

Das Proprium der Rechtswissenschaft

Herausgegeben von
CHRISTOPH ENGEL
und WOLFGANG SCHÖN

Recht – Wissenschaft – Theorie

1

Mohr Siebeck

Recht – Wissenschaft – Theorie
Standpunkte und Debatten

herausgegeben von

Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius,
Christoph Möllers und Andreas Voßkuhle

1



Das Proprium der Rechtswissenschaft

Herausgegeben von
Christoph Engel und Wolfgang Schön

Mohr Siebeck

Christoph Engel, geboren 1956; Direktor am MPI zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn; Professor an der Universität Bonn und Honorarprofessor an der Universität Osnabrück.

Wolfgang Schön, geboren 1961; Direktor am MPI für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht; Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

ISBN 978-3-16-149377-5 / eISBN 978-3-16-160884-1 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1864-905X (Recht – Wissenschaft – Theorie)

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

© 2007 Mohr Siebeck, Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin

– Das Proprium der Rechtswissenschaft –

Holger Fleischer

I. Einführung	51
1. Zur Bandbreite rechtswissenschaftlicher Forschung	51
a) Forschungsziele	51
b) Forschungsmethoden	51
2. Zum Stil rechtswissenschaftlicher Forschung	52
a) „Eingebettete“ Rechtswissenschaft	52
b) „Nichteingebettete“ Rechtswissenschaft	52
3. Zum weiteren Fortgang	53
II. Klassische Aufgaben	54
1. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als praktische Wissenschaft	54
2. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als dogmatische Wissenschaft	55
a) Begriffsbildung	56
b) Systembildung	58
c) Prinzipienbildung	59
3. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als europäische Wissenschaft	60
III. Veränderte Rahmenbedingungen	61
1. Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtsreform in Permanenz	61
2. Verbreiterung gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Rechtsquellen	62
3. Funktionswandel des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts	63
4. Öffnung des Zugangs zu den Wirtschaftswissenschaften	64
5. Zustrom ausländischer Gesellschaftsformen und Kapitalmarktstandards	65
IV. Moderne Herausforderungen	66
1. Entwicklungslinien gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Forschung	66
2. Zukunftsaufgaben gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Forschung	68
a) Rekonfigurierung von Rechtsgebieten	68
b) Identifizierung von Rechtstatsachen	69
c) Evaluierung von Rechtsreformen	71
d) Domestizierung von Rechtstransplantaten	73
e) Transformierung von außerrechtlichen Argumenten	74

I. Einführung

Das Thema unserer Tagung lehnt sich an ein Symposium an, das die *Harvard Law School* im Jahre 2001 unter dem Titel „Law, Knowledge, and the Academy“ veranstaltet hat.¹ Seine Leitfragen lauteten: Was sind die Ziele rechtswissenschaftlicher Forschung? Wie werden sie erreicht? Worin liegen die Wesensmerkmale des Rechts als akademischer Disziplin? Die Antworten führender Rechtsgelehrter aus verschiedenen Teilbereichen fielen höchst unterschiedlich aus. Sie veranschaulichen die *Multidimensionalität* juristischer Forschung in den Vereinigten Staaten und fördern vielleicht auch die Suche nach dem *Proprium* der deutschen Rechtswissenschaft – sei es im Zuspruch oder im Widerspruch.²

1. Zur Bandbreite rechtswissenschaftlicher Forschung

Schiebt man alle Einzelheiten beiseite, so läßt sich der Ertrag der damaligen Vorträge wie folgt zusammenfassen:

a) Forschungsziele

Hinsichtlich der Forschungsziele lautete das wissenschaftliche Selbstverständnis der Referenten, man müsse (1.) die beste Rechtsregel für eine bestimmte Situation finden (*Richard Epstein*); (2.) geeignete Techniken anderer Wissenschaften für die Rechtspraxis fruchtbar machen (*Richard Posner*); (3.) die Wirkungsweise von Regeln und Rechtsinstituten in der Rechtswirklichkeit untersuchen (*Deborah Rhode*); (4.) die vielfältigen sozialen Perspektiven sichtbar machen, aus denen das Recht betrachtet werden könne (*Gerald Torres*); (5.) den angemessenen, womöglich künstlerischen Gebrauch des Rechts als kultureller Darbietung fördern (*James Boyd White*).

b) Forschungsmethoden

Nicht minder farbenprächtig ist das Kaleidoskop der vorgestellten Forschungsmethoden. Genannt wurden: (1.) die Gewinnung vorsichtiger Verallgemeinerungen aus den traditionellen juristischen Quellen; (2.) die Entwicklung sowie der weitere Ausbau von „Recht und“-Theorien; (3.) die fachkundige Durchführung umfassender empirischer Erhebungen; (4.) die narrative Schilderung und Rückübersetzung juristischer Begebenheiten; (5.) die Vorstellung und Kritik rechtlicher Darbietungen.

¹ Veröffentlicht in 115 Harv. L. Rev. 1277–1431 (2002).

² Zum Stand der französischen Diskussion zuletzt *Jestaz/Jamin*, La Doctrine, 2003; dazu die Rezensionenabhandlung von *Goubeaux*, Rev. trim. dr. civ. 2004, 239; zuvor bereits die Kontroverse zwischen *Jestaz/Jamin*, L'entité doctrinale française, D.1997.Chron.167 und *Aynès/Gautier/Terré*, Antithèse de „l'entité“, D.1997.Chron.229.

2. Zum Stil rechtswissenschaftlicher Forschung

Vergleicht man jene Herangehensweise mit der hiesigen, so liegen die Hauptunterschiede im *Stil* rechtswissenschaftlicher Forschung. Stark vergrößert lassen sich zwei Stilrichtungen auseinanderhalten, die man als „eingebettete“ und „nichteingebettete“ Rechtswissenschaft bezeichnen könnte.³

a) „Eingebettete“ Rechtswissenschaft

Den Bezugsrahmen der „eingebetteten“ Forschung, die in Deutschland, aber auch in England⁴ vorherrscht, bildet das geltende Recht.⁵ Innerhalb dieses Forschungsspektrums lassen sich verschiedene Einzelfelder ausmachen, die *Karl Larenz* vor genau vierzig Jahren in einem Vortrag über „Die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ wie folgt umschrieben hat: „Die Aufgabe der Rechtswissenschaft, so wie wir sie heute verstehen, ist eine dreifache. Sie legt die Gesetze aus, sie bildet das Recht gemäß den der Rechtsordnung immanenten Wertmaßstäben und den in ihr liegenden gedanklichen Möglichkeiten fort und sie sucht immer aufs neue die Fülle des Rechtsstoffes unter einheitlichen Gesichtspunkten zu erfassen.“⁶ Zwischen diesen drei Tätigkeiten, die in der deutschen Doktrin nach wie vor dominieren, besteht eine enge Wechselbeziehung. Welche von ihnen überwiegt, hängt von den Interessen des einzelnen Wissenschaftlers, seinen rechtstheoretischen Grundüberzeugungen und den Besonderheiten des bearbeiteten Rechtsgebiets ab. Die jeweiligen Beiträge richten sich in erster Linie an den Rechtsanwender, der sich zuverlässig über den gegenwärtigen Rechtsstand unterrichten möchte.⁷ Rechtswissenschaft wird mit anderen Worten als *Rechtsanwendungswissenschaft* betrieben.⁸

b) „Nichteingebettete“ Rechtswissenschaft

„Nichteingebettete“ Forschung, die auf dem eingangs erwähnten Symposium beredete Fürsprecher fand, löst sich von den autoritativen Artefakten des Rechts und verwendet Gesetze oder Gerichtsentscheidungen lediglich als Anschauungsmateri-

³ Begriffe: *Rakoff*, 115 *Harv. L. Rev.* 1278, 1279 (2002): „embedded scholarship“ und „non-embedded scholarship“.

⁴ Vgl. etwa *Atiyah*, *Pragmatism and Theory in English Law*, 1987, S. 37; zusammenfassend *Cheffins*, 58 *Cambridge L.J.* 197 (1999): „A much-remarked upon feature of British legal literature is its ‚descriptive‘ and ‚doctrinal‘ orientation.“

⁵ Sehr klar dazu *Diederichsen*, in: Zimmermann u. a. (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, S. 65, 66.

⁶ *Larenz*, *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1966, S. 12.

⁷ Ähnlich für das englische Recht *Cheffins*, 58 *Cambridge L.J.* 197, 199 (1999): „Research of a doctrinal character is often written with the objective of helping members of the legal profession, such as judges and the lawyers who argue before them, to ‚find‘ the existing law.“ Allgemein zur Bedeutung des Adressatenkreises rechtswissenschaftlicher Publikationen *McDowell*, *The Audiences for Legal Scholarship*, 40 *J. Leg. Educ.* 261 (1990).

⁸ So auch der Befund bei *Eidenmüller* *JZ* 1999, 53; früher schon *Krawietz* *JuS* 1970, 425, 430; zuletzt *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, S. 24.

al. Ihre Inspirationen und Impulse empfängt sie aus fachfremden Quellen: der Soziologie, der Ökonomie, der Philosophie oder der Politikwissenschaft.⁹ In den Vereinigten Staaten hat dieser Forschungsstil derart an Boden gewonnen, daß schon von dem Niedergang der Rechtswissenschaft als *eigenständiger* Disziplin die Rede ist¹⁰ – eine provokative, aber für unsere Veranstaltung vielleicht nicht ganz unwillkommene Zuspitzung. Die Gründe für den Bedeutungsaufschwung der *nonembedded scholarship* bedürften einer gesonderten Untersuchung. Hier seien nur zwei Gesichtspunkte genannt: Manche Beobachter verweisen auf das gewachsene Prestige der Nachbarwissenschaften, die genauere Methoden besäßen und besser abgesicherte Ergebnisse versprächen¹¹; andere mutmaßen, daß das Gebäude des klassischen Rechtsdenkens in den sechziger Jahren vollständig errichtet gewesen sei und jüngere Juristen fortan nach neuen, innovativen Ansätzen suchten.¹² Adressaten der „nichteingebetteten“ Forschungsbeiträge sind in erster Linie Kollegen desselben Fachgebietes.¹³ Deren Stoßrichtung zielt häufig auf Rechtsetzung und Gesetzesreform.

3. Zum weiteren Fortgang

Die nachfolgenden Ausführungen können nur einen kleinen Ausschnitt aus dem großen Kosmos des Zivilrechts in Augenschein nehmen¹⁴ und auf seine Ziele, Me-

⁹ Häufig spricht man von einer *externen* Perspektive auf das Recht; vgl. etwa *Cheffins*, 58 Cambridge L. J. 197, 198 (1999): „Theoretical scholarship will be defined as the study of law from the ‚outside‘. This implies the use of intellectual disciplines, external to law, to carry out research on its economic, social or political implications. Typically, the techniques are in fact borrowed from the social sciences and the humanities. [...] Doctrinal or descriptive scholarship instead involves an ‚internal‘ account of the legal rules that govern particular subject matter and tends to reflect a general preference for the coherence of law.“; ähnlich *Posner*, 100 Harv. L. Rev. 761, 777 (1987); *Lilly*, 81 Virginia L. Rev. 1421, 1431 (1995).

¹⁰ Vgl. den Aufsatztitel von *Posner*, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987*, 100 Harv. L. Rev. 761 (1987), der diese Entwicklung begrüßt; kritisch dagegen *Kronman*, *The Lost Lawyer*, 1993, S. 165 ff. und passim.

¹¹ Vgl. *Baker*, Arch. phil. droit 45 (2001), 199, 204.

¹² Vgl. *Collier*, 41 Duke L. J. 191, 271 (1991), der von einer „anxiety of influence“ spricht; ähnlich *Posner*, 100 Harv. L. Rev. 761, 772–773 (1987): „When a technique is perfected, the most imaginative practitioners get restless. They want to be innovators rather than imitators, and this desire requires that they strike out in a new direction. By 1960 most of the changes on the theme of the law’s autonomy had been rung. [...] Of course, with law in continuous flux there were (and are) new cases, new doctrines, even entire new fields to which to apply the techniques of legal reasoning in the autonomous tradition. [...] Nevertheless, after a while this was bound to seem, at least in the higher reaches of the academy, and whether rightly or wrongly, work for followers rather than leaders.“

¹³ Vgl. *Ulen*, 2002 U. Ill. L. Rev. 875, 915: „To be brief, whereas twenty or so years ago legal scholars directed their writing principally toward the practising bar and judges, today legal scholars often direct their writings directly at other legal scholars who are working in their area.“

¹⁴ Treffend *Bryden*, *Scholarship About Scholarship*, 1992 U. Colo. L. Rev. 641: „No one is truly competent to evaluate the overall state of legal scholarship: there are too many specialized works to assess, and the choice of a standard is obviously subjective.“

thoden und Stilelemente befragen. Sie beschränken sich, den Neigungen des Referenten entsprechend, auf das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, das sich als wissenschaftliche Disziplin zu wandeln beginnt.¹⁵ Am Anfang steht eine Bestandsaufnahme der *klassischen Aufgaben*, derer sich die Gesellschaftsrechtswissenschaft seit jeher angenommen hat (II.). Sodann geht es um die *veränderten Rahmenbedingungen*, die heute auf das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht einwirken (III.). Schließlich sollen die *modernen Herausforderungen* umrissen werden, denen sich die beiden Zwillingsfächer zukünftig stellen müssen (IV.).

II. Klassische Aufgaben

1. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als praktische Wissenschaft

Gesellschaftsrecht ist seit seinen Anfängen eine zutiefst *praktische* Wissenschaft.¹⁶ Das zeigt ein Blick auf die bevorzugten Literaturgattungen. Zu den Frühwerken, die sich in die Geschichte des noch jungen Faches eingeschrieben haben, zählten vor allem Kommentare: die Darstellung von *Karl Geiler* zum Gesellschaftsrecht des BGB¹⁷, die Erläuterungen von *Julius Flechtheim* zu den Handelsgesellschaften im Großkommentar von *Düringer/Hachenburg*¹⁸ oder die Kommentierung des GmbH-Rechts aus der Feder von *Max Hachenburg*.¹⁹ Nicht anders als die heutigen Kommentatoren sahen sie ihre Hauptaufgabe in der Beschreibung und Prognose der richterlichen Spruchpraxis sowie in der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens. *Ralf Dreier* hat diese Tätigkeiten in seiner Münsteraner Antrittsvorlesung als richterrechtsbeschreibende und gesetzpositivistische Funktion der Rechtswissenschaft bezeichnet.²⁰ Jenseits des Atlantiks fühlt man sich an ein Wort von *Oliver Wendell Holmes* erinnert: „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law.“²¹ Man muß kein Prophet sein,

¹⁵ Dazu auch, aber mehr auf die praktischen Veränderungen blickend, *Hopt*, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 1013 unter dem Titel „Gesellschaftsrecht im Wandel“. Für einen Literaturführer durch die wichtigsten gesellschaftsrechtlichen Werke des 20. Jahrhunderts *Fleischer*, in: Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 485ff.

¹⁶ Zur generellen Charakterisierung der Rechtswissenschaft als einer praktischen Wissenschaft *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., 2005, S. 3; klassisch *Ph. Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 16 ff.; zugespitzt zuletzt *Rüthers*, Rechtstheorie, 2. Aufl., 2005, Rdn. 301: „Man kann daher zweifeln, ob Aussagen, die keinerlei Praxisbedeutung haben können, überhaupt rechtswissenschaftlich relevante Aussagen sind.“

¹⁷ Vgl. *Geiler*, in: *Düringer/Hachenburg*, HGB, 3. Aufl., 1932.

¹⁸ Vgl. *Flechtheim*, in: *Düringer/Hachenburg*, HGB, 3. Aufl., 1932, Bd. II, Allgemeine Einleitung und §§ 105–177, 335–342.

¹⁹ Vgl. *Hachenburg*, GmbHG, 5. Aufl., Bd. I (1926), Bd. II (1927).

²⁰ Vgl. *Dreier*, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, Rechtstheorie 2, 1971, S. 37, 41 ff.

²¹ *Holmes*, 10 Harv. L. Rev. 457, 461 (1897); zu dieser „prediction theory“ *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. II: Anglo-amerikanischer Rechtskreis, 1975, S. 181 ff.;

um vorherzusagen, daß die Kärnerarbeit der Kommentierung auch weiterhin ein Kernbestandteil gesellschaftsrechtlicher Forschung bleiben wird²²: Zum einen hat sie sich als erfolgreicher Kommunikationskanal erwiesen, um juristischen Lehrmeinungen in der Rechtsprechung Gehör zu verschaffen; zum anderen prämiert der lukrative Gutachtenmarkt gerade im Gesellschaftsrecht „eingebettete“ Forschung, die sich intensiv mit dem augenblicklichen Diskussionsstand in Spruchpraxis und Literatur auseinandersetzt.²³

Das Prädikat einer praktischen Wissenschaft hat die Lehre vom Gesellschaftsrecht aber noch aus einem anderen Grunde verdient: Sie bezieht ihren Diskussionsstoff zum größten Teil aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung; manche Doktorarbeit oder Habilitationsschrift fußt gar auf einem einzigen Schlüsselurteil. Daraus hat sich im Laufe der Zeit ein auf gegenseitiger Wertschätzung beruhender Dialog zwischen Bundesrichtern und Fachwissenschaft entwickelt, um den uns ausländische Kollegen beneiden.²⁴ Demgegenüber hat die Verarbeitung rechtswissenschaftlicher Forschungsergebnisse durch die Gerichte in den Vereinigten Staaten rapide abgenommen.²⁵ Berühmt geworden ist die beredete Klage von *Judge Harry T. Edwards* über die zunehmende Entfremdung von Theorie und Praxis²⁶, die eine Fülle kontroverser Stellungnahmen ausgelöst hat.²⁷

2. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als dogmatische Wissenschaft

Einem geflügelten Wort von *Rudolph von Ihering* zufolge darf sich die Jurisprudenz, um wahrhaft praktisch zu sein, nicht auf praktische Fragen beschränken.²⁸ Dieser

Posner, *The Problems of Jurisprudence*, 1990, S. 221 ff.; aus deutscher Sicht *Rüthers* (Fn. 16), Rdn. 293: „Die Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht aber genauso auch darin, den rechtsberatenden Berufen, Rechtsanwälten, Notaren und Wirtschaftsjuristen die möglichen rechtlichen Gestaltungsspielräume aufzuzeigen und auf rechtliche Risiken hinzuweisen. Unter diesem Aspekt hat die Rechtswissenschaft vorherzusagen, was die letzten Instanzen zu einem in Frage stehenden Fall sagen werden.“

²² Ähnlich für das US-amerikanische Recht *Posner*, 100 *Harv. L. Rev.* 761, 779 (1987): „And doctrinal analysis will always be the mainstay of legal scholarship.“

²³ Zu den Gefahren übermäßiger Gutachtertätigkeit für die Unvoreingenommenheit der eigenen Forschung aber *R. Eisenberg*, *The Scholar As Advocate*, *J. Leg. Educ.* 1993, 391, 393: „A more subtle distortion might arise from the tendency of good advocates to believe their own arguments. In other words, rather than taking positions that they don't agree with, law professors may find themselves agreeing with positions that they would not otherwise have taken. Most litigators have seen their own views on legal questions transformed by the experience of advocacy.“

²⁴ Dazu etwa *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, Bd. II, 2004, § 1 III 4, S. 40.

²⁵ Vgl. *McClintock*, *The Declining Use of Legal Scholarship by Courts: An Empirical Study*, 51 *Okl. L. Rev.* 659 (1998).

²⁶ Vgl. *Edwards*, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 91 *Mich. L. Rev.* 34 (1992), der den „impractical scholar“ unter Beschuß nimmt, welcher „produces abstract scholarship that has little relevance to concrete issues, or addresses concrete issues in a wholly theoretical manner“.

²⁷ Dazu Symposium, *Legal Education*, 91 *Mich. L. Rev.* 1921 (1993).

²⁸ Vgl. *v. Ihering*, *Geist des römischen Rechts*, II/2, 2. Aufl., 1869, S. 369.

Aufforderung zur theoretischen Durchdringung des Stoffes hat sich die Gesellschaftsrechtswissenschaft nie verschlossen. Bahnbrechende Einzelschriften sind immer wieder zu den tieferen Begriffs-, System- und Prinzipiensichten des Faches vorgestoßen und haben ihm zu seiner heutigen Blüte verholfen. Auf diese Weise ist im Laufe der Zeit ein festes Grundgerüst entstanden, das alle Funktionen erfüllt, die man der Rechtsdogmatik gewöhnlich zuschreibt: (1) die stabilisierende, (2) die Fortschritts-, (3) die Entlastungs-, (4) die didaktische oder kommunikative, (5) die Kontroll- und (6) die heuristische Funktion.²⁹ Das sei an einigen ausgewählten Beispielen erläutert:

a) Begriffsbildung

Juristische Grundlagenforschung zielt nach einer Beobachtung von *Robert Alexy* zuallererst auf die Grundbegriffe einer Disziplin.³⁰ Im Gesellschaftsrecht hat man über diese theoretische Forderung nicht weiter nachgedacht; man hat sie schlicht beherzigt. Das wohl berühmteste Beispiel bildet die Dogmen- und Entwicklungsgeschichte der juristischen Person im 19. Jahrhundert³¹, die sich mit den Namen *v. Savigny* und *v. Gierke* verbindet und deren intellektuelle Strahlkraft nicht an Ländergrenzen haltmachte³²; *Raymond Saleilles* hat sie zu Beginn des 20. Jahrhunderts seiner großen Darstellung zur *personnalité juridique* zugrunde gelegt³³, und *Philippe Malaurie* nennt sie rückblickend „une des plus belles controverses que le droit ait connues“³⁴. Ähnliches läßt sich aus England berichten.³⁵ Daß uns die juristische Person heute als technisch ausgereifte Rechtsfigur entgegentritt und wir ihre Rechtsprobleme nicht wieder und wieder reflektieren müssen, ist eine wissenschaftliche Leistung ersten Ranges. Eine einst schwierige akademische Diskussion³⁶ hat ihr Ziel erreicht.³⁷ Neue Aufgaben warten freilich schon: Die Virtualisierung von Unterneh-

²⁹ Näher *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl., 1991, S. 326 ff.; ferner *Basel*, in: Zimmermann u. a. (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 79, 88 ff.

³⁰ Vgl. *Alexy*, in: ders. (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung, ARSP, Beiheft 104 (2005), Vorwort, S. 7.

³¹ Zusammenfassend *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. II: 19. Jahrhundert, 1989, § 59, S. 339 ff.; zuletzt *Bär*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I, 2003, §§ 21–79, Rdn. 5 ff.

³² Umfassend zuletzt aus französischer Sicht *Baruchel*, La personnalité morale en droit privé. Éléments pour une théorie, 2004.

³³ Vgl. *Saleilles*, De la personnalité juridique. Histoire et théories, 1910.

³⁴ *Malaurie*, Nature juridique de la personnalité morale, *Deffrénois* 1990, art. 34848, 1068, n° 1.

³⁵ Vgl. etwa *Pollock*, Has the Common Law Received the Fiction Theory of Corporations?, 27 *L. Q. Rev.* 219 (1911); rückblickend *Foster*, 48 *Am. J. Comp. L.* 573, 581 ff. (2000).

³⁶ Stellvertretend für viele die Grundsatzkritik von *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, 1. Aufl., 1857, Vorrede, S. XI, wonach die juristische Person so wenig in das Rechtssystem gehöre, wie die Vogelscheuche in der Naturgeschichte des Menschen Erwähnung verdiene.

³⁷ So zutreffend *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 8 II 1, S. 186 f.; abw. *Coing* (Fn. 31), § 59, S. 343: „Die Diskussion um das Wesen der juristischen Person in Deutschland hat

men³⁸ wird die dogmatische Leistungsfähigkeit der Schlüsselbegriffe Rechtsträger und juristische Person auf eine abermalige Probe stellen; mancherorts malt man schon die virtuelle juristische Person als Zukunftsgemälde an die Wand.³⁹ Daß dies so fernliegend nicht ist, lehrt die anhaltende Debatte über Einheit und Vielheit im Konzern⁴⁰, die ein außenstehender Beobachter als Beleg für die Zwänge anthropomorphen Denkens in Rechts*personen* angesehen hat.⁴¹

Noch nicht vollständig abgeschlossen ist die Grundlagenforschung für zwei andere gesellschaftsrechtliche Basisbegriffe: die Mitgliedschaft und die Organschaft.⁴² Bei der Mitgliedschaft rätselt man nicht nur über ihre dogmatische Struktur, sondern auch über ihren Rechtsschutz: Die Schärenkreuzer-Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁴³, welche die Vereinsmitgliedschaft als subjektives und sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB einordnet, hat vielleicht mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet.⁴⁴ Was das Organhandeln betrifft, so scheinen die Probleme der Verschuldens- und Wissenszurechnung im Ansatz bewältigt⁴⁵, doch sieht man sich hinsichtlich des zivilrechtlichen Organbegriffs noch immer zu Anleihen bei der öffentlich-rechtlichen Schrift von *Hans Julius Wolff* veranlaßt.⁴⁶ Dogmatische Prüfsteine des gesellschaftsrechtlichen Organverständnisses bilden die Einordnung des Abschlußprüfers⁴⁷ oder des Unternehmensbeauftragten.⁴⁸ Alle drei Beispiele zeigen, daß begriffliche Grundlagenforschung im Verbandsrecht nicht nur möglich, sondern auch

am Anfang des 20. Jahrhunderts aufgehört. Sie ist nicht eigentlich abgeschlossen worden; man kann eher sagen, sie sei aufgegeben worden.⁴

³⁸ Ausführlich jüngst *C. Horn*, Die Virtualisierung von Unternehmen als Rechtsproblem, 2005.

³⁹ Vgl. *K. Schmidt*, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, S. 175, 178 ff.

⁴⁰ So der Titel des Beitrages von *Bälz*, in: Festschrift Raiser, 1974, S. 287; zum Konzern als virtueller Rechtsperson *K. Schmidt* (Fn. 39), S. 175, 179.

⁴¹ Vgl. *Teubner* ZGR 1991, 189, 204: „Nicht Einheitszurechnung, sondern Vielfachzurechnung, nicht Personifizierung, sondern polyzentrische Autonomisierung werden dem Netzwerkcharakter des Konzerns gerecht.“

⁴² Zur Grundlagenungewißheit des deutschen Gesellschaftsrechts zuletzt der gleichnamige Beitrag von *Beuthien* NJW 2005, 855.

⁴³ Vgl. BGHZ 110, 323.

⁴⁴ Monographische Vermessung bei *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht, 1996.

⁴⁵ Vgl. zur Wissenszurechnung BGHZ 132, 30.

⁴⁶ Vgl. *H. J. Wolff*, Organschaft und Juristische Person, Band 2: Theorie der Vertretung, 1934; eine gesellschaftsrechtliche Monographie anmahnd *Ulmer*, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 1297, 1305; ausführlich *Fleischer*, NJW 2006, 3239.

⁴⁷ Für Organeigenschaft BGHZ 16, 17, 25; 76, 338, 342; dagegen BayOblG NJW-RR 1988, 163, 164; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Aufl., 2006, § 41, Rdn. 98.

⁴⁸ Für eine Einordnung als Unternehmensverfassungsorgan *Rehbinder* ZGR 1989, 305, 311 ff., 354 ff.; kritisch *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 47), vor § 35, Rdn. 7; monographisch *Haouache*, Unternehmensbeauftragte und Gesellschaftsrecht in der AG und GmbH, 2003.

nützlich und zu seiner Akzeptanz in einer rationalen Gesellschaft schlechthin unerlässlich ist.⁴⁹

b) Systembildung

Die Dogmatisierung einer Rechtsmaterie drängt nach einem Diktum von *Josef Esser* zur Systembildung.⁵⁰ Diese tut in unserem Zusammenhang besonders Not, weil das deutsche Gesellschaftsrecht bisher keine Kodifikation erfahren hat, sondern über verschiedene Einzelgesetze (BGB, HGB, GmbHG, AktG, GenG) verstreut ist, die zudem aus ganz unterschiedlichen Epochen stammen. Vor diesem Hintergrund hat sich vor allem *Karsten Schmidt* der Aufgabe verschrieben, aus dem ungeordneten Nebeneinander getrennter Gesetze einen zuverlässigen Kanon von allgemeinen Lehren herauszubilden.⁵¹ Sein Forschungsprogramm der „Institutionenbildung“ hat sich als außerordentlich fruchtbar erwiesen und die Konsolidierung des Gesellschaftsrechts wesentlich vorangetrieben. Allerdings dürfen die Gemeinsamkeiten nicht überbetont und bestehende Unterschiede nicht vorschnell eingeebnet werden: Das breite Spektrum der Rechtsformen von der Gelegenheitsgesellschaft bürgerlichen Rechts bis hin zur börsennotierten Aktiengesellschaft läßt Verallgemeinerungen nur *begrenzt* zu.

Neue Aufgaben erwachsen der Systembildung durch die größer werdende Interaktionsfläche zwischen Aktien- und Kapitalmarktrecht: Hier hat sich in jüngerer Zeit eine eigene Regelungsschicht für kapitalmarktorientierte Gesellschaften herausgebildet, die man bündig als *Börsengesellschaftsrecht* bezeichnet hat.⁵² Wiewohl die Zusammenführung und Durchformung des Rechtsstoffes an dieser dogmatischen Schnittstelle Fortschritte macht⁵³, gibt es noch immer zahlreiche Zweifelsfragen, die anderwärts im Detail auszubreiten sind.⁵⁴ Hochverdichtet geht es um Regelungsredundanzen, Zieldivergenzen, Funktionsäquivalenzen, Norminterdependenzen und Wertungsinterferenzen, in einem Wort: *Abstimmungsbedarf*, der sich immer dort einstellt, wo sich zwei Rechtsgebiete überlappen.

⁴⁹ Vgl. auch *Wieacker*, in: Festschrift Gadamer, Bd. II, 1970, S. 311: „Die von der Dogmatik erwartete praktische Leistung ist es, intellektuell überprüfbare und öffentlich einsichtige Kriterien für die Handhabung des Bewertungsspielraums anzugeben, den *jede* Anwendung der Norm auf einen konkreten Fall erfordert.“

⁵⁰ Vgl. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., 1972, S. 97.

⁵¹ Zu diesem Programm *K. Schmidt* (Fn. 37), § 3 III, S. 52 ff.

⁵² Begriff: *Nobel*, in: Festschrift Bär, 1998, S. 301; deutsche Adaption bei *Fleischer* ZHR 165 (2001), 513, 514.

⁵³ Vgl. zuletzt die Gesamtdarstellungen von *Deilmann/Lorenz* (Hrsg.), Die börsennotierte Aktiengesellschaft, 2005; sowie *Marsch-Barner/Schäfer* (Hrsg.), Handbuch börsennotierte Aktiengesellschaft, 2005.

⁵⁴ Eingehend *Fleischer* ZIP 2006, 451.

Nur unter Rückgriff auf das haftpflichtrechtliche Gesamtsystem⁵⁵ läßt sich schließlich die Suche nach gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Schutzgesetzen i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB bewältigen, die augenscheinlich in eine dogmatische Sackgasse geraten ist. Der Bundesgerichtshof hat in einer neueren Leitentscheidung auf das Gegensatzpaar von Funktions- und Individualschutz abgestellt⁵⁶, doch erweist sich diese antithetische Gegenüberstellung für eine sachgerechte Auswahl der Haftungstatbestände im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als zu grob geschnitten.⁵⁷ Eine feiner zisierte (bereichsspezifische?) Schutzgesetzdogmatik wäre dringend wünschenswert⁵⁸, ist aber einstweilen auch in der Rechtslehre nicht in Sicht.

c) Prinzipienbildung

Prinzipielles Rechtsdenken muß nach einer Bemerkung von *Franz Bydlinski* schon vor der konkreten Rechtsfindung am Einzelproblem einsetzen, um diese optimal vorzubereiten.⁵⁹ Seine Bedeutung steigt für das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in dem Maße, in dem das Haltbarkeitsdatum von Detailregelungen sinkt.⁶⁰ In Anlehnung an ein bekanntes Wort *Otto Mayers* könnte man sagen: Einzelregeln vergehen, Prinzipien bestehen!⁶¹ Eine höchst eindrucksvolle Gesamtdarstellung gesellschaftsrechtlicher Leitprinzipien hat *Herbert Wiedemann* schon vor einem Vierteljahrhundert in seinem großen Lehrbuch vorgelegt.⁶² Die dort zusammengestellten Struktur- und Wertungsprinzipien tragen bei der Lösung von Einzelproblemen dazu bei, die Nachvollziehbarkeit der Begründung gegenüber bloß historisch-beschreibenden oder intuitiv-vorschlagenden Ansätzen zu verbessern.⁶³ Zudem eignen sie sich in hervorragender Weise zur Entfaltung und Weiterentwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechts⁶⁴, von dem noch gesondert zu handeln ist.

Auch im Kapitalmarktrecht hat der Bestand an Vorschriften inzwischen jene kritische Masse erreicht, die eine prinzipienmäßige Durchdringung des Rechtsstoffes

⁵⁵ Zu diesem Kriterium BGHZ 66, 388, 390; aus dem Schrifttum *Canaris*, in: Festschrift *Larenz*, 1983, S. 27, 47 ff.

⁵⁶ Vgl. BGHZ 160, 134, 138 ff. – *Infomatec I*.

⁵⁷ Zur Kritik *Fleischer* DB 2004, 2031 f. mit weiterführenden, auch rechtsvergleichenden Hinweisen.

⁵⁸ Gleicher Befund bei *Ekkenga* ZIP 2004, 781, 784 ff.

⁵⁹ Vgl. *F. Bydlinski*, *System und Prinzipien des Privatrechts*, 1996, Vorwort, S. VII.

⁶⁰ Zur Aktien- und Kapitalmarktreform in Permanenz noch unten III. 1.

⁶¹ Für eine ähnliche Beobachtung *Goode*, *Commercial Law*, 3rd ed., 2004, Preface to the First Edition, XXVI: „The greatest difficulty confronting the student lies not in the sophisticated rule but in the fundamental concept. Rules may change, concepts are more permanent. Hence it is the theoretical framework of a subject which demands the closest attention, for it is this that endures when the detailed rule has passed into oblivion.“

⁶² Vgl. *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, Bd. I, 1980, §§ 3–6 (Strukturprinzipien), §§ 7–11 (Wertungsprinzipien).

⁶³ In diesem Sinne *Bydlinski* (Fn. 59), S. 471 mit Fn. 519.

⁶⁴ Ähnlich zur methodischen Konzeption eines Europäischen Privatrechts *Flessner* JZ 2002, 14, 18.

erlaubt. Erste Versuche in dieser Richtung nennen als sachliche Leitprinzipien: (1.) informierte Transaktionsentscheidung; (2.) Markttransparenz; (3.) Anlegergleichbehandlung; (4.) Marktintegrität.⁶⁵ Allerdings erweist sich das Kapitalmarktrecht im konzeptionellen Zugriff als sperriger, weil es als Querschnittsmaterie⁶⁶ die hergebrachte Wandtafel-systematik von Zivilrecht und öffentlichem Recht verwischt. Eine genauere Beschreibung seiner normativen Spezifität fällt daher außerordentlich schwer. Vorläufige Antworten lauten: Kapitalmarktrecht ist zuvörderst *Marktrecht*⁶⁷, hingeordnet auf die Schaffung marktlicher Interaktionsvoraussetzungen und die Beseitigung marktlicher Funktionsstörungen. Kapitalmarktrecht ist sodann *Verfahrensrecht*⁶⁸, zugeschnitten auf marktförmige Austauschprozesse und Preisbildungsverfahren und gekennzeichnet durch verfahrensmäßige Schutzgarantien und eine Prozeduralisierung der Verhaltenspflichten⁶⁹. Kapitalmarktrecht ist außerdem *Informationsrecht*⁷⁰, durchdrungen von einer alle Regelungsbereiche erfassenden Offenlegungsphilosophie und bereit, verbandsrechtliche Verbotstatbestände gegen ein kapitalmarktrechtliches Informationsmodell einzutauschen. Kapitalmarktrecht ist schließlich *Regulierungsrecht*⁷¹, wie es die US-amerikanische Bezeichnung der *securities regulation* treffend auf den Punkt bringt.

3. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als europäische Wissenschaft

Unter den zivilrechtlichen Fächern ist das Gesellschaftsrecht jene Rechtsmaterie, die am stärksten vom Gemeinschaftsrecht durchwirkt wird. Die im März 1968 ver-

⁶⁵ Näher *Fleischer*, Gutachten F für den 64. Deutschen Juristentag, 2002, F 26 ff.; neuerdings auch *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht, Bd. I, 2005, § 1 Rdn. 31.

⁶⁶ Vgl. *U. H. Schneider* AG 2001, 269, 270.

⁶⁷ Programmatisch *Immenga*, in: Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, 1999, S. 223, 224: „Marktrecht ist daher systematisch gesehen derjenige Teil des Wirtschaftsrechts, der sich auf den Markt als maßgebliches Ordnungsprinzip einer Volkswirtschaft bezieht.“; S. 226: „Märkte entstehen auch durch Kapitalbewegungen. Hierauf bezogene Rechtsnormen, das Kapitalmarktrecht, gehen wie auf anderen Märkten von weitgehender Freiheit der Produktbildung, der Kapitalmarkt-titel, wie auch von der zu sichernden Funktionsfähigkeit der unterscheidbaren Märkte aus. Es handelt sich also auch hier um Marktrecht.“

⁶⁸ Pointiert *S. Weber*, Kapitalmarktrecht, 1999, S. 13 ff. unter der Überschrift „Der Kapitalmarkt als rechtlich geregeltes Verfahren“.

⁶⁹ Näher dazu *Fleischer* NZG 2002, 545, 546 ff.; aus schweizerischer Sicht auch *von der Crone*, ZBJV 133 (1997), 73 ff.; zur Ersetzung materieller Regulierung durch prozedurale Aufsicht ferner *Merk* AG 2003, 126, 135.

⁷⁰ Angedeutet auch bei *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., 2004, § 7, Rdn. 1, der von dem „stark ausgebauten Informationsrecht für den Kapitalmarkt“ spricht.

⁷¹ In diese Richtung auch *Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 1. Aufl., 1997, § 10, Rdn. 222: „Es ist stets wieder daran zu erinnern, daß Aktienrecht grundsätzlich Privatrecht darstellt, während Kapitalmarkt- und Börsenrecht zu einem bedeutenden Teil dem Verwaltungsrecht angehören, insbesondere all die Fragen, die unter dem englischen Begriff der ‚Regulation‘ gemeinhin zusammengefaßt werden.“

abschiedete Publizitätsrichtlinie⁷² bildet nicht nur die erste Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts; sie ist zugleich die erste Harmonisierungsmaßnahme auf dem Gebiet des Zivilrechts überhaupt. Diese europäische Dimension ist von führenden Gesellschaftsrechtlern schon früh erkannt worden⁷³ und heute in Forschung und Lehre fest verankert.⁷⁴ Sie eröffnet der Gesellschaftsrechtswissenschaft ein beträchtliches Innovationspotential⁷⁵, weil sie zu einer supranationalen Rekonstruktion des Rechtsstoffes einlädt⁷⁶ und einen heilsamen Zwang ausübt, rückständige Figuren des heimischen Gesellschaftsrechts auszumustern.⁷⁷

III. Veränderte Rahmenbedingungen

Wandlungen im Selbstverständnis einer Wissenschaft werden häufig durch veränderte Rahmenbedingungen angestoßen und befördert. So liegt es auch im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, das sich gegenwärtig wirkungsmächtigen Gestaltungskräften ausgesetzt sieht.

1. Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtsreform in Permanenz

Die wichtigste Konstante beider Fächer ist schon seit geraumer Zeit ihr ständiger Wandel: Im Aktienrecht sind in atemberaubender Geschwindigkeit Reformgesetze mit den Akronymen KonTraG (1998), NaStraG (2001), TransPuG (2002) und UMAG (2005) verabschiedet worden⁷⁸; im Kapitalmarktrecht hat der Gesetzgeber in rascher Folge vier Finanzmarktförderungsgesetze vorgelegt.⁷⁹ Man könnte diesen

⁷² Vgl. Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968, ABl. Nr. L 65 vom 14. 3. 1968, S. 8.

⁷³ Vgl. vor allem *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 1. Aufl., 1979; 4. Aufl., 1996.

⁷⁴ Vgl. die Gesamtdarstellungen von *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2004; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2003; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2001.

⁷⁵ Ebenso für das Europäische Privatrecht *Jansen* ZEuP 2005, 750, 769.

⁷⁶ Treffend *Schön*, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 1271: „Das Europäische Gesellschaftsrecht ist auf dem Wege von der Rechtspolitik in die Rechtsdogmatik.“; zum wissenschaftlichen Anliegen *ders.* RabelsZ 64 (2000), 1 ff.

⁷⁷ Zu diesem Vorteil der Rechtsangleichung *Fleischer* AcP 204 (2004), 502, 507.

⁷⁸ Vgl. Gesetz zur Verbesserung der Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), BGBl. 1998, I, S. 786; Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG), BGBl. 2001, I, S. 123; Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG), BGBl. 2002, I, S. 2681; Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), BGBl. 2005, I, S. 2802.

⁷⁹ Vgl. Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen der Finanzmärkte, BGBl. 1990, I, S. 266; Gesetz über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsenrechtlicher und wertpapierrechtlicher Vorschriften (Zweites Finanzmarktförderungsgesetz), BGBl. 1994, I, S. 1749; Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Drittes Finanzmarktförderungsgesetz), BGBl. 1998, I, S. 529; Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz), BGBl. 2002, I, S. 2010.

unablässigen Normenstrom zum Anlaß nehmen, um über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft zu lamentieren, wie dies der Berliner Staatsanwalt *Julius von Kirchmann* vor mehr als 150 Jahren mit Verve getan hat.⁸⁰ Daran ist sicher richtig, daß die Aktien- und Kapitalmarktrechtsreform in Permanenz⁸¹ die Systematisierung des Rechtsstoffes erschwert. Ungereimtheiten und Wertungswidersprüche nehmen zu; die Lehr- und Lernbarkeit der Rechtsmaterie nimmt ab. Indes bieten die veränderten Rahmenbedingungen auch beträchtliche Zukunftschancen: *Erstens* werten sie das Denken in gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Struktur- und Ordnungsprinzipien auf, weil diese von gesetzgeberischen Einzeleingriffen oft unberührt bleiben. *Zweitens* öffnen sie die Tür für interdisziplinäre Begründungsmuster, da sich mit abnehmender Bedeutung der einzelnen *positiven* Rechtsakte das Gewicht vergrößert, das *außerpositiven* Sachstrukturen wie etwa ökonomischen Argumenten zukommt. *Drittens* wächst die potentielle Breitenwirkung der rechtswissenschaftlichen Forschung, wenn sie ihre Denkkraft nicht mehr ausschließlich für die Auslegung und Fortbildung des geltenden Rechts verwendet.⁸² Der Grenznutzen einer *rechtssetzungsorientierten* Gesellschaftsrechtswissenschaft, die sich der Zukunft des Gläubigerschutzes im Europäischen Kapitalgesellschaftsrecht annimmt⁸³, ist größer als jener einer systemoptimierenden Verfeinerung der Rechtsregeln zur verdeckten Sacheinlage.

2. Verbreiterung gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Rechtsquellen

Ein zweites Element der gesellschaftsrechtlichen Gegenwartsentwicklung bildet die Verbreiterung der *Rechtsquellen*. Neben den gesetzlichen Vorgaben gewinnt vor allem die private Regelsetzung zunehmend an Bedeutung. Als Vorreiter darf der im Jahre 1998 eingeführte § 342 HGB gelten, wonach das Bundesministerium der Justiz ein privates Rechnungslegungsgremium durch Vertrag anerkennen und mit der Entwicklung von Konzernrechnungslegungsgrundsätzen beauftragen kann.⁸⁴ Vier Jahre später ist der Deutsche Corporate Governance Kodex hinzugetreten, dessen Einhaltung den börsennotierten Aktiengesellschaften gemäß § 161 AktG freisteht,

⁸⁰ Vgl. v. *Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848 (hier zitiert gemäß dem Nachdruck der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft Darmstadt von 1960). Bekannte Kostproben lauten: „[D]ie Wissenschaft kommt bei der fortschreitenden Entwicklung immer zu spät, niemals kann sie die Gegenwart erreichen.“ (S. 14); „Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“ (S. 24).

⁸¹ So die Kennzeichnung von *Zöllner AG* 1994, 336; im Anschluß an ihn *Spindler NJW* 2004, 3449.

⁸² Allgemein zu diesem Gesichtspunkt auch *Eidenmüller JZ* 1999, 53, 60.

⁸³ Vgl. Symposium: Efficient Creditor Protection in European Company Law, *EBOR* 7 (2006), 1–471.

⁸⁴ Vgl. *Baumbach/Hopt/Markt*, HGB, 32. Aufl., 2006, § 342, Rdn. 1 f.

sofern sie nur wahrheitsgemäß über ihr Normverhalten Bericht erstatten.⁸⁵ Die jüngste Ergänzung liefert der Emittentenleitfaden der BaFin vom Juli 2005, der auf 104 Seiten „Rechtspflichten“ für börsennotierte Aktiengesellschaften formuliert.⁸⁶ Es liegt auf der Hand, daß diese neuartigen „Rechtsquellen“ zahlreiche Zweifelsfragen verfassungsrechtlicher und rechtsmethodischer Natur aufwerfen, welche Rechtsprechung und Wissenschaft in den nächsten Jahren beschäftigen werden.

Auch hinsichtlich der zur Verfügung stehenden *Regelungstechniken* sind im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht bemerkenswerte Neuerungen zu verzeichnen: Sie betreffen nicht nur die reflektierbare Auswahl zwischen Rechtsregeln (*rules*) und Verhaltensstandards (*standards*)⁸⁷, sondern auch die Spezifizierung von Tatbestandsvoraussetzungen in Form eines „sicheren Hafens“ (*safe harbor*), bei deren Erfüllung für den Normadressaten gewisslich keine Rechtsnachteile eintreten.⁸⁸ Vermehrte Beachtung finden überdies die Regelungsmodelle der „Vorschriftenwahl“ (*opting in*) und „Vorschriftenabwahl“ (*opting out*)⁸⁹ sowie die Unterscheidung zwischen Eigentumsregeln (*property rules*) und Haftungsregeln (*liability rules*)⁹⁰: Erstere lassen einen Ressourcenzugriff nur mit dem Einverständnis des Rechtsinhabers zu; letztere gestatten einen Zugriff auch gegen den Willen des Rechtsinhabers, sofern eine Entschädigung gezahlt wird.

3. Funktionswandel des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts

Von noch größerer Bedeutung ist ein allmählicher Bewußtseinswandel in Teilen der Gesetzgebung und Rechtslehre. Er führt in zweierlei Hinsicht zu Akzentverschiebungen in der Regelungsphilosophie des Rechtsgebiets: Zum einen werden gesellschaftsrechtliche Vorschriften heute mehr unter dem Gesichtspunkt der *Wirtschaftsermöglichung* und weniger unter dem der *Verhaltensregulierung* betrachtet. Wer Gegensatzbildungen liebt, mag das eine *enabling function* und das andere *regulatory function* nennen.⁹¹ Zum anderen begreift man das Gesellschaftsrecht heute weniger als einen wertebundenen Korpus von Rechtsregeln, sondern in erster Linie als eine *juristische Infrastrukturleistung* zur Förderung effizienter und wettbewerbsfähiger Unternehmen.⁹² Das mag man als vorsichtige Abkehr von einem

⁸⁵ Vgl. zur Funktionsweise des „comply or explain“ Hüffer, AktG, 6. Aufl., 2004, § 161, Rdn. 7; zu Haftungsfragen bei einer Falscherklärung Fleischer, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 14, Rdn. 54 ff.

⁸⁶ Zu seiner Rechtsnatur Claussen/Florian AG 2005, 745; Merkner/Sustmann NZG 2005, 729.

⁸⁷ Grundlegend Kaplow, 42 Duke L. J. 557 (1992).

⁸⁸ Dazu Fleischer ZIP 2003, 2045, 2050.

⁸⁹ Näher Fleischer ZHR 168 (2004), 673, 695 f.; Hertig/McCahery, ECFR 2006, 341 ff.

⁹⁰ Grundlegend Calabresi/Melamed, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972); gesellschaftsrechtliche Adaption bei Whincop, 19 Oxford J. Legal Stud. 19 (1999).

⁹¹ Dazu bereits Fleischer ZHR 168 (2004), 673, 707 mit weiteren Nachweisen.

⁹² Beispielfhaft das Konsultationsdokument der *High Level Group of Experts on Corporate Law* ZIP 2002, 1310, Kapitel 2, Frage 1: „Sind Sie der Meinung, daß sich die Europäische Union bei den weiteren Arbeiten im Bereich des Gesellschaftsrechts in erster Linie auf die Schaffung neuer und

deontologischen hin zu einem *instrumentalistischen* Rechtsverständnis deuten. Vor diesem Hintergrund ist es vielleicht kein Zufall, daß just in dieser Zeit die internationalprivatrechtliche Sitztheorie, die ihre Vertreter immer als eine Art Schutztheorie verstanden, durch die wettbewerbsstimulierende Gründungstheorie abgelöst wird.⁹³

4. Öffnung des Zugangs zu den Wirtschaftswissenschaften

Kennzeichnend für den rechtswissenschaftlichen Diskurs ist, daß er dem Kreis valider Argumente vergleichsweise enge Grenzen zieht. Geht es um die Auslegung des geltenden Rechts, so greifen wir auf den traditionellen Methodenkanon zurück. Das ist hier nicht zu vertiefen. Aufmerksamkeit verdient aber eine konzeptionelle Öffnung der Lehre vom Gesellschaftsrecht in anderer Richtung. Sowohl im Hörsaal wie in der wissenschaftlichen Forschung begnügen sich die Fachvertreter nicht mehr damit, den reichhaltigen dogmatischen Figureschatz vorzustellen und zu pflegen.⁹⁴ Vielmehr verwenden sie ihre Denkkraft auch darauf, die Funktionen und Wirkungen gesellschaftsrechtlicher Regelungen herauszuarbeiten. Dabei spielen ökonomische Analysen und Argumente eine immer größere Rolle.⁹⁵ Sie helfen uns in verschiedener Hinsicht, die anstehenden Probleme zu erkennen und zu bewältigen: *Erstens* schärfen sie den Blick für die Ordnungsstrukturen und Sachgesetzmäßigkeiten eines bestimmten Regelungsbereichs.⁹⁶ *Zweitens* lenken sie die Aufmerksamkeit auf die Zielkonflikte, im ökonomischen Fachjargon: die *tradeoffs*, die allen Vorschriften innewohnen.⁹⁷ *Drittens* bereiten sie den Boden für eine *transnationale* Gesellschaftsrechtswissenschaft, welche sich nicht im Detail lokaler Einzelregeln

die Änderung bestehender gesellschaftsrechtlicher Mechanismen zur Erleichterung des effizienten und wettbewerbsfähigen Betriebs von Unternehmen in der gesamten Union konzentrieren soll?“

⁹³ Näher *Fleischer*, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland (2005), S. 49 ff.

⁹⁴ Dazu aus der Sicht eines ausländischen Juristen *Cioffi*, State of the Art: A Review Essay on Comparative Corporate Governance, 48 Am. J. Comp. L. 501, 509 (2000): „[T]hese new conceptual frameworks and analytical techniques may provide some welcome relief from the hermetically sealed doctrinal analysis common in Continental, and especially German law.“

⁹⁵ Für eine Entfaltung dieses Forschungsprogramms *Fleischer*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1–32; fortführend *Fleischer*, ZGR 2007, 500 ff.

⁹⁶ Dazu schon *Mestmäcker*, in: Raiser/Sauermann/Schneider (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, 1964, S. 103, 112: „Die Interdependenz von Rechts- und Wirtschaftsordnung determiniert zwar grundsätzlich nicht die Entscheidung von Einzelfragen; sie bezeichnet vielmehr einen methodischen Ausgangspunkt für wissenschaftliche Fragestellungen, sie hellt die der rechtlichen oder wirtschaftspolitischen Gestaltung vorgegebene Sachgesetzmäßigkeit auf und sie bietet Maßstäbe für die Entscheidung von Interessenkonflikten oder Zielkonflikten.“

⁹⁷ Deziert in diesem Sinne *Epstein*, 115 Harv. L. Rev. 1288, 1311 (2002): „Thus, our task as scholars is to identify and resolve the tradeoffs so common in human affairs. [...] Both, inertia and confusion are endemic to our legal system. Within this environment, we should lower our sights and try to improve our overall reliability as analysts by stressing the incremental improvements

verliert, sondern die generellen Funktionsbedingungen und Funktionsstörungen von Korporationen identifiziert. Ein vorzügliches Beispiel dafür bietet das jüngst vorgelegte Gemeinschaftswerk einer internationalen Forschergruppe. Es trägt den Titel: „The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach.“⁹⁸

5. Zustrom ausländischer Gesellschaftsformen und Kapitalmarktstandards

Schließlich verändern sich Wissenschaft und Praxis des Gesellschaftsrechts tiefgreifend durch das Einströmen ausländischer Gesellschaftsformen und Kapitalmarktstandards. Die Ursachen dafür sind rasch ausgemacht. Der Zuwachs an ausländischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland beruht auf einem „exogenen Schock“: den EuGH-Entscheidungen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* zur Neuinterpretation der Niederlassungsfreiheit.⁹⁹ Die zunehmende Verbreitung ausländischer, meist US-amerikanischer Kapitalmarktstandards erweist sich als eine Folge globalisierter Finanzmärkte: Märkte machen Recht!¹⁰⁰ Als ihre Exporteure treten vor allem institutionelle Anleger und Investmentbanken in Erscheinung, die allenthalben auf gleichförmige und ihnen vertraute Rechtsregeln drängen.¹⁰¹ Ein übriges bewirkt das sog. *Dual Listing* deutscher Unternehmen, die neben dem inländischen Aktien- und Kapitalmarktrecht auch das ausländische Börsenrecht beachten müssen.¹⁰² Darüber hinaus lockern Globalisierungsprozesse generell die sozialen und kulturellen Bindungen des Rechts.¹⁰³ Konnte *Montesquieu* noch 1748 in seinem *Esprit des Lois* annehmen, daß die Gesetze den Geist der geographischen Besonderheiten und nationalen Gebräuche atmen¹⁰⁴, so präsentiert sich

that we can make, which again brings us back to the ubiquity of tradeoffs. The key to legal scholarship, in my view, lies in understanding, why and how these tradeoffs should be made.“

⁹⁸ *Kraakman/Davies/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Rock*, *The Anatomy of Corporate Law*, 2004; dazu die Besprechungen von *Armour EBOR* 2005, 492; *Skeel*, 113 *Yale L. J.* 1519 (2004); *Tröger AG* 2005, 627; *Wiedemann ZGR* 2006, 240; *Windbichler*, in: *Festschrift Röhrich*, 2005, S. 693.

⁹⁹ Vgl. EuGH, Slg. 1999, I-1459 – *Centros*; Slg. 2002, I-9919 – *Überseering*; Slg. 2003, I-10155 – *Inspire Art*.

¹⁰⁰ So der plastische Titel von *Ebke*, in: *Festschrift Lutter*, 2000, S. 17.

¹⁰¹ Näher *Fleischer NZG* 2004, 1129, 1135.

¹⁰² Dazu *Gruson AG* 2004, 358; *Harrer/Fisher/Evans RIW* 2003, 81.

¹⁰³ Allgemein zur Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung *Röhl/Magen*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 17, 1996, S. 1 ff.; zwischen enger und lockerer Koppelung unterscheidend *Teubner*, in: *Festschrift Blankenburg* (1998), S. 233, 240 ff.

¹⁰⁴ Vgl. *Montesquieu*, *Vom Geist der Gesetze*, 1748, 1. Buch, 3. Kapitel: „[Die staatlichen und bürgerlichen Gesetze] müssen dem Volk, für das sie gelten sollen, so eigentümlich sein, daß sie nur durch einen großen Zufall einem anderen Volk auch gemäß sein könnten. Sie müssen auf Natur und Prinzip der eingesetzten oder einzusetzenden Regierung bezogen sein. [...] Sie müssen mit der physischen Beschaffenheit des Landes übereinstimmen, mit dem eisigen, heißen oder gemäßen Klima, mit der Güte des Bodens, mit Lage und Größe des Landes, mit den Lebensverhältnissen der Völker als Ackerbauer, Jäger oder Hirten.“

die Aktiengesellschaft heute als eine hochtechnisierte Zweckschöpfung des Rechts, die sich von ihren kulturellen und kontextualen Wurzeln weithin gelöst hat.¹⁰⁵

IV. Moderne Herausforderungen

1. Entwicklungslinien gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Forschung

„Scholarship about scholarship“¹⁰⁶ – eine solche Selbstvergewisserung über die Entwicklungsschritte gesellschaftsrechtlicher Forschung hat man im In- und Ausland bislang nur ganz vereinzelt unternommen. Eine verdienstvolle Ausnahme bildet die von *Brian Cheffins* gehaltene Antrittsvorlesung an der Universität Cambridge aus dem Jahre 2003, die fünf mögliche Deutungsmuster in Augenschein nimmt und auf ihre Überzeugungskraft überprüft¹⁰⁷: (1.) die Vorstellung eines kontinuierlichen juristischen Fortschritts durch die ständige Ansammlung und Auswertung neuen Wissens; (2.) die in unregelmäßigen Abständen erfolgende Verwerfung eines Erklärungsmodells durch ein anderes, wie man sie in den Naturwissenschaften als Paradigmenwechsel zu umschreiben pflegt¹⁰⁸; (3.) die Vermehrung juristischer Einsichten durch einen marktförmigen Prozeß, in dem Nachfrager und Anbieter von wissenschaftlichen Veröffentlichungen aufeinander treffen¹⁰⁹; (4.) die fortwährende Wiederkehr immergleicher Fragestellungen, die Rechtswissenschaftler stets aufs neue beschäftigen¹¹⁰; (5.) die Herausbildung akademischer Modethemen¹¹¹, welche durch Netzwerkeffekte und Informationskaskaden eine rasche Ausbreitung erfahren.¹¹²

¹⁰⁵ Näher *Fleischer*, in: Doralt/Kalss (Hrsg.), Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts, 2004, S. 115, 130 ff.

¹⁰⁶ So der Titel des Aufsatzes von *Bryden*, 1992 U. Colo. L. Rev. 641.

¹⁰⁷ Vgl. zu folgendem *Cheffins*, *The Trajectory of (Corporate Law) Scholarship*, 63 *Cambridge L.J.* 456, 458 ff. (2004).

¹⁰⁸ Begriff: *Kuhn*, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 2. Aufl., 1976, S. 65 und öfter.

¹⁰⁹ Dazu *Ackerman*, *The Marketplace of Ideas*, 90 *Yale L.J.* 1131 (1981).

¹¹⁰ So die These von *Brest*, *Plus ça Change*, 91 *Mich. L. Rev.* 1945, 1950 (1993): „Taking everything into account, a law student who fell asleep in 1963 and awoke in 1993 would not be astonished by his new surrounds. If he had fallen asleep holding a law review – the soporic power was no weaker in those days – the nature and language of some of the articles would bewilder him, but he would find much that is familiar.“

¹¹¹ Plastisch der Aufsatztitel von *Sunstein*, *On Academic Fads and Fashions*, 99 *Mich. L. Rev.* 1251 (2001); ferner *Bryden*, 1992 U. Colo. L. Rev. 641, 644: „Overemphasis on Glamorous Subjects“; statistische Belege bei *Ellickson*, *Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study*, 29 *J. Legal Stud.* 517, 527 (2000).

¹¹² Vgl. *Sunstein*, 99 *Mich. L. Rev.* 1251 (2001): „Academics, like everyone else, are subject to cascade effects. They start, join, and accelerate bandwagons. More particularly, they are subject to the informational signals sent by the acts and statements of others [...] It is for these reasons that fads, fashions, and bandwagon effects can be found in academia, including the academic study of law. Fortunately, the underlying forces can spark creativity and give new ideas a chance to prosper.“

Trägt man diese Modelle an das deutsche Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht heran, so ist man schnell mit Einzelbeispielen für den einen oder anderen Erklärungsansatz bei der Hand. So mag man im Aktienrecht von einem „kleinen“ Paradigmenwechsel sprechen, seit der Aktionär nicht mehr nur als Verbandsmitglied, sondern auch als Kapitalanleger und Unternehmensfinancier betrachtet wird.¹¹³ Umgekehrt bildet die soziale Verantwortlichkeit der Aktiengesellschaft eines jener Ewigkeitsthemen, das die Gesellschaftsrechtswissenschaft seit *Walter Rathenaus* berühmt gewordenem Vortrag über das Aktienwesen¹¹⁴ beschäftigt und in unserer Zeit unter dem Stichwort „Shareholder value versus stakeholder value“ wiederkehrt.¹¹⁵ Schließlich gehören der qualifiziert-faktische Konzern, das Eigenkapitalersatzrecht oder die rechtliche Behandlung ausländischer Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland zu jenen Modethemen, die Scharen von Gesellschaftsrechtlern (einschließlich des Referenten) angezogen haben wie Licht die Motten.¹¹⁶

Die gesellschaftsrechtliche „Introspektion“ zeigt allerdings auch, daß sich die Fortentwicklung des Faches hierzulande nicht monokausal erklären oder gar vorhersagen ließe.¹¹⁷ Blickt man zunächst auf den Markt für juristische Publikationen, so machen sich Bedenken breit, ob die wissenschaftliche Qualität mit dem zunehmenden Angebot an wirtschaftsrechtlichen Zeitschriften tatsächlich Schritt halten kann: Neben den führenden Archivzeitschriften ZGR und ZHR, die zweimonatlich erscheinen, veröffentlichen monatlich BKR, DZWIR, EWS und RIW, vierzehntägig AG, GmbHR und NZG, sowie allwöchentlich BB, DB, DStR, WM und ZIP gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Aufsätze. Defätisten denken auch in Deutschland an *Fred Rodells* vielzitierten Abgesang auf juristische Zeitschriften: „There are two things wrong with almost all legal writing. One is its style. The other is its content.“¹¹⁸ Auch das Erklärungsmuster eines unregelmäßigen Paradigmenwechsels will auf unser Fach nicht so recht passen. Zwar zieht *Thomas Kuhn* in seiner Struktur wissenschaftlicher Revolutionen vereinzelt Parallelen zur Rechtswissenschaft¹¹⁹,

Unfortunately, these same forces can also produce error and confusion.“; für einen allgemeinen Überblick auch *Bikchandani/Hirshleifer/Welch*, Learning From the Behavior of Others: Conformity, Fads, and Informational Cascades, 12 J. Econ. Persp. 151 (1998).

¹¹³ Vgl. *Fleischer* ZGR 2002, 757, 766 („Paradigmenwechsel“); abschwächend *Zöllner* GesRZ Sonderheft 2004, S. 5 („Verdrängung einer Leitidee durch eine andere“).

¹¹⁴ Vgl. *Rathenau*, Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung, 1917.

¹¹⁵ Vgl. zuletzt *Fleischer*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 2003, S. 129 ff. mit umfassenden, auch rechtsvergleichenden Nachweisen.

¹¹⁶ So das Bild bei *Twining*, 95 L. Q. Rev. 557, 559 (1979): „[I]t is not unknown within jurisprudence for a book-of-the-moment, a robust debate, or some dramatic event to attract the ad hoc attention of swarms of jurists like moths to the flame.“

¹¹⁷ Für einen ähnlichen Befund in England *Cheffins*, 63 Cambridge L. J. 456, 477 (2004): „[N]o single account of the manner in which legal scholarship evolves is fully convincing.“

¹¹⁸ *Rodell*, Goodbye to Law Reviews, 23 Va. L. Rev. 38 (1936).

¹¹⁹ Vgl. *Kuhn* (Fn. 108), S. 37: „In einer Wissenschaft hingegen ist ein Paradigma selten ein Objekt der Wiederholung. Es ist vielmehr der Entscheidung eines Präzedenzfalles im Rechtswesen ähnlich, ein Objekt für weitere Artikulierung und Spezifizierung unter neuen oder strengeren Voraussetzungen.“

doch lehrt die Erfahrung, daß Juristen nicht radikale, sondern inkrementale Reformschritte bevorzugen.¹²⁰ Die Stilisierung einer rechtlichen Innovation als organisch gewachsen soll nach Beobachtung mancher sogar ihre Akzeptanz im rechtlichen Diskurs erleichtern.¹²¹ Endlich wird man auch der These eines kontinuierlichen Fortschritts nicht uneingeschränkt beitreten können. Der Fortschritt in der Rechtswissenschaft, zumal in der Rechtsdogmatik, erweist sich als eine erheblich kompliziertere Angelegenheit als in den empirischen Wissenschaften.¹²² Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, daß es auch im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht „juristische Entdeckungen“¹²³ gibt, von denen anderwärts zu handeln ist.

2. Zukunftsaufgaben gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Forschung

Wer Wissenschaft als Beruf betreibt, wird sich von Zeit zu Zeit die Frage vorlegen, welche Fortentwicklung das eigene Fach in Zukunft nehmen mag.¹²⁴ Ein solcher Blick in die gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Kristallkugel ist nicht ganz ungefährlich.¹²⁵ Er sei hier dennoch gewagt und (ver-)führt den Referenten zu fünf Vorhersagen, die freilich ebenso als persönliche Wunschvorstellungen durchgehen mögen.

a) Rekonfigurierung von Rechtsgebieten

Eine erste Tendenz, die sich schon augenblicklich abzeichnet, betrifft den Zuschnitt der Forschungsgebiete. Diese lassen sich nicht länger in das Prokrustesbett der überkommenen Fächereinteilung zwängen, sondern verlangen nach einer Rekonfigurierung. Das bislang eindrucklichste Beispiel bildet die *Corporate Governance*, die nach den Strukturen der Unternehmensleitung und Unternehmensüberwachung fragt und dabei gesellschafts-, arbeits- und kapitalmarktrechtliche Teilaspekte mit-

¹²⁰ Vgl. Fleischer ECFR 2005, 378, 393.

¹²¹ Vgl. Tushnet, 1998 Wis. L. Rev. 579, 581: „Ambitious younger scholars, of whom there is rarely an undersupply, have obvious incentives to discover some novel approach. In general, however, the legal academy’s reward structure requires that novel approaches be one that the younger scholars’ elders can appreciate as continuing a tradition with which the elders are associated.“

¹²² Treffend Alexy (Fn. 29), S. 328.

¹²³ Begriff und Beispiele aus dem Zivilrecht (einschließlich des IPR) bei Dölle, in: Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957, Bd. 2, 1959, B 1–B 22.

¹²⁴ Ausführlicher zur Zukunft der gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Forschung neuentens Fleischer, ZGR 2007, 500ff. Allgemein zum Verhältnis von Wissenschaft und Fortschritt M. Weber, Wissenschaft als Beruf, 10. Aufl., 1996, S. 15f.: „Die wissenschaftliche Arbeit ist eingespannt in den Ablauf des Fortschritts. [...] Jeder von uns dagegen in der Wissenschaft weiß, daß das, was er gearbeitet hat, in 10, 20, 50 Jahren veraltet ist. [...] Jede wissenschaftliche „Erfüllung“ bedeutet neue Fragen und will überboten werden und veralten. [...] Wissenschaftlich aber überholt zu werden, ist – es sei wiederholt – nicht nur unser aller Schicksal, sondern unser aller Zweck. Wir können nicht arbeiten, ohne zu hoffen, daß andere weiter kommen werden als wir.“

¹²⁵ Zu Prognosen im Aktien-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht letztthin Fleischer AG 2006, 2 ff.

einander verbindet.¹²⁶ Mit ihrer Perspektivenverdoppelung von internen und externen Einflußfaktoren¹²⁷ trägt sie zudem zur Verklammerung von Markt und Organisation bei. Ähnliche Grenzüberschreitungen zeigen sich im Bereich der *Corporate Finance*, die sich in Anwaltssozietäten wie in der Wissenschaft als einprägsamer Sammelbegriff etabliert hat. So trägt die betriebswirtschaftliche Finanzierungs-„Bibel“ von *Brealey* und *Myers* den Titel „Principles of Corporate Finance“¹²⁸, und das juristische Echo in Form des vielgelesenen Lehrwerks von *Eilis Ferran* lautet „Company Law and Corporate Finance“¹²⁹. Die jüngste Summe ökonomischer Forschung stammt aus der Feder von *Jean Tirole* und firmiert als „The Theory of Corporate Finance“.¹³⁰ In der Sache geht es in diesem Schnittfeld um die Zusammenführung von aktienrechtlicher Finanzverfassung und betriebswirtschaftlicher Unternehmensfinanzierung, die den Blick auf interdisziplinäre Fragestellungen des *financial engineering* eröffnet.¹³¹ Einen dritten Sonderforschungsbereich, der quer zu den traditionellen Disziplinengrenzen liegt, kann man schließlich als *Corporate Reorganization* bezeichnen. Er vereinigt Elemente des Insolvenz-, Kapitalgesellschafts-, Umwandlungs- und Vertragsrechts.¹³² Gemeinsam ist allen drei Teilgebieten, daß ihre Abgrenzung nicht gegenstands- oder personen-, sondern *funktionsbezogen* erfolgt. Man darf gespannt sein, wie diese Art der Stoffeinteilung die herkömmliche rechtswissenschaftliche Systembildung beeinflussen wird.¹³³

b) Identifizierung von Rechtstatsachen

Juristische Probleme lassen sich ohne ein klares Bild von der sozialen Wirklichkeit nicht lösen, oft nicht einmal erkennen.¹³⁴ Das gilt namentlich für das Gesellschafts-

¹²⁶ Vgl. etwa *Cioffi*, 48 Am. J. Comp. L. 501, 505 (2000): „As used here, the term ‚corporate governance regime‘ refers to an interlocking combination of corporate (or company) law, capital market regulation, and labor relations law into a nationally distinctive and self-enforcing tripartite legal structure that allocates and orders the decision-making powers and processes within the corporate firm.“

¹²⁷ Dazu v. *Werder*, Führungsorganisation. Grundlagen der Spitzen- und Leitungsorganisation von Unternehmen, 2005, S. 34 ff.; aus dem juristischen Schrifttum *Merkt* AG 2003, 126.

¹²⁸ Vgl. *Brealey/Myers*, Principles of Corporate Finance, 7th ed., 2003; *Brealey/Myers/Allen*, Corporate Finance, 8th ed., 2006.

¹²⁹ Vgl. *Ferran*, Company Law and Corporate Finance, 1999.

¹³⁰ Vgl. *Tirole*, The Theory of Corporate Finance, 2006.

¹³¹ Zu diesem Schnittfeld bereits *Fleischer*, in: Michalski, GmbHG, 2000, Syst. Darst. 6, Rdn. 1 ff.

¹³² In mancher Hinsicht eingefangen und abgebildet nunmehr bei *Knops/Bamberger/Maier-Reimer* (Hrsg.), Recht der Sanierungsfinanzierung, 2005; zuletzt auch *Adensamer/Oelkers/Zechner*, Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 2006.

¹³³ Repräsentativ für den klassischen Ansatz *Bydlinski* (Fn. 59), S. 13 ff., der maßgeblich auf das Kriterium der „normativen Spezifität“ abstellt.

¹³⁴ Treffend *Chiotellis/Fikentscher*, in: dies. (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung. Methodische Probleme und Beispiele aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht, 1985, S. 3: „Wer die Tatsachen besser kennt, entscheidet besser.“

und Kapitalmarktrecht.¹³⁵ Nun ist die Forderung nach vermehrter Rechtsstatsachenforschung weder neu noch originell.¹³⁶ Ungeachtet dessen wartet sie noch immer auf ihre Einlösung¹³⁷ und wird auch von staatlicher Seite nur unzureichend unterstützt. So bietet etwa das Statistische Jahrbuch kein aktuelles Zahlenmaterial über die Verbreitung der verschiedenen Gesellschaftsformen. Noch schwerer wiegt die unzureichende statistische Erfassung von Konzernverbindungen.¹³⁸ Daß dies der Bildung adäquater Rechtssätze abträglich ist, verdeutlicht ein Blick auf die aktuelle *Corporate Governance*-Debatte: Die europäische Diskussion schießt hier allzu einseitig auf das Phänomen der Trennung von Eigentum und Kontrolle in der Publikumsgesellschaft¹³⁹, das allein die aktienrechtliche Realität in den Vereinigten Staaten und Großbritannien abbildet. Auf dem europäischen Kontinent liegt das Aktienkapital dagegen häufig in den Händen eines Mehrheitsaktionärs¹⁴⁰, der schon im Eigeninteresse für eine wirksame Überwachung der Leitungsorgane sorgen wird. Viel drängender als das Prinzipal-Agenten-Problem ist daher der Konflikt zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionär.

Weitere Erkenntnisfortschritte auf dem Feld der Rechtsstatsachenforschung sind nach meinem Eindruck von einer Intensivierung der *cross-country-comparison* zu erwarten. Verdienstvolle Vorarbeiten von ökonomischer Seite unter dem Sammelbegriff „Law and Finance“ liegen vor.¹⁴¹ Sie legen den Schluß nahe, daß anleger-schützende Vorschriften und ihre wirksame Durchsetzung eine wesentliche Voraussetzung für entwickelte und liquide Kapitalmärkte bilden. Zukünftige länderübergreifende Studien sollten in engerer Zusammenarbeit mit Wirtschaftsrechtsvergleichern die juristischen Basisdaten verfeinern¹⁴² und neben dem *law in the books* auch das *law in action* mitsamt seinem aufsichtsrechtlichen und zivilpro-

¹³⁵ Vgl. etwa *Mestmäcker* (Fn. 96), S. 103, 108 f.; für einen frühen Versuch *Geiler*, *Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts* 68 (1927), 593 ff.

¹³⁶ Programm: *Arthur Nußbaum*, *Die Rechtsstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht* (1914); später *ders.* *AcP* 154 (1955), 453; ferner *Hartwig*, *Rechtsstatsachenforschung im Übergang*, 1975; *Röhl*, *Das Dilemma der Rechtsstatsachenforschung*.

¹³⁷ Vgl. für die deutsche Privatrechtswissenschaft etwa *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, § 29 III 2 b, S. 573: „Das Verschwinden dieser Forschungsrichtung [i.e. die Rechtsstatsachenforschung] ist einer der bedauerlichsten Verluste unseres zivilrechtlichen Forschungsinstrumentars.“; für die US-amerikanische Rechtswissenschaft etwa *Rhode*, 115 *Harv. L. Rev.* 1327, 1340 (2002): „The result is that, on many key legal issues, we are glutted with theory and starved for facts.“

¹³⁸ Vgl. *Emmerich/Habersack*, *Konzernrecht*, 8. Aufl., 2005, § 1 II 1, S. 3, wonach es nach wie vor an repräsentativem statistischen Material fehlt.

¹³⁹ Grundlegend *Berle/Means*, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932.

¹⁴⁰ Vgl. zuletzt *DAI*, *Dax-Aktionärsstrukturen*, 2005.

¹⁴¹ Vgl. *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny*, *Legal Determinants of External Finance*, 52 *Journal of Finance* 1131 (1997); *dies.*, *Law and Finance*, 106 *Journal of Political Economy* 113 (1998); *dies.*, *Investor Protection and Corporate Governance*, 58 *Journal of Financial Economics* 3 (2000); *dies.*, *Investor Protection and Corporate Valuation*, 57 *Journal of Finance* 1147 (2002); *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer*, *Corporate Ownership around the World*, 54 *Journal of Finance* 471 (1999).

¹⁴² Zur Kritik an den bisherigen Studien etwa *Garrido García* *RebelsZ* 69 (2005), 761, 764 ff.

zessualement Bezugsrahmen mitbedenken. Auf diese Weise könnte allmählich eine neue, theoretisch abgesicherte und empirisch gehaltvolle Teildisziplin entstehen: *Comparative Company Law and Economics*.¹⁴³

c) Evaluierung von Rechtsreformen

Eine dritte Herausforderung bildet die empirische Erfolgskontrolle von Reformgesetzen. Ihre Notwendigkeit ergibt sich aus dem dialektischen Entwicklungsmuster des Aktien- und Kapitalmarktrechts, das häufig skandalgetrieben voranschreitet¹⁴⁴ und geradezu reflexartig auf spektakuläre Unternehmenszusammenbrüche oder geplatzte Spekulationsblasen reagiert.¹⁴⁵ Ein amerikanischer Kollege hat dafür den plastischen Ausdruck „Bubble Laws“¹⁴⁶ geprägt. Das jüngste Beispiel bieten die hektischen Gesetzesänderungen im Gefolge der Bilanzierungsskandale in Europa und den Vereinigten Staaten, die auf mehr oder minder plausiblen, aber zumeist intuitiven Annahmen über bestimmte Wirkungszusammenhänge beruhen. Angesichts ihrer Entstehungsvoraussetzungen, die durch eine öffentlich geschürte Erwartungshaltung und politischen Handlungsdruck gekennzeichnet waren, sind legislative Fehlsteuerungen vorprogrammiert und nachträgliche Erfolgskontrollen unverzichtbar. Zur Illustration mögen die Regelungen des US-amerikanischen *Sarbanes-Oxley-Act* von 2002¹⁴⁷ und die Empfehlungen der EU-Kommission von 2005 über die Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern und die Einrichtung von Prüfungsausschüssen¹⁴⁸ dienen. Die theoretischen Argumente über ihre Vor- und Nachteile sind ausgetauscht¹⁴⁹; zusätzlichen Erkenntnisfortschritt versprechen allein empirische Befunde. Sie fallen überwiegend ernüchternd aus: Verwaltungsräte, die mehrheitlich mit unabhängigen Direktoren besetzt sind, tragen nach verschiedenen Studien nicht zur Verbesserung des Unternehmenserfolges bei.¹⁵⁰ Ähnliches gilt für die Berufung finanzkundiger Experten zu Mitgliedern des Prüfungsausschusses.¹⁵¹ Die Beispiele legen den Schluß nahe, daß kriseninduzierte Aktien- und Kapitalmarktgesetzgebung in besonderem Maße anfällig ist für überschießende

¹⁴³ Für eine erste Skizze *Fleischer*, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 827, 846 ff.

¹⁴⁴ Vgl. für Deutschland *Fleischer* (Fn. 65), F 14; für England *Rider*, 1 Int. & Comp. Corp. L.J. 271, 296 (2000): „The history of financial service regulation in Britain records that, in the main, reform is scandal driven.“

¹⁴⁵ Für einen guten Überblick in Deutschland *Zimmer*, in: Schwintowski (Hrsg.), Entwicklungen im deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht. Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Immenga, 2001, S. 39, 45 ff.; aus US-amerikanischer Perspektive *Banner*, What Causes New Securities Regulation? 300 Years of Evidence, 75 Wash. U.L.Q. 849 (1997).

¹⁴⁶ So der Aufsatztitel von *Ribstein*, 40 Hous. L. Rev. 77 (2003).

¹⁴⁷ Vgl. 116 Stat. 745, Public Laws 107–204 – July 30, 2002.

¹⁴⁸ Vgl. ABl. EU Nr. L 52/51.

¹⁴⁹ Zusammenfassend *Spindler* ZIP 2005, 2033.

¹⁵⁰ Vgl. zuletzt *Helland/Sykuta*, Who's Monitoring the Monitor? Do Outside Directors Protect Shareholders' Interests?, 40 The Financial Review 155 (2005).

¹⁵¹ Vgl. zuletzt *Defond/Hann/Hu*, Does the Market Value Financial Expertise on Audit Committees of Boards of Directors?, 43 Journal of Accounting Research 153 (2005).

oder ineffiziente Regulierung¹⁵² und daher durch institutionelle Schutzvorkehrungen eingehegt werden muß.¹⁵³ Hierzu könnten zeitliche Befristungen von Reformregelungen¹⁵⁴ oder gesetzlich verankerte Prüfaufträge nach Ablauf einer Erprobungsphase gehören.¹⁵⁵

Der Ruf nach mehr Empirie¹⁵⁶ ist selbstverständlich nicht auf aktien- und kapitalmarktrechtliche Maßnahmegesetze beschränkt. Er gilt generell für die Realfolgen gesetzlicher Regelungen¹⁵⁷ und führt uns die „sozialtechnologische“ Dimension der Rechtswissenschaft vor Augen, die keineswegs eine Selbstbeschränkung, sondern eine Erweiterung ihres Potentials bedeutet.¹⁵⁸ Gerade in Umbruchszeiten, wie wir sie mit der Europäisierung des Privatrechts und der leichten (Ver-)Formbarkeit gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Gesetzesregeln erleben, bildet die Folgenanalyse von Rechtsnormen und ihre Inbezugsetzung zu vorgegebenen gesetzlichen Zielen eine zentrale Zukunftsaufgabe. Der mögliche Einwand, eine solche Erfolgskontrolle sei zu aufwendig oder kostspielig, verschlägt im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht nicht viel: Wer die Regalreihen ökonomischer Seminarbibliotheken abschreitet, findet dort Seite an Seite das *Journal of Accounting Research*, das *Journal of Accounting and Economics*, das *Journal of Accounting, Auditing and Fi-*

¹⁵² Für einen ähnlichen Befund *Romano*, *The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance*, 114 *Yale L.J.* 1521, 1602 (2005): „The more general implication is the cautionary note that legislating in the immediate aftermath of a public scandal or crisis is a formula for poor public policymaking (at least in the context of financial market regulation).“; ferner *Ribstein*, 40 *Hous. L. Rev.* 77, 82 (2003): „[L]awmakers regulating in a crash are likely to ignore or minimize regulatory costs.“

¹⁵³ Eine „humble regulation“ fordernd *Ribstein*, *Sarbox: The Road to Nirvana*, 2004 *Mich. St. L. Rev.* 279, 296.

¹⁵⁴ Allgemein zu Zeitgesetzen *Böhret/Hugger*, *Test und Prüfung von Gesetzentwürfen*, 1980, S. 16 ff.; *Reisinger*, in: *Winkler* (Hrsg.), *Rechtstheorie und Rechtssystematik*, 1975, S. 155 ff.; im Zusammenhang mit der Kapitalmarktregulierung *Romano*, 114 *Yale L.J.* 1521, 1600–1602 (2005); *Ribstein*, 2004 *Mich. St. L. Rev.* 279, 297: „Third, humble regulation might have sunset provisions.“

¹⁵⁵ Ausführlicher dazu *Fleischer*, in: *Festschrift Priester*, 2007, im Erscheinen. Ähnliche Vorschläge bei *Clark*, *Corporate Governance Changes in the Wake of the Sarbanes-Oxley Act: A Morality Tale For Policymakers Too*, *Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, Discussion Paper No. 525 (September 2005).

¹⁵⁶ Ebenso *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl., 2005, Vorwort zur 3. Aufl., S. VIII: „Was bleibt zu tun? Die Entwicklung der Rechtswissenschaft in Europa hin zu einer stärker rechtsfolgenorientierten Gesetzgebungswissenschaft bedeutet, daß das Arbeiten mit empirisch überprüfbareren Theorien über die Wirkungen bestimmter Rechtsregeln in der Realität zunehmend zum Kern der Tätigkeit auch kontinentaleuropäischer Rechtswissenschaftler gehören wird. Damit steigt die Bedeutung empirischer Forschung innerhalb der Rechtswissenschaft.“

¹⁵⁷ Ausführlich zur Folgenantizipation durch den Gesetzgeber und der Erfolgskontrolle von Gesetzen *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995, S. 92 ff.; *van Aaken* (Fn. 8), S. 156 ff.

¹⁵⁸ Eingehend dazu *Albert*, *Kritischer Rationalismus*, 2000, S. 72: „Man kann also die Aufgabe einer rationalen Jurisprudenz als einer technologischen Disziplin folgendermaßen formulieren. Sie hat effiziente Normen zu konstruieren, das heißt Normen, deren Installierung nach unserem Wissen als wirksame Mittel im Sinne bestimmter hypothetisch vorausgesetzter Zwecke angesehen werden können.“

nance, das *Journal of Accounting Literature*, das *Journal of Finance*, das *Journal of Financial Intermediation*, das *Journal of Corporate Finance* usw. – jedes von ihnen gefüllt mit tatsächengesättigten Erhebungen über kapitalmarktrelevante Lebenssachverhalte. Es stünde schlecht um die empirische Kapitalmarktforschung, sollten alle diese Studien für die Kapitalmarktregulierung ohne jeden Nutzen sein. Wünschenswert wäre allerdings, wenn hierzulande noch stärker auf deutsche Datensätze zurückgegriffen würde.¹⁵⁹

d) *Domestizierung von Rechtstransplantaten*

Stärkere Beachtung verdient des weiteren die Rezeption ausländischer Rechtsfiguren, die manche als wesentlichen Faktor für die Fortentwicklung des Rechts betrachten¹⁶⁰, andere hingegen wegen unüberbrückbarer rechtskultureller Unterschiede als unmöglich ansehen.¹⁶¹ Im Aktien- und Kapitalmarktrecht sind solche *legal transplants* Legion¹⁶²; sie beschränken sich nicht auf die „Rechtsleihe“ durch Gesetzgeber oder Spruchpraxis, sondern schließen auch kautelarjuristische Vertragsmuster ein¹⁶³ und stellen insoweit hohe Anforderungen an die Synthetisierungskraft der hiesigen Zivilrechtsdogmatik. Insgesamt handelt es sich um einen Vorgang von beträchtlicher Tragweite, der dringend einer umfassenden Aufarbeitung bedarf.¹⁶⁴ In diesem Sinne steht der Ausdruck *corporate transplant* für ein aktien- und kapitalmarktrechtliches Forschungsprogramm, das sich freilich nur im fächerübergreifenden Zusammenwirken von Rechtsvergleichern, Rechtssoziologen und Rechtsdogmatikern angemessen bewältigen läßt.¹⁶⁵ Die Leitfragen lauten: Warum werden Rechtstransplantate eingeführt? Woher stammen sie? Wer sind die Re-

¹⁵⁹ Für ein Beispiel aus jüngster Zeit etwa *Löffler/Panther/Theißen*, 14 *Journal of Financial Intermediation* 466 (2005) über den deutschen Graumarkt für Neuemissionen und seine Prognosekraft im Hinblick auf den ersten Börsenkurs.

¹⁶⁰ Vgl. *Watson*, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., 1993, S. 21 ff. und passim.

¹⁶¹ Vgl. *Legrand*, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111 (1997) unter dem pointierten Titel „The Impossibility of Legal Transplants“; kritisch auch *Teubner*, 61 *Mod. L. Rev.* 11, 12 (1998), der von „legal irritants“ spricht und so seine – nicht unberechtigten – Grundzweifel daran zum Ausdruck bringt, daß sich fremde Rechtsfiguren bedeutungsgleich in ein anderes Normumfeld einfügen lassen.

¹⁶² Für einen orientierenden Überblick *Fleischer* NZG 2004, 1129.

¹⁶³ Vgl. zuletzt *Kötz*, *Der Einfluß des Common Law auf die internationale Vertragspraxis*, in: *Festschrift Heldrich*, 2005, S. 771.

¹⁶⁴ Ähnlich die Einschätzung bei *Wiegand*, in: *Liber Amicorum Buxbaum*, 2000, S. 601, 602: „Es handelt sich um einen epochalen Vorgang, der bisher nicht die nötige Beachtung gefunden hat.“

¹⁶⁵ Treffend *Nelken*, in: ders. (ed.), *Comparing Legal Cultures*, 1997, S. 9: „It is likely therefore that both comparativists and sociologists of law would achieve more in partnership than in polemic.“

zeptionsträger? Wann ist mit ihrer komplikationslosen Aufnahme, wann mit allfälligen Abstoßungserscheinungen zu rechnen?¹⁶⁶

e) *Transformierung von außerrechtlichen Argumenten*

Die schwierigste und wohl umstrittenste Zukunftsaufgabe betrifft die Einbeziehung außerrechtlicher Argumente in den rechtswissenschaftlichen Diskurs. Man denkt hier unwillkürlich an *Windscheids* warnende Worte aus seiner Rede über die ‚Aufgaben der Rechtswissenschaft‘, wonach ethische, politische und volkswirtschaftliche Erwägungen „nicht Sache des Juristen als solche sind“¹⁶⁷. Soll man, kann man dabei stehen bleiben oder setzt man sich damit dem Spott aus, daß die Rechtswissenschaft eine „dem Zentrum des Geistes entlegene Provinz [ist], die dem Fortschritt nur langsam nachzuhumpeln pflegt“¹⁶⁸?

Einigkeit sollte jedenfalls im Ausgangspunkt herrschen, daß eine hermetische Abschirmung der Rechtswissenschaft gegenüber ihren Nachbarfächern heute weniger denn je in Betracht kommt.¹⁶⁹ Allerdings droht die *Fähigkeit* zu wissenschaftlicher Kooperation in dem Maße abzunehmen, wie ihre *Notwendigkeit* wächst. Die Ausdifferenzierung der Wissenschaften¹⁷⁰ und die Verfeinerung ihrer Methoden erschweren die fächerübergreifende Zusammenarbeit. Dieser Zwischenbefund führt zu der Schlußfolgerung, daß *arbeitsteiliges* Zusammenwirken zwischen den angrenzenden Disziplinen unverzichtbar wird¹⁷¹: Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtler müssen die Ergebnisse der theoretischen und empirischen Kapitalmarktforschung *interpretieren* und *nicht duplizieren*. Dazu bedarf es freilich eines Grundverständnisses wirtschaftswissenschaftlicher Fundamentalkonzepte, das den jungen Juristen spätestens im Postgraduiertenstudium vermittelt werden muß. In einer Umfrage unter Ökonomie- und Juraprofessoren unter dem Titel „What Should La-

¹⁶⁶ Weiterführend und vertiefend die beiden Sammelbände von *Nelken/Feest* (eds.), *Adapting Legal Cultures*, 2001, und *Nelken* (ed.), *Comparing Legal Cultures*, 1997; aus französischer Sicht die zahlreichen Einzelbeiträge in *Archive de philosophie du droit* 45 (2001) 7–267 unter dem Generalthema „L’américanisation du droit.“

¹⁶⁷ *Windscheid*, in: Oertmann (Hrsg.), *B. Windscheid. Gesammelte Reden und Abhandlungen*, 1904, S. 122; erläuternd *Rückert* *JuS* 1992, 902, 907, der beklagt, daß diese Stelle meist „einäugig“ verwendet werde.

¹⁶⁸ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. IV (Vorwort zur 1. Aufl.).

¹⁶⁹ Ähnlich schon *Grimm*, in: ders. (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften* 1, 2. unveränderte Aufl., 1976, Vorwort, S. 7: „Zunächst haben sich auch die Umweltbedingungen für Recht so verändert, daß eine isolierte Jurisprudenz bald zu einer verständnislosen Jurisprudenz würde.“

¹⁷⁰ Zur Ausdifferenzierung des Rechts der gleichnamige Sammelband von *Luhmann*, 1999.

¹⁷¹ Dazu bereits *Sauerermann*, in: *Raiser/Sauerermann/Schneider* (Hrsg.), *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik*, 1964, Einführung, S. VI: „Wie kann sowohl bei der Rechtsetzung als auch bei der Rechtsprechung eine optimale Arbeitsteilung zwischen Juristen und Ökonomen herbeigeführt werden?“; aus dem US-amerikanischen Blickwinkel *Epstein*, 115 *Harv. L. Rev.* 1288, 1291 (2002): „The division of labor matters, and lawyers qua lawyers have no comparative advantage in doing empirical work. (...) Lawyers should be able to understand, interpret and critique the work of social scientists, not replicate it.“

wyers Know About Economics?“ finden sich in dieser Reihenfolge das Konzept der Opportunitätskosten, das *Coase*-Theorem, die Grenzkosten-Betrachtung, das Marktgleichgewicht und die ökonomische Effizienz, also vor allem Grundbegriffe der Mikroökonomie.¹⁷²

Mit der Einsicht in die Notwendigkeit arbeitsteiliger Spezialisierung ist das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, welches den Gesellschaftsrechtlern besonders am Herzen liegt, allerdings noch nicht geklärt.¹⁷³ Es wurde in der Vergangenheit häufig als eines von Haupt- und Hilfswissenschaften angesehen. Dabei hatte man ein „genau bestimmtes *Proprium* der jeweiligen Disziplin“¹⁷⁴ und eine auf wechselseitige Abgrenzung bedachte Arbeitsteilung vor Augen. Vorsichtige Versuche zur Überwindung dieser disziplinären Differenzierung wurden im Jahre 1963 auf der Arbeitstagung des Vereins für Socialpolitik unternommen. Einer der Referenten hat sie in der Bemerkung zusammengefaßt, das Recht liefere der Wirtschaftswissenschaft Daten, die Wirtschaftswissenschaft den Juristen Informationen.¹⁷⁵ Zehn Jahre später hat ein von *Dieter Grimm* herausgegebener Sammelband zu dem Thema „Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaft“ die Notwendigkeit einer noch engeren Zusammenarbeit zwischen Ökonomen und Juristen bekräftigt, aber auch ihre Grenzen aufgezeigt.¹⁷⁶ Heute haben sich die Wechselbezüge und Abhängigkeiten beider Disziplinen noch verstärkt: Der *Verrechtlichung* aller Wirtschaftsprozesse entspricht eine *Ökonomisierung* des Rechts.¹⁷⁷ Geblieben ist die Sehnsucht nach einer Synthese, die sich vor allem in Gestaltungsfragen der Wirtschaftspraxis andeutet: Synthetische Arbeitsfelder bieten etwa Entscheidungen über die Rechtsformwahl, die Satzungsgestaltung oder die Aufsichtsratsorganisation.¹⁷⁸

¹⁷² Vgl. *Whaples/Morriss/Moorhouse*, 48 J. Leg. Education 120 (1998).

¹⁷³ Zur frühen Phase wechselseitiger Nichtbeachtung *Nußbaum* (Fn. 136), S. 6, der erklärte, „daß die Lehren der Nationalökonomie, abgesehen von ihrem allgemeinen Bildungswert, den Juristen in seinen beruflichen Aufgaben wenig fördern können.“; ferner die Beobachtung von *Walter Eucken*, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, 8. Aufl., 1965, S. 241: „Rechtsdenken und nationalökonomisches Denken sind im Laufe des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts ihre besonderen Wege gegangen und haben sich nur selten berührt.“

¹⁷⁴ So die rückblickende Beschreibung von *Schanze*, in: Wittmann u. a. (Hrsg.), *Handwörterbuch der Betriebswirtschaft*, 5. Aufl., 1993, Stichwort: Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaftslehre, Sp. 3759, 3769.

¹⁷⁵ Vgl. aus ökonomischer Sicht *Veit*, in: Raiser/Sauermann/Schneider (Fn. 171), S. 8, 9: „Die Querverbindung ist denkbar nach folgender Theorie: Das Rechtsleben setzt der Wirtschaftswissenschaft Daten; die Rechtswissenschaft erfährt von der Wirtschaftswissenschaft, was über die ‚Natur der Sache‘ zu wissen ist.“; zustimmend aus juristischer Sicht *Coing*, ebenda, S. 1, 2.

¹⁷⁶ Vgl. aus juristischer Sicht die Summe von *Raisch/K. Schmidt*, in: Grimm (Fn. 169), S. 143, 166: „Zusammenfassend kann dieser Beitrag als ein mit Vorbehalten versehenes Plädoyer für engere Zusammenarbeit der beiden Disziplinen bezeichnet werden. Die gegen die einfache Übertragbarkeit ökonomischer Begriffe und Erkenntnisse in den Rechtsraum vorgebrachten Bedenken sollen diese Forderung nicht entwerten, sondern erst erfüllbar machen.“

¹⁷⁷ Dazu *Schanze* (Fn. 174), Sp. 3759, 3769.

¹⁷⁸ Näher *Schanze* (Fn. 174), Sp. 3759, 3770, der daraus auch curriculare Schlußfolgerungen zieht: „Diese Zusammenarbeit läßt Bilder einer ‚interdisziplinären Kooperation‘ von Fachleuten aus getrennten Wissenschaftsbereichen hinter sich, da sie bereits neuartige synthetische Berufs-

Vorerst ungelöst bleibt die Frage, ob ökonomische Einsichten nicht nur die *Gesetzgebung* befruchten, sondern auch in die *Rechtsanwendung* einfließen können.¹⁷⁹ Eine gründliche methodische Fundierung des Umgangs mit solchen außerrechtlichen Argumenten steht noch aus.¹⁸⁰ Nach meinem Eindruck ist hier Behutsamkeit am Platze. Wo uns die ökonomische Theorie Ergebnisse bereitlegt, *beginnt* die eigentliche Aufgabe des Gesellschaftsrechtlers: Er darf sich nicht mit einer unreflektierten Teil- oder Vollrezeption wirtschaftswissenschaftlicher Theorien begnügen¹⁸¹, sondern muß jedes ökonomische Einzelargument auf der juristischen Ebene erneut überprüfen und dem dogmatischen Zugriff zugänglich machen, sofern er es für überzeugungskräftig hält. Dabei hat er stets zu beachten, daß sich ökonomische Argumente *de lege lata* der Autorität des Gesetzgebers beugen müssen, wenn dieser bei der tatbestandlichen Einzelausformung, z. B. im Rahmen des Insiderhandelsverbots oder der Ad-hoc-Publizität, einer bestimmten rechtspolitischen oder wirtschaftswissenschaftlichen Einschätzung zum Durchbruch verholfen hat.¹⁸² In diesen Grenzen wird ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen den beiden Nachbardisziplinen aber auch künftig dazu beitragen, gesellschaftsrechtliche Probleme besser zu verstehen und sie dauerhaft tragfähigen, weil argumentationsgesättigten Lösungen zuzuführen.

bilder entwickelt hat, in denen fachspezifisch, teils mit internationaler Orientierung, eine disziplinäre Differenzierung aufgehoben ist. Diese neuen Berufsbilder stellen eine besondere Herausforderung für die universitäre Ausbildung in beiden Bereichen dar. Eine erste curriculare Antwort sind Mischstudiengänge (z. B. BWL/Jura/Fremdsprachen).“

¹⁷⁹ Ablehnend *Raisch/K. Schmidt* (Fn. 176), S. 143, 153; zurückhaltend auch *Eidenmüller* (Fn. 156), S. 414 ff., 450 ff., der die ökonomische Analyse des Rechts in erster Linie als eine Gesetzgebungstheorie ansieht und ihr bei der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung nur eine begrenzte Rolle zuweist; ferner *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 30, wonach eine Ausweitung richterlicher Argumentation bei der Rechtsfortbildung auf außerrechtliche Argumente nicht begründbar sei.

¹⁸⁰ Auf dieses Forschungsdefizit hinweisend auch *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., 2005, S. 233 ff.

¹⁸¹ Anschaulich *Assmann*, in: Assmann/Kirchner/Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, 2. Aufl., 1993, S. 17, 60: „Die Brauchbarkeit der ÖAR liegt damit auf der Ebene minutiöser Steinbrucharbeit. Das Privatrecht ist aber selbst als Teil des Wirtschaftsrechts dazu aufgerufen, welche ‚Bruchstücke‘ oder ‚Abbauverfahren‘ der ÖAR es wie übernehmen kann.“

¹⁸² Dazu auch *Grundmann* RabelsZ 61 (1997), 423, 437.