

Protagonisten im Gesellschaftsrecht

Herausgegeben von
HANS-UELI VOGT,
HOLGER FLEISCHER
und SUSANNE KALSS

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

131

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

131

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Protagonisten im Gesellschaftsrecht

Zehntes deutsch-österreichisch-schweizerisches
Symposium, Zürich, 6.–7. Juni 2019

Herausgegeben von

Hans-Ueli Vogt, Holger Fleischer und Susanne Kalss

Mohr Siebeck

Holger Fleischer ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Susanne Kalss ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Hans-Ueli Vogt ist Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

ISBN 978-3-16-159538-7 / eISBN 978-3-16-159539-4
DOI 10.1628/978-3-16-159539-4

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist seit 10/2023 lizenziert unter der Lizenz ‚Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International‘ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Gesellschaftsrechts-Honoratioren

Schlüsselfiguren im Gesellschaftsrecht und ihr diskursives Zusammenwirken

*Holger Fleischer**

I.	Einführung.....	1
II.	Gesellschaftsrechts-Honoratioren	2
1.	Pluralität der Akteure	2
a)	Professoren	3
b)	Bundesrichter	4
c)	Spitzenanwälte und -notare	5
d)	Ministerialreferenten	6
e)	Und die Frauen?	7
2.	Zusammenwirken der Akteure	7
a)	Diskurstradition	7
b)	Diskursfördernde Elemente	8
c)	Diskursplattformen	10
d)	Cercle privé oder offene Gesellschaft der Gesellschaftsrechtsinterpreten?	11
3.	Distinktionsmerkmale der tonangebenden Akteure	13
III.	Gesellschaftsrechtliche Diskursverläufe	14
1.	Diskurse de lege lata	15
a)	Höchstrichterliche Leitentscheidungen als Kristallisationspunkte	15
b)	Bevorzugte Kommunikationskanäle	16
2.	Diskurse de lege ferenda	18
a)	Reformgesetze als Kristallisationspunkte	18
b)	Einflussreiche Kollektivakteure	19
IV.	Ausblick	22

I. Einführung

Rechtshonoratioren – diese Vokabel verwendet *Max Weber* in seinem *opus magnum* zur Kennzeichnung jener Berufsgruppen, die während verschiedener Epochen als tonangebende Trägerschichten der Rechtsentwicklung hervorgetreten sind.¹

* Dieser Beitrag ist zuerst in NZG 2019, 921 erschienen.

¹ Vgl. *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., 1972 (Studienausgabe), S. 456 ff. und 504 f.

Hierzu rechnet er etwa die römischen Respondierjuristen, die italienischen Notare des Hochmittelalters, den englischen Anwaltsstand und die mit dem universitären Doktordiplom versehenen Rechtsgelehrten in Deutschland und Frankreich. Sein rechtsgeschichtlicher Analyserahmen ist später auch für die rechtsvergleichende Forschung fruchtbar gemacht worden.² Wie *Webers* Modell der Rationalitätsstufen im Allgemeinen³ hat der schillernde Begriff der Rechtshonoratioren zwar manche Kritik auf sich gezogen, zumal ihn sein Schöpfer nicht näher definierte.⁴ Gleichwohl bleibt er heuristisch wertvoll, weil er den Blick auf die *key players* innerhalb des Juristenstandes lenkt und deren Einfluss und Prestige auf den Punkt bringt.

In loser Anlehnung an *Max Weber* werden hier unter Gesellschaftsrechts-Honoratioren jene Akteure verstanden, die der Ausgestaltung und Fortentwicklung unseres Faches ihren Stempel aufdrücken.⁵ Es geht mit anderen Worten um eine Untersuchung der gesellschaftsrechtlichen Schlüsselfiguren, und zwar in zwei Schritten: Zunächst werden die prägenden Personengruppen des modernen Gesellschaftsrechts je für sich und in ihrem kooperativen Zusammenwirken vorgestellt (→ II.). Sodann folgt eine vertiefende Betrachtung typischer Diskursverläufe im Gesellschaftsrecht *de lege lata* und *de lege ferenda* (→ III.). Bei alledem handelt es sich freilich nicht um gesicherte Erkenntnisse eines externen Beobachters, sondern um den *internal point of view* eines Diskursteilnehmers mit seinen unvermeidlichen Wahrnehmungsfehlern und ohne wissenschaftssoziologische Vertiefung.⁶

II. Gesellschaftsrechts-Honoratioren

1. Pluralität der Akteure

Wer sind die Gesellschaftsrechts-Honoratioren unserer Zeit? Anders als in *Webers* historischer Analyse sticht heute nicht nur eine einzige Honoratiorenschicht hervor. Vielmehr wird die Honoratiorenfunktion von verschiedenen Berufsgruppen übernommen, die komplementäre Aufgaben wahrnehmen.

² Vgl. *Rheinstein*, *RabelsZ* 34 (1970), 1 unter der Überschrift „Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen“.

³ Kritisch etwa *Gephardt*, *Gesellschaftstheorie und Recht*, 1993, S. 531: „spekulative Geschichtsmetaphysik“; relativierend *Petersen*, *Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., 2014, S. 131 unter Hinweis auf *Webers* Konzept des Idealtypus.

⁴ Darauf hinweisend namentlich *Bernstein*, *RabelsZ* 34 (1970), 443, 448.

⁵ Für einen ersten Diskussionsimpuls in diese Richtung bereits *Fleischer*, *NZG* 2018, 241, 247 f.

⁶ Weiterführend, aber ohne spezifisch rechtlichen Bezug *Weingart*, *Wissenschaftssoziologie*, 2003. Für eine soziologische Außensicht auf den aktienrechtlichen Diskurs *Klages*, *Wirtschaftliche Interessen und juristische Ideen: Die Entwicklung des Aktienrechts in Deutschland und den USA*, 2010.

a) Professoren

Als Professorenrecht hat *van Caenegem* in seiner berühmten Studie „Judges, Legislators and Professors“ das deutsche Privatrecht charakterisiert.⁷ Anders als für die großen Zivilrechtskodifikationen⁸ trifft dies für die meisten gesellschaftsrechtlichen Gesetze nicht zu: Die Regelbildung im Personengesellschaftsrecht war historisch vor allem ein Produkt kaufmännischer Gewohnheiten und Usancen,⁹ und auch bei der Entstehung des GmbH-Rechts stand die Professorenschaft abseits;¹⁰ immerhin hat *Savigny* am ersten preußischen Aktiengesetz von 1843 mitgewirkt.¹¹ Dennoch erscheint es gut begründbar, den Reigen der Gesellschaftsrechts-Honoratioren mit den Professoren zu eröffnen, weil sie sich um die systematische Entfaltung des Faches besonders verdient gemacht haben, vor allem in gesellschaftsrechtlichen Gesamtdarstellungen.¹²

Nachdem die juristische Studienreform von 1935 eine zwei- bis dreistündige Vorlesung „Gesellschaften“ für das vierte Semester eingeführt hatte,¹³ legte *Hans Würdinger*¹⁴ als erster eine zweibändige Darstellung des Gesellschaftsrechts vor,¹⁵ die den nachgeborenen Leser durch ihre moderne Stoffeinteilung überrascht: Im ersten Band verwendet *Würdinger* nahezu die Hälfte auf die Erläuterung der „Allgemeinen Lehren“, bevor er nacheinander die „Personengesellschaften im

⁷ *Van Caenegem*, *Judges, Legislators and Professors – Chapters in European Legal History*, 1992, S. 67 ff.; dies aufgreifend *Basedow/Fleischer/Zimmermann* (Hrsg.), *Legislators, Judges, and Professors*, 2016.

⁸ Dazu *Vogenauer*, 64 *Cambridge L. J.* 481, 492 (2005): „In Germany the attempts to stifle legal scholarship were short-lived. On the contrary, the enlightenment idea failed and the academics emerged stronger than ever. Their lawmaking function continued. No important piece of nineteenth century legislation was drafted without scholarly involvement.“

⁹ Vgl. *Fleischer/Cools*, *ZGR* 2019, 463, 481: „Zu allen Zeiten haben die kaufmännischen Gewohnheiten und Usancen, das *law merchant*, die personengesellschaftsrechtliche Regelbildung geprägt und zu deren hoher Akzeptanz beigetragen.“

¹⁰ Vgl. *Fleischer*, *ZGR* 2016, 36, 41: „Das Gesetzgebungsverfahren selbst dauerte nur etwa vier Monate. Auffällig ist, dass Vertreter der Rechtswissenschaft bei alledem keine Rolle spielten. Vielmehr ging die Entstehung des GmbH-Gesetzes auf Anregungen von Rechtspolitikern zurück, und seine Ausarbeitung war nahezu ausschließlich ein Werk gesellschaftsrechtlich erfahrener Praktiker und Ministerialbeamter.“

¹¹ *Savigny* war zur Zeit der Inkraftsetzung des preußischen Aktiengesetzes preußischer Staatsminister der Gesetzrevision; dazu und zu seinen Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren *Kießling*, in: *Bayer/Habersack* (Hrsg.), *Aktienrecht im Wandel*, Bd. I, 2007, 7. Kap., Rn. 19.

¹² Näher zu Folgendem *Fleischer*, in: *Willoweit* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, 2007, S. 485, 491 ff.

¹³ Vgl. *RMinAmtsBl.* 1935, S. 48: „Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft“, Abschnitt V: Studienplan Rechtswissenschaft.

¹⁴ Zu ihm *Hirte/Mohamed*, in: *Reppen/Jeßberger/Kotzur* (Hrsg.), *100 Jahre Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg*, 2019, S. 215.

¹⁵ *Würdinger*, *Gesellschaften*, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften, 1937, 2. Teil: Recht der Kapitalgesellschaften, 1943.

Einzelnen¹⁶ vorstellt. Kurz nach dem Zweiten Weltkrieg folgte *Alfred Huecks*¹⁶ Grundriss¹⁷, der noch heute – betreut von *Christine Windbichler* – zu den Standardwerken für Studenten gehört. Unter den großen Lehrbüchern der Gegenwart ragen die Werke von *Karsten Schmidt*¹⁸ und *Herbert Wiedemann*¹⁹ heraus, die – jedes auf seine Weise – Musterbeispiele des „wissenschaftlichen Rechts“ im *Savignyschen* Sinne²⁰ sind: Sie übersteigen mit ihren konzeptionellen Gesamtentwürfen ein Stück weit das positive Recht, ohne jedoch die normative Bodenhaftung zu verlieren. Ihre Systematisierungsleistungen taten im deutschen Gesellschaftsrecht besonders Not, weil dieses keine geschlossene Kodifikation kennt, sondern über verschiedene Einzelgesetze verstreut ist (BGB, HGB, GmbHG, AktG, GenG), die zudem noch aus ganz unterschiedlichen Epochen stammen.²¹

b) Bundesrichter

„Honoratiorenjustiz“²² – diese ganz und gar nicht abschätzig gemeinte Wortschöpfung gebrauchte *Max Weber* für die hohen Richter Englands. Im hiesigen Gesellschaftsrecht gehören dazu vor allem die Mitglieder des II. Zivilsenats des BGH, dem aktuell sieben Richter und eine Richterin angehören.²³ Dieser spezialisierte Spruchkörper²⁴ empfindet sich auch im Stile seiner Rechtsprechung als Nachfolger des Reichsoberhandelsgerichts und des II. Zivilsenats des RG.²⁵ Seine Vorsitzenden²⁶ haben das Gesellschaftsrecht der vergangenen Jahrzehnte in ihrer Rolle als „Ideen- und Richtungsgeber“²⁷ maßgeblich mitgeprägt. Wie folgenreich ein Wechsel im Senatsvorsitz für die weitere Spruchpraxis sein kann, veranschaulichen die fortwährenden Häutungen des II. Zivilsenats zum GmbH-Konzernrecht: Vom qualifiziert-faktischen Konzern (*Stimpel*) über den objektiven Miss-

¹⁶ Zu ihm *Zöllner*, in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Bd. I, 2007, S. 131.

¹⁷ *A. Hueck*, Gesellschaftsrecht, 1. Aufl., 1948.

¹⁸ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1. Aufl., 1986, 4. Aufl., 2002. Zu ihm *Bitter*, in: Grundmann/Riesenhuber (Fn. 16), Bd. 2, 2010, S. 161.

¹⁹ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I: Grundlagen, 1980, Bd. II: Recht der Personengesellschaften, 2004. Zu ihm *Fleischer*, in: Grundmann/Riesenhuber (Fn. 16), Bd. 1, 2007, S. 167, 180: „Was ist ein juristischer Klassiker?“, S. 181: „Das ist ein juristischer Klassiker: Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I (1980)“.

²⁰ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, § 19, S. 83 ff.

²¹ Näher *Fleischer*, FS W.-H. Roth, 2015, S. 125 ff. unter der Zwischenüberschrift: „Kein Code unique, kein Gesellschaftsgesetzbuch, keine Einheitskapitalgesellschaft“.

²² *M. Weber* (Fn. 1), S. 471.

²³ Einzelnamen bei <www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Geschaeftsverteilung/.../IIZivilsenat.html>.

²⁴ Allgemein zu spezialisierten Spruchkörpern im Gesellschaftsrecht *Fleischer/Bong/Cools*, *RabelsZ* 81 (2017), 608.

²⁵ So aus der Binnensicht des Senats *Stimpel*, 25 Jahre BGH, 1975, S. 13.

²⁶ Eingehende Informationen zur Stellung des Senatsvorsitzenden und zu den einzelnen Persönlichkeiten bei *Weiß*, *Der Richter hinter dem Recht*, 2015, S. 480 ff.

²⁷ *Röhrich*, *BOARD* 2015, 230, 233.

brauch der beherrschenden Gesellschafterstellung (*Boujong*) und die als Durchgriffsaußenhaftung konzipierte Existenzvernichtungshaftung (*Röhricht*) bis hin zu einer auf § 826 BGB gestützten Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft (*Goette*) hat jeder neue Vorsitzende der Senatsrechtsprechung seine individuelle Handschrift mitgegeben.²⁸ Der jeweilige „Frontmann“ des II. Zivilsenats ist eine öffentliche Figur und in Fachkreisen nicht weniger bekannt als etwa Delawares *Chief Justice Strine* in den Vereinigten Staaten. Die Senatsvorsitzenden greifen auch außerjudiziell gerne zur Feder und entfalten eine ebenso rege wie wertvolle Vortragstätigkeit²⁹, die von einem übertriebenen Nebentätigkeitsrecht nicht stranguliert werden sollte.³⁰

c) *Spitzenanwälte und -notare*

Die große Bedeutung der Anwälte und Notare für die Privatrechtsentwicklung im In- und Ausland hat *Max Weber* überzeugend herausgearbeitet.³¹ In der modernen Diskussion werden ihre rechtsschöpferischen Leistungen dagegen nicht immer hinreichend gewürdigt.³² Für sie gilt stattdessen das *Goethe*-Wort: „Bilde Künstler! Rede nicht!“³³ Indes kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass die Kautelarpraxis den gesellschaftsrechtlichen Formen- und Figurenschatz wesentlich bereichert hat.³⁴ Dies hatte schon bei den römischen Juristen begonnen, denen wir die Entwicklung stabilitätsfördernder Nebenabreden zwischen den Gesellschaftern einer *societas* verdanken³⁵, gleichsam die Urform des Syndikatsvertrags. Aus der jüngeren Vergangenheit zählen die erstmals 1895 registrierte Einpersonen-GmbH³⁶, die von einem Münchener Rechtsanwalt um 1910 erdachte

²⁸ Näher dazu *Fleischer/Trinks*, in: *Fleischer/Thiessen* (Hrsg.), *Gesellschaftsrechts-Geschichten*, 2018, S. 657 ff.

²⁹ Aus der richterlichen Binnensicht *Röhricht*, BOARD 2015, 230, 233: „Ich bin mir sicher, dass diese Vortrags- und Diskussionstätigkeit und der damit verbundene unmittelbare Gedankenaustausch einen nicht unwesentlichen Beitrag jedenfalls zum Verständnis und zur Akzeptanz der Rechtsprechung des II. Zivilsenats in der wirtschaftlichen Praxis geleistet hat.“

³⁰ Allgemein zur Nebentätigkeit von Bundesrichtern die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 18/10781 vom 28.12.2016.

³¹ Vgl. etwa *M. Weber* (Fn. 1), S. 456 ff. am Beispiel der englischen Anwälte.

³² Für eine Ausnahme jüngst aber das Jahrestreffen des Hamburger MPI zum Thema „Kautelarpraxis und Privatrecht“, *RabelsZ* 82 (2018), 239.

³³ *Flume*, DNotZ, Sonderheft 1969, 30.

³⁴ Näher *Fleischer*, *RabelsZ* 82 (2018), 239, 263 ff.

³⁵ Vgl. *Meissel*, in: *Kalss/Meissel* (Hrsg.), *Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa*, 2003, S. 13, 16 ff.

³⁶ Dazu *Feine*, in: *Ehrenberg* (Hrsg.), *Handbuch des Gesamten Handelsrechts*, Bd. III/3, S. 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 neben seiner physischen Person zugleich eine juristische Person darstellt, also zwei Persönlichkeiten in sich vereinigt.“

GmbH & Co. KG³⁷ sowie die von wenigen Wirtschaftsanwälten (*Flechtheim, Friedländer, Geiler, Hausmann*) während der Weimarer Zeit ersonnenen Unternehmensverträge³⁸ zu den folgenreichsten kautelarjuristischen Erfindungen. Neueren Datums sind das Business Combination Agreement zur Zusammenführung von Unternehmen³⁹ und das Relationship Agreement zur Ausgestaltung eines faktischen Konzernverhältnisses zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger AG⁴⁰. Nach alledem bildet die Kautelarpraxis einen wirkmächtigen Förderer des modernen Gesellschaftsrechts⁴¹ und ihre Spitzenvertreter gehören gewisslich zur Gruppe der Gesellschaftsrechts-Honoratioren.⁴² Demgegenüber zeigen die führenden Unternehmensjuristen in jüngerer Zeit – anders als früher⁴³ – wenig Neigung, sich am gesellschaftsrechtlichen Diskurs zu beteiligen.

d) Ministerialreferenten

Ein weiteres Gravitationszentrum des Gesellschaftsrechts bildet in Deutschland seit jeher die Ministerialbürokratie.⁴⁴ Dabei kommt den zuständigen Gesetzgebungsreferenten eine „kaum zu überschätzende Rolle“⁴⁵ zu: Sie steuern den legislatorischen Reformprozess und halten engen Kontakt sowohl zu den Interessenverbänden wie zur Rechtswissenschaft. Auch als Erstkommentatoren traten sie in der Vergangenheit gelegentlich in Erscheinung und schufen so die Literaturgattung des Referentenkommentars.⁴⁶ Den Anfang machte der Kommentar von

³⁷ Vgl. den Hinweis bei *Hachenburg*, DJZ 1913, 53, 54 mit Fn. 1 auf *Otto David Kahn*; ausführlich *Fleischer/Wansleben*, GmbHR 2017, 169 m. w. N.

³⁸ Vgl. *Fleischer*, in: Großkomm AktG, 4. Aufl. 2020, vor § 311 Rn. 2 ff.; *Nörr*, ZHR 150 (1986), 155, 170; beide m. w. N.

³⁹ Muster bei *Seibt*, Formularbuch Mergers & Acquisitions, 3. Aufl., 2018, K. II 2, S. 1861 ff.

⁴⁰ Vgl. *Seibt*, Unternehmen reagieren auf Konzernhaftung, Börsen-Zeitung, 10.11.2018, 9.

⁴¹ Näher *Fleischer*, *RabelsZ* 82 (2018), 239, 261 ff.

⁴² So bereits *Fleischer*, *RabelsZ* 82 (2018), 239, 251; früher schon *Pikalo*, GS Tammelo, 1984, S. 155, 161 unter Hinweis auf *Rheinstein*, *RabelsZ* 34 (1970), 1.

⁴³ Vgl. stellvertretend das jeweilige Vorwort in den einflussreichen Chefsyndici gewidmeten Festschriften: FS Beusch, 1993 (Siemens); FS Heinsius, 1991 (Dresdner Bank); FS W. Werner, 1984 (Deutsche Bank).

⁴⁴ Dazu auch *Thiessen*, Rg 25 (2017), 36, 61 f.; allgemein schon *Rheinstein*, *RabelsZ* 34 (1970), 1, 12: „hohe Ministerialbürokratie“.

⁴⁵ *Mengel*, Gesetzgebung und Verfahren, 1997, S. 288; aufgegriffen von *Zimmermann*, *RabelsZ* 78 (2014), 315, 319.

⁴⁶ Instruktiv dazu aus der Perspektive eines Ministerialreferenten *Seibert*, FS Wiedemann, 2002, S. 123, 128: „Ist ein Gesetz bereits verkündet, so dienen wissenschaftliche Publikationen in der Anfangsphase der Wegweisung und Kanalisierung der praktischen Anwendung und der folgenden wissenschaftlichen Diskussion in die vom Normgeber beabsichtigte Richtung [...]. Das kann auch in den so genannten Referentenkommentaren niedergelegt werden, die oft für die Rechtsanwender zur Erforschung des Willens des historischen Gesetzgebers von unschätzbarem Wert sind. Danach, und das heißt möglichst ab der zweiten Auflage, sollte sich der ministerielle Referent aber nach meiner Meinung langsam zurückziehen und die weitere Diskussion anderen überlassen.“

Schlegelberger/Quassowski zum Aktiengesetz von 1937⁴⁷, später fortgeführt unter der Herausgeber- und Autorenschaft von Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff⁴⁸, den ministeriellen Wegbegleitern der Aktienrechtsreform von 1965. In der juristischen Öffentlichkeit omnipräsent sind von ihren Nach-Nachfolgern die langjährigen Referatsleiter Neye und Seibert – zwar nicht als Kommentatoren, wohl aber als Chronisten von Reformgesetzen, *key note speakers* auf Tagungen und gefragte Autoren in Fachzeitschriften. Außerdem erläutern sie bereitwillig die Methode ministeriellen Denkens und Arbeitens⁴⁹ sowie Entstehen und Bedeutung von Gesetzesmaterialien⁵⁰.

e) Und die Frauen?

Kein Ruhmesblatt für unser Fach ist das gegenwärtige Geschlechterverhältnis: Frauen sind in allen genannten Spitzenpositionen unterrepräsentiert. Eine weibliche Vorsitzende des II. Zivilsenats gab es bisher ebenso wenig wie eine Referatsleiterin für Gesellschaftsrecht im BMJV. Auch an den Universitäten und in den Wirtschaftsrechtskanzleien ist Gesellschaftsrecht trotz rühmlicher Ausnahmen noch immer eine ausgesprochene Männerdomäne. Auffällig ist der Befund, dass führende Lehrbücher von Frauen geschrieben sind.⁵¹

2. Zusammenwirken der Akteure

Der „German Approach“⁵² im Gesellschaftsrecht zeichnet sich international vor allem durch eine hoch entwickelte Diskurskultur zwischen allen Beteiligten aus. Man schätzt sich wechselseitig, schottet sich nicht ab, sondern spricht regelmäßig miteinander.

a) Diskurstradition

Dieser intensive Gedankenaustausch kann auf eine lange Tradition zurückblicken. Kein Geringerer als Robert Fischer, ehemals Senatsvorsitzender und BGH-Präsident, hatte schon 1969 von dem „einzigartigen und vorzüglichen Zusammenwirken von Vertragspraxis, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung“⁵³ bei der

⁴⁷ Schlegelberger/Quassowski, AktG, 1. Aufl., 1937, 3. Aufl., 1939.

⁴⁸ Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, 6 Bände, 1. Aufl., 1973 ff.

⁴⁹ Vgl. Seibert, FS Wiedemann, 2002, S. 123.

⁵⁰ Vgl. Seibert, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 111.

⁵¹ Vgl. Grunewald, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., 2017; Langenbacher, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., 2018; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl., 2017; für das Kapitalmarktrecht Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 10. Aufl., 2019; Poelzig, Kapitalmarktrecht, 2018. Allgemein zum Thema jüngst Schultz/Böning/Pappmeier, De iure und de facto: Professorinnen in der Rechtswissenschaft, 2018. Zur Lage in England jüngst Carr (2020) J.B.L. 91 unter der Überschrift „Women in Commercial Law“.

⁵² Schönberger, Der „German Approach“. Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, 2015.

⁵³ R. Fischer, FS Kunze, 1969, S. 95.

Fortbildung des Gesellschaftsrechts gesprochen, und einer seiner Nachfolger im Senatsvorsitz, *Wulf Goette*, fügte 2013 hinzu: „Zumindest im Gesellschaftsrecht in Deutschland pflegen wir seit vielen Jahren diese Kultur. Wenn es sie nicht gäbe, müsste man sie schleunigst erfinden.“⁵⁴ Ähnliche Elogen sind von prominenten Literaturstimmen zu vernehmen.⁵⁵

b) Diskursfördernde Elemente

Die symbiotische Verbindung von Theorie und Praxis im deutschen Gesellschaftsrecht tritt noch schärfer hervor, wenn man sie mit den Verhältnissen im Ausland vergleicht: Das englische Kontrastprogramm hat den ehemaligen Präsidenten des UK Supreme Court zu der Überschrift animiert: „Judges and Professors – Ships Passing in the Night?“⁵⁶ – immerhin mit einem Fragezeichen versehen, das auf Besserung hoffen lässt.⁵⁷ In den Vereinigten Staaten nimmt die Entfremdung zwischen Spruchpraxis und Wissenschaft unverändert zu⁵⁸: Eingebettete Forschung⁵⁹, die sich innerhalb des gesetzlichen Bezugsrahmens bewegt, ist dort inzwischen eine randständige Erscheinung. Stattdessen dominiert *nonembedded scholarship*, die sich von den autoritativen Artefakten des Rechts löst und Gesetze oder Gerichtsentscheidungen nurmehr als Girlanden verwendet. Ihre Inspirationen und Impulse empfängt sie dagegen aus fachfremden Quellen⁶⁰, im Gesellschaftsrecht namentlich aus der Ökonomie. Die Gründe für den deutschen

⁵⁴ *Goette*, *RabelsZ* 77 (2013), 309, 321; ferner die Überschrift des Interviews mit *Röhrich*, *BOARD* 2015, 230: „Gelungene Zusammenarbeit von Rechtsprechung, Wissenschaft, Ministerium und Gesetzgeber“.

⁵⁵ Vgl. etwa *Wiedemann* (Fn. 19), Bd. II, § 1 III 4, S. 40: „Der in vielen Symposien und Fachtagungen ständig erneuerte und auf gegenseitiger Hochachtung beruhende Diskurs zwischen höchstrichterlicher Rechtsprechung und Fachwissenschaft ist ein Bestandteil der deutschsprachigen Rechtskultur seit der Errichtung des Bundesoberhandelsgerichts“; zustimmend *Mülbert*, *AcP* 214 (2014), 188, 291.

⁵⁶ *Neuberger*, *RabelsZ* 77 (2013), 233 in Anlehnung an *Longfellow*, *Tales of a Wayside Inn*: „Ships that pass in the night, and speak each other in passing/Only a signal shown and distant voice in the darkness.“

⁵⁷ Dazu etwa *Braun*, in: Lee (Hrsg.), *From House of Lords to Supreme Court. Judges, Jurists and the Process of Judging*, 2011, S. 227 ff.

⁵⁸ Dazu schon die beredete und viel diskutierte Klage von *Judge Harry T. Edwards*, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 81 *Mich. L. Rev.* 34 (1992), der den „impractical scholar“ unter Beschuss nimmt, „[who] produces abstract scholarship that has little relevance to concrete issues, or addresses concrete issues in a wholly theoretical manner“.

⁵⁹ Begriff: *Fleischer*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 50, 52 f. in Anlehnung an *Rakoff*, 115 *Harv. L. Rev.* 1278, 1279 (2002): „embedded scholarship“.

⁶⁰ Vgl. etwa *Cheffins*, 58 *Cambridge L. J.* 197, 198 (1999): „Theoretical scholarship will be defined as the study of law from the ‘outside’.“

Sonderweg sind, wie allgemein bei Phänomenen der Rechtskultur⁶¹, komplex und vielschichtig. Mir scheinen drei Gesichtspunkte besonders hervorhebenswert:

(1) Einheitliche Juristenausbildung

Diskursfördernd wirkt zunächst der gemeinsame Ausbildungsweg aller deutschen Juristen. Die dualistische Ausbildung (Universitätsstudium und Referendariat) zum Einheitsjuristen – eine Errungenschaft des preußischen Reformmodells von 1869⁶² – steht in auffälligem Kontrast zur typischen Vielfalt der Ausbildungswege in romanischen und angelsächsischen Rechtsordnungen.⁶³ Sie führt dazu, dass man denselben juristischen Sozialisierungsprozess durchläuft und dieselbe (Fach-)Sprache spricht. Zudem erleichtern ähnliche Rechtskenntnisse und -erfahrungen den professionellen Umgang in gegenseitiger Achtung.⁶⁴

(2) Idealtypus des rechtsgelehrten Doktors

Hierauf aufbauend hat sich in Deutschland ein prägender Juristentypus herausgebildet, der alle Berufsgruppen durchwirkt und den *Konrad Zweigert* einmal den „gelehrten Doctor juris“⁶⁵ genannt hat. Diese Spezies findet sich auch und gerade unter den Gesellschaftsrechts-Honoratioren aller Berufsgruppen: Die Vorsitzenden des II. Zivilsenats des BGH waren mit einer Ausnahme allesamt promoviert und wurden an ihren heimischen Universitäten zu Honorarprofessoren ernannt. Ähnliches gilt für die erwähnten Ministerialbeamten, angefangen von *Schlegelberger* noch im Berlin der 1920er Jahre⁶⁶ über *Geßler* und *Kropff* jeweils in Bonn bis hin zu *Seibert* in Düsseldorf⁶⁷, sowie für viele Spitzenanwälte und Notare. Auch das verbindet und führt zur Verfestigung eines feldspezifischen Habitus (*Pierre Bourdieu*)⁶⁸.

⁶¹ Vertiefend *Mankowski*, Rechtskultur, 2016, S. 378 ff. unter der Zwischenüberschrift „Rechtskultur und Juristenrecht“.

⁶² Vgl. *Dilcher*, FS Thieme, 1986, S. 295; *Hattenhauer*, JuS 1989, 513; *Lührig*, AnwBl Online 2018, 986; monographisch *Bake*, Die Entstehung des dualistischen Systems der Juristenausbildung in Preußen, 1971.

⁶³ Darauf hinweisend aus öffentlich-rechtlicher Sicht auch *Schönberger* (Fn. 52), S. 41.

⁶⁴ Treffend hervorgehoben von *Lührig*, AnwBl Online 2018, 986, 990.

⁶⁵ *Zweigert*, FS Ficker, 1967, S. 498, 499: „Frankreich und Deutschland haben gemeinsam, daß sie den in der Welt so viel bewunderten englischen Typus der weltberühmten weisen Richterpersönlichkeit nicht ausgebildet haben. Sie unterscheiden sich aber – so mein Eindruck – darin, daß der für Frankreich repräsentative Juristentypus der Avocat, der plädierende Anwalt ist, während in Deutschland diese Position generell vom gelehrten Doctor juris eingenommen wird.“

⁶⁶ Vgl. *Förster*, Jurist im Dienst des Unrechts: Leben und Werk des ehemaligen Staatssekretärs im Reichsjustizministerium, Franz Schlegelberger (1876–1970), S. 24 ff.

⁶⁷ Dazu auch *Thiessen*, Rg 25 (2017), 46, 62.

⁶⁸ Allgemein zur Soziologie des juristischen Feldes *Bourdieu*, 38 Hastings L. Rev. 805 (1987); zur Logik juristischen Handelns in der Rechtssoziologie *Bourdieu*s im Einzelnen *Klages* (Fn. 6), S. 32 ff.

(3) *Diskursiver Urteilsstil*

Schließlich pflegt die gesellschaftsrechtliche Spruchpraxis seit jeher einen diskursiven Begründungsstil,⁶⁹ ohne den ein fruchtbarer Dialog kaum möglich wäre. Wie es eine italienische Kollegin griffig formuliert: „Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango.“⁷⁰ Worauf die Diskursbereitschaft der Gerichte beruht, lässt sich nur vermuten. Manche führen sie auf die frühneuzeitliche Tradition der Aktenversendung an Rechtsfakultäten zurück⁷¹, die erst mit den Reichsjustizgesetzen von 1879 ihr unwiederbringliches Ende fand (§ 16 Abs. 1 GVG).⁷² Andere verweisen auf die Anfänge des Bundes- und Reichsoberhandelsgerichts im späten 19. Jahrhundert, die beide mangels angestammter institutioneller Autorität den Schulterchluss mit der damals hochangesehenen Rechtswissenschaft suchten.⁷³ Heute wäre das nicht mehr nötig, weil der BGH als Höchstgericht in der Verfassung verankert ist (Art. 95 Abs. 1 GG) und durch seine Spruchpraxis selbst großes Ansehen erworben hat. Dies lässt den vorsichtigen Schluss zu, dass die Judikatur die Literatur nicht nur aus Höflichkeit zitiert, wie dies ein englischer Lordrichter einmal äußerte⁷⁴, sondern deren Deutungsangebote durchaus zu schätzen weiß.⁷⁵

c) *Diskursplattformen*

Wissenschaftliche Diskurse benötigen einen geeigneten Rahmen, der auch soziale Kontakte einschließt. Einen solchen Ort der intellektuellen und persönlichen Begegnung bilden die jährlichen ZGR- bzw. ZHR-Symposien in der zweiten Januarwoche, bei der ein *ad personam* eingeladenen Kreis von etwa 120 Personen

⁶⁹ Allgemein für die deutsche Privatrechtsjudikatur *Rebhahn*, FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1539, 1545: „Insb zu wichtigen Fragen gibt es eine umfassende Erörterung unter Heranziehen von Vorjudikatur und häufig auch Lehrmeinungen. Insoweit ist der Urteilsstil diskursiv“; gleichsinnig *Vögenauer*, 26 Oxford J. Leg. Stud. 627, 641 (2006): „the discursive style of German judgments“.

⁷⁰ So der Aufsatztitel von *Braun*, 26 Oxford J. Leg. Stud. 665 (2006).

⁷¹ In diesem Sinne *Dawson*, *The Oracles of the Law*, 1968, S. 198 ff. und 240 ff.

⁷² Vgl. *Oestmann*, in: HRG, 2. Aufl., Bd. I, 2008, Sp. 128, Stichwort: Aktenversendung.

⁷³ So die Mutmaßung bei *Schönberger* (Fn. 52), S. 24; zu Bezugnahmen des RG auf das rechtswissenschaftliche Schrifttum vor Inkrafttreten des BGB *Mertens*, AcP 174 (1974), 333, 338 ff.

⁷⁴ In diesem Sinne *Lord Rodger*, 41 *Current Legal Problems* 1, 16 (1988): „But we have it on the high authority of an Honorary Fellow of New College and member of the Court of London, Lord Goff of Chieveley, that jurists and judges are fellow pilgrims ‘on the endless road to unattainable perfection’ in the law. When he said this in *Spiliada Maritime*, his Lordship was really concerned to be nice to academic lawyers.“

⁷⁵ So auch *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 292: „wechselseitige Nützlichkeit“; für das englische Recht ebenso *Braun*, in: Lee (Fn. 57), S. 243: „The citations we find in modern judgments do not appear to be merely window dressing, and are not, I believe, simply expressions of the politeness of the judiciary. Rather, they seem to convey the judge’s awareness that academics have interesting things to say and that they can provide great assistance.“

im Taunus über aktuelle und grundlegende Fragen des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts debattiert. Ihre Bedeutung für die Zunft zeigt sich in der Begehrtheit der Einladungen und der hohen Besuchsfrequenz. Vielleicht kann man sie in dieser Hinsicht am besten mit der jährlichen Staatsrechtslehrertagung vergleichen⁷⁶ – freilich mit dem gewichtigen Unterschied, dass dort die Habilitation Zugangsvoraussetzung ist, während sich hier die Spitzenvertreter aller gesellschaftsrechtlichen Berufsgruppen treffen. Vorträge und Diskussionen werden zeitnah in der ZGR bzw. ZHR dokumentiert.

Für alle gesellschaftsrechtlich Interessierten steht die Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR) offen.⁷⁷ Dort sollen auch jüngere Kolleginnen und Kollegen mit aktiven Beiträgen zu Wort kommen, um den Meinungs- und Erfahrungsaustausch zwischen den Generationen zu fördern.⁷⁸ Die Fachvorträge werden in Tagungsbänden veröffentlicht.

d) *Cercle privé oder offene Gesellschaft der Gesellschaftsrechtsinterpreten?*

Für heutige Ohren klingt Rechtshonoratioren nach einem elitären, oligarchischen und abgeschlossenen Kreis von Personen.⁷⁹ Dies provoziert die Frage, ob es sich bei den Gesellschaftsrechts-Honoratioren um einen *cercle privé* handelt⁸⁰, der allen Außeneinflüssen trotzt und die Dinge im Wesentlichen unter sich ausmacht. In der Tat ist unter diesem Gesichtspunkt kürzlich Kritik an einer zu engen Verflechtung von Wissenschaft und Praxis laut geworden: Der in einer Subdisziplin des Rechts versierte Wissenschaftler, so das Argument, stehe in ständigem Austausch mit entsprechend spezialisierten Praktikern in Anwaltschaft und Justiz; dies führe zu Bindungen, manchmal auch zu Verstrickungen.⁸¹ Einer solchen Gefahr muss sich die Zunft der Gesellschaftsrechtler – wie jede andere Fachvereinigung – bewusst sein. Dass es Zielkonflikte zwischen intimer Sachkenntnis und Unabhängigkeit geben kann, ist allen Aktienrechtlern von der Besetzung des

⁷⁶ Zu ihr etwa *Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, S. 10 ff., 146 ff.

⁷⁷ Vgl. § 3 Abs. 1 der Wissenschaftlichen Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht e. V.: „Mitglied kann jede dem Unternehmens- und Gesellschaftsrecht nahestehende natürliche Person aus Wissenschaft, Wirtschaft, Rechtsberatung, Justiz und Verwaltung werden.“

⁷⁸ So das Selbstverständnis der VGR, formuliert auf der Eingangsseite ihrer Homepage durch ihren Vorsitzenden *J. Vetter*; atmosphärisch *Thiessen*, Rg 25 (2017), 46, 74: „Bei letzterer versammeln sich inzwischen jährlich mehrere hundert Juristen in einem ausgebuchten Tagungsraum eines Hotels am Frankfurter Flughafen. Gerade junge Anwälte und Nachwuchswissenschaftler haben hier Gelegenheit, die sonst nur aus den Fußnoten bekannten Namen von Wissenschaftlern, Großanwältinnen oder Bundesrichtern mit einem Gesicht zu verbinden.“

⁷⁹ So bereits die allgemeine Kritik von *Bernstein*, RabelsZ 34 (1970), 443, 451.

⁸⁰ Der Begriff findet sich bei *Thiessen*, Rg 25 (2017), 46, 65.

⁸¹ So *G. Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 66, 93; noch schärfer zuvor *ders.*, dokumentiert bei *Kumpan*, AcP 214 (2014), 305 f.: „Aber es gebe auch ganz massive Nachteile [...]. Man traue sich nicht mehr, krasse Fehlentscheidungen als solche zu bezeichnen, oder der Rechtsprechung Vorwürfe zu machen, wenn sie ihre Kompetenzen überschreite, weil die Angst bestehe, nicht mehr wahrgenommen zu werden.“

Aufsichtsrats geläufig. Für eine Kumpanei zwischen höchstrichterlicher Rechtsprechung und Teilen der Gesellschaftsrechtslehre fehlen aber nach meiner Beobachtung stichhaltige Belege. Vielmehr orientiert sich der II. Zivilsenat bei seinen Entscheidungen nicht nach Namen, sondern nach Argumenten. Anekdotische Evidenz hierfür bietet eine aktuelle Leitentscheidung, in welcher der Senat eine analoge Anwendung des § 179a AktG auf die GmbH entgegen der geballten Professorenprominenz⁸² ablehnt und als Kronzeugen für die Gegenansicht gleich 17(!) mal einen jungen Notarassessor mit einem Beitrag in den Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins zitiert, der aus einem Hamburger Promotionsvortrag hervorgegangen ist.⁸³ Im Saldo dürfte der Qualitäts- und Rationalitätsgewinn der Spruchpraxis durch ihre Wissenschaftsnähe⁸⁴ weitaus höher zu veranschlagen sein als die abstrakte Gefahr sachfremder Beeinflussung.⁸⁵ Aus Professorensicht wäre es zudem ein Trugschluss zu glauben, dass auf dem akademischen Reputationsmarkt⁸⁶ nur reüssiert, wer dem BGH nach dem Mund redet.⁸⁷

Auch im innerprofessoralen Diskurs sind kartellartige Vermachtungstendenzen durch akademische Fraktionsbildung stark rückläufig. Zwar ist dem deutschen Gesellschaftsrecht ein Denken in Lehrer-Schüler-Beziehungen nicht gänzlich fremd. Genealogische Gesichtspunkte schlagen sich etwa in ehrenvollen Vortragseinladungen oder der Fortführung von Lehrbüchern oder Kommentaren nieder. Eine echte Schulenburg, die sich durch ein gemeinsames Forschungsparadigma auszeichnet, gibt es nach meinem Eindruck aber ausgesprochen selten.⁸⁸ Wenn

⁸² Einzelnachweise bei BGH NZG 2019, 505 Rn. 12: unter anderem *Altmeyden, Bayer/Lieder, K. Schmidt, Ulmer, Zöllner/Noack*.

⁸³ *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299. Verf. hat dem Vortrag als Doktorvater beigewohnt.

⁸⁴ Dies anerkennend *G. Wagner*, in: Dreier (Fn. 81), S. 93: „Unterstellt man, dass wissenschaftliche Rationalität die gesellschaftliche Wohlfahrt fördert, ist ‚Wissenschaftsnähe‘ der Rechtsprechung durchaus von Vorteil. Insbesondere wird die Fortbildung des Rechts durch die Gerichte erleichtert und verbessert.“

⁸⁵ Im Ergebnis ebenso *Wiedemann* (Fn. 19), Bd. II, § 1 III 4, S. 41: „Die Gefahr, daß ein in der Öffentlichkeit geführtes Gespräch die eine oder andere Seite übermäßig beeinflusst, ist angesichts der grundrechtlich verbürgten Unabhängigkeit von Rechtsprechung und Rechtslehre gering zu veranschlagen. [...] Wenn der Diskurs öffentlich und in angemessenem Stil geführt wird – wozu persönliche Unvoreingenommenheit und Rücksicht auf die Würde der Institution gehören – hat er auf die Entwicklung der Rechtsordnung und auf die *public policy* nur positive Wirkungen, weil der Reichtum von Ideen und Argumenten in einem Urteil selten ausgeschöpft werden kann.“

⁸⁶ Zur steuernden Kraft der wissenschaftlichen Reputation *Schulze-Fielitz* (Fn. 76), S. 188 ff.

⁸⁷ Dazu auch *Thiessen*, Rg 25 (2017), 46, 68 f.: „Deshalb ist das Verhältnis ‚der‘ Wissenschaft zu den Gerichten nicht durchweg so devot, wie es zuweilen dargestellt wird.“ mit Hinweis auf *Lutter*, JZ 1998, 50, 53: „Das Urteil ist ein Unglück. [...] Wahrlich, es ist ein Unglück, dieses Urteil“; siehe auch *Milbert*, AcP 214 (2014), 188, 293: „[...] werden alle billig und gerecht Denkenden schon den Ausgangspunkt, die Deutung der richterlichen Zitierpraxis (auch) als ein Belohnungs- oder Sanktionsinstrument statt als Ausweis eines lesegestützten Dialogs mit der Wissenschaft, nicht teilen wollen.“

⁸⁸ Noch am ehesten könnte man insoweit an die von *Marcus Lutter* begründete „konzernrechtliche Schule“ denken; dazu *Fleischer/Heinrich*, in: *Fleischer/Thiessen* (Hrsg.), *Gesell-*

überhaupt, zeigt sich die akademische Herkunft in Sekundärattributen wie einer Vorliebe für (oder Abneigung gegen) Kommentierungen, einem methodenbewussten Argumentationsstil oder einer international ausgerichteten Forschungsagenda.

Dessen ungeachtet ist und bleibt es eine wichtige Aufgabe für alle institutionell Verantwortlichen, den gesellschaftsrechtlichen Meinungsmarkt im Interesse des wissenschaftlichen Wettbewerbs⁸⁹ offenzuhalten, die Vielfalt von Problemzugängen zu fördern, Außenseitermeinungen ernst zu nehmen und allfällige Zutrittsbarrieren zu Archivzeitschriften oder Fachveranstaltungen für Querdenker abzusenken. Das anzustrebende, wenn auch schwer zu erreichende Diskursideal ist eine offene Gesellschaft der Gesellschaftsrechtsinterpreten⁹⁰.

3. Distinktionsmerkmale der tonangebenden Akteure

Bisher wurden die Hochschullehrer, aber auch die anderen juristischen Professionen als homogene Gruppe präsentiert. Dass es unter ihren Angehörigen eine ungeschriebene Reputationshierarchie gibt, ist angesichts der schieren Gruppengröße unvermeidlich: An den 43 deutschen Jurafakultäten dürfte es fast doppelt so viele Professoren geben, die sich mehr oder minder intensiv mit Gesellschaftsrecht beschäftigen. Nach einer aktuellen Erhebung bestehen in Deutschland sogar 180 Lehrstühle, welche die Bezeichnungen Handels-, Wirtschafts-, Gesellschafts-, Unternehmens- oder Kapitalmarktrecht enthalten.⁹¹

Die für die Wissenschaft spezifische Währung der Reputation⁹² wird im Gesellschaftsrecht zunächst durch wegweisende Veröffentlichungen erworben, im weiteren Karriereverlauf auch durch die Herausgeberschaft führender Kommentare, Handbücher oder Fachzeitschriften. Weitere Distinktionsmerkmale sind Einladungen zu hochkarätigen Vorträgen oder wissenschaftlichen Gutachten sowie die Mitwirkung in ministeriellen Expertengruppen oder Fachbeiräten.⁹³ Weil der

schaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 349, 351 unter der Zwischenüberschrift: „Mitwirkungsrechte der Aktionäre bei der Konzernbildung: Die Lutter-Schule im Anmarsch“.

⁸⁹ Dazu auch *Wiedemann* (Fn. 19), Bd. II, § 1 III 4, S. 41: „Für einen Ausgleich auf dem Meinungsmarkt sorgt überdies der wissenschaftliche Wettbewerb.“

⁹⁰ In Anlehnung an *Häberles* „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“, JZ 1975, 297 mit dem erläuternden Zusatz: „Es gibt keinen Numerus Clausus der Verfassungsinterpreten!“, *Häberle* zitierend auch *Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, 6. Aufl., 2017, S. 274: „Das legt die Konsequenz nahe, die idealen Anforderungen an die Rechtstheorie im politischen Ideal einer ‚offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten‘ zu verankern statt im Persönlichkeitsideal eines Richters, der sich durch Tugend und privilegierten Zugang zur Wahrheit auszeichnet.“

⁹¹ Vgl. *Gerstorfer/Thiessen*, Unternehmensrechtliche Lehrstühle in der Berliner Republik, Max Planck Institute for European Legal History, Research Paper Series, No. 2018-04, <<http://ssrn.com/abstract=3001740>>.

⁹² Näher *Weingart* (Fn. 6), S. 22 ff.

⁹³ Weitere „objektive“ Reputationskriterien aus öffentlich-rechtlicher Sicht bei *Schulze-Fielitz* (Fn. 76), S. 191 ff.: Schnelligkeit des Bewerbungserfolges, Ausstrahlungswirkung für das Ausland, Verleihung von Ehrendoktoraten, Wissenschaftspreise.

juristische Diskurs auch auf Konsensfindung abzielt, hat das Originalitätsgebot in der wissenschaftlichen Kommunikation⁹⁴ freilich nicht ganz denselben Stellenwert wie in anderen Disziplinen. Dagegen spielen prägnante Begriffsprägungen eine größere Rolle: Gelungene Wortschöpfungen, etwa Grundtypenvermischung, personalistische Kapitalgesellschaft, Finanzierungs(folgen)verantwortung, Aktienverfassungsrecht, Börsengesellschaftsrecht, Existenzvernichtungshaftung oder virtuelle Rechtsperson, sind ein „Instrument zur Erringung von Meinungsmacht, ein Mittel geistiger Herrschaft“⁹⁵, aber zugleich auch „Chiffren für neue Problemstellungen und Probersteine für juristische Phantasie und Kreativität“⁹⁶.

Ein sicheres Zeichen für die Zugehörigkeit zur gesellschaftsrechtlichen *upper class* bildet – jedenfalls bisher – die passive „Festschriftfähigkeit“⁹⁷: Sie wurde in der jüngeren Vergangenheit nicht nur Professoren, sondern auch prominenten Vertretern der Richterschaft und Beratungspraxis zuerkannt. So hat seit *Robert Fischer* jeder Senatsvorsitzende eine solche fadengebundene Ehrenbezeugung seiner beruflichen Wegbegleiter erhalten.⁹⁸ Ähnliches gilt für die wissenschaftsnahen Ministerialbeamten⁹⁹ sowie für die Hautevolee der Anwälte und Notare¹⁰⁰. In dem Maße, in dem die Routinisierung der Festschriftenpraxis zunimmt, sinkt freilich ihre Eignung als Gradmesser für die Reputation des Jubilars.¹⁰¹ Es gibt allerdings noch immer Steigerungsmöglichkeiten: Aktivistischen Herausgeber-Schülern sei zugerufen, dass *Rudolph von Jhering* 1892 gleich sieben Festschriften von sieben juristischen Fakultäten¹⁰² erhielt.

III. Gesellschaftsrechtliche Diskursverläufe

Wie das Rechtsgespräch zwischen den Gesellschaftsrechts-Honoratioren im Einzelnen verläuft und welches Gewicht den jeweiligen Berufsgruppen zukommt, soll hier typisierend für zwei Grundkonstellationen erläutert werden: den Diskurs *de lege lata* über ein dogmatisches Problem und den Diskurs *de lege ferenda* über eine rechtspolitische Fragestellung.

⁹⁴ Dazu *Weingart* (Fn. 6), S. 22; siehe auch S. 19: „Imperativ der Originalität“.

⁹⁵ *Kloepfer*, DVBl. 2000, 750.

⁹⁶ *Schulze-Fielitz* (Fn. 76), S. 348.

⁹⁷ Ironisch dazu *Basedow*, ZEuP 2011, 228: „Juristenlexikon: Festschriftfähigkeit“; erster *Schulze-Fielitz* (Fn. 76), S. 193: „Eine Festschrift zum (65. oder 70.) Geburtstag kann die Reputation symbolisieren, auch wenn hier Zufälle, Vorlieben des Gelehrten oder aktivistische Herausgeber(-Schüler) das Bild verzerren.“ Umfassend zu gesellschaftsrechtlichen Festschriften jüngst *Fleischer*, NZG 2019, 1241.

⁹⁸ Vgl. in zeitlicher Reihenfolge: FS Fischer, 1979; FS Stimpel, 1985; FS Boujong, 1996; FS Röhrich, 2005; FS Goette, 2011; FS Bergmann, 2018.

⁹⁹ FS Geßler, 1970; FS Kropff, 1997; FS Seibert, 2019.

¹⁰⁰ Vgl. für die Anwälte etwa FS Hoffmann-Becking, 2013; für die Notare FS Priester, 2007.

¹⁰¹ Generell zur Eignung von Festschriften als Erfolgsbarometer für den Rang des wissenschaftlichen Lebenswerks eines Autors *Schulze-Fielitz* (Fn. 76), S. 211.

¹⁰² Breslau, Gießen, Göttingen, Kiel, Rostock, Straßburg, Tübingen.

1. Diskurse de lege lata

Begreift man die gesellschaftsrechtliche Interpretationsgemeinschaft als eine Partnerschaft¹⁰³, so fungieren die Bundesrichter als Seniorpartner und die Professoren – gemeinsam mit Anwälten und Notaren – als Juniorpartner. Für letztere verbindet sich damit keine Zurücksetzung, sondern nur die Einsicht in das verfassungsrechtlich Unvermeidliche: Professorenrecht ist bei allem Gestaltungsehrgeiz mancher Kollegen längst keine eigene Rechtsquelle mehr, vielmehr bloße Rechtserkenntnisquelle.¹⁰⁴

a) Höchstrichterliche Leitentscheidungen als Kristallisationspunkte

Der aktuelle gesellschaftsrechtliche Diskurs dreht sich in Deutschland zu einem Großteil um neuere Leitentscheidungen des BGH. Sie sind auf der Homepage des Gerichts allesamt verfügbar, wenn auch nicht so übersichtlich aufbereitet wie im österreichischen Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS), werden aber zugleich in den zahlreichen wirtschaftsrechtlichen Wochenblättern abgedruckt. Die Entscheidungen selbst sind in deutscher Justiztradition mit wissenschaftlichen Nachweisen nur so gespickt.¹⁰⁵ Historisch war dies eine Vorsorgemaßnahme, um der persönlichen Haftung für Fehlerurteile durch die sog. Syndikatsklage¹⁰⁶ zu entgehen: Wer als Richter der *communis opinio doctorum* folgte und dies durch lange Zitatketten untermauerte, dem konnte kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden.¹⁰⁷ Heute schützt ihn schon das Spruchrichterprivileg (§ 839 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 34 GG), so dass die höchstrichterlichen Zitiergewohnheiten andere Funktionen verfolgen. Sie sind ein getreuliches Spiegelbild des erläuterten Dialogs zwischen Spruchpraxis und Wissenschaft. *Jürgen Habermas*, der in „Faktizität und Geltung“ die wohl einflussreichste Diskurstheorie des Rechts vorgelegt und darin den monologischen Ansatz der Rechtsprechung kritisiert hat¹⁰⁸, dürfte staunen, legte man ihm ein gesellschaftsrechtliches BGH-Urteil zur Lektüre vor.

¹⁰³ Vgl. den Aufsatztitel von *Braun*, in: Lee (Fn. 57), S. 227: „Judges and Academics: Features of a Partnership“.

¹⁰⁴ Ebenso aus öffentlich-rechtlicher Sicht *Schönberger* (Fn. 52), S. 47 f.: „Professorenmeinungen sind keine Rechtsquelle. Das ist offenkundig, wird in der deutschen Staatsrechtswissenschaft aber erstaunlich selten ausgesprochen. Wer das aber nicht offen anerkennt oder ausspricht, möchte letztlich Professoren Handlungs- und Entscheidungsmacht verschaffen, ohne sie den Anforderungen an Legitimation und Kontrolle zu unterwerfen, denen rechtlich ermächtigte und gebundene Entscheidungen in Politik, Verwaltung und Gerichten selbstverständlich unterliegen.“

¹⁰⁵ Rechtsvergleichend zur Zitierpraxis der Gerichte *Kötz*, *RabelsZ* 52 (1988), 644.

¹⁰⁶ Vgl. *Erler*, in: HRG, 1. Aufl., Bd. V, Sp. 100, Stichwort: Syndikatsklage.

¹⁰⁷ Dazu *Vogenauer*, 64 *Cambridge L. J.* 481, 486 (2005): „Thus he had a strong incentive to peruse the handbooks and indexes created for the very purpose of finding the prevalent strand in legal writing and to supply his judgment with an endless string of citations.“

¹⁰⁸ Vgl. *Habermas* (Fn. 90), S. 272 ff. namentlich in Abgrenzung zu *Dworkin* und dessen Figur des juristischen Herkules. Gegen *Dworkin* auch *Michelman*, 100 *Harv. L. Rev.* 4, 76 (1986): „What is lacking is dialogue. Hercules [...] is a loner. He is much too heroic. His narrative

Seine eigene Forderung, „[de]r einzelne Richter muß seine konstruktive Interpretation grundsätzlich als ein gemeinsames Unternehmen konzipieren“¹⁰⁹, findet sich hier in mancher Hinsicht eingelöst.¹¹⁰

b) Bevorzugte Kommunikationskanäle

(1) Kommentare

Hinsichtlich der bevorzugten Kommunikationsmedien im gesellschaftsrechtlichen Diskurs fällt der Befund eindeutig aus: „Von der Wiege bis zur Bahre: Kommentare, Kommentare!“¹¹¹ Diese bilden einen besonderen Diskursraum, der Praxis und Wissenschaft zusammenbringt.¹¹² Ihre Funktion als Leitmedium des gesellschaftsrechtlichen Diskurses war ihnen allerdings keineswegs in die Wiege gelegt. Noch zu Zeiten des ADHGB von 1861 wurden Kommentare fast ausschließlich von Richtern (*Puchelt, Kräwel, Völderndorff*, später *v. Hahn*) oder Rechtsanwälten (*Makower*) verfasst.¹¹³ Die führenden Handelsrechtsprofessoren jener Epoche (*Goldschmidt, Thöl, Endemann*) erblickten darin keine standesgemäße Aufgabe, sondern verschrieben sich stattdessen der Systembildung in ihren großen Lehr- oder Handbüchern.¹¹⁴ Erst spätere Professorgenerationen erkannten allmählich, dass der Kommentar einen idealen Transmissionsriemen bildet, um eigene Theorien in die Praxis hineinzutragen. Die enge Verzahnung von Wissenschaft und Praxis wurde so zum Markenzeichen, wenn nicht gar zum Proprium der Literaturgattung Kommentar.¹¹⁵ Sie spiegelt sich heute in den gemischten Herausgebergespannen der gesellschaftsrechtlichen Großkommentare wider.¹¹⁶

constructions are monologous. He converses with no one, except through books. He has no encounters.“

¹⁰⁹ *Habermas* (Fn. 90), S. 274.

¹¹⁰ Ebenso *Wiedemann*, RdA 1999, 5, 7: „Man möchte ihn [= *Habermas*] darauf aufmerksam machen, daß ein solcher offener, demokratischer und herrschaftsfreier Meinungsbildungsprozess in Deutschland täglich stattfindet: an Revisionsverfahren in grundsätzlichen Fragen werden Rechtslehrer und Praktiker als *amici curiae*, sozusagen als Diskussionsteilnehmer einbezogen.“

¹¹¹ *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare, 2016, Vorwort, S. VII mit dem erläuternden Zusatz: „Eine Welt ohne Kommentare ist für den deutschen Juristen kaum denkbar. Kommentare begleiten ihn von der Wiege der juristischen Ausbildung bis zur Bahre des juristischen Ruhestands“; siehe auch *Slapnicar*, NJW 2000, 1692, 1699.

¹¹² So mit Nuancierungen im Einzelnen *Jestaedt*, JZ 2014, 1, 6; *Kästle-Lamparter* (Fn. 111), S. 87, 275; *Drosdeck*, Die herrschende Meinung: Autorität als Rechtsquelle, 1989, S. 105.

¹¹³ Näher dazu *Kästle-Lamparter* (Fn. 111), S. 217 m. w. N.

¹¹⁴ Vgl. *Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, Abt. 1, 1. Aufl., 1864; *Thöl*, Das Handelsrecht, Bd. I, 1. Aufl. 1841; *Endemann*, Das deutsche Handelsrecht, 1. Aufl., 1865.

¹¹⁵ Für eine tiefeschürfende Analyse dieser Entwicklung *Kästle-Lamparter* (Fn. 111), S. 282 ff.

¹¹⁶ Vgl. etwa für den MünchKomm AktG: *Goette, Habersack*; für den MünchKomm GmbHG: *Fleischer, Goette*; für den MünchKomm HGB: *Drescher, Fleischer, K. Schmidt*.

Wo Licht ist, ist freilich auch Schatten: Die erdrückende Dominanz der Kommentare¹¹⁷ – allein zum GmbH-Gesetz gibt es inzwischen derer 16 – lässt für andere Literaturgattungen kaum mehr Luft. Wegen der leichteren und schnelleren Auffindbarkeit¹¹⁸ greifen Anwälte und Gerichte fast ausschließlich zum Kommentar. Für ein gründliches Studium von längeren Aufsätzen oder gar Monographien bleibt schlicht keine Zeit¹¹⁹ – ein Klagegedicht, das freilich schon *Hermann Staub* im Jahre 1901 anstimmte: „Der praktische Jurist kommt kaum in die Lage, Monographien zu lesen – dazu ist im Zeitalter des Dampfes und der Elektrizität keine Zeit. Das höchste der Gefühle ist es, wenn der praktische Jurist ein oder zwei juristische Zeitschriften hält und hier und da einen Aufsatz liest; je kürzer der ist, desto besser für den Aufsatz, denn desto mehr hat er Aussicht, gelesen zu werden.“¹²⁰ Was würde *Staub*, der Begründer der modernen Kommentierungskunst¹²¹, wohl heute sagen, führte man ihn durch eine gut sortierte gesellschaftsrechtliche Bibliothek?

(2) Urteilsbesprechungen

Neben den Kommentaren springen als populäre Literaturgattungen noch die Urteilsbesprechungen ins Auge. Zu jeder halbwegs bedeutenden BGH-Entscheidung veröffentlichen die gesellschaftsrechtlichen Gazetten regelmäßig eine Handvoll Besprechungen, häufig sogar mehr. Dabei teilt sich das literarische Feld in zwei Hälften: Zum einen gibt es knappere Anmerkungen, die auf eine rasche Information und Orientierung des Lesers zugeschnitten sind. Sie verbinden eine Erläuterung der höchstrichterlichen Leitsätze mit ersten Folgerungen für die Rechtspraxis. Zum anderen wird das betreffende Urteil in tiefer dringenden Besprechungsaufsätzen gewürdigt. Diese verfahren nicht nach der *Maxime Roma locuta causa finita*, sondern äußern auch Fundamentalkritik. Begründeter Widerspruch – „das künstliche Offenhalten einer Lücke“¹²² – wird vom BGH zur Kenntnis genommen. Erfolgt er auf breiter Front, kann er durchaus zu Korrekturen

¹¹⁷ Dazu bereits *Fleischer*, FS W.-H. Roth, 2015, S. 125, 136.

¹¹⁸ Treffend *G. Wagner*, in: Dreier (Fn. 81), S. 92: „Da die Kommentarliteratur noch dazu die Aufgabe übernimmt, den einzelnen Gattungsbegriffen die jeweils relevanten Einzelfallentscheidungen zuzuordnen, lassen sich Standardfälle mit Hilfe weniger Griffe in ein schmales Bücherregal bzw. nach wenigen Klicks durch eine Datenbank relativ zuverlässig lösen.“

¹¹⁹ Gleichsinnig *Kästle-Lamparter* (Fn. 111), S. 315: „Was allein in Aufsätzen und Monographien steht und nicht in Kommentaren aufgegriffen wird, bleibt tendenziell Spezialisten vorbehalten und verhallt von der Rechtsprechung ungehört.“

¹²⁰ *Hachenburg*, JW 1901, Beilage 84/85, 49, 52.

¹²¹ *Staub*, ADHGB, 1. Aufl., 1893; dazu m. w. N. *Fleischer*, in: Willoweit (Fn. 12), S. 487: „Im Gegensatz zur früher üblichen, kompilatorischen Kommentierungsweise baute *Staub* seine Erläuterungen systematisch auf: Einleitend stellte er Bedeutung und Zweck der betreffenden Vorschrift heraus und behandelte dann – übersichtlich gegliedert – ihre Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen. Der Erfolg war überwältigend: Binnen sieben Jahren erschienen sieben Auflagen, allein die letzte in 13.000 Exemplaren.“

¹²² *Wiedemann* (Fn. 19), Bd. I, § 1 IV 1, S. 69.

führen: „Höchstrichterliche Rechtsprechung ist auf Akzeptanz vor allem auch bei der publizierenden Zunft angewiesen“, so hat es der ehemalige Senatsvorsitzende *Röhrich* einmal formuliert, „[h]öchstrichterliche Rechtsprechung gegen den wissenschaftlichen mainstream ist deshalb [...] außerordentlich schwierig.“¹²³ Jedenfalls in Gestalt solcher wissenschaftlichen Protestnoten besteht die Prägenkraft des Professorenrechts fort.

So wichtig die begleitende Reflexion von BGH-Entscheidungen ist, so wenig darf dieses Rezensionswesen allerdings überhandnehmen. Eine gesellschaftsrechtliche Forschung, die sich ganz auf die Ausdeutung höchstrichterlicher Judikate konzentriert, würde m. E. einen wesentlichen Teil ihrer Aufgaben verfehlen: Statt dem BGH als brave Magd nur die Schleppe hinterherzutragen, sollte es zu ihrem Selbstverständnis gehören, ihm häufiger mit der Fackel voranzuleuchten¹²⁴ und eigene Theorieentwürfe einzubringen. Außerdem sollte sie auch solche Bereiche des Gesellschaftsrechts gründlicher bearbeiten, die nicht im Zentrum der Rechtsprechung stehen und daher keine unmittelbare praktische Verwertungsperspektive für den gesellschaftsrechtlichen Alltag versprechen.

2. Diskurse *de lege ferenda*

Bei rechtspolitischen Reformvorschläge verschieben sich die Gewichte von der Judikative zur Legislative und Exekutive. Dabei nimmt in Deutschland die Regierung eine „hegemoniale Rolle“¹²⁵ im Rechtssetzungsverfahren ein: Sie lässt in der Regel Gesetzesentwürfe durch das fachlich zuständige Ministerium vorbereiten und bringt sie dann in den Bundestag ein (Art. 76 Abs. 1 GG).¹²⁶

a) Reformgesetze als Kristallisationspunkte

Die zentrale Schaltstelle für Gesellschaftsrechtsreformen befindet sich in Berlin-Mitte, Mohrenstraße 37, zwischen Gendarmenmarkt und Hausvogteiplatz, dem Sitz des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz. Dessen Organisationsplan sieht in der Abteilung III (Handels- und Wirtschaftsrecht), Unterabteilung III A, ein Referat für Europäisches Gesellschaftsrecht, Konzernrecht, Recht der Umstrukturierung und Personengesellschaftsrecht (III A 1, *Schollmeyer*) sowie ein weiteres Referat für Gesellschaftsrecht, Unternehmensverfassung und Corporate Governance (III A 2, *Seibert*) vor. Hier laufen die Fäden bei Reformprojekten zusammen, die in der jüngeren Vergangenheit fast ausschließlich das Aktienrecht betrafen. Seit den 1990er Jahren begann in Deutschland die Phase der „Aktienrechtsreform in Permanenz“¹²⁷, teils skandalgetrieben, vor allem aber

¹²³ *Röhrich*, ZGR 1999, 445, 446.

¹²⁴ Gemünzt auf das BVerfG frei nach *Kant* bereits *Isensee*, JZ 1996, 1085, 1086; aufgegriffen von *Schönberger* (Fn. 52), S. 31.

¹²⁵ *V. Bogdandy*, Gubernative Rechtssetzung, 2000, S. 56 ff.

¹²⁶ Näher *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 285 ff.

¹²⁷ *Zöllner*, AG 1994, 336; eingehend dazu *Seibert*, AG 2002, 417.

durch eine Veränderung der politischen und ökonomischen Rahmenbedingungen veranlasst.¹²⁸ Inzwischen ist das Aktiengesetz von 1965 durch mehr als 75 Gesetze im Detail reformiert worden, ohne dass sich indes sein Bauplan grundsätzlich verändert hätte.¹²⁹ Dagegen haben sich das GmbH- und Personengesellschaftsrecht kodifikatorisch als vergleichsweise stabil erwiesen: Ihre jüngere Geschichte ist keine Geschichte der Reformgesetze, sondern eine solche der Rechtsfortbildung. Markante Ausnahmen sind das Handelsrechtsreformgesetz von 1998¹³⁰ und das MoMiG von 2008¹³¹.

Die Entwurfstexte stammen von den ministeriellen Gesetzgebungsreferenten. Eine Zuarbeit durch Anwaltskanzleien auf dem Höhepunkt der Finanzmarktkrise¹³² blieb Episode, hat im Nachgang aber viel Staub aufgewirbelt.¹³³ In jüngerer Zeit werden im Rahmen der Gesetzesvorbereitung zunehmend Expertengruppen gebildet, die sich paritätisch aus Vertretern aller gesellschaftsrechtlichen Berufsgruppen zusammensetzen. So verhält es sich gegenwärtig bei dem Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrecherichtlinie¹³⁴ sowie im Hinblick auf eine Modernisierung des Personengesellschaftsrechts¹³⁵.

b) Einflussreiche Kollektivakteure

Im Gesetzgebungsverfahren selbst verschaffen sich neben den schon vorgestellten Gesellschaftsrechts-Honoratioren viele Interessenverbände Gehör. Ihre rechtzeitige Beteiligung ist in der gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien vorgeschrieben (§ 47 Abs. 3 GGO). Sie ist legitim und wichtig, weil sie den staatsexternen Sachverstand erschließt, die Konsenssuche fördert und dem Leitbild des modernen kooperativen Staates entspricht.¹³⁶ Hier besteht weder Anlass noch Raum, näher auf die Rolle der bekannten Zentral- oder Gesamtverbände

¹²⁸ Näher *Seibert*, AG 2015, 593, 594 ff.

¹²⁹ Vgl. *Seibert*, BOARD 2015, 227, 229; umfassend dazu der Sammelband von *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter* (Hrsg.), 50 Jahre Aktiengesetz, 2016.

¹³⁰ BGBl. I, S. 1474.

¹³¹ BGBl. I, S. 2026.

¹³² Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, Mitarbeit von Privaten an Gesetzentwürfen und Arbeitsfähigkeit der Bundesministerien, BT-Drucks. 16/14133, S. 8. Die betreffenden Gesetze entstanden im Verantwortungsbereich des Bundesministeriums der Finanzen. Näher aus der ministeriellen Binnensicht *Seibert*, FS Hopt, 2010, S. 2525, 2533.

¹³³ Vgl. *Battis*, ZG 2011, 58; *Krüper*, JZ 2010, 655; *Schuppert*, Governance und Rechtssetzung, 2011, S. 77 ff. („Die Gesetze der Kanzleien“); monographisch *Leven*, „Gesetzgebungs-outsourcing“ – Verfassungsrechtliche Probleme der Inanspruchnahme Privater zur Erstellung von Gesetzentwürfen, 2013.

¹³⁴ Vgl. RegE ARUG II, BT-Drucks. 19/9739, S. 32.

¹³⁵ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der FDP-Fraktion zum externen Sachverstand der Bundesregierung im Geschäftsbereich des BMJV, BT-Drucks. 19/7366.

¹³⁶ Vgl. *Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 113; aufgegriffen von *Zimmermann*, *RabelsZ* 78 (2014), 317, 325.

(Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände etc.) einzugehen.¹³⁷ Stattdessen sollen die Scheinwerfer auf spezifisch juristische Kollektivakteure gerichtet werden, die sich in unterschiedlichen Stadien an rechtspolitischen Reformdebatten beteiligen.

(1) *Deutscher Juristentag*

Die längste Tradition in der rechtspolitischen Beratung hat der Deutsche Juristentag (DJT). Erstmals 1860 in Berlin abgehalten¹³⁸, tritt er seither mit kriegsbedingten Unterbrechungen in zweijährigem Turnus zusammen, um auf wissenschaftlicher Grundlage die Notwendigkeit von Änderungen und Ergänzungen der deutschen und der europäischen Rechtsordnung zu untersuchen, der Öffentlichkeit Vorschläge zur Fortentwicklung des Rechts vorzulegen, auf Rechtsmissstände hinzuweisen und einen lebendigen Meinungs austausch unter den Juristinnen und Juristen aller Berufsgruppen und Fachrichtungen herbeizuführen.¹³⁹ Sehr häufig hat sich der DJT gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Fragestellungen angenommen¹⁴⁰ und dabei eine beträchtliche Wirkkraft entfaltet¹⁴¹. Seine thematische Bandbreite reichte vom Ende des Konzessionserfordernisses bei Aktiengesellschaften (1869) über die Vereinheitlichung des deutschen und österreichischen GmbH-Rechts (1912, 1914) bis hin zur Reform des Personengesellschaftsrechts (2016). Verhandelt wurde außerdem etwa über die Sanierung von Unternehmen (1982), die Verbesserung ihrer Eigenkapitalausstattung (1984), das Depotstimmrecht der Banken (1996) und gleich mehrfach über das Konzernrecht (1957, 1992) sowie über den kapitalmarktrechtlichen Anlegerschutz (1884, 1976, 2002).

Wissenschaftlich wertvoll sind vor allem die sorgfältig vorbereiteten DJT-Gutachten, die vertiefenden Referate und die fachkundigen Verhandlungen. Dagegen sind die Abstimmungen selbst mit Vorsicht zu genießen, weil sie nicht selten von Zufälligkeiten abhängen. Die „Schwarmintelligenz des Juristentags“ hilft hier offenbar nur begrenzt weiter¹⁴²; jedenfalls bringt sie nicht immer stabile Präferenzen hervor, wie ein jüngeres Beispiel veranschaulicht: Während sich der 63. DJT 2000 gegen ein Quorum bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage aussprach, votierte der 67. DJT 2008 genau umgekehrt.¹⁴³ Der 72. DJT 2018 will die Beteiligungshöhe des Klägers nunmehr bei der Frage berücksichtigen, ob eine

¹³⁷ Eingehend *Schuppert* (Fn. 133), S. 45 ff.

¹³⁸ Zur Geschichte *Conrad/Dilcher*, *Der Deutsche Juristentag: 1860–1990*, 1997; *Kiesow*, FS 150 Jahre Deutscher Juristentag, 2010, S. 3 ff.

¹³⁹ So § 2 Abs. 2 der Satzung des Deutschen Juristentages e. V.

¹⁴⁰ Eingehend der Sammelband von *Bayer* (Hrsg.), *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in den Beratungen des Deutschen Juristentages*, 2010.

¹⁴¹ Übersichten bei *Kübler*, FS 150 Jahre Juristentag, 2010, S. 155 (Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht); *Hoffmann-Becking*, ebenda, S. 185 (Aktien-, Konzern- und Kapitalmarktrecht).

¹⁴² Mit diesem schönen Bild auch *Koch*, *Empfiehlt sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht?*, 2018, Gutachten F zum 72. DJT 2018, F 12.

¹⁴³ Vgl. einerseits 63. DJT 2000, Bd. II/2, O 222 (Beschluss Nr. I 7a), andererseits 67. DJT 2008, Bd. II/2, N 241 (Beschluss Nr. 15).

Beschlusskassation oder alternative Rechtsfolgen eingreifen sollen.¹⁴⁴ Dessen ungeachtet bleibt der Juristentag als solcher ein enorm wertvoller „Gehilfe des Gesetzgebers“¹⁴⁵. Man hat ihm daher als Kollektivperson zurecht die passive Festschriftfähigkeit zuerkannt und zu seinem 150. Geburtstag im Jahre 2010 eine opulente Festschrift gewidmet.¹⁴⁶

(2) *Handelsrechtsausschuss des DAV*

Als höchst einflussreich hat sich des Weiteren der Handelsrechtsausschuss (HRA) des Deutschen Anwaltvereins erwiesen, der seit seiner Gründung im Jahre 1948 die Aufgabe hat, Gesetzesvorhaben auf dem Gebiet des Handelsrechts, insbesondere des Gesellschaftsrechts, zu kommentieren und zu initiieren.¹⁴⁷ Seine Anregungen und Vorschläge teils konzeptioneller, teils rechtstechnischer Natur haben vielfach Eingang in die endgültige Gesetzesfassung gefunden.¹⁴⁸ In ihnen spiegeln sich der große gesellschaftsrechtliche Sachverstand und der reichhaltige Erfahrungsschatz seiner Mitglieder wider.¹⁴⁹ Die langjährigen HRA-Vorsitzenden *Heinz Rowedder* (1975–1994) und *Michael Hoffmann-Becking* (1994–2015) haben häufig als Sachverständige an den Anhörungen im Rechts- oder Finanzausschuss des Bundestages (§ 70 BT-GeschO) teilgenommen. Sie gehören zusammen mit den weiteren, durch Kooptation gewählten Mitgliedern zu den Gesellschaftsrechts-Honoratioren im hier gemeinten Sinne.

(3) *Deutsches Aktieninstitut*

Von den zahlreichen Lobbyverbänden im rechtspolitischen Raum sei schließlich noch das Deutsche Aktieninstitut genannt. Es vertritt seit 1953 die Interessen der kapitalmarktorientierten Unternehmen, Banken, Börsen und Investoren. Ausweislich seiner Satzung verfolgt es den Zweck, die Position Deutschlands als Standort für Finanzdienstleistungen im internationalen Wettbewerb zu stärken, zur Weiterentwicklung der maßgeblichen Rahmenbedingungen beizutragen und die Unternehmensfinanzierung in Deutschland namentlich durch Förderung der Aktie

¹⁴⁴ Vgl. 72. DJT 2018, Bd. II/2, O 251 (Beschluss Nr. I 3b).

¹⁴⁵ *Stürmer*, JZ 2010, 797.

¹⁴⁶ FS 150 Jahre Juristentag, 2010.

¹⁴⁷ So die Selbstbeschreibung bei *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Stellungnahmen des Handelsrechtsausschusses des DAV, 2016, Vorwort, S. V mit dem erläuternden Zusatz: „Seine Mitglieder leisten ihre Beiträge nach bestem Gewissen, ausschließlich der Sache verpflichtet und unabhängig von Gruppeninteressen.“

¹⁴⁸ Hinweise zu Einzelrezeptionen in dem Sammelband von *Hoffmann-Becking* (Fn. 147), im Anschluss an die jeweiligen Stellungnahmen unter den Zwischenüberschriften „Gesetzgebungsverfahren“ und „Von der Stellungnahme zum Gesetz“.

¹⁴⁹ Vgl. *Seibert*, FS Kübler, 2015, S. 665, 672: „das wohl höchstqualifizierte juristische Praktikergremium im Gesellschaftsrecht, dessen Rat von unbestreitbarem juristischen Niveau ist und der mit seinen Stellungnahmen zu Gesetzentwürfen schon zahlreiche wertvolle Beiträge zur technischen und inhaltlichen Verbesserung unserer Gesetzgebung geleistet hat – und das ehrenamtlich“.

zu verbessern.¹⁵⁰ Unter der Ägide seines langjährigen geschäftsführenden Vorstandsmitglieds *Rüdiger v. Rosen* (1995–2012) hat es sich zu einem führenden „Think Tank“ für Kapitalmarktfragen entwickelt.¹⁵¹ Zu allen aktien- und kapitalmarktrelevanten Reformvorhaben nimmt das Deutsche Aktieninstitut fundiert Stellung. Seit 2013 beherbergt es überdies die Geschäftsstelle der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex – ihrerseits ein hochbedeutender Regelgeber unterhalb der Gesetzebene, auf den hier nur hingewiesen werden kann.

IV. Ausblick

Gesellschaftsrechts-Honoratioren – dieser vielleicht etwas hochgestochene und aus der Zeit gefallene Begriff führt auf ein bisher unterbelichtetes Forschungsfeld. Es geht um ein tieferes Verständnis des Mikrokosmos Gesellschaftsrecht¹⁵²: Welche Gestaltungskräfte wirken auf ihn ein, welche disziplinären Besonderheiten zeichnen ihn aus? Wie hat sich das Verhältnis der Gesellschaftsrechts-Honoratioren zueinander im Zeitablauf gewandelt?¹⁵³ Welcherart sind die fachspezifischen Spielregeln und „institutionellen Imperative“¹⁵⁴, die eingehalten werden müssen, damit Gesellschaftsrecht als Funktionssystem gedeiht? Inwieweit unterscheiden sie sich von anderen Fächern? Gibt es einen gemeinsamen Wertungshorizont, eine „disziplinäre Matrix“¹⁵⁵? Besteht ein Binnenkonsens über die Qualitätskriterien gesellschaftsrechtlicher Spruchpraxis und Forschung? In welche Richtung sollten sich die Gesprächszirkel und Literaturgattungen unserer Disziplin weiterentwickeln? Wie verändern sich die Ausgangsbedingungen des Diskurses durch die zunehmenden Einwirkungen des Unionsrechts? Eine solche Selbstreflexion über den *modus teutonicus* im Gesellschaftsrecht verspricht nicht nur neue Einsichten über dessen rechtliche, wissenschaftssoziologische und machtpolitische Rahmenbedingungen. Sie bietet zugleich eine informative Hintergrundfolie, vor der man über die zukünftige Ausgestaltung des Fachdiskurses und allfällige Verbesserungen diskutieren kann.

¹⁵⁰ Vgl. § 2 Abs. 1 der Satzung des Deutschen Aktieninstituts e. V.

¹⁵¹ Dazu die Würdigung bei *Kley/Leven/Rudolph/Schneider* (Hrsg.), *Aktie und Kapitalmarkt*, FS v. Rosen, 2008, Vorwort, S. VII.

¹⁵² Vorbildhaft für die Staatsrechtslehre *Schulze-Fielitz* (Fn. 76).

¹⁵³ Allgemein dazu *Vogenauer*, 64 *Cambridge L. J.* 481, 483 (2005): „The relationship between the institutions, the actors and the sources of law is not immutable. It can shift both as a consequence of ideological and intellectual trends and as a result of power struggles between the respective groups of persons“; ferner *Braun*, in: *Lee* (Fn. 57), S. 252: „Relationships are, of course, not static and change according to internal and external circumstances.“

¹⁵⁴ *Weingart* (Fn. 6), S. 16.

¹⁵⁵ *Kuhn*, in: *Weingart* (Hrsg.), *Wissenschaftssoziologie 1*, 1972, S. 287, von ihm definiert als „die ganze Konstellation von Meinungen, Werten und Techniken usw., die von den Mitgliedern einer Gemeinschaft geteilt werden“.