgenossen bei der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse, insbesondere durch private Rechtsakte.⁹ Ganz ähnlich erläutert das Rechtswörterbuch von Creifelds, der Begriff werde heute häufig für die Gestaltung von Rechtsbeziehungen durch Verwendung vorgeformter Vereinbarungen oder allgemeiner Geschäftsbedingungen gebraucht, allgemein auch für die vorsorgende, planende, (vertrags-)gestaltende Tätigkeit von Organen der Rechtspflege (insbesondere Notaren, Rechtsanwälten, Wirtschaftsjuristen) im Gegensatz zur forensischen Tätigkeit.¹⁰ Nuancierend und mit einer kritischen Schlussnote schreibt das Münchener Rechts-Lexikon, Aufgabe und Bestreben der Kautelarjurisprudenz sei es vor allem, mögliche Rechtsprobleme im Vorfeld zu erkennen und durch entsprechende Sicherungen auszuschließen. Dabei könne sich leicht die Versuchung zur Gesetzesumgehung ergeben.¹¹ Schließlich findet sich noch der Hinweis, dass der Ausdruck „Kautelarjurisprudenz“ sowohl einen Personenkreis (nämlich jenen Teil der Juristen, der sich mit Rechtsberatung befasse) als auch eine Arbeitsweise (nämlich die beratende Tätigkeit im Gegensatz zur Streitentscheidung oder Wissenschaft) und deren Ergebnis bezeichne.¹²

In einem Atemzug mit der Kautelarjurisprudenz fällt oft der Begriff der „vorsorgenden Rechtspflege“. Er wird teils als Synonym verwendet, teils als *aliud* verstanden: Kautelarjurisprudenz sei eine Methode der Rechtsanwen-

te², Bd. II (2012) Sp. 1693, Stichwort Kautelarjurisprudenz: „Eine zeitlose Definition des Begriffs ‚Kautelarjurisprudenz‘ (auch *iurisprudentia heurematica* oder *cavens*) existiert nicht“; ferner *Welser*, NZ 2009, 353: „Die Begriffe ‚kautelarjuristische Tätigkeit‘ und ‚Kautelarjurisprudenz‘ sind heute nicht mehr jedem geläufig. Selbst in Juristenkreisen bestehen davon oft nur vage Vorstellungen.“

⁷ Vgl. etwa *Raimund Bollenberger*, Kautelarjurisprudenz – Möglichkeiten und Grenzen, ÖJZ 2011, 797; *Carsten Kunkel*, Vertragsgestaltung: Eine methodisch-didaktische Einführung (2016) 5; *Gerrit Langenfeld*, Grundlagen der Vertragsgestaltung² (2010) Kap. 1 § 3 Rn. 4; *ders.*, Vertragsgestaltung: Methode – Verfahren – Vertragstypen³ (2004) § 1 Rn. 1 ff.; *Eckard Rehbinder*, Vertragsgestaltung² (1993) 1.

⁸ *Justus Claproth*, Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Kontrakte (Iurisprudentia heurematica)³, Bd. I (1786).

⁹ *Franz Bydliniski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 609; zustimmend *Bollenberger*, ÖJZ 2011, 797; *Welser*, NZ 2009, 353, 355.

¹⁰ *Carl Creifelds* (Begr.), Rechtswörterbuch²² (2017) 753, Stichwort: Kautelarjurisprudenz.

¹¹ Münchener Rechts-Lexikon, Bd. II (1987) 601, Stichwort: Kautelarjurisprudenz.

¹² *Herbert Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I (1980) § 1 IV 2 a, S. 79.

„eine Technik, die von Juristen aller Art geübt werde, während vorsorgende Rechtspflege einen besonderen Kreis von Aufgaben umfasse, der von Organen der Rechtspflege wahrgenommen werde.“¹³ Eingang in das Gesetz fand der Terminus „vorsorgende Rechtspflege“ zuerst in der Reichsnotarordnung von 1937.¹⁴ Heute wird er in §§ 1, 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO verwendet,¹⁵ ohne dass der Gesetzgeber eine genauere Umgrenzung versucht hätte. Einer tiefer eindringenden Monografie zufolge muss er vom Aufgabenbereich her präzisiert werden: Vorsorgende Rechtspflege fasst danach die den Organen der Rechtspflege übertragenen Aufgaben zusammen, die der Sicherung und Erleichterung des Rechtsverkehrs dienen, also die Aufgaben des Beurkundungs- und Registerwesens.¹⁶

Manche Autoren bevorzugen stattdessen den Ausdruck „Vertragsgestaltung“.¹⁷ Die Vokabeln „Kautelarjurisprudenz“ und „vorsorgende Rechtspflege“ seien weniger geeignet, weil ihre sprachlichen Assoziationen das Schwergewicht der gestaltenden Tätigkeit zu Unrecht auf die Vermeidung von rechtlicher Unsicherheit und Risikoabwälzung im Besonderen legten.¹⁸ „Vertragsgestaltung“ verstehen sie im weitestmöglichen Sinne unter Einschluss einseitiger individueller oder kollektiver Rechtsgestaltung.¹⁹ Inhaltlich definieren sie „Vertragsgestaltung“ als Mithilfe bei einer Entscheidung des Mandanten, d. h. bei einem Wahlakt unter privatrechtlichen Lösungsalternativen, über die Gestaltung eines Lebensverhältnisses mit den Mitteln und in den Grenzen des Rechts.²⁰

¹³ *Christoph Reithmann*, Kautelarjurisprudenz und Vorsorgende Rechtspflege, in: FS 125 Jahre Bayerisches Notariat (1987) 159.

¹⁴ Wörtlich hieß es in § 1 RNotO: „Als Rechtswahrer auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege, insbesondere für die Beurkundung von Rechtsvorgängen, werden Notare bestellt“; dazu *Martin Jonas*, Die Dienstordnung für Notare, DNotZ 1937, 519, 520; *Helmuth Schieck*, Vorsorgende Rechtspflege, DNotZ 1938, 647.

¹⁵ § 1 BNotO bestimmt: „Als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes werden für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern Notare bestellt.“ § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO lautet: „Zu dem Amt des Notars gehört auch die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege, insbesondere die Anfertigung von Urkundenentwürfen und die Beratung der Beteiligten.“

¹⁶ So *Christoph Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte (1989) 5.

¹⁷ Grundlegend *Eckard Reh binder*, Die Rolle der Vertragsgestaltung im zivilrechtlichen Lehrsystem, AcP 174 (1974) 265, 267; für eine Gleichsetzung von Vertragsgestaltung und Kautelarjurisprudenz *Lutz Aderhold / Raphael Koch / Karlheinz Lenkaitis*, Vertragsgestaltung² (2015) § 1 Rn. 2; ähnlich *Kunkel*, Vertragsgestaltung (Fn. 7) 6.

¹⁸ *Reh binder*, AcP 174 (1974) 265, 267.

¹⁹ In diesem Sinne *Reh binder*, AcP 174 (1974) 265, 266 f. mit dem erläuternden Klammersatz „z. B. Errichtung eines Unternehmertestaments, Aufstellung von AGB, Entscheidungen im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses“.

²⁰ *Reh binder*, AcP 174 (1974) 265, 285; zustimmend *Kunkel*, Vertragsgestaltung (Fn. 7) 7; *Langenfeld*, Grundlagen (Fn. 7) Kap. 2 § 2 Rn. 2; *Werner Schollen*, Zur Bedeutung der sozialen Wirklichkeit für die Vertragsgestaltung des Notars, DNotZ 1976, 197, 201.

2. Historische Entwicklungslinien

Die historischen Entwicklungslinien der Kautelarjurisprudenz lassen sich bis zum römischen Recht zurückverfolgen. Dort galt die prophylaktische Rechtsberatung, die dem Mandanten Vorsichtsmaßregeln bei der Abfassung von Verträgen und Testamenten an die Hand gab, als zentrale Tätigkeit der *iuris consulti*.²¹ Kein Geringerer als Werner Flume hat emphatisch ausgerufen: „Der Anfang aller Jurisprudenz ist die Kautelarjurisprudenz, die vorsehende und vorsorgende Jurisprudenz.“²² Das römische Privatrecht, so Flume weiter, sei gar nicht zu verstehen, wenn man es nicht als ein Recht der Kautelarjurisprudenz begreife.²³ Auch die Rechtsfortbildung, die ihren Niederschlag in dem prätorischen Edikt gefunden habe, sei vornehmlich eine Leistung der Kautelarjuristen: Sie hätten die Formeln für die Geschäfte und die Prozessführung geprägt.²⁴ Flumes Lehrer Fritz Schulz und andere haben eindringlich geschildert, welche große Rolle das *cavere* für die Begründung und Fortentwicklung der römischen Rechtswissenschaft spielte.²⁵ Unentbehrlich war die Mitwirkung der *iuris consulti* namentlich bei der höchst technischen Arbeit der Formelkonzeption, die man als prozessuale Kautelarjurisprudenz zu bezeichnen pflegt.²⁶ Allerdings tragen diese Formeln nur ausnahmsweise den Namen des Juristen, der sie zuerst entworfen, oder den Namen des Prätors, der sie zuerst genehmigt oder in sein Edikt aufgenommen hat.²⁷ Nennen könnte man etwa die *cautio Muciana*²⁸ oder die *stipulatio Aquiliana*.²⁹ Das erste Beispiel zeigt zugleich, dass man damals noch nicht von *cautela*, sondern von *cautio* sprach.³⁰ In der ausgehenden Republik verlor die Pflege des Formularwesens allmählich an Bedeutung,³¹ die namhaften Juristen zogen sich aus der Kautelarjurisprudenz zurück und überlie-

²¹ Vgl. HRG / Damler (Fn. 6) Sp. 1693.

²² Flume, DNotZ, Sonderheft 1969, 30.

²³ So Flume, DNotZ, Sonderheft 1969, 30, 31.

²⁴ In diesem Sinne Flume, DNotZ, Sonderheft 1969, 30, 31.

²⁵ Vgl. Fritz Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft (1961) 57 ff. und 139 ff.; ferner Wolfgang Kunkel / Martin Schermaier, Römische Rechtsgeschichte¹⁴ (2005) 126 ff.; Peter Apathy / Georg Klöding / Martin Pennitz, Einführung in das römische Recht⁶ (2016) 22: „Zur Tätigkeit der Juristen gehört ferner das *cavere* (daher: Kautelarjurisprudenz), also die Konzeption von Vertragsformularen, schwierigen Verträgen oder Testamenten.“

²⁶ So Schulz, Geschichte (Fn. 25) 59.

²⁷ Auch dazu Schulz, Geschichte (Fn. 25) 61 mit dem erläuternden Zusatz: „Häufig wird eben der erste Entwurf nicht befriedigt haben, andre Juristen haben ihn verbessert, und so sind die Formeln regelmäßige Kollektivarbeit und daher anonym.“

²⁸ Erfunden vom Juristen Q. Mucius Scaevola, Konsul 95 v. Chr.; dazu etwa Max Kaser / Rolf Knütel / Sebastian Lohsse, Römisches Privatrecht²¹ (2017) § 10 Rn. 4.

²⁹ Entworfen vom Juristen C. Aquilius Gallus, 1. Jh. v. Chr.; auch dazu Kaser / Knütel / Lohsse, Römisches Privatrecht (Fn. 28) § 54 Rn. 6.

³⁰ Dazu auch Welser, NZ 2009, 353, 354.

³¹ Vgl. Kunkel / Schermaier, Rechtsgeschichte (Fn. 25) 128.

Ben sie ihren Kollegen zweiten oder dritten Ranges sowie den Urkundenschreibern.³²

Zu neuer Blüte gelangte die Kautelarjurisprudenz erst wieder im 17. und 18. Jahrhundert.³³ Daniel Nettelblatt, Präses der Hallenser Juristenfakultät, und andere, etwa Johann Stephan Pütter aus Göttingen, prägten die Unterscheidung zwischen theoretischer und praktischer Jurisprudenz:

„Die erste enthält Wahrheiten über Rechte und Pflichten selbst, die zweite Wahrheiten, wie die rechtlichen Geschäfte zu betreiben seien. Zum Beispiel: Wer testieren könne, gehöre zur theoretischen Jurisprudenz; wie aber ein Testament ordentlich zu errichten sei, zur praktischen. Was ein Kaufvertrag ist, gehört zur theoretischen, wie ein Kaufvertrag aufzusetzen ist, zur praktischen Jurisprudenz. Sowohl theoretische als praktische Jurisprudenz gehörten also zur Theorie des Rechts und seien scharf von der Praxis selbst, der konkreten Ausführung der rechtlichen Geschäfte, zu unterscheiden.“³⁴

Im Anschluss daran widmeten die großen enzyklopädischen Darstellungen des Rechts der „praktischen Rechtsgelahrtheit“ eigene Teile.³⁵ Als kautelarjuristischer Goldstandard galt die schon erwähnte zweibändige „Iurisprudentia heurematica“ von Justus Claproth.³⁶

Mit dem Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert begannen die Polemik gegen die praktische Jurisprudenz und ihre allmähliche Ausschließung aus der Rechtswissenschaft.³⁷ Eine zentrale Rolle spielten dabei Zweifel an ihrem Wissenschaftscharakter, die nicht zuletzt von Vertretern der Historischen Rechtsschule genährt wurden.³⁸ Savigny selbst hat dagegen im „System des heutigen Römischen Rechts“ von der „stets wachsenden Scheidung zwischen Theorie und Praxis“ gesprochen und in ihr „das Hauptübel unsres Rechtszustandes“³⁹ gesehen.

³² Dazu Schulz, Geschichte (Fn. 25) 130 f.

³³ Monografisch Jan Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert (1979).

³⁴ Schröder, Wissenschaftstheorie (Fn. 33) 46 f. in Paraphrase der Nettelblatt'schen Grundkonzeption.

³⁵ Näher dazu Schröder, Wissenschaftstheorie (Fn. 33) 51 ff.

³⁶ Claproth, Iurisprudentia heurematica (Fn. 8).

³⁷ Näher Schröder, Wissenschaftstheorie (Fn. 33) 70 ff.

³⁸ So Schröder, Wissenschaftstheorie (Fn. 33) 76 und 80.

³⁹ Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840) Vorrede, S. XXV: „Besteht nun also das Hauptübel unsres Rechtszustandes in einer stets wachsenden Scheidung zwischen Theorie und Praxis, so kann auch die Abhilfe nur in der Herstellung ihrer natürlichen Einheit gesucht werden.“

3. Arbeitsweise – Methodik – Rollenunterschiede

Was die Arbeitsweise der Kautelarjuristen anbelangt, pflegt man den funktionalen Unterschied von Streitentscheidung und Rechtsgestaltung herauszustellen: Während der Richter im Rahmen der Streitentscheidung einen abgeschlossenen, in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt beurteilt, den er nicht mehr beeinflussen kann, blickt der Kautelarjurist nach vorn, weil sich seine Rechtsgestaltung in der Zukunft bewähren soll und muss.⁴⁰ Dabei steht er unweigerlich vor einem Prognoseproblem:⁴¹ Er muss mögliche tatsächliche Entwicklungen mit Fantasie und Erfahrung voraussehen und zugleich die künftige Rechtsentwicklung antizipieren.⁴² Wie schwierig Letzteres sein kann,⁴³ illustriert die höchstrichterliche Leitentscheidung zu Buchwertabfindungsklauseln im Gesellschaftsvertrag: Der klagende Kommanditist gehörte der Gesellschaft seit 1934 an; über die Wirksamkeit der Buchwertklausel entschied der BGH fast 60 Jahre später, im September 1993.⁴⁴ Für alle denkbaren tatsächlichen und rechtlichen Szenarien hat der Vertragsjurist sodann Vorsorge zu treffen mit dem Ziel, künftige Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden. Unter diesem Blickwinkel bezeichnet man die kautelarjuristische Tätigkeit auch als „prophylaktische Rechtswissenschaft“.⁴⁵

Außerdem hebt sich die Gestaltungspraxis durch andere Denk- und Entscheidungsprozesse von der streitentscheidenden Tätigkeit ab. Während das Handeln des Richters – in den Kategorien von Luhmann⁴⁶ – einem *Konditionalprogramm* („Wenn-dann-Schema“) gleicht, folgt der Kautelarjurist einem *Zweckprogramm*.⁴⁷ Ausgehend von den Sachzielen seines Mandanten prüft er,

⁴⁰ Vgl. *Aderhold / Koch / Lenkaitis*, Vertragsgestaltung (Fn. 17) § 1 Rn. 14 f.; *Rainer Kanzleiter*, Der Blick in die Zukunft als Voraussetzung der Vertragsgestaltung, NJW 1995, 905; *Langenfeld*, Grundlagen (Fn. 7) Kap. 1 § 1 Rn. 1 f.; *Rehbinder*, Vertragsgestaltung (Fn. 7) 1.

⁴¹ Grundlegend *Kanzleiter*, NJW 1995, 905 unter der Überschrift „Der Blick in die Zukunft als Voraussetzung der Vertragsgestaltung“.

⁴² Vgl. *Langenfeld*, Grundlagen (Fn. 7) Kap. 3 § 4 Rn. 15 ff.

⁴³ *Helmut Köhler*, Rechtsprechungsprognose als Amtspflicht des Notars, in: FS 125 Jahre Bayerisches Notariat (Fn. 13) 196.

⁴⁴ Vgl. BGH 20.9.1993 – II ZR 104/92, BGHZ 123, 281; eingehend dazu *Kanzleiter*, NJW 1995, 905, 907 ff.; umfassend und rechtsvergleichend *Holger Fleischer / Sebastian Bong*, Grenzen gesellschaftsvertraglicher Gestaltungsfreiheit: Abfindungsklauseln in Personengesellschaft und GmbH, WM 2017, 1957.

⁴⁵ *Welser*, NZ 2009, 353, 354; *ders.*, Merkwürdiges und Denkwürdiges im Recht, in: FS Werner Ogris (2010) 563, 567.

⁴⁶ *Niklas Luhmann*, Zweckbegriff und Systemrationalität (1973) 101 f.

⁴⁷ So in Adaption der Luhmann'schen Kategorien *Christoph Teichmann*, Vertragsgestaltung durch den Rechtsanwalt – Grundzüge einer Methodik der zivilrechtlichen Fallbearbeitung, JuS 2001, 973, 974; zustimmend *Aderhold / Koch / Lenkaitis*, Vertragsgestaltung (Fn. 17) § 2 Rn. 17 f.; *Kunkel*, Vertragsgestaltung (Fn. 7) 27 ff.

welche rechtlichen Wege hierfür in Betracht kommen und welche Vor- und Nachteile mit ihnen gegebenenfalls verbunden sind.

Die strukturellen Unterschiede zwischen Streitentscheidung und Rechtsgestaltung erfordern unterschiedliche methodische Herangehensweisen.⁴⁸ In den Kompendien zur Vertragsgestaltung finden sich hierfür gewöhnlich die Stichworte: Ermittlung des Sachverhalts, Klärung der Sachziele, Auswahl aus verschiedenen Gestaltungsalternativen.⁴⁹ Gerade das Denken in Alternativen gilt vielen als strukturprägendes Merkmal der Kautelarjurisprudenz.⁵⁰ Hinzu kommt, dass es für die Zwecke der Rechtsberatung einer anderen Stoffeinteilung bedarf, die sich von der Systematik des Gesetzes löst und stärker an typische Lebenssachverhalte anknüpft.⁵¹ So werden für einen Unternehmenskaufvertrag nicht nur das Kauf- und Gesellschaftsrecht, sondern regelmäßig auch das Arbeits-, Kartell- und Steuerrecht von Bedeutung sein. Treffend spricht man insoweit von der „Notwendigkeit des juristischen Querdenkens“.⁵² Von notarieller Seite gibt es darüber hinaus Ansätze zu einer eigenen Vertrags- oder Beurkundungslehre, die auf dem Gedanken der Typisierung aufbaut.⁵³ Eine tiefere wissenschaftliche Durchdringung des Fragenkreises steht allerdings noch aus. Sie könnte bei der Planung und Gestaltung komplexerer Vorhaben den Austausch mit der betriebswirtschaftlichen Entscheidungstheorie suchen.⁵⁴

Bei allen Besonderheiten der kautelarjuristischen Herangehensweise sollten freilich die Übereinstimmungen mit der herkömmlichen Methodik nicht aus dem Blick geraten:⁵⁵ „Das BGB des Richters ist dasselbe wie das BGB des Anwalts oder des Notars.“⁵⁶ Verträge lassen sich nur in den Gren-

⁴⁸ Vgl. *Gerald Rittershaus / Christoph Teichmann*, Anwaltliche und notarielle Vertragsgestaltung – Gemeinsamkeiten und Unterschiede: Ein Beitrag zur kautelarjuristischen Ausbildung im Studium, in: FS Sebastian Spiegelberger (2009) 1457, 1460: „Streitentscheidung folgt anderen methodischen Regeln als Rechtsgestaltung“; ferner *Langenfeld*, Grundlagen (Fn. 7) Kap. 2 Rn. 1: „Die Methode der Dezisionsjurisprudenz hat eine Methode der Auslegung zu sein, die Methode der Kautelarjurisprudenz eine Methode der Gestaltung.“

⁴⁹ Vgl. etwa *Gerald Rittershaus / Christoph Teichmann*, Anwaltliche Vertragsgestaltung² (2003) 223 ff.; eingehend auch *Rehbinder*, Vertragsgestaltung (Fn. 7) 7 ff.

⁵⁰ Vgl. *Rehbinder*, AcP 174 (1974) 265, 287; dem folgend *Langenfeld*, Grundlagen (Fn. 7) Kap. 2 § 7 Rn. 29: „Kautelarjuristisches Denken ist Denken in Alternativen.“

⁵¹ In diesem Sinne etwa *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 9) 612; *Ernst Höhn / Rolf H. Weber*, Planung und Gestaltung von Rechtsgeschäften (1986) 27 ff., 40; *Rehbinder*, Vertragsgestaltung (Fn. 7) 43.

⁵² *Rehbinder*, Vertragsgestaltung (Fn. 7) 43.

⁵³ Grundlegend *Hans-Ulrich Jerschke*, Die Wirklichkeit als Muster – Der richtige Weg zum gerechten Vertrag, DNotZ, Sonderheft 1989, 21.

⁵⁴ Ansätze in diese Richtung bei *Ernst Höhn*, Möglichkeiten und Grenzen einer Methodik der Rechtsgeschäftsplanung, in: St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag (1981) 343, 346 ff.; *Urban Slongo*, Rechtsgeschäftsplanung und -gestaltung aus Sicht des beratenden Anwalts, ebd. 361, 364 ff.; monografisch *Höhn / Weber*, Planung und Gestaltung (Fn. 51).

⁵⁵ Die Unterschiede relativierend auch *Welser*, NZ 2009, 353, 358.

⁵⁶ *Rittershaus / Teichmann*, Anwaltliche und notarielle Vertragsgestaltung (Fn. 48) 1460.

zen des geltenden Gesetzes- und Richterrechts gestalten.⁵⁷ Konzeptionell könnte man Kautelarjurisprudenz daher auch als „hypothetische Rechtsanwendung auf provisorisch konzipierte Lösungsvarianten“⁵⁸ verstehen und so an die konventionellen Methoden zurückbinden.

Nicht unerwähnt bleiben darf schließlich, dass es innerhalb der Gruppe der Kautelarjuristen verschiedene Berufsbilder und markante Rollenunterschiede gibt.⁵⁹ Der Notar ist nach § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten. Zudem soll er nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG darauf achten, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Demgegenüber wird der Rechtsanwalt im Interesse seines Mandanten tätig. In § 1 Abs. 3 BORA heißt es, dass er seinen Mandanten vor Rechtsverlusten zu bewahren sowie rechtsgestaltend, konfliktvermeidend und streitschlichtend zu beraten hat. Kurzum: Neutralitätspflicht hie, Interessenwahrungspflicht da! Klienten als Schutzbefohlene einerseits, Mandanten als Auftraggeber andererseits.⁶⁰ Für die anwaltliche Vertragsgestaltung führt dies zu der Folgefrage, wie sich einseitige Interessenwahrnehmung und Vertragsgerechtigkeit zueinander verhalten. Prominenten Literaturstimmen zufolge hat der Kautelarjurist durchweg auf eine angemessene Vertragsgestaltung hinzuwirken und ist so für die Vertragsgerechtigkeit verantwortlich.⁶¹ Gegenstimmen halten dies mit besseren Gründen für ein nobles, aber praxisfernes Anliegen.⁶² Allerdings muss der Vertragsgestalter im wohlverstandenen Mandanteninteresse darauf achten, dass sein Entwurf auch für die Gegenseite akzeptabel ist, weil ohne deren Einverständnis kein Vertrag zustande kommt.⁶³

⁵⁷ Vgl. *Bollenberger*, ÖJZ 2011, 797.

⁵⁸ *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 9) 609f.; zustimmend *Rehbinder*, Vertragsgestaltung (Fn. 7) 43.

⁵⁹ Dazu etwa *Rittershaus / Teichmann*, Anwaltliche und notarielle Vertragsgestaltung (Fn. 48) 1462.

⁶⁰ So *Langenfeld*, Grundlagen (Fn. 7) Kap. 1 § 2 Rn. 2: „Der Anwalt als Interessenvertreter hat Auftraggeber (Mandanten), der Notar als Inhaber eines öffentlichen Amtes mit Neutralitätspflicht hat Schutzbefohlene (Klienten).“

⁶¹ So oder ähnlich *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 9) 614f.; *Alfred Pikalo*, Die Bedeutung und die Funktion der Gerechtigkeit in der Kautelarjurisprudenz, in: GS Ilmar Tammelo (1984) 155, 162ff.; *Reithmann*, Kautelarjurisprudenz (Fn. 13) 176f.; *Harald Weber*, Methodenlehre der Rechtsgestaltung, JuS 1989, 818, 819.

⁶² So namentlich *Welsch*, NZ 2009, 353, 357: „Anders als vielleicht die Professoren, können die Kautelarjuristen und ihre Mandanten die Zeit nicht mit einer Suche nach Recht und Gerechtigkeit verbringen, zumal der Vertragsverfasser seinen Lebensunterhalt gefährden würde, wenn er nicht alles versuchte, die Interessen seines Mandanten wahrzunehmen. Die Kautelarjurisprudenz wird sich daher normalerweise nur an der Regel orientieren können, dass sie an gesetz- oder sittenwidrigen Vorgängen nicht mitwirken darf.“

⁶³ Dies hervorhebend auch *Aderhold / Koch / Lenkaitis*, Vertragsgestaltung (Fn. 17) § 2 Rn. 22.

4. Formularsammlungen und -kommentare

Die dominierende Literaturgattung der Kautelarpraxis bilden Formularsammlungen, an denen mittlerweile kein Mangel mehr herrscht. Im Gegenteil: Der juristische Büchermarkt wird geradezu überflutet von praktischen Handreichungen für nahezu jedes Rechtsgebiet. Ursprünglich war dies anders. Im antiken Rom zählten die Klageformeln lange Zeit zum Geheimwissen der Priester und waren nach einem Bericht des Livius in den innersten Räumen des Priesterseminars vor dem Zugriff des allgemeinen Publikums geschützt.⁶⁴ Erst Gnaeus Flavius,⁶⁵ kurulischer Ädil und vormals Schreiber des berühmten Patriziers Appius Claudius Caecus, entwendete nach dem Gründungsmythos der römischen Rechtswissenschaft das wohlgehütete Formelbuch im Jahre 304 v. Chr. und übergab es mitsamt dem Gerichtskalender dem Volk⁶⁶ – ein „Schlag gegen das Rechtsmonopol der Pontifices“⁶⁷ und der Beginn der Popularisierung kautelarjuristischer Literatur.

Die historischen Wurzeln der heutigen Formularbücher lassen sich bis in das 7. nachchristliche Jahrhundert zurückverfolgen.⁶⁸ Mit Entstehen der italienischen Notariatsschulen im 12. und 13. Jahrhundert wuchsen sie zu regelrechten Kompendien an.⁶⁹ Sie standen allerdings nicht immer im besten Ruf, weil manche Kautelarjuristen viel Scharfsinn darauf verwendeten, die böartigsten Schliche und Winkelzüge zu ersinnen.⁷⁰ So fand sich in der ersten größeren Kautelensammlung von Bartholomäus Caepolla⁷¹ der Ratschlag, einen Zeugen dadurch unschädlich zu machen, dass man ihm eine Ohrfeige gibt und dann sagt, seine Aussage sei wegen der Feindschaft ver-

⁶⁴ Livius 9.46.5.

⁶⁵ Näher zu ihm *Joseph Georg Wolf*, Die literarische Überlieferung der Publikation der Fasten und Legisaktionen durch Gnaeus Flavius, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse (1980) Nr. 2 S. 3 ff.

⁶⁶ Anschaulich dazu *Marie Theres Fögen*, Römische Rechtsgeschichten (2002) 125 ff.

⁶⁷ *Wolf*, Literarische Überlieferung (Fn. 65) 17 m. w. N.

⁶⁸ Näher zur Geschichte des Formularbuchs *Harry Bresslau*, Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien³, Bd. II (1958) 225 ff. und passim – mit folgender Begriffsbestimmung auf S. 226: „Unter Formularen verstehen wir alle diejenigen Aufzeichnungen, die, ohne selbst Urkunden zu sein, d. h. ohne einen rechtlichen Wert zu beanspruchen, als Muster für die Abfassung von Urkunden zu dienen bestimmt sind. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Formulare frei erfunden sind oder sich an einen Einzelfall anlehnen und aus einer auf einen solchen bezüglichen Urkunde abstrahiert sind.“

⁶⁹ Vgl. *Winfried Trusen*, Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland (1962) 125 ff.

⁷⁰ Dazu etwa *Gerhard Buchda*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I (1971) Sp. 602, 603, Stichwort: Cautelarjurisprudenz: „Indessen haben die Postglossatoren die Dinge auch nach der üblen Seite entwickelt, nicht nur im Bereich der Rechtsgeschäfte, sondern auch in prozessualer, die Advokaten belastender Richtung. Die zu ihrer Zeit in Übung gekommene spitzfindige Kasuistik trieb nicht wenige dazu, sich Schliche und Winkelzüge auszudenken, um den Gegner auf von ihm unbemerkte Art hereinzulegen und zu schädigen [...]“

⁷¹ Gestorben 1477 in Padua.

dächtig.⁷² Ein zweites Beispiel aus demselben Werk: Wenn man eine Sache erwerben möchte, die der Eigentümer nicht verkaufen will, so soll man sie von ihm leihen, dann vorgeben, dass man sie verloren habe. Hat man dann die *aestimatio* bezahlt, so kann man sie zufällig wieder zum Vorschein kommen lassen, ohne die *rei vindicatio* fürchten zu müssen.⁷³ Angesichts dessen überrascht es nicht, dass der Name *Cautelae Caepollae* „bald die Bedeutung perverser und chicanöser Ausflüchte und Behelfe annehmen konnte“.⁷⁴ Spätere Sammlungen enthielten ähnliche Mischungen redlicher und unredlicher Kautelen, gelegentlich garniert mit dem Hinweis, man müsse auch die unredlichen genau kennen, um sich vor ihnen zu hüten.⁷⁵

Der „moralisierenden Gelehrtenzunft des 19. und 20. Jahrhunderts“⁷⁶ waren solche Werke zunehmend suspekt.⁷⁷ Sie zog überdies deren wissenschaftliche Qualität in Zweifel und betrachtete Kautelensammlungen als minderwertig und zweitklassig. Infolgedessen waren Formularbücher schlechterdings nicht zitierfähig⁷⁸ und wurden abschätzig als „Hilfsmittel für Halbwissende“⁷⁹ bezeichnet.

Diese Zeiten sind vorbei: Keine juristische Literaturgattung hat in den letzten drei Jahrzehnten einen solchen Bedeutungsaufschwung erlebt wie das Formularbuch⁸⁰ und manche wännen es bereits „auf dem Weg zur Hochkultur“.⁸¹ Hieran ist sicher richtig, dass Anwaltschaft und Notariat bei anspruchsvollen Gestaltungsaufgaben ohne Formularbücher kaum mehr auskommen. Im Einklang damit hat der Bundesgerichtshof (BGH) in einem Urteil zur Notarhaftung hervorgehoben, dass ein Vertragsgestalter verpflichtet ist, die „Erfahrungen der Kautelarjurisprudenz“⁸² auszuwerten und

⁷² *Caepolla*, *Cautelae*, 4, zitiert nach *Roderich von Stintzing*, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Erste Abtheilung (1880) 534.

⁷³ *Caepolla*, *Cautelae*, 208, zitiert nach *Stintzing*, *Geschichte* (Fn. 72) 534 f.

⁷⁴ *Stintzing*, *Geschichte* (Fn. 72) 534.

⁷⁵ Vgl. *Stintzing*, *Geschichte* (Fn. 72) 537 m. w. N.; ferner HRG / *Buchda* (Fn. 70) Sp. 602, 603.

⁷⁶ HRG / *Damler* (Fn. 6) Sp. 1693, 1694.

⁷⁷ Vgl. HRG / *Buchda* (Fn. 70) Sp. 602, 603: „Das Schrifttum über dieses Thema zieht sich noch bis ins 18. Jh., wird jedoch gegen die juristischen Kniffe und Streiche immer kritischer und weicht einer im Ansatz schon länger vorhandenen, von da ab kräftig durchdringenden ersten advokatorischen Pflichten- und Sittenlehre.“

⁷⁸ Plastisch *Peter Rawert*, *Der Kautelarjurist als „Muster“-Schüler: Zur Bedeutung des Formularbuchs für eine prognosesichere Vertragsgestaltung*, in: *Liber Amicorum Wilhelm Happ* (2006) 231, 232: „Sie waren nicht zitierfähig, in juristischen Seminaren meist nicht vorhanden und wenn doch, so las man sie besser unter als auf dem Tisch.“

⁷⁹ *Roderich von Stintzing*, *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland* (1867) XXII, XXXVII f.

⁸⁰ Dazu am Beispiel des Gesellschaftsrechts *Holger Fleischer*, *Gesellschaftsrecht*, in: *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, hrsg. von Dietmar Willoweit (2007) 485, 495 ff.

⁸¹ *Rawert*, *Kautelarjurist* (Fn. 78) 238.

⁸² BGH 28.4.1994 – IX ZR 161 / 93, NJW 1994, 2283.

„Vertragsformularbücher für Notare“⁸³ zu berücksichtigen. Auch der Wissenschaft vermitteln Formularbücher wertvolle Einsichten: Sie zeigen zum einen, wie man unpassende Gesetzesregeln abbedingen und durch passende Vertragsklauseln ersetzen kann. Zum anderen lassen sie Rückschlüsse auf den hypothetischen Parteiwillen zu, also darauf, worüber sich redliche Vertragspartner mehrheitlich verständigt hätten, wenn sie die Frage vorher bedacht hätten (*majoritarian default rule* i. S. d. Rechtsökonomik).⁸⁴

5. Rechtsschöpfung durch Vertragsgestaltung

Die Kautelarjuristen beschränken sich in ihrer Arbeit nicht allein auf die Pflege und Verbesserung erprobter Formulare. Vielmehr wirken sie auch an der Rechtsschöpfung im Privatrecht mit, und zwar auf dreierlei Art und Weise:

Erstens legen sie für die Vertragsparteien in jedem Einzelfall ein verbindliches Pflichtenprogramm fest und betätigen sich dabei weniger als *Rechtsanwender*, sondern eher als *Rechtsverwender* und *Rechtssetzer*.⁸⁵ Sie schaffen die *lex contractus*,⁸⁶ also gleichsam ein „Privatgesetz“,⁸⁷ wie es in der Formulierung des Art. 1134 Code civil a. F., nunmehr geringfügig verändert in Art. 1103 n. F., anklingt: „Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.“ Nicht ohne Ständesstolz hört man daher aus der Notarzunft: *Quod notamus, lex est*.⁸⁸

Zweitens kann die *individuelle* Vertragsgestaltung *überindividuelle* Wirkungen erzeugen, wenn eine bestimmte Klausel immer wieder verwendet wird und sich

⁸³ BGH 28.4.1994, NJW 1994, 2283, 2284.

⁸⁴ Für ein Beispiel aus dem BGB-Gesellschaftsrecht *Holger Fleischer / Nadja Danning*, Der Sorgfaltsmaßstab in der Personengesellschaft (§ 708 BGB), NZG 2016, 481, 489 f.

⁸⁵ So *Rehbinder*, AcP 174 (1974) 265, 300; zustimmend *Langenfeld*, Grundlagen (Fn. 7) Kap. 1 § 2 R.n. 5.

⁸⁶ Vgl. *Rehbinder*, Vertragsgestaltung (Fn. 7) 42: „Der Vertragsjurist verwendet die Aussagen des Gesetzes und der Rechtsprechung, um innerhalb der Bandbreite des rechtlich Zulässigen für die Parteien ein neues Gesetz zu schaffen, die *lex contractus*“; ferner *Weber*, JuS 1989, 818, 820: „Hier kann sich der Kautelarjurist als schöpferischer und kreativer Gesetzgeber betätigen und als Ersatz-Gesetzgeber fungieren, der für die konkreten Beteiligten im Rahmen der Grenzen des zwingenden Rechts das zwischen ihnen faktisch geltende Recht, die sog. ‚lex contractus‘, konzipiert und zugleich ganze Komplexe staatlicher dispositiver Normen im konkreten Einzelfall unanwendbar und damit obsolet macht.“

⁸⁷ Dazu *Heinz Raukes*, Wesenszüge des Notars, DNotZ 1963, 141, 146: „Anwalt und Richter wenden die Ordnung so an, wie sie sie im Gesetz niedergelegt finden. Der Notar verwendet dessen Elemente, um daraus ein neues Gesetz, ein ‚Privatgesetz‘ zu bauen.“

⁸⁸ So etwa *Pikalo*, DNotZ 1970, 711, 731; *Werner Schollen*, Grundfragen des Notarberufs in unserer Zeit, DNotZ 1961, 172, 181; ferner *Detlef Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechts-sprichwörter⁷ (2007) L 17: „Lex est, quod notamus. Gesetz ist, was wir niederschreiben. Devise der Notare.“

dadurch zu einer festen Einrichtung entwickelt.⁸⁹ Man denke etwa an Fortsetzungs- und Nachfolgeklauseln in Personengesellschaftsverträgen. Auf diese Weise entsteht durch einen Prozess der Institutionalisierung unmerklich (Klausel-) Recht.⁹⁰ Pointiert spricht ein erfahrener Notar gar von „Rechtsfortbildung durch Formulare“.⁹¹

Drittens gibt es kautelarjuristische Sternstunden, in denen die Vertragspraxis das Tor zu einer gänzlich neuen Rechtsgestaltung aufstößt: GmbH & Co. KG, Sicherungsübereignung oder Treuhand. Dann kann man von einer „bewussten Rechtsschöpfung der Kautelarjurisprudenz“⁹² *praeter* oder *contra legem* sprechen. Gelegentlich ist auch von einer „kautelarjuristischen“ oder „notariellen Erfindung“⁹³ die Rede.

Der rechtsschöpferische Akt bei der Einführung neuer Vertragsklauseln oder Rechtsinstitute vollzieht sich regelmäßig – wie schon im alten Rom – als Kollektivarbeit: Ein Rechtsanwalt oder Notar ersinnt eine bisher unbekannt Konstruktion und stellt sie in Fachkreisen zur Debatte; im kollegialen Gespräch wird diese Neuerung verbessert und weiter verfeinert, bis sie ihre endgültige Gestalt gewinnt. Aufgrund dessen lassen sich die kautelarjuristischen „Erfinder“ – anders als die rechtswissenschaftlichen „Entdecker“⁹⁴ – namentlich nicht so leicht feststellen, und sie bleiben nur selten in Erinnerung, zumal es häufig zu Doppelschöpfungen kommt.⁹⁵ Jedenfalls als Gruppe gehören die führenden Kautelarjuristen aber zu jenen Rechts Honoratioren, die den Charakter und Stil des deutschen Privatrechts maßgeblich mitprägen.⁹⁶

⁸⁹ Vgl. *Rehbinder*, AcP 174 (1974) 265, 300; *Christoph Reithmann*, Der Beitrag der Notare zur Rechtsentwicklung, DNotZ, Sonderheft 1977, 13, 18.

⁹⁰ In diesem Sinne *Rehbinder*, AcP 174 (1974) 265, 300.

⁹¹ So die Zwischenüberschrift bei *Reithmann*, DNotZ, Sonderheft 1977, 13, 21; ferner die Zwischenüberschrift bei *Pikalo*, Gerechtigkeit (Fn. 61) 171: „Rechtliche Vorsorge und Rechtsfortbildung durch Formulare“.

⁹² *Flume*, DNotZ, Sonderheft 1969, 30, 37; zustimmend *Rehbinder*, AcP 174 (1974) 265, 301.

⁹³ Vgl. *Reithmann*, DNotZ, Sonderheft 1977, 13, 17: „Erfindungen der Kautelarjurisprudenz“; *Jerschke*, DNotZ, Sonderheft 1989, 21, 37: „notarielle Erfindungen“.

⁹⁴ Dazu der Sammelband: *Zivilrechtliche Entdecker*, hrsg. von Thomas Hoeren (2001). Die sprachschöpferische Wortprägung „juristische Entdeckung“ geht zurück auf *Hans Dölle*, Juristische Entdeckungen, in: Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957, Bd. II (1959) B 1; *Holger Fleischer*, Juristische Entdeckungen im Gesellschaftsrecht, in: FS Karsten Schmidt (2009) 375.

⁹⁵ Vgl. *Holger Fleischer / Till Wansleben*, Die GmbH & Co. KG als kautelarjuristische Erfolgsgeschichte, GmbHR 2017, 169, 177; gleichsinnig *Reithmann*, DNotZ, Sonderheft 1977, 13, 18: „Oft wird ein Rechtsinstitut in langer Entwicklung herausgebildet, manchmal, bedingt durch gleiche Erfordernisse, gleichzeitig an mehreren Orten.“

⁹⁶ Darauf hinweisend *Pikalo*, Gerechtigkeit (Fn. 61) 161 unter Hinweis auf *Max Rheinstein*, Die Rechts Honoratioren und ihr Einfluß auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen, RabelsZ 34 (1970) 1 ff.; Rheinstein selbst griff auf die Lehre von Max Weber zur Rolle der Rechts Honoratioren bei der Gestaltung des Rechts zurück.

Wenn hier von kautelarjuristischer „Rechtsschöpfung“ die Rede ist, so wird nicht verkannt, dass ihr Erfolg letztlich von der Anerkennung durch die Gerichte – dem höchstrichterlichen Ritterschlag – abhängt.⁹⁷ Dennoch erscheint es in den geschilderten Fällen gerechtfertigt, nicht die höchstrichterliche Rechtsprechung, sondern die Gestaltungspraxis als wahren Urheber der Rechtsfortbildung anzusehen.⁹⁸ Zumindest ist sie ihr Initiator und Inkubator.

6. Schattenseiten der Kautelarpraxis

Wer ein Loblied auf die Leistungen der Kautelarpraxis singt, darf umgekehrt ihre Schattenseiten nicht ignorieren.⁹⁹ Zu ihnen gehörte der geschilderte Missbrauch von Mustern und Formularen, der schon Adolph Freiherr von Knigge übel aufstieß.¹⁰⁰ Ein Handbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft von 1880 sah sich sogar veranlasst, Kautelarjurisprudenz als die Kunst zu definieren, die Vorschriften des Rechts zu umgehen und, gedeckt durch ihren Wortlaut, Zwecke zu verfolgen, die auf geradem Weg nicht zu erreichen sind.¹⁰¹ Die moderne Kautelarjurisprudenz hat viele dieser Unsitten hinter sich gelassen. Gelegentlich blitzen die alten Tricks und Schliche aber in modernem Gewande wieder auf, etwa im Aktien- und Steuerrecht bei der Gestaltung der Cum-ex-Geschäfte.¹⁰²

7. Stellenwert in der Juristenausbildung

Der Rundgang durch die Kautelarjurisprudenz führt uns schließlich zu ihrer Behandlung in Hörsaal und Lehre. Im antiken Rechtsunterricht war eine systematische Heranführung mit Vorlesungen und Übungen nicht vorgesehen. Vielmehr wurde der Student gleich ins kalte Wasser geworfen: „[E]r lernt in der Schlacht fechten.“¹⁰³ Ganz anders präsentierte sich der Aus-

⁹⁷ Dies konzедierend etwa *Fleischer / Wansleben*, GmbHR 2017, 169, 179; *Flume*, DNotZ, Sonderheft 1969, 30, 38.

⁹⁸ Vgl. *Fleischer / Wansleben*, GmbHR 2017, 169, 179; *Flume*, DNotZ, Sonderheft 1969, 30, 38; *Klaus-Dieter Hartmann*, Einflüsse und Aufgaben der Kautelarjurisprudenz im Recht der Personengesellschaften, DNotZ, Sonderheft 1989, 63, 69; *Rehbinder*, AcP 174 (1974) 265, 301.

⁹⁹ Zu ihnen etwa *Welser*, Merkwürdiges (Fn. 45) 566 ff.

¹⁰⁰ Vgl. *Adolph v. Knigge*, Über den Umgang mit Menschen (1788) 330 ff.

¹⁰¹ *Stintzing*, Geschichte (Fn. 72) 533.

¹⁰² Zum Diskussionsstand etwa *Tim Florstedt*, Anteilszurechnung und Alternativität – Zugleich zur Frage der Legalität einer mehrfachen Erstattung einmal gezahlter Kapitalertragssteuer bei „Cum-ex“-Geschäften, FR 2016, 641; *ders.*, Cum / ex-Geschäfte und Vorstandshaftung, NZG 2017, 601.

¹⁰³ *Schulz*, Geschichte (Fn. 25) 69.

bildungsbetrieb auf dem Zenit der praktischen Jurisprudenz im 18. Jahrhundert. Angesehene Fakultäten wie Göttingen, Halle, Jena, Leipzig, Heidelberg und Landshut/München boten damals juristische Vorlesungen unter der Bezeichnung „Rechtsgelehrsamkeit“ an,¹⁰⁴ und ihre Dozenten, allen voran Nettelblatt und Pütter, stellten hierfür Fachliteratur zur Verfügung. So schnell wie die neuen Vorlesungsformate aufgekomen waren, so schnell verschwanden sie allerdings wieder, als die praktische Jurisprudenz zu Beginn des 19. Jahrhunderts ihren Status als anerkannter Teil der Rechtswissenschaft verlor und zu einer bloßen Kunstlehre herabsank.¹⁰⁵ Es dauerte dann bis zum Beginn der 1970er-Jahre, ehe die Lehre der Vertragsgestaltung mit den Überlegungen zur einstufigen Juristenausbildung wieder aus ihrem Dornröschenschlaf erwachte. Maßgebliche Impulse stammten von Eckard Reh binder, der die „Rolle der Vertragsgestaltung im zivilrechtlichen Lehrsystem“¹⁰⁶ in einem Grundlagenbeitrag von 1974 unter die Lupe nahm. Heute gibt es eine Reihe von Anleitungsbüchern für den studentischen Unterricht,¹⁰⁷ und § 5d Abs. 1 Satz 1 DRiG verlangt, dass staatliche und universitäre Prüfungen auch die rechtsberatende Praxis berücksichtigen, doch scheint die große Euphorie früherer Tage verflogen. Dessen ungeachtet bleibt gleichwohl richtig, was Götz Haverkate zum Auftakt der Heidelberger anwaltsorientierten Juristenausbildung festhielt: „Wenn wir hier also anwaltliche Praxis einladen, verzichten wir nicht auf Wissenschaft, sondern betreiben sie ernstlich.“¹⁰⁸

III. Kautelarjuristische Erfindungen im Gesellschaftsrecht

Kautelarpraxis als solche gibt es nicht; sie ist notwendig sachgebietsbezogen. Als ein besonders geeignetes Referenzgebiet erweist sich das Gesellschaftsrecht. Über die Rolle der Vertragsjuristen im Gesellschaftsrecht ist viel geschrieben worden.¹⁰⁹ Sie geht weit über die bloße Reproduktion von

¹⁰⁴ Eingehend unter Auswertung der Vorlesungsverzeichnisse Schröder, Wissenschaftstheorie (Fn. 33) 217 ff.

¹⁰⁵ Dazu bereits oben II.2.

¹⁰⁶ So der Aufsatztitel von Reh binder, AcP 174 (1974) 265.

¹⁰⁷ Vgl. etwa Aderhold / Koch / Lenkaitis, Vertragsgestaltung (Fn. 17); Abbo Junker / Sudabeh Kamanabrou, Vertragsgestaltung⁴ (2014); Kunkel, Vertragsgestaltung (Fn. 7); Rittershaus / Teichmann, Anwaltliche Vertragsgestaltung (Fn. 49).

¹⁰⁸ Götz Haverkate, Forum: Anwaltsorientierte Juristenausbildung, JuS 1996, 478, 482; zustimmend etwa Aderhold / Koch / Lenkaitis, Vertragsgestaltung (Fn. 17) § 1 Rn. 6; Rittershaus / Teichmann, Anwaltliche und notarielle Vertragsgestaltung (Fn. 48) 1460.

¹⁰⁹ Vgl. etwa Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) § 2 I 3, S. 34 ff.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht (Fn. 12) § 1 IV 2, S. 78 ff.; beide m. w. N.; zuletzt Jan Thiessen, Appetitus Socialis Berolinensis, RG 25 (2017) 46, 70 ff.

Gesetzesvorschriften hinaus und hat stark gestaltenden Charakter.¹¹⁰ Insbesondere muss die beratende Praxis dem ständigen wirtschaftlichen Wandel Rechnung tragen und das gesetzliche Grundgerüst gesellschaftsvertraglich aus- oder umbauen.¹¹¹ Dies erfordert einen enormen Sachverstand und großes Einfühlungsvermögen.¹¹² Die folgenden Überlegungen beschränken sich darauf, einige ausgewählte kautelarjuristische Erfindungen¹¹³ in Erinnerung zu bringen.

1. Stabilitätsfördernde Nebenabreden

Kautelarjuristische Kreativität legten im Gesellschaftsrecht bereits die römischen Juristen an den Tag.¹¹⁴ Ihre Gestaltungsanstrengungen galten vor allem der *societas*, die durch ihr Wirken für verschiedenste Verwendungszwecke fruchtbar gemacht wurde.¹¹⁵ Aus heutiger Sicht besonders bemerkenswert ist die Entwicklung stabilitätsfördernder Nebenabreden zwischen den Gesellschaftern.¹¹⁶ Große praktische Bedeutung erlangten sie im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis. Hierzu muss man wissen, dass es im klassischen römischen Recht während des Bestehens der *societas* grundsätzlich keine *actio pro socio* gab; ihre Erhebung führte vielmehr zur Auflösung der Gesellschaft.¹¹⁷ Ein Gesellschafter stand deshalb bei einer Vertragsverletzung seines Mitgesellschafters vor dem Dilemma, entweder auf eine Durchsetzung *manente societate* zu verzichten oder aber die Gesellschaft aufzukündigen und mit der infamierenden *actio pro socio* gegen den Mitgesellschafter vorzugehen. Zur Vermeidung

¹¹⁰ So Friedrich Kübler / Heinz-Dieter Assmann, *Gesellschaftsrecht*⁶ (2006) § 2 III 4 d, S. 14; Maria Plum, Der fortschreitende Strukturwandel der Personalgesellschaft durch Vertragsgestaltung, in: FS Deutscher Juristentag, Bd. II (1960) 137 ff.

¹¹¹ In diesem Sinne Wiedemann, *Gesellschaftsrecht* (Fn. 12) § 1 IV 2, S. 80.

¹¹² Dazu Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (Fn. 109) § 2 I 3 b, S. 35: „Wer gesellschaftsrechtliche Verträge und Satzungen gestaltet, muß seine Aufmerksamkeit nicht nur auf die Interessen der Gesellschafter oder Mitglieder, sondern auch auf die rechtlichen Folgen der in Betracht gezogenen Gestaltungen – oder auch ihres Unterlassens – verwenden; das ist ohne ein hohes Maß an gesellschaftsrechtlichen Kenntnissen gar nicht möglich und setzt überdies einen Blick für künftige Entwicklungen voraus.“

¹¹³ Zur Unterscheidung zwischen juristischen Erfindungen und Entdeckungen Fleischer, *Juristische Entdeckungen* (Fn. 94) 376 ff.

¹¹⁴ Näher dazu Franz S. Meissel, *Plura negotia quam vocabula* – Zur Dynamik des römischen Gesellschaftsrechts, in: *Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa*, hrsg. von Susanne Kalss / dems. (2003) 13, 16 ff.

¹¹⁵ Vgl. Franz S. Meissel, *Societas: Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages* (2003) 61 ff.

¹¹⁶ Eingehend Meissel, *Plura negotia* (Fn. 114) 20 ff.

¹¹⁷ Vgl. Kaser / Knitel / Lohsse, *Römisches Privatrecht* (Fn. 28) § 43 Rn. 10; Meissel, *Societas* (Fn. 115) 41 ff.; Holger Fleischer / Lars Harzmeier, Die *actio pro socio* im Personengesellschaftsrecht, ZGR 2017, 239, 241 f.

dieser misslichen Lage empfahl die Kautelarpraxis, die Erfüllung der Gesellschafterpflichten durch ein wechselseitiges Vertragsstrafeversprechen (*stipulatio poenae*) abzusichern.¹¹⁸ Das Einbringen einer Klage aus dieser Stipulation zog weder die Auflösung der *societas* nach sich noch galt der verurteilte Mitgesellschafter als infam.¹¹⁹ Ein schönes Beispiel für eine solche Zusatzabrede bietet der in den Digesten geschilderte Fall einer Gesellschaft zweier Grammatiklehrer, die den Erlös aus entgeltlicher Unterrichtserteilung vergemeinschaften wollten.¹²⁰

2. Einpersonen-GmbH

Ein zweites Beispiel kautelarjuristischer Findigkeit bildet die Einpersonen-Kapitalgesellschaft, die Fritz Rittner einmal als „Schmerzenskind der Rechtswissenschaft“¹²¹ bezeichnet hat. § 2 Abs. 1 Satz 2 des GmbH-Gesetzes von 1892 hatte ursprünglich vorgeschrieben, dass der Gesellschaftsvertrag „von sämtlichen Gesellschaftern zu unterzeichnen“ ist. Hieraus folgerte man einmütig, dass zur Gründung einer GmbH mindestens zwei Personen nötig seien.¹²² Um diesem Erfordernis zu genügen, ersann die Gestaltungspraxis schon bald die sogenannte verdeckte Einmann-Gründung mittels eines Strohmannes: Dieser wirkte als treuhänderischer Gesellschafter am Gründungsvorgang mit, erklärte aber bereits bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages die Abtretung seines Geschäftsanteils an den einzigen Mitgründer. Auf diese Weise hat sich die Einpersonen-GmbH unmerklich und wenig angefochten in die Praxis des täglichen Lebens eingeschlichen.¹²³ Ein früher Anwendungsfall fand sich bereits 1895 im Handelsregister von Königswinter.¹²⁴ Teile der Rechtslehre bemängelten, dass diese Konstruktion

¹¹⁸ Vgl. *Meissel*, Plura negotia (Fn. 114) 21; allgemein dazu *Rolf Knütel*, Stipulatio poenae: Studien zur römischen Vertragsstrafe (1976).

¹¹⁹ So ausdrücklich *Meissel*, Plura negotia (Fn. 114) 13, 21.

¹²⁰ *Paulus* (3 epit Alf dig) D. 17.2.71; eingehend dazu *Daniele Mattiangeli*, Societas und corpus, Auf den Spuren einer Handelsgesellschaft als juristische Person im römischen Recht (2017) 530 ff.

¹²¹ *Fritz Rittner*, Die werdende juristische Person (1973) 238.

¹²² Vgl. etwa *Paul Holdheim*, Neueste Eintragungen aus dem Centralhandelsregister betreffend Gesellschaften m.b.H. und Aktiengesellschaften, *Holdheims Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen* 3 (1895) 96, 100.

¹²³ So die Beobachtung von *Hans Erich Feine*, in: *Handbuch des Gesamten Handelsrechts*, hrsg. von Victor Ehrenberg, Bd. III/3 (1929) 435.

¹²⁴ Dazu *Handbuch des Gesamten Handelsrechts / Feine* (Fn. 123) 435 mit Fn. 32: „Erstes mir bekannt gewordenes Beispiel bei Holdheim 1895, 100: Eintragung im Handelsregister von Königswinter“; eingehend *Holdheim*, *Holdheims Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen* 3 (1895) 96, 100: „Eine Nachfrage ergab, daß Herr Louis Voß als alleiniger Gesellschafter eingetragen ist. Es giebt also thatsächlich in Deutschland einen Menschen, der

der Absicht des Gesetzgebers ins Gesicht schlage.¹²⁵ Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG)¹²⁶ und später auch des BGH¹²⁷ hat sie indes gebilligt. Auch im Schrifttum erblickte man in der Strohmänngründung ganz überwiegend weder ein Scheingeschäft noch eine unzulässige Gesetzesumgehung, weil sie einen zulässigen rechtlichen Zustand, nämlich die Einpersonen-GmbH, herbeiführen wolle.¹²⁸ Es dauerte jedoch Jahrzehnte, bis die GmbH-Novelle von 1980¹²⁹ die Einpersonen-Gründung auch ohne Einschaltung eines Strohmanns im heutigen § 1 GmbHG anerkannte – eine „legitimatio per subsequentem legem für die Einmann-GmbH“.¹³⁰

Auch im Vereinigten Königreich wies die Vertragspraxis etwa zeitgleich den Weg zur *one-man company*.¹³¹ Der Companies Act von 1862 verlangte für die Gesellschaftsgründung mindestens sieben Gesellschafter. Wie die Praxis dem durch *nominee shareholders* Rechnung trug, veranschaulicht die wohl berühmteste Entscheidung zum Gesellschaftsrecht: *Salomon v Salomon*. Aron Salomon hatte im Juli 1892 sein Einzelkaufmännisches Schuhmachergeschäft in eine *company* eingebracht, an der er selbst 20.000 Anteile hielt. Seine Frau und seine fünf ältesten Kinder hielten jeweils einen Anteil. Für den Court of Appeal formulierte Lord Justice Lindley, einer der angesehensten Juristen seiner Zeit und Autor zweier Standardwerke zum Gesellschaftsrecht,¹³² dass sich mit *nominee shareholders* nach dem Willen des historischen

neben seiner physischen Person zugleich eine juristische Person darstellt, also zwei Persönlichkeiten in sich vereinigt.“

¹²⁵ So *Erich Brodmann*, GmbHG² (1930) § 2 Anm. 8.

¹²⁶ RG 20.6.1904 – I 122/04, SeuffArch 60 (1905) 410f.: „Der erkennende Senat hat bereits im Jahre 1888 ausgesprochen, daß die Regel des römischen Rechts, wonach die *universitas* durch Herabminderung bis auf ein Mitglied nicht aufgelöst wird, anzuwenden sei auf die Vereine des neueren Rechts, deren Rechtspersönlichkeit nicht auf besonderen Verleihungen beruht, und daß daher die Vereinigung sämtlicher Kuxe in der Hand eines Gewerkes die Gewerkschaft nicht beende [...]. Derselbe Grundsatz wurde in einer Entscheidung [...] auf Aktiengesellschaften angewandt. Auch die Gesellschaft m.b.H. hat als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten (§ 13). Bedarf es zwar zu ihrer Entstehung einer Mehrzahl von Gesellschaftern, so ist sie doch, einmal entstanden, unabhängig von der Person derjenigen, denen jeweils die Geschäftsanteile zustehen, und das Gesetz enthält keine Bestimmung, wonach die Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand die Auflösung zur Folge hat.“

¹²⁷ Grundlegend BGH 9.10.1956 – II ZB 11/56, BGHZ 21, 378; eingehend zur Geschichte dieses Falles *Holger Fleischer/Elena Dubovitskaya*, Strohmänn-Gründung und Einpersonen-GmbH, in: Gesellschaftsrechts-Geschichten, hrsg. von Holger Fleischer/Jan Thiessen (im Erscheinen).

¹²⁸ Vgl. etwa *Max Hachenburg*, Staub's Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung³ (1909) § 2 Anm. 38 m. w. N.

¹²⁹ BGBl. 1980 I 836.

¹³⁰ *Werner Flume*, Die Gründung der Einmann-GmbH nach der Novelle zum GmbH-Gesetz, DB 1980, 1781.

¹³¹ Rechtsvergleichend dazu bereits *Holger Fleischer*, Die geschlossene Kapitalgesellschaft im Rechtsvergleich, ZGR 2016, 36, 44f.

¹³² Nathaniel Lindley, Baron Lindley (1828–1921), seit 1881 am Court of Appeal und 1897 zum Master of the Rolls ernannt. Aus seiner Feder stammten „Lindley on Companies“ und

Gesetzgebers keine persönliche Haftungsbeschränkung erreichen lasse.¹³³ Das House of Lords hob diesen Richterspruch in einem stärker am Gesetzeswortlaut orientierten Urteil von 1897 aber wieder auf¹³⁴ und billigte damit in der Sache die Zulässigkeit einer Einmannkapitalgesellschaft.¹³⁵

Ein ähnliches Bild bot sich in den Vereinigten Staaten. Dort hatten die gesellschaftsrechtlichen Kodifikationen sämtlicher Gliedstaaten mit Ausnahme von Iowa und Michigan zunächst die Mitwirkung mehrerer Personen bei der Gesellschaftsgründung gefordert. Die Praxis reagierte hierauf bereits im 19. Jahrhundert, indem sie Gesellschaften mit Hilfe sogenannter *dummy incorporators* als faktische Einpersonen-Korporationen gründete.¹³⁶ Eine gerichtliche Leitentscheidung von vergleichbarer Klarheit wie die *Salomon*-Entscheidung fand sich jenseits des Atlantiks nicht; jedoch wurde die Entscheidung des House of Lords in Rechtsprechung¹³⁷ und Schrifttum¹³⁸ teilweise übernommen. Der Model Business Corporation Act der American Bar Foundation ließ dann im Jahre 1962 erstmals Einpersonen-Gründungen zu. Die Mehrheit der Gliedstaaten folgte seinem Beispiel noch in den 1960er-Jahren.¹³⁹ Heute können in sämtlichen Gliedstaaten *one-man corporations* gegründet werden.

„Lindley on Partnership“, Letzteres noch heute fortgeführt als „Lindley and Banks on Partnership“ (19. Aufl. 2013).

¹³³ Vgl. *Broderip v Salomon* [1895] 2 Ch 323 (CA) 337: „There can be no doubt that in this case, an attempt has been made to use the machinery of the Companies Act, 1862, for a purpose for which it never was intended. The legislature contemplated the encouragement of trade by enabling a comparatively small number of persons – namely not less than seven – to carry on business with a limited joint stock or capital, and without the risk of liability beyond the loss of such joint stock or capital. [...] Although in the present case there were, and are, seven members, yet it is manifest that six of them are members simply in order to enable the seventh himself to carry on business with limited liability. The object of the whole arrangement is to do the very thing which the legislature intended not to be done; and ingenious as the scheme is, it cannot have the effect desired so long as the law remains unaltered.“

¹³⁴ Vgl. *Salomon v Salomon* [1897] AC 22 (HL) 30 (Lord Halsbury LC): „I must pause here to point out that the statute enacts nothing as to the extent or degree of interest which may be held by each of the seven, or as to the proportion of interest or influence possessed by one or the majority of the shareholders over the others. One share is enough. Still less is it possible to contend that the motive of becoming or of making them shareholders is a field of inquiry which the statute itself recognises as legitimate. If they are shareholders, they are shareholders for all purposes [...]“

¹³⁵ Aus heutiger Sicht *Laurence C. B. Gower / Paul L. Davies / Sarah Worthington*, *Principles of Modern Company Law*¹⁰ (2015) Rn. 2-7: „Not only did it finally establish the legality of the ‘one person’ company (long before EC law required this) and showed that incorporation was as readily available to the small private partnership and sole trader as to the large public company.“

¹³⁶ Zusammenfassend aus heutiger Sicht *Harwell Wells*, *The Rise of the Close Corporation and the Making of Corporation Law*, *Berkeley Bus.L.J.* 5 (2008) 263, 295 ff.

¹³⁷ Vgl. etwa *Liebhardt et al. v. Wilson*, 38 Colo. 1; 88 Pac. 173 (1906).

¹³⁸ Vgl. etwa Note, *Harv.L.Rev.* 9 (1895/96) 273, 280.

¹³⁹ Dazu *James Spoerri*, *One Incorporator – One Director*, *Business Lawyer* 19 (1963) 305.

3. Unternehmensverträge

Ein ganzes Rechtsgebiet, das der Kautelarjurisprudenz ihr Entstehen verdankt, ist das Konzernrecht. Die Spurensuche führt hier zurück in die Weimarer Republik. Zwar hatten sich schon nach der Reichsgründung von 1871 erste weitverzweigte Unternehmensgruppen formiert. Begünstigt durch die galoppierende Inflation und konzernfreundliche steuerrechtliche Rahmenbedingungen (Stichworte: Schachtelprivileg, Organtheorie) bildeten sich dann zu Beginn der 1920er-Jahre gewaltige Konzerne heraus, die man anschaulich als „industrielle Herzogtümer“¹⁴⁰ beschrieb. Ende 1932 waren über 80% des in Aktiengesellschaften investierten Kapitals und 4.060 von 9.634 Aktiengesellschaften konzerngebunden.¹⁴¹ Die vertrags- und organisationsrechtlichen Grundlagen hierfür schuf die Vertragspraxis. Sie sah ihre Hauptaufgabe darin, die schon bestehenden gesellschaftsrechtlichen Figuren in den Dienst der Zusammenschlussbestrebungen der Wirtschaft zu stellen¹⁴² und neue Vertragstypen zu kreieren. Auf diese Weise erblickten Interessengemeinschafts- und Organschaftsverträge, Betriebspacht- und Betriebsführungsverträge das Licht der Welt – alle getragen von dem Grundgedanken einer möglichst konzernfreundlichen Ausgestaltung der Rechtsordnung. Es entstand ein „erblühendes, filigranes Konzernvertragswesen“¹⁴³ für das nicht mehr als eine Handvoll Wirtschaftsanwälte verantwortlich zeichnete:¹⁴⁴ Karl Geiler, Fritz Haussmann, Heinrich Friedländer und Julius Flechthelm. Dieselben kreativen Köpfe setzten sich alsdann daran, das rasch anwachsende rechtstatsächliche Material zu ordnen und zu systematisieren,¹⁴⁵ und zwar zum einen im Hinblick auf die Erscheinungs-

¹⁴⁰ Heinrich E. Friedländer, Konzernrecht unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis (1954) 9; Knut W. Nörr, Zur Entwicklung des Aktien- und Konzernrechts während der Weimarer Republik, ZHR 150 (1986) 155, 169; Harold Rasch, Deutsches Konzernrecht² (1955) 7; eingehend auch Robert Liefmann, Die Unternehmungen und ihre Zusammenschlüsse⁷, Bd. II (1927) 290 ff.

¹⁴¹ Vgl. Statistisches Reichsamt, Konzerne, Interessengemeinschaften und ähnliche Zusammenschlüsse im Deutschen Reich Ende 1926, Einzelschriften zur Statistik des Deutschen Reichs, Nr. 1 (1927); *dass.*, Das Aktienkapital in den deutschen Konzernen, Wirtschaft und Statistik 8 (1928) 108 ff.; zusammenfassend Heinz U. Dettling, Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965 (1997) 58.

¹⁴² Dazu Nörr, ZHR 150 (1986) 155, 170.

¹⁴³ Dettling, Entstehungsgeschichte (Fn. 141) 63.

¹⁴⁴ Dazu Nörr, ZHR 150 (1986) 155, 170; ferner Heinrich Kronstein, Briefe an einen jungen Deutschen (1967) 111 ff., der dort seine eigene Mitarbeit in der Sozietät von Geiler schildert. Zu Flechthelm führt er auf S. 114 aus: „Flechthelm beispielsweise begründete eine ganz neue Richtung in der Anwaltschaft, die ihre Funktion allein in der Weiterbildung und Unterstützung des geplanten und stabilisierten Konzernlebens sah. Ich erinnere mich einer ganzen Anzahl bedeutender Anwälte der damaligen Zeit, die sich fast ausschließlich mit diesen Dingen beschäftigten.“

¹⁴⁵ Vgl. Karl Geiler, Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts (1922); Fritz Haussmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen

formen des Konzerns, zum anderen bezüglich der Mittel der Konzernbildung.¹⁴⁶ Im Ergebnis entstand so eine Art konzernrechtlicher Typen- und Formenlehre.¹⁴⁷ Treffend hat man das Aktienkonzernrecht in seinen Anfängen daher als „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft, Recht der Kautelarjurisprudenz“¹⁴⁸ bezeichnet. Der Gesetzgeber reagierte erst 1937 mit punktuellen Regelungen, bevor die Aktienrechtsreform von 1965 das Recht des Vertragskonzerns umfassend kodifizierte.

Auch anderwärts, namentlich in den Vereinigten Staaten, waren Unternehmenstrusts und Unternehmensverbindungen von Beginn an Kinder der Kautelarpraxis. Erinnerung sei nur an das Standard Oil Trust Agreement von 1882 unter Führung von John D. Rockefeller. Entworfen wurde es von Samuel C. T. Dodd, einem „kurzatmigen, kugelrunden Rechtsanwalt aus Franklin, Pennsylvania, eines Tischlers Sohn, Amateurdichter und Gerechtigkeitsfanatiker“¹⁴⁹ und lange Jahre *general solicitor* von Standard Oil. Über sein Vertragswerk heißt es rückblickend, es sei „zweifelloser einer der bedeutendsten Verträge der modernen Wirtschaftsgeschichte und ein Musterbeispiel dafür, dass (kautelar-)juristische Innovationen für den Bestand eines Unternehmens ebenso entscheidend sein können wie technische und wissenschaftliche“.¹⁵⁰

4. GmbH & Co. KG

Ein viertes Demonstrationsobjekt bildet die GmbH & Co. KG.¹⁵¹ Ihre kautelarjuristische Geburtsstunde schlug, nachdem Bayern im Jahre 1910 erstmals eine eigenständige Gewinnbesteuerung auf Ebene der Kapitalgesellschaft eingeführt hatte, die neben die persönliche Einkommensteuer der GmbH-Gesellschafter trat. Erfinder der GmbH & Co. KG war wohl der

(1926); *Heinrich Friedländer*, Konzernrecht: Das Recht der Betriebs- und Unternehmenszusammenfassungen (1927); *Julius Flechtheim*, Die Strukturwandlungen der Wirtschaft und das Aktienrecht, in: Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, 3. Arbeitsgruppe: Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen, 1. Teil: Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmungen und Konzerne (1928) 5 ff.

¹⁴⁶ Rückblickend *Volker Emmerich / Matthias Habersack*, Konzernrecht¹⁰ (2013) § 1 Rn. 10; ähnlich *Peter Hommelhoff*, Die Konzernleitungsmacht (1982) 12: „Die spezifisch konzernrechtlichen Aufgaben stellte man sich so: Man wollte zum einen die *Erscheinungsformen* des Konzerns systematisieren und zum anderen die *Mittel* der Konzernbildung.“

¹⁴⁷ So *Nörr*, ZHR 150 (1986) 155, 170.

¹⁴⁸ *Harold Rasch*, Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform: Der Regierungsentwurf eines neuen Aktiengesetzes (1960) 33.

¹⁴⁹ *Daniel Damler*, Konzern und Moderne (2016) 27.

¹⁵⁰ *Damler*, Konzern (Fn. 149) 27.

¹⁵¹ Ausführlich dazu *Fleischer / Wansleben*, GmbHR 2017, 169.

Münchener Rechtsanwalt Otto David Kahn.¹⁵² Ursprünglich aus Würzburg stammend, ließ er sich als Jahrgangsbester beim bayerischen Staatsexamen in der Landeshauptstadt nieder und spezialisierte sich dort auf Steuerrecht.¹⁵³ Später wurde er Mitherausgeber der Zeitschrift „Steuer und Wirtschaft“.

Das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG) billigte Kahns Konstruktion im Dezember 1912.¹⁵⁴ Das OLG Hamburg opponierte 1922,¹⁵⁵ das RG erteilte der GmbH & Co. KG jedoch im selben Jahr endgültig den höchstrichterlichen Ritterschlag.¹⁵⁶ Heute gibt es laut Umsatzsteuerstatistik etwa 140.000 von ihnen in Deutschland,¹⁵⁷ womit die GmbH & Co. KG nach der GmbH die zweitbeliebteste Organisationsform darstellt.

Im Ausland bietet sich ein gemischtes Bild: Zwar steht die rechtliche Zulässigkeit einer GmbH & Co. KG in den meisten Auslandsrechten heute außer Zweifel.¹⁵⁸ Nur die Schweiz stemmt sich mit ihrem kategorischen Verbot in Art. 552 Abs. 1 und Art. 594 Abs. 2 OR weiterhin gegen den internationalen Trend. Was die tatsächliche Verbreitung im Wirtschaftsleben anbelangt, erfreut sich die GmbH & Co. KG aber nur in Österreich vergleichsweise großer Beliebtheit. In den romanischen Rechten spielt sie als Unternehmensträgerin lediglich eine untergeordnete Rolle. In den angelsächsischen Systemen hat sie sich nur (aber immerhin) in bestimmten Bereichen, vor allem als Anlagegesellschaft, behauptet, verliert gegenüber hybriden Rechtsformneuschöpfungen wie der LLP und der LLC aber zunehmend an Boden.¹⁵⁹

¹⁵² Vgl. etwa die Nennung bei *Max Hachenburg*, Steuerlast und Gesellschaftsform, DJZ 1913, 53, 54 mit Fn. 1.

¹⁵³ Näher dazu *Reiner Strätz*, Biographisches Handbuch Würzburger Juden 1900–1945, Teilbd. I (1989) 290.

¹⁵⁴ BayObLG 16.2.1912 – I ZS Reg III 12/12, BayObLGZ 13 (1913) 69.

¹⁵⁵ Vorinstanz zu RG 4.7.1922 – II B 2/22 – Hanseatische Motoren-Gesellschaft m.b.H. & Co. (nicht veröffentlicht).

¹⁵⁶ RG 4.7.1922 – II B 2/22, RGZ 105, 101.

¹⁵⁷ Vgl. Statistisches Bundesamt (Destatis), Umsatzsteuerstatistik (Voranmeldungen), Umsatzsteuerpflichtige Unternehmen, Steuerpflichtige und deren Lieferungen und Leistungen 2014 nach der Rechtsform, Fachserie 14 Reihe 8.1 (März 2016), abrufbar unter <www.destatis.de>.

¹⁵⁸ Eingehend *Holger Fleischer/Till Wansleben*, Die GmbH & Co. KG in den Auslandsrechten – Zirkulation eines gesellschaftsrechtlichen Regelungsmodells, GmbHR 2017, 633, 634 ff. für Österreich, Frankreich, Belgien, die Niederlande, Italien, Spanien, Portugal, die Vereinigten Staaten und England, jeweils m. w. N.

¹⁵⁹ Dazu und zu möglichen Erklärungsfaktoren *Fleischer/Wansleben*, GmbHR 2017, 633, 641 ff.

IV. Kautelarpraxis als Motor des modernen Gesellschaftsrechts

1. Kautelarjuristische Innovations- und Diffusionsprozesse¹⁶⁰

Versteht man kautelarjuristische Neuschöpfungen als (Rechts-)Produkte,¹⁶¹ liegt es nahe, ihre Entstehung und Verbreitung durch die Linse der Innovations- und Diffusionsforschung zu betrachten und sie mit dem betriebswirtschaftlichen Prozess der Produktinnovation zu vergleichen.¹⁶²

a) Identifizierung eines rechtspraktischen Bedürfnisses

Neuschöpfungen der Gestaltungspraxis sind gewöhnlich nachfragegetrieben. Die konkrete Fallanschauung lenkt den Blick der Rechtsanwälte und Notare auf Wünsche oder Bedürfnisse ihrer Mandanten, die sich mit dem hergebrachten kautelarjuristischen Formular- und Figureschatz nicht erfüllen lassen. Bei der GmbH & Co. KG war dies ursprünglich der Wunsch nach einer gesellschaftsrechtlichen Organisationsform, mit der man eine Doppelbesteuerung von Gewinneinkünften vermeiden konnte, später das Bedürfnis von Unternehmensgründern nach einer Rechtsformkombination, die es ihnen ermöglicht, die Vorteile einer GmbH mit denen einer Personengesellschaft zu verbinden.

b) Kreierung einer neuartigen Rechtsfigur

Dem praktischen Bedürfnis folgt die höchst anspruchsvolle Phase der Entwicklung einer Produktidee. Sie verlangt von dem gestaltenden Juristen zweierlei: Für einen kautelarjuristischen „Einfall“ muss er zum einen über einen ausgeprägten Konstruktionsinn und einen Schuss juristischer Kreativität verfügen. Zum anderen muss er juristischen Pioniergeist und Wagemut mitbringen, wenn er sich mit seiner Neuschöpfung auf rechtlich unerschlossenem Gelände vorantastet. In diesem Sinne kann man den kreativen Kautelarjuristen als „legal adventurer“¹⁶³ bezeichnen. Anders als ein gewöhnlicher Erfinder wird er allerdings nicht mit einem Ausschließlichkeitsrecht belohnt. Für kautelarjuristische Erfindungen gibt es kein Patent, nur die

¹⁶⁰ Ausführlicher zu Folgendem bereits *Fleischer / Wansleben*, GmbHHR 2017, 169, 177 f.

¹⁶¹ Begriffsprägend *Roberta Romano*, Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle, *J.L.Econ. & Org.* 1 (1985) 225; dies aufgreifend etwa *Horst Eidenmüller*, Recht als Produkt, *JZ* 2009, 641 ff.

¹⁶² Dazu etwa *Giinter Wöhe / Ulrich Döring / Gerrit Brösel*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre²⁶ (2016) 395 ff.

¹⁶³ *Holger Fleischer*, *ZGR* 2016, 36, 55 in Anlehnung an *Lon L. Fuller*, The Incorporated Individual: A Study of the One-Man Company, *Harv.L.Rev.* 51 (1938) 1373, 1405.

Zufriedenheit der Mandantschaft und die Anerkennung der Fachkollegen.¹⁶⁴

c) Standardisierung durch Vertragsmuster und Formularbücher

Zu einer Innovation im engeren Sinne führen neue Produktideen erst dann, wenn sie tatsächlich angewendet werden und den Markt durchdringen. Diesen Diffusionsprozess hat die GmbH & Co. KG erfolgreich durchlaufen. Maßgeblich dazu beigetragen haben Vertragsmuster und erläuternde Darstellungen in Handbüchern.¹⁶⁵ Durch sie hat die GmbH & Co. KG allmählich eine Standardisierung erreicht, die sie wie eine eigene Rechtsform erscheinen lässt.¹⁶⁶ Anders ausgedrückt erschließt sich die GmbH & Co. KG dem Rechtsanwender nicht durch den Blick in den Gesetzestext; ihr „Gesetzbuch“ sind Formulsammlungen und Handbücher.¹⁶⁷

d) Ausdifferenzierung des kautelarjuristischen Basisangebots

Von Produktvariation spricht man, wenn ein bereits am Markt eingeführtes Produkt in der einen oder anderen Hinsicht verändert wird, um neue Käuferschichten zu erschließen oder auf gewandelte Bedürfnisse zu reagieren. Bleibt das bisherige Produkt weiter erhältlich, ist von Produktdifferenzierung die Rede. Dieses Phänomen lässt sich auch bei der GmbH & Co. KG beobachten. Hier haben sich inzwischen verschiedene Erscheinungsformen etabliert, etwa die personengleiche GmbH & Co., die Einpersonen-GmbH & Co. und die Einheits-GmbH & Co.¹⁶⁸

Bei Letzterer hält die KG selbst sämtliche Gesellschaftsanteile ihrer Komplementärin. Die Zulässigkeit der Einheits-GmbH & Co. KG ist heute unbestritten; der Gesetzgeber hat sie inzwischen indirekt anerkannt. Von anwaltlicher Seite wird sie dementsprechend als „konsequente Weiterentwicklung der GmbH & Co. KG“¹⁶⁹ gefeiert. In der Wissenschaft schlägt ihr

¹⁶⁴ Noch skeptischer *Flume*, DNöZ, Sonderheft 1969, 30, 36: „Die Tätigkeit des Kautelarjuristen vollzieht sich in der Stille. Sie hat keine Publizität. Nicht nur die Nachwelt, auch die Mitwelt flieht im allgemeinen dem Kautelarjuristen keine Kränze. Von der gelungenen Rechtsgestaltung spricht man in der Regel nicht, und Beratung, die das Gelingen bewirkt hat, nimmt man als selbstverständlich hin.“

¹⁶⁵ Vgl. *Fleischer*, Gesellschaftsrecht (Fn. 80) 496: „Als ideale Darstellungs(platt)form hat sich das Handbuch überdies für die verschiedenen Grundtypenmischungen im Gesellschaftsrecht erwiesen.“

¹⁶⁶ In diesem Sinne etwa *Christine Windbichler*, Gesellschaftsrecht²⁴ (2017) § 37 R.n. 2: „faktisch eine zusätzliche Gesellschaftsform“.

¹⁶⁷ Vgl. etwa *Handbuch GmbH & Co. KG*²¹, hrsg. von Malte Hesselmann/Bert Tillmann/Thomas Mueller-Thuns (2016); *GmbH & Co. KG*⁷, hrsg. von Jochem Reichert (2015).

¹⁶⁸ Vgl. *Holger Fleischer*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG³ (2018) § 1 R.n. 86 ff.

¹⁶⁹ *Mark K. Binz / Martin H. Sorg*, Die GmbH & Co. KG¹¹ (2010) § 8 R.n. 6.

jedoch nach wie vor scharfe Kritik entgegen; prominente Stimmen bezeichnen sie als „kautelarjuristisches Akrobatenstück“¹⁷⁰ oder gar als „Tiefpunkt“¹⁷¹ und mutmaßen, „im Bereich der GmbH & Co. sei die Phantasie der Kautelarjuristen mit den Gesellschaftsformen durchgegangen“.¹⁷²

2. Verhältnis der Kautelarpraxis zu anderen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungs Kräften

Am Beispiel der GmbH & Co. KG lässt sich schließlich noch das Verhältnis der Kautelarjurisprudenz zu Gerichten, Gesetzgeber und Gesellschaftsrechtswissenschaft studieren.¹⁷³

a) Kautelarpraxis und Gerichte

Erfindungen der Vertragspraxis sind auf die rasche Gewährung ihres Lebensrechts durch eine obergerichtliche Entscheidung angewiesen. Den Gerichten fällt damit eine wichtige Wächterfunktion zu, weil sie den unablässigen Zulauf kautelarjuristischer Neuerungen nach Kräften kontrollieren müssen. Hierbei stehen sie gerade im Gesellschaftsrecht vor einem Dilemma: Einerseits sind sie wegen ihrer fallbezogenen Arbeitsweise häufig nicht in der Lage, die institutionelle Reichweite einer Rechtsinnovation bei erster Gelegenheit vollständig zu überblicken. Daher scheuen sie vielfach vor einem kategorischen Verbot zurück. Andererseits besteht bei einem allzu langen Zuwarten die Gefahr, dass sich die Entwicklungen in der Wirtschaftspraxis verselbständigen, sodass ein späteres Eingreifen kaum mehr möglich erscheint.

Diese normative Kraft des Faktischen¹⁷⁴ hat vermutlich auch bei der Entwicklung der GmbH & Co. KG eine nicht unbeträchtliche Rolle gespielt. Nach dem Beschluss des BayObLG verbreitete sich diese Rechtsformkombination derart rasant, dass „eine Revision der Rechtsprechung recht bald allein aus volkswirtschaftlichen Gründen kaum noch zu verantworten war“.¹⁷⁵ Später schrieb Flume, dass es sich bei der Anerkennung der GmbH & Co. KG aufgrund der langjährigen Rechtspraxis um „Gewohnheitsrecht im Sinne des ursprünglichen Volks-Gewohnheitsrechts“¹⁷⁶ handle. Der

¹⁷⁰ Harm Peter Westermann, Die Gestaltungsfreiheit im Personengesellschaftsrecht in den Händen des Bundesgerichtshofs, in: FS 50 Jahre BGH, Bd. II (2000) 245, 271.

¹⁷¹ Bernhard Großfeld, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe (1977) 39.

¹⁷² Schmidt, Gesellschaftsrecht (Fn. 109) § 56 II 3 e, S. 1637.

¹⁷³ Ausführlicher dazu bereits Fleischer / Wansleben, GmbHR 2017, 169, 178 f.

¹⁷⁴ Zu ihrer großen Bedeutung im Gesellschaftsrecht Fleischer, ZGR 2016, 36, 58.

¹⁷⁵ Damler, Konzern (Fn. 149) 115.

¹⁷⁶ Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1 (1977) 202.

Rechtsprechung stünde es daher heute nicht mehr zu, der GmbH & Co. KG die Anerkennung zu verweigern.

b) Kautelarpraxis und Gesetzgeber

Eine gelungene kautelarjuristische Erfindung kann den Gesetzgeber bei seiner Rechtssetzungsaufgabe entlasten. Dies zeigt das Beispiel der GmbH & Co. KG besonders eindrücklich. Mit ihrer Entstehung und Anerkennung war das Bedürfnis der Wirtschaftspraxis nach steuerlicher Transparenz, Gestaltungsfreiheit und Haftungsbeschränkung der Gesellschafter fürs Erste befriedigt.¹⁷⁷ Vor diesem Hintergrund vermochte sich der Professorenentwurf eines Gesetzes über die „Handelsgesellschaft auf Einlagen“¹⁷⁸ von 1971 nicht durchzusetzen.¹⁷⁹ Sein Grundgedanke, die GmbH & Co. KG abzuschaffen und an ihre Stelle eine Personengesellschaft mit allseits beschränkter Haftung – also gleichsam eine Kommanditgesellschaft ohne Komplementär – einzuführen, stieß auf wenig Resonanz. Das Bundesjustizministerium sah hierfür schlicht keinen Bedarf.¹⁸⁰

Mit der Langlebigkeit der GmbH & Co. KG hat die frühe Beobachtung Rückhalt erfahren, dass „von den handelsrechtlichen Neubildungen des Lebens Besseres zu erwarten ist, als von den Erzeugnissen einer rastlosen Gesetzgebung“.¹⁸¹ Jüngere Stimmen attestieren dem Gesetzgeber gar, für die Vertragsgestaltung im Gesellschaftsrecht eine „Fehlbesetzung“ zu sein.¹⁸² Ob dies tatsächlich zutrifft, kann hier nicht vertieft werden. Jedenfalls entwickelt die Kautelarpraxis ihre Produkte anders als der Gesetzgeber: Während dieser Neuerungen nach einem demokratisch-parlamentarischen Prozess „von oben“ autoritativ in gesetzliche Formen gießt, bringt jene gesellschaftsrechtliche Innovationen „von unten“ in einem iterativen Prozess des Suchens und Findens hervor.

c) Kautelarpraxis und Gesellschaftsrechtswissenschaft

Die Gesellschaftsrechtswissenschaft stellt der Kautelarjurisprudenz nicht immer das beste Zeugnis aus: Sie betont, dass juristische Berater das Recht

¹⁷⁷ Vgl. *Holger Fleischer*, Ein kleiner Fremdenführer durch das deutsche Gesellschaftsrecht: Charakteristika – Besonderheiten – Eigenarten, in: FS Wulf-Henning Roth (2015) 125, 132.

¹⁷⁸ *Arbeitskreis GmbH-Reform* (Hueck, Lutter, Mertens, Rehbinder, Ulmer, Wiedemann, Zöllner), Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. I (1971).

¹⁷⁹ Rückblickend *Karsten Schmidt*, Die GmbH & Co. KG als Lehrmeisterin des Personengesellschaftsrechts, JZ 2008, 425, 435.

¹⁸⁰ Vgl. *Albrecht Krieger*, Die Regierungsentwürfe zur GmbH-Reform, BB 1972, 717, 723.

¹⁸¹ *Paul Eltzbacher*, Offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft als Theilnehmerinnen einer offenen Handelsgesellschaft, ZHR 45 (1896) 40, 68.

¹⁸² So *Gerrit Langenfeld*, Der Gesetzgeber als Vertragsgestalter im Gesellschaftsrecht – eine Fehlbesetzung, in: FS Spiegelberger (Fn. 48) 809.

instrumental einsetzen: als Mittel und Grenze von Zweckmäßigkeitserwägungen;¹⁸³ sie geißelt den Erfindungsreichtum der Gestaltungspraxis, der sich nicht immer als segensreich erwiesen habe; und sie beklagt, dass eine ruhelose Kautelarpraxis dem Gesellschaftsrecht ständig neue Varianten beschere, deren Systemstimmigkeit zweifelhaft sei.¹⁸⁴ Alle diese Vorwürfe wurden bis in die jüngste Zeit auch und gerade gegen die GmbH & Co. KG erhoben.

Die verhärteten Fronten zwischen Kautelarjurisprudenz und Wissenschaft erklären sich zum Teil aus ihren unterschiedlichen Aufgaben: Einer Gesellschaftsrechtswissenschaft, die sich vor allem der System- und Prinzipienbildung verschreibt, müssen Kautelarjuristen häufig als notorische Unruhestifter erscheinen, denen der rechte Sinn für Kohärenz und Wertungstimmigkeit fehlt. Umgekehrt reibt sich die Gestaltungspraxis nicht selten an der Prinzipienreiterei der Wissenschaft, die sich mit ihren Vorstellungen einer „reinen Lehre“¹⁸⁵ legitimen Bedürfnissen der Wirtschaftspraxis verweigere.

Für beide Seiten kann man gewichtige Argumente ins Feld führen. Einerseits lässt sich nicht leugnen, dass die Anerkennung der GmbH & Co. KG eine Kette von Folgeproblemen ausgelöst hat, die eine Belastung für den Rechtsverkehr waren.¹⁸⁶ Die Sorge der Rechtswissenschaft, dass die Synthetisierungskraft gesellschaftsrechtlicher Dogmatik bei manchen kautelarjuristischen Neuerungen an Grenzen stößt, ist daher nicht unbegründet.

Andererseits muss sich die Gesellschaftsrechtslehre vorhalten lassen, dass sie allzu lange an einem zu engen Typendenken festgehalten und so notwendige Adaptionsprozesse verschleppt hat. Zudem hat sie das Bedürfnis der Praxis nach hybriden Organisationsformen zu spät aufgenommen. Die kautelarjuristische Neuschöpfung der GmbH & Co. KG wirkte hier – mit einem Begriff aus der Rechtsvergleichung – wie ein „legal irritant“.¹⁸⁷ Sie sorgte zunächst für dogmatische Verstörung, indem sie hergebrachte Grundsätze und Kategorien in Zweifel zog. Auf längere Sicht hat sich diese Irritation aber als außerordentlich fruchtbar erwiesen und dem gesellschaftsrechtlichen Denken neue Horizonte eröffnet.

¹⁸³ So *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht (Fn. 12) § 1 IV 2 b, S. 81.

¹⁸⁴ So *Schmidt*, Gesellschaftsrecht (Fn. 109) § 5 III 1 c, S. 113.

¹⁸⁵ Für eine noch weiter ausholende Deutung, die von einer „Rebellion des juristischen Formgefühls“ gegen die Grundtypenvermischung spricht und darin „ein Lehrstück über die Annutungen eines juristischen Ästhetizismus“ erblickt, *Damler*, Konzern (Fn. 149) 135 ff., 156.

¹⁸⁶ So namentlich *Schmidt*, Gesellschaftsrecht (Fn. 109) § 56 I 3 b ee, S. 1627.

¹⁸⁷ *Gunther Teubner*, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, *MLR* 61 (1998) 11, 31.

V. Schluss: „Das Gesetz ist ein Datum, aber kein Fatum“

Was lässt sich unter dem Strich festhalten? Vielleicht Folgendes: Aus kautelarjuristischer Sicht ist das Gesetz ein Datum, aber kein Fatum.¹⁸⁸ Unpassende dispositive Vorschriften können abbedungen und durch passende Vertragsklauseln ersetzt werden. Fehlende Einzelregelungen lassen sich ergänzen. Gänzlich neue Vertragstypen werden geschaffen. In ihnen, so eine Stimme aus der notariellen Praxis, kumuliere die gesetzgeberische Funktion des Kautelarjuristen: „[Sie] sind als Eigenschöpfungen der Kautelarjurisprudenz Wegzeichen im begriffsjuristischen Niemandsland und Fluchtburgen für die Vertragsgestaltung.“¹⁸⁹ Hierin schwingen unverkennbar Pathos und Standesstolz mit, doch vermag dies die kautelarjuristischen Leistungen nicht zu schmälern.

Summary

CONTRACTUAL PRACTICE AND PRIVATE LAW: BASIC QUESTIONS AND ILLUSTRATIONS TAKEN FROM COMPANY LAW

This paper highlights the importance of contractual practice for the development of modern private law. It outlines the trajectories of such practice from its early origins in Roman law to our time. Special attention is given to practitioners' achievements and legal innovations in company law, ranging from shareholder agreements and enterprise agreements to the single-member company. Finally, the diffusion process of these innovations is analysed more closely, followed by observations on the relationship between leading practitioners on the one hand and judges, legislators and professors on the other.

¹⁸⁸ In diesem Sinne *Rehbinder*, AcP 174 (1974) 265, 291: „Zwingendes Recht ist für den Vertragsjuristen zwar ein Datum, aber keineswegs ein Fatum“; *ders.*, Vertragsgestaltung (Fn. 7) 80.

¹⁸⁹ *Langenfeld*, Grundlagen (Fn. 7) Kap. 3 § 3 Rn. 86.

