

Jahrbuch Junger
Zivilrechtswissenschaftler



2007

Recht und Wirtschaft

 | BOORBERG

Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007

Recht und Wirtschaft

Düsseldorfer Tagung
6. bis 9. September 2007

Für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V.
herausgegeben von

Dr. Dirk Zetzsche
Dr. Andreas Neef
Bernadette Makoski
Dr. Michael Beurskens



RICHARD BOORBERG VERLAG
STUTT GART • MÜNCHEN
HANNOVER • BERLIN • WEIMAR • DRESDEN

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-415-04007-6

E-ISBN 978-3-415-05026-6

© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 2008
www.boorberg.de

Satz: Thomas Schäfer, www.schaefer-buchsatz.de

Druck und Verarbeitung: Bookstation, Sipplingen

Papier: säurefrei, aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff hergestellt;
alterungsbeständig

Vorwort

Der vorliegende Band dokumentiert die Beiträge der 18. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler, die vom 6. bis zum 9. September 2007 an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf stattfand. Die Veranstaltung stand unter dem Generalthema „Recht und Wirtschaft“.

Diese Begriffe stehen in einem synallagmatischen Verhältnis: Ohne Recht neigt Wirtschaft zu Extremen, ohne Wirtschaft gibt es kein Wirtschaftsrecht. Als Kontrapunkt zu den auf das allgemeine Zivilrecht zugeschnittenen vorherigen Tagungen stand in diesem Jahr das Sonderprivatrecht auf der Agenda. Ob im „grünen“ Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes, dem „blauen“ Bereich des Gesellschafts- und Bankrechts, im Kartell-, Schuld- und Kapitalmarktrecht oder im essenziellen Bereich der Methodik – in all diesen Gebieten wurden die Einwirkungskräfte der Wirtschaft auf das Recht und des Rechts auf die Wirtschaft in den Referaten und Diskussionen offengelegt. Die Spezialität unseres Tagungsthemas hat eher die „ältere“ Assistentengeneration angesprochen, was der Qualität der Beiträge in Wort und Schrift zuträglich war. Darüber hinaus fand sich mit Teilnehmern aus sieben Nationen ein äußerst internationaler Teilnehmerkreis in Düsseldorf zusammen; dies entspricht dem Selbstverständnis des Tagungsortes als Wirtschaftsstandort mit internationaler Ausrichtung und Bedeutung.

Ohne die Hilfe zahlreicher Mitwirkender wäre unsere Tagung nicht möglich gewesen:

Für die freundliche Begrüßung der Tagungsteilnehmer im Jan-Wellem-Saal des Düsseldorfer Rathauses bedanken wir uns ganz herzlich bei dem Düsseldorfer Oberbürgermeister, Herrn Joachim Erwin, und dem Beigeordneten der Stadt Düsseldorf Herrn Werner Leonhardt sowie bei dem Rektor der Heinrich-Heine-Universität, Herrn Prof. Dr. Dr. Alfons Labisch, und dem Dekan der Juristischen Fakultät, Herrn Prof. Dr. Johannes Dietlein. Herrn Prof. Dr. Dirk Looschelders danken wir für seinen Einführungsvortrag, Herrn Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Düsseldorf Dr. Wilfried Bünten und Herrn Staatssekretär im Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen Jan Söffing für ihre Grußworte im Namen des Oberlandesgerichts und der Landesregierung sowie Herrn Dr. Hans Jürgen Meyer-Lindemann, Managing Partner der Shearman & Sterling LLP, für seine lichtvollen Ausführungen zur Kartellrechtspraxis. Unverzichtbar für das Gelingen der Tagung waren selbstverständlich auch die Beiträge der Refe-

rentinnen und Referenten sowie die rege Beteiligung aller Teilnehmerinnen und Teilnehmer an den Diskussionen.

Wertvolle Hilfe bei der Vorbereitung und Durchführung der Tagung leisteten Désirée Gobbers, Mussa Rahbari, Christian Steigüber und Anna Weiler.

Großzügige finanzielle Unterstützung gewährten die Anwaltskanzlei Shearman & Sterling LLP, der Verlag C.H. Beck, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte, der Verein der Freunde und Förderer der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf e. V. und der Freundeskreis der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf e. V. Für die gewährte Förderung bedanken wir uns außerdem bei der Hanns Martin Schleyer-Stiftung, Oppenländer Rechtsanwälte, der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., bei Sellier European Law Publishers, der Goethe-Buchhandlung Teubig GmbH, dem Springer-Verlag, Bird & Bird, Baker & McKenzie, dem Verlag Mohr Siebeck, der Nomos Verlagsgesellschaft und den Rechtsanwälten Reimann Osterrieth Köhler Haft.

Zum Gelingen der Tagung trug schließlich maßgeblich die Unterstützung der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und der Juristischen Fakultät bei.

Dr. Arnd-Christian Kulow und dem Richard Boorberg Verlag danken wir für Rat und Tat. Auch unsere Tagung hat von seinem Erfahrungsschatz und der logistischen Unterstützung des Richard Boorberg Verlages erheblich profitiert.

Die nächste Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler wird vom 3. bis zum 6. September 2008 in Zürich stattfinden (Thema: Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderung durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität), die 20. Jahrestagung voraussichtlich in Osnabrück.

Düsseldorf, im Oktober 2007

Dr. Dirk Zetzsche
Dr. Andreas Neef
Bernadette Makoski
Dr. Michael Beurskens

Inhaltsverzeichnis

Gedanken zum Generalthema „Recht und Wirtschaft“	
Dirk Looschelders	9
Primat der Wirtschaft oder Primat des Rechts?	
Matthias Lehmann	25
Wettbewerb und Intervention	
Markus Rehberg	49
Die Bekämpfung der Korruption als Aufgabe für das Privatrecht	
Olaf Meyer	83
Die Gesamthand im Gesellschaftsrecht – sinnvolles Rechtsinstitut oder verzichtbares Relikt?	
Marco Staake	109
Corporate Governance in Wirtschaftsaufsicht und allgemeinem Gesellschaftsrecht	
Jens-Hinrich Binder	145
Kapitalmarkt und Transparenz: Die Umsetzung der Transparenz-RL 2004 in Österreich und in Deutschland	
Christian Szücs	175
Internationalisierung der Rechnungslegung und private Regelgeber	
Boris P. Paal	215
Das <i>patrimonio destinato</i> zur Verfolgung besonderer Geschäftsvorhaben – eine rechtsökonomische Bewertung der neuen Möglichkeiten einer Haftungssegmentierung im italienischen Aktienrecht	
Janine Oelkers	235
Das Spannungsverhältnis zwischen Patentrecht und Normung – Untersuchung des einseitigen Patenthinterhalts am Maßstab des Art. 82 EG	
Bernadette Makoski	263
Architekten im Binnenmarkt	
Christoph Busch	293

Missbrauch von ec-Karten bei PIN-basierten Transaktionen – Rechtfertigung, Grenzen und Zukunft des von der Rechtsprechung entwickelten Beweises des ersten Anscheins	
Carsten Jungmann	329
Wechselrecht und Verbraucherschutz	
Josef Kotásek	359
Verzeichnis der Autoren und Herausgeber	
Dr. Michael Beurskens	385

Gedanken zum Generalthema „Recht und Wirtschaft“

Dirk Looschelders

I.	Privatrecht und Marktwirtschaft	9
II.	Globalisierung der Wirtschaft und Internationalisierung des Rechts	11
1.	Internationales Einheitsrecht	11
2.	Internationales Gesellschaftsrecht	13
	a) Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit	13
	b) Wettbewerb der Gesellschaftsformen und Reform des deutschen GmbH-Rechts	14
3.	Behördenkooperation und Verhaltensregeln für multinationale Unternehmen	15
III.	Verbraucher und Wirtschaft	15
1.	Sozialstaatsprinzip und Privatautonomie	15
2.	Verbraucherschutz und europäischer Binnenmarkt	16
3.	Verbraucherprivatrecht und Unternehmensrecht	17
	a) Anknüpfung an spezifische Schutzbedürfnisse des Verbrauchers	17
	b) Verbraucherschutz und allgemeines Kaufrecht	18
	c) Schuldrechtsreform und Vereinheitlichung des Kaufrechts in Europa	19
4.	Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz im internationalen Privatrecht	20
	a) Abschaffung des Günstigkeitsprinzips durch die Rom I-Verordnung	20
	b) Grenzen des Schutzes für den aktiven (mobilen) Verbraucher	22
IV.	Schluss	23

I. Privatrecht und Marktwirtschaft

Recht und Wirtschaft – so lautet das Thema der 18. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler in Düsseldorf. Dass das Verhältnis von Recht und Wirtschaft in den Vordergrund der Betrachtung gerückt wird, beruht sicher nicht zuletzt auf der spezifischen Schwerpunktsetzung der hiesigen Juristischen Fakultät auf das Wirtschaftsrecht. Betrachtet man das Programm der Tagung, so kann es daher nicht verwundern, dass das Wirtschaftsrecht in Gestalt des Unternehmensrechts, des Patentrechts

sowie verschiedener Sonderprivatrechte einen besonders großen Raum einnimmt. Das Thema wirft aber auch grundlegende Fragen hinsichtlich der Funktion des Privatrechts auf, mit denen Sie sich im Anschluss an meinen Vortrag beschäftigen werden. Die besondere Bedeutung des Privatrechts für das Funktionieren eines freien Marktes – und damit auch einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung – hat der Philosoph *Karl Popper* im Vorwort zur siebenten deutschen Auflage seines Werkes „Die offene Gesellschaft und ihre Feinde“ (1992) unter dem Eindruck des Zusammenbruchs der sozialistischen Wirtschafts- und Rechtssysteme in Osteuropa eindrucksvoll beschrieben. Nach Ansicht von *Popper* ist das Zivilrecht „im Gegensatz zum Strafrecht, das ein notwendiges Übel ist, ... ein wichtiges Gut. Sein Ziel ist die Verwirklichung der persönlichen Freiheit und ein menschliches Zusammenleben ohne Gewalt. Zivilisierte Gesellschaften haben dieses maßvolle Ziel hochgehalten seit den großen Zeiten Roms. Es ist maßvoll, aber es ist schwer zu erreichen.“¹ *Popper* weist weiter darauf hin, dass der freie Markt eines rechtlichen Rahmens bedarf. Denn „wenn ein so kompliziertes Gut wie ein Fahrrad gekauft und verkauft wird, entstehen Fragen nach dem Schutz des Verbrauchers, nach Gewährleistung, nach einer Garantie. Aber eine Garantie ist wertlos ohne eine Rechtsordnung mit einem ausgebauten Kaufrecht.“²

Aus heutiger Sicht erscheinen die Überlegungen *Poppers* zur Bedeutung des Zivilrechts allerdings etwas überakzentuiert. So darf die wichtige Rolle des Strafrechts und des öffentlichen Rechts, einschließlich des Verfassungsrechts, bei der Konstituierung des rechtlichen Rahmens für den freien Markt nicht unterschätzt werden. In diesem Sinne hat *Reinhard Damm* schon einige Jahre später mit Blick auf entsprechende Äußerungen klargestellt: „Moderne Gesellschaften sind nicht bloß ‚Privatrechtsgesellschaften‘“³. Die Richtigkeit dieses Hinweises zeigt sich gerade im Wirtschaftsrecht, wo privatrechtliche, öffentlich-rechtliche und strafrechtliche Vorschriften bei der Problemlösung oft sogar im selben Gesetz einträchtig zusammenwirken⁴.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass eine marktwirtschaftliche Ordnung eine wesentliche Bedingung für eine freiheitliche Gesellschaft darstellt. Marktwirtschaftliche Ordnungen bedürfen aber eines rechtlichen

1 *Karl R. Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1, Der Zauber Platons, 7. Aufl. 1992, S. X.

2 *Popper* (Fn. 2) S. XI.

3 *Damm*, VersR 1999, 129, 140.

4 Vgl. dazu (mit Blick auf die EG-Richtlinien) *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl. 2007, S. 84.

Rahmens, der eine sachgemäße Lösung der auftretenden Konfliktfälle ermöglicht, die Freiheitsrechte aller Marktteilnehmer absichert und den Schutz der schwächeren Partei (namentlich des Arbeitnehmers und des Verbrauchers) gewährleistet⁵. Den so umschriebenen Zielen ist auch die Privatrechtswissenschaft verpflichtet, und das auf der Grundlage einer langen wissenschaftlichen Tradition „seit den großen Zeiten Roms“ (*Popper*), deren Bedeutung an dieser Stelle ausdrücklich betont werden soll.

II. Globalisierung der Wirtschaft und Internationalisierung des Rechts

1. Internationales Einheitsrecht

In der modernen Welt sieht sich das Recht aufgrund der zunehmenden Globalisierung der Wirtschaft mit neuen Herausforderungen konfrontiert. In der Politik wird lebhaft darüber diskutiert, welche Mittel dem Recht zur Verfügung stehen, um dem freien Markt im internationalen Kontext einen wirksamen Rahmen zu setzen⁶. Eine mögliche Antwort ist die Internationalisierung des Rechts⁷. Internationales Einheitsrecht gibt es schon lange auf dem Gebiet des Wechsel- und Scheckrechts, und zwar aufgrund der Genfer Übereinkommen von 1930/31⁸. Für das Devisenrecht ist das Abkommen von Bretton Woods über den Internationalen Währungsfonds aus dem Jahre 1944 zu nennen⁹. Eine Vielzahl internationaler Übereinkommen findet sich für den gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht¹⁰. Im Bereich des internationalen Handelsverkehrs gilt das UN-Kaufrecht von 1980 heute für mehr als 60 Vertragsstaaten¹¹. Kein geltendes Recht sind die vom Römischen Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT) herausgearbeiteten „Principles of International Commercial Contracts“ von

5 Vgl. *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2007, § 6 Rn. 1.

6 Zu den Aufgaben des Rechts im Zeitalter der Globalisierung *Behrens*, in: *Basedow* (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, 2001, S. 381 (384).

7 Zur Internationalisierung des Zivilrechts als Reaktion auf die Globalisierung *Lehmann*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 729 ff.

8 Dazu *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 1 IX 2 a aa.

9 Vgl. dazu *Herdegen* (Fn. 5) § 22 Rn. 6 ff.; *Looschelders* (Fn. 17) Art. 34 EGBGB Rn. 28.

10 Dazu *Kegel/Schurig* (Fn. 8) § 1 IX 1 a cc.

11 Zur Bedeutung des UN-Kaufrechts *Herdegen* (Fn. 5) § 12 Rn. 13 ff.; v. *Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 8. Aufl. 2005, § 10 Rn. 23 ff.; *Schlechtriem*, UN-Kaufrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 3.

1994 (Neufassung 2004)¹², die der Vereinheitlichung des internationalen Handelsrechts dienen und bei internationalen Schiedsverfahren schon jetzt praktische Wirkungen entfalten¹³. In der internationalen Debatte wird darüber gestritten, ob es nicht sogar ein einheitliches Welthandelsrecht gibt, das neben den nationalen Rechtsordnungen und dem Völkerrecht eine eigenständige Rechtsquelle bildet¹⁴. Für die staatliche Gerichtsbarkeit wird dies in Deutschland überwiegend verneint¹⁵. Die „lex mercatoria“ kann von den Parteien deshalb auch nicht nach Art. 27 EGBGB (Art. 3 EVÜ) als anwendbares Recht gewählt werden¹⁶. Hieran soll auch die geplante Rom-I-Verordnung nichts ändern¹⁷. Dagegen findet die lex mercatoria in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit durchaus Anwendung¹⁸. Das von manchen Autoren in Aussicht genommene „Weltzivilrecht“¹⁹ liegt in diesen Bereichen also vielleicht gar nicht so fern. Die damit verbundenen Vorteile kommen bislang aber fast nur international tätigen Wirtschaftsunternehmen zugute. Für andere Marktteilnehmer fehlen internationale Regelwerke. So ist das UN-Kaufrecht auf Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern gerade nicht anwendbar (vgl. Art. 2 lit. a CISG). Ein der lex mercatoria vergleichbares „Weltverbrauchervertragsrecht“ ist ebenfalls nicht in Sicht²⁰. Davon abgesehen würde die Entwicklung entsprechender Grundsätze dem Verbraucher mangels verbindlicher Festlegungen schwerlich weiterhelfen. Auch sonst gibt es auf der internationalen Ebene kaum Vor-

12 Abgedruckt in deutscher Übersetzung in ZEuP 2005, 470 ff.; dazu *Zimmermann*, ZEuP 2005, 264 ff.

13 Vgl. *Schlechtriem* (Fn. 11) Rn. 3; einschränkend *MünchKomm/Martiny*, BGB, Bd. 10, 4. Aufl. 2006, Art. 27 EGBGB Rn. 33, nach dessen Einschätzung die UNIDROIT-Principles in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit noch keine große Bedeutung erlangt haben.

14 Ausführlich dazu *Schilf*, Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut, 2005, S. 231 ff.

15 Vgl. *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 2 Rn. 75 ff.; *Kegel/Schurig* (Fn. 8) § 1 IX; *Herdegen* (Fn. 5) § 2 Rn. 38 ff.

16 *MünchKomm/Martiny* (Fn. 13) Art. 27 EGBGB Rn. 36; *v. Hoffmann/Thorn* (Fn. 11) § 10 Rn. 28; *Looschelders*, Internationales Privatrecht, 2004, Art. 27 EGBGB Rn. 12.

17 Vgl. die Begründung zum Vorschlag der Europäischen Kommission vom 15. 12. 2005 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), KOM (2005) 650 endg., S. 6. Eine andere Beurteilung wird für nichtstaatliche Regelwerke wie etwa die UNIDROIT-Principles in Betracht gezogen, weil diese einen klareren Inhalt haben (zu dieser Differenzierung vgl. *Leible*, Rechtswahl, in *Ferrari/Leible* (Hrsg.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa, 2007, S. 41 (47); *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 52 IX 1; zur Rom I-VO s. auch unten III. 4.).

18 *MünchKomm/Martiny* (Fn. 13) Art. 27 Rn. 35; *Hausmann*, in *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. 2004, Rn. 3522 ff.

19 *Lehmann*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 729 (733) in Anknüpfung an *Tilmann*, JZ 1991, 1023.

20 Ausführlich dazu *Calliess*, *RabelsZ* 68 (2004), 244 ff. (283).

schriften, die den Schutz von Allgemeininteressen gewährleisten. Ein wirksamer Rahmen kann insoweit also weiterhin nur durch nationales oder europäisches Recht gesetzt werden²¹.

2. Internationales Gesellschaftsrecht

a) Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit

Die Globalisierung der Wirtschaft macht sich im internationalen Gesellschaftsrecht besonders stark bemerkbar – unter anderem in Gestalt von grenzüberschreitenden Sitzverlegungen und der Errichtung von Zweigniederlassungen im Ausland. In Deutschland ist traditionell die Sitztheorie herrschend. Maßgeblich ist danach das Recht am *tatsächlichen* Sitz der Hauptverwaltung²². Demgegenüber folgen zahlreiche andere Staaten namentlich im angloamerikanischen Rechtskreis der Gründungstheorie und stellen damit auf das Recht des Staates ab, in dem die Gesellschaft gegründet worden ist und ihren *satzungsmäßigen* Sitz hat²³. Der wichtigste Vorteil der Sitztheorie liegt darin, dass sie eine Umgehung der nationalen Vorschriften zum Schutz von Gläubigern (insbesondere hinsichtlich des Mindestkapitals) durch Gründung von Scheingesellschaften im Ausland verhindert. Hat eine Gesellschaft ihren tatsächlichen Sitz im Inland, so kann sie nur nach deutschem Recht gegründet werden. Verlegt eine ausländische Gesellschaft den Sitz ins Inland, verliert sie ihre Rechtsfähigkeit und muss nach den Vorschriften des deutschen Rechts neu gegründet werden²⁴. Unter dem Eindruck der neueren Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG)²⁵ ist jedoch anerkannt, dass sich die Sitztheorie im Verhältnis zu anderen EU-Staaten nicht oder zumindest nicht unein-

21 So auch mit Blick auf den Verbraucherschutz *Calliess*, ZEuP 2006, 742 (761 ff.), näher dazu unten III. Zum Schutz des Arbeitnehmers durch Gemeinschaftskollisionsrecht v. *Hoffmann/Thorn* (Fn. 11) § 10 Rn. 81b ff.

22 Zur Sitztheorie vgl. *Looschelders* (Fn. 16) Anh. zu Art. 10 EGBGB Rn. 7; MünchKomm/*Kindler*, BGB, Bd. 11, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 400 ff.; *Palandt/Heldrich*, BGB, 66. Aufl. 2007, Anh. zu Art. 12 EGBGB Rn. 2; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Neubearb. 1998, Rn. 26 ff., jeweils m. w. N.

23 Vgl. MünchKomm/*Kindler* (Fn. 22) IntGesR Rn. 339 ff.

24 Vgl. BGHZ 97, 269 (272); BGH DB 2000, 1114 (1115).

25 EuGH v. 9. 3. 1999, Rs. C-212/97, EuZW 1999, 438 (Centros); EuGH v. 5. 11. 2002, Rs. C-208/00, IPRax 2003, 65 (Überseering); EuGH v. 30. 9. 2003, Rs. C-167/01, NJW 2003, 3331. Ausführlich dazu *Brombach*, Das Internationale Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld von Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit, 2006, S. 73 ff.

geschränkt aufrechterhalten lässt²⁶. So kann man nach der Überseering-Entscheidung²⁷ nicht mehr davon ausgehen, dass eine nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft mit der Sitzverlegung ins Inland die nach ihrem Gründungsrecht bestehende Rechtsfähigkeit verliert²⁸. Darüber hinaus müssen sich auch andere Eingriffe in das Statut einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaft (z. B. durch Vorschriften über die persönliche Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern) an der Niederlassungsfreiheit messen lassen. Die deutschen Schutzvorschriften zugunsten der Gesellschaftsgläubiger verlieren insofern erheblich an Bedeutung, zumal die Sitztheorie nach der neueren Rechtsprechung des BGH im Verhältnis zu den USA mit Rücksicht auf den deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrag vom 19. 10. 1954²⁹ ebenfalls unanwendbar ist³⁰.

b) Wettbewerb der Gesellschaftsformen und Reform des deutschen GmbH-Rechts

Die Rechtsprechung des EuGH hat in Deutschland zu einem Wettbewerb zwischen der GmbH und den Gesellschaftsformen anderer EU-Staaten geführt. Um der Flucht in die englische „Limited“ entgegenzuwirken und den Standort Deutschland zu stärken, hat die Bundesregierung am 23. 5. 2007 den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vorgelegt, in dem das Mindestkapital der GmbH auf 10.000 Euro herabgesetzt wird. Außerdem soll mit der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft eine Sonderform der GmbH (sog. „Mini-GmbH“)³¹ eingeführt werden, die mit geringem Stammkapital errichtet werden kann (§ 5 a RegE)³². Der „Wettbewerb der Gesellschaftsformen“ führt damit zu einer deutlichen Herabsenkung

26 Welche Konsequenzen aus der Rechtsprechung des EuGH zu ziehen sind, ist im Einzelnen streitig. Vgl. dazu *Sonnenberger*, in: *ders.* (Hrsg.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, 2007, 351 ff.; einschränkend *MünchKomm/Kindler* (Fn. 22) *IntGesR* Rn. 407 ff.

27 EuGH IPRax 2003, 65.

28 BGHZ 154, 185 = NJW 2003, 1461; BGH NJW 2004, 3706; NJW 2005, 1658; *Looschelders* (Fn. 16) *Anh.* zu Art. 10 EGBGB Rn. 12; *Palandt/Heldrich* (Fn. 22) *Anh.* zu Art. 12 EGBGB Rn. 6.

29 BGBl. II 1956, 487.

30 Vgl. BGHZ 153, 353 = NJW 2003, 1607; BGH NJW-RR 2004, 1618; *MünchKomm/Kindler* (Fn. 22) *IntGesR* Rn 126; *Looschelders* (Fn. 16) *Anh.* zu Art. 10 EGBGB Rn. 14.

31 *Wilhelm*, DB 2007, 1510.

32 Näher dazu *Leuering*, NJW-Spezial 2007, 315.

des Standards – wobei man über die Effektivität von Mindestkapitalerfordernissen allerdings trefflich streiten kann³³.

3. Behördenkooperation und Verhaltensregeln für multinationale Unternehmen

Besondere Probleme bereitet im Übrigen das Fehlen internationaler Aufsichtsbehörden. In einigen Bereichen (etwa bei der Bank- und Wertpapieraufsicht) gibt es auf der internationalen Ebene zwar eine mehr oder weniger breite Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden³⁴. In den meisten Fällen ist eine effektive Kooperation aber nur auf der europäischen Ebene gewährleistet. Vor diesem Hintergrund stellt sich die spannende Frage, inwieweit die von verschiedenen internationalen Organisationen aufgestellten Verhaltensregeln für multinationale Unternehmen trotz ihres unverbindlichen Charakters Abhilfe schaffen können³⁵.

III. Verbraucher und Wirtschaft

1. Sozialstaatsprinzip und Privatautonomie

Dass der Verbraucherschutz zu den für das Funktionieren eines freien Marktes notwendigen Rahmenbedingungen gehört, wurde bereits zu Beginn des Vortrags erwähnt³⁶. Nach der traditionellen Sichtweise des deutschen Rechts stellt sich der Verbraucherschutz als eine durch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) motivierte Einschränkung der Privatautonomie dar. Der Verbraucherschutz ist damit Ausdruck der sozialen Marktwirtschaft³⁷. Die damit verbundene Gegenüberstellung von Verbraucherschutz und Privatautonomie darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die einschlägigen Regeln auch darauf abzielen, dem Verbraucher eine privatautonome Entscheidung überhaupt zu ermöglichen. Dahinter steht

33 Für vollständigen Verzicht auf das Mindestkapitalerfordernis etwa *Wilhelm*, DB 2007, 1510ff.

34 Vgl. *Herdegen* (Fn. 5) § 3 Rn. 54 ff.

35 Dazu *Herdegen* (Fn. 5) § 3 Rn. 70 ff.; *Kegel/Schurig* (Fn. 8) § 1 IX 1c.

36 Oben I.

37 Vgl. MünchKomm/Säcker, BGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2006, Einl. Rn. 208; *Heiderhoff* (Fn. 4) S. 86. Allgemein zu den sozialstaatlichen Einflüssen auf das Privatrecht *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 2 Rn. 41 ff.

die Erkenntnis, dass der Grundsatz der Vertragsfreiheit nur bei einem ausgewogenen Kräfteverhältnis zwischen den Parteien zu angemessenen Ergebnissen führt. Ist die Verhandlungsparität gestört, so verliert der Vertrag seine „Richtigkeitsgewähr“ und kann sich als Mittel der „Fremdbestimmung“ erweisen³⁸. In dieser Situation ist es eine zentrale Aufgabe des Privatrechts, die tatsächlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die schwächere Partei – hier also der Verbraucher im Verhältnis zum Unternehmer – seine Privatautonomie dennoch effektiv ausüben kann³⁹.

2. Verbraucherschutz und europäischer Binnenmarkt

Das heute in Deutschland geltende Verbraucherprivatrecht lässt sich nicht sachgemäß in das Spannungsfeld von Recht und Wirtschaft einordnen, ohne den Einfluss der einschlägigen EG-Richtlinien zu würdigen. Das europäische Verbraucherprivatrecht hat neben der Gewährleistung eines hohen Schutzstandards für den Verbraucher nämlich eine weitere Zielsetzung: Es dient der Verwirklichung des Binnenmarktes, indem es das Vertrauen des Verbrauchers in das Recht der anderen EU-Staaten stärkt und so seine Bereitschaft zur grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Leistungen fördert⁴⁰. Die Erwägungsgründe der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie bringen dieses Ziel besonders deutlich zum Ausdruck. So heißt es im 4. Erwägungsgrund: „Dem Verbraucher, der die Vorzüge des Binnenmarktes dadurch nutzen möchte, dass er sich Waren in einem anderen Mitgliedstaat als seinem Wohnsitzland beschafft, fällt eine fundamentale Aufgabe bei der Vollendung des Binnenmarktes zu“. Das Verbraucherrecht stellt damit einen integralen Bestandteil des europäischen Wirtschafts- bzw. Binnenmarktrechts dar⁴¹. Der Schutz des Verbrauchers darf dennoch auch im Gemeinschaftsrecht nicht als bloßes Mittel zu Verwirklichung des Binnenmarktes betrachtet werden. Nach Art. 2 EG ist die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes nämlich kein Selbstzweck, sondern dient weitergehenden Zielen.

38 Vgl. *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2007, Rn. 52 m. w. N.

39 Vgl. BVerfGE 89, 214 (235); *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (277 ff.); *Damm*, VersR 1999, 129 (131 ff.).

40 Vgl. etwa Erwägungsgrund 5) der VerbrGKauf-RL; *Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts, 2003, S. 202 ff.; *dies.* (Fn. 4) S. 86 ff.; *Grundmann*, in *Grundmann/Bianca* (Hrsg.), EU-Kaufrechtsrichtlinie, Einl. Rn. 17; *MünchKomm/Säcker* (Fn. 37) Einl. Rn. 209; krit. *Dauner-Lieb*, in: *Hopt/Tzouganos* (Hrsg.), Europäisierung des Handels- und Wirtschaftsrechts, 2006, S. 279 (294 f.).

41 So auch *MünchKomm/Micklitz* (Fn. 37) Vor §§ 13, 14 Rn. 73 ff.; *Grundmann*, AcP 202 (2002), 40 (57 ff.).

Insbesondere geht es darum, ein hohes Maß an sozialem Schutz sowie die Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität zu fördern. In diesem Zusammenhang gewinnt die Erhöhung des Schutzstandards für den Verbraucher eigenständige Bedeutung⁴².

3. Verbraucherprivatrecht und Unternehmensrecht

a) Anknüpfung an spezifische Schutzbedürfnisse des Verbrauchers

Nach der traditionellen Konzeption des Europäischen Verbraucherprivatrechts ist der Verbraucher nicht per se schutzbedürftig. Die Richtlinien knüpfen vielmehr an bestimmte Formen des Vertriebs (Haustür- und Fernabsatz-Richtlinie) bzw. der Vertragsgestaltung (Klausel-Richtlinie) oder bestimmte Vertragstypen (z. B. Verbraucher kredit- und Timesharing-Richtlinie) an, bei denen der Verbraucher besondere Schwierigkeiten hat, die mit dem Vertrag verbundenen Belastungen zu erkennen und seine Interessen bei den Vertragsverhandlungen zu wahren. Die strukturelle Unterlegenheit des Verbrauchers wird meist durch Informationspflichten des Unternehmers und Widerrufsrechte des Verbrauchers kompensiert⁴³. Besonderheiten gelten allerdings bei der Klausel-Richtlinie. Hier gibt es kein Widerrufsrecht; der Schutz erfolgt vielmehr durch eine gerichtliche Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle. Davon abgesehen erscheint nicht nur der Verbraucher schutzwürdig, sondern jeder Vertragspartner des Verwenders von AGB. Wenn die Klausel-Richtlinie sich gleichwohl auf Verbraucherverträge beschränkt, so beruht das vor allem darauf, dass der EG die Kompetenz für eine generelle Regelung der Problematik fehlt. Das deutsche Recht hat dagegen schon im AGB-Gesetz von 1976 einen weiter reichenden Ansatz verfolgt. Aufgrund der Klausel-Richtlinie enthält das deutsche AGB-Recht zwar einzelne Elemente, die speziell dem Verbraucherschutz dienen (vgl. § 310 III BGB); es kann aber nicht dem Verbraucherprivatrecht zugeordnet werden, sondern hat auch bei Verträgen zwischen Unternehmern überragende Bedeutung⁴⁴.

42 Zur Einordnung des Verbraucherschutzes in diesen Kontext Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 2 Rn. 11; vgl. aber auch Heiderhoff (Fn. 4) S. 87 f.

43 Vgl. Larenz/Wolf (Fn. 37) § 42 Rn. 51 ff.

44 So auch Bülow/Arzt, Verbraucherprivatrecht, 2003, S. 139 ff.

b) Verbraucherschutz und allgemeines Kaufrecht

Eine neue Dimension hat das europäische Verbraucherprivatrecht durch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie erhalten⁴⁵. Denn diese bezieht sich nicht auf ein spezifisches Schutzbedürfnis des Verbrauchers, sondern erfasst (nahezu) die gesamte kaufrechtliche Gewährleistung. Bemerkenswert ist dabei, dass die Richtlinie sich stark am UN-Kaufrecht orientiert⁴⁶, das auf den internationalen Warenverkehr zwischen Unternehmen zugeschnitten ist und für den Verbrauchsgüterkauf gerade nicht gilt⁴⁷. Die Anknüpfung an das UN-Kaufrecht erklärt sich daraus, dass die Richtlinie eben nicht allein auf den Schutz der schwächeren Partei abzielt. Das zweite wichtige Ziel des europäischen Verbraucherprivatrechts – die Förderung des Binnenmarktes – wirkt sich hier vielmehr besonders stark aus⁴⁸. Ausweislich des 2. Erwägungsgrundes soll die Richtlinie dem Verbraucher die Möglichkeit verschaffen, „auf der Grundlage angemessener einheitlicher Mindestvorschriften über den Kauf von Verbrauchsgütern im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats frei einzukaufen“. Das UN-Kaufrecht wird dabei herangezogen, um nach dem Modell eines modernen und international anerkannten Regelwerks einen angemessenen Interessenausgleich zwischen Käufer und Verkäufer zu verwirklichen⁴⁹. Die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers schlägt sich vor allem in dem einseitig zwingenden Charakter der Vorschriften nieder (Art. 7 VerbrGKauf-RL, § 475 BGB). Daneben gibt es natürlich auch Vorschriften, die speziell auf den Schutz des Verbrauchers abzielen und daher im UN-Kaufrecht keine Entsprechung finden. Die größte Bedeutung kommt hier der Beweislastumkehr nach Art. 5 Abs. 3 VerbrGKauf-RL zu, die der deutsche Gesetzgeber in § 476 BGB umgesetzt hat⁵⁰. Die Auslegung dieser Vorschrift hat in Deutschland zu einer Fülle von

45 Vgl. Looschelders (Fn. 38) Rn. 56; krit. Dauner-Lieb, in: *Hopt/Tzouganatos* (Fn. 40) S. 279 (293).

46 Zur Vorbildwirkung des CISG Grundmann, AcP 202 (2002), 40 ff.; Zeres, Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts, 2007, S. 77 ff.; zu den Unterschieden Schlechtriem, in Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis (2003), S. 71 ff. (85).

47 Vgl. Grundmann, in: Grundmann/Bianca, EU-Kaufrichtlinie, 2002, Einl. Rn. 24. Zur Unanwendbarkeit des UN-Kaufrechts auf Verbraucherverträge siehe oben II. 1.

48 Zur doppelten Zielsetzung der VerbrGKauf-RL Leible, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, Kap. 9 Rn. 9.

49 Vgl. Grundmann, in Grundmann/Bianca (Fn. 48) Einl. Rn. 25; ders., AcP 202 (2002), 40 ff.

50 Zur Einordnung des § 476 BGB als spezifisches Verbraucherschutzrecht vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 14/6040, S. 245; krit. Grundmann, AcP 202 (2002), 40 (55), wonach Art. 5 Abs. 3 VerbrGKauf-RL gerade nicht mit den besonderen Schwächen des Verbrauchers erklärt werden muss.

Zweifelsfragen geführt, die ein eigenständiges Referat rechtfertigen würden⁵¹. Eine endgültige Klärung lässt sich nur durch Vorlage an den EuGH erreichen.

c) Schuldrechtsreform und Vereinheitlichung des Kaufrechts in Europa

In der deutschen Literatur ist teilweise kritisiert worden, dass die auf das Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer zugeschnittenen Vorschriften der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie bei der Reform des Kaufrechts auf sämtliche Kaufverträge übertragen worden sind. Bei Verträgen zwischen Unternehmern seien die betreffenden Vorschriften zwar nicht zwingend; die Möglichkeit einer abweichenden Gestaltung durch AGB werde aber dadurch begrenzt, dass die einschlägigen Klauseln sich nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB an den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung messen lassen müssten⁵². Entsprechende Bedenken spiegeln sich in der Diskussion über die Vereinheitlichung des Europäischen Vertragsrechts wider. Hier wird bisweilen die Sorge geäußert, der Europäische Gesetzgeber könnte aufgrund seiner Fixierung auf den Verbraucherschutz den Bedürfnissen des unternehmerischen Geschäftsverkehrs zu wenig Beachtung schenken und die Vertragsfreiheit übermäßig einschränken⁵³. Die Erfahrungen mit der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und ihrer Umsetzung in das deutsche Recht sind jedoch eher geeignet, solche Bedenken zu entkräften. Die wichtigsten Elemente der Richtlinie wie die Definition der Vertragsmäßigkeit der Kaufsache und die Ausgestaltung des Rechtsbehelfssystems sind schon aufgrund ihrer Herkunft aus dem UN-Kaufrecht kein spezifisches Verbraucherschutzrecht, sondern passen ohne Einschränkungen auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr⁵⁴. Das schließt nicht aus, dass über einzelne Aspekte (z. B. die Reichweite des „Rechts zu zweiten Andienung“⁵⁵) gestritten werden kann. Auch hier handelt es sich aber oft

51 Vgl. dazu statt vieler *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 2007, Rn. 271 ff.

52 Vgl. etwa *Pfeiffer*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt* (Fn. 46), S. 225 (229 ff.).

53 Vgl. *Calliess*, *RabelsZ* 68 (2004), 244 (265); zur Problematik s. auch *Basedow*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 43 f. Nach Ansicht von *Schulte-Nölke*, *ZGS* 2007, 321 beruhen die Probleme für den unternehmerischen Geschäftsverkehr weniger auf den Vorgaben des europäischen Rechts als vielmehr auf der überschießenden Verwirklichung dieser Vorgaben durch den deutschen Gesetzgeber und die deutsche Rechtsprechung.

54 So auch *Grundmann*, *AcP* 202 (2002), 40 (45 ff.); *Lehmann*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 729 (733).

55 Krit. hierzu insbesondere *Dauner-Lieb*, FS Canaris, Bd. I, 2007, 143 (161 ff.); *dies.*, *AnwBl.* 2006, 430 ff.

um generelle Fragen, die beim Verbrauchsgüterkauf nicht anders als bei Verträgen zwischen Unternehmern zu lösen sind. Eine kategorische Trennung von Verbraucher- und Unternehmensrecht ist insoweit also nicht gerechtfertigt⁵⁶. Aus europäischer Perspektive erweist sich die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie damit als wichtiger Schritt zur Vereinheitlichung des Kaufrechts in Europa⁵⁷. Die differenzierende Umsetzung der Richtlinie durch den deutschen Gesetzgeber kann dabei durchaus als Vorbild angesehen werden.

4. Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz im internationalen Privatrecht

a) Abschaffung des Günstigkeitsprinzips durch die Rom-I-Verordnung

Bei Verträgen mit Auslandsberührung wird die Vertragsfreiheit durch den Grundsatz der Rechtswahlfreiheit flankiert. Nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB (Art. 3 EVÜ) haben die Parteien grundsätzlich das Recht, die für den Vertrag maßgebliche Rechtsordnung frei zu bestimmen. Die Rechtswahlfreiheit dient vor allem den Interessen des internationalen Handelsverkehrs⁵⁸. Nach derzeitiger Rechtslage gilt sie aber auch für Verbraucherverträge. Der notwendige Schutz des Verbrauchers wird nach Art. 29 EGBGB (Art. 5 EVÜ) dadurch gewährleistet, dass der Verbraucher sich in jedem Fall auf die zwingenden Vorschriften des Staates berufen kann, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Soweit das gewählte Recht günstiger ist, bleibt es aber maßgeblich. Der Schutz des Verbrauchers folgt damit dem Günstigkeitsprinzip⁵⁹.

Bei der Diskussion über die Reform des Europäischen Internationalen Vertragsrechts im Rahmen einer EG-Verordnung (sog. Rom-I-Verordnung) ist das Günstigkeitsprinzip mit der Erwägung kritisiert worden, die gleichzeitige Anwendung des gewählten Rechts und der zwingenden Vorschriften am gewöhnlichen Aufenthalt des Unternehmers erschwere die Rechts-

56 Weitergehend *Grundmann*, FS Fikentscher, 1998, S. 671 (680 ff.), der das Europäische Schuldvertragsrecht als „Kernmaterie des Unternehmensrechts“ ansieht.

57 So auch *Zerres* (Fn. 46) S. 477; krit. *Dauner-Lieb*, in: *Hopt/Tzouganatos* (Fn. 40) S. 279 (296).

58 Vgl. *Martiny*, in *Reithmann/Martiny* (Fn. 18) Rn. 55; *Behrens*, in *Basedow* (Fn. 6) S. 381 ff.

59 Vgl. *Looschelders* (Fn. 16) Art. 29 EGBGB Rn. 63 ff.; *Soergel/v. Hoffmann*, BGB, Bd. 10, 12. Aufl. 1996, Art. 29 EGBGB Rn. 32 ff. Ausführlich *Looschelders*, FS E. Lorenz, 2004, S. 441 (442 f.).

anwendung und führe zu einer übermäßigen Belastung des Unternehmers⁶⁰. Der Vorschlag der Europäischen Kommission für die Rom-I-Verordnung sieht daher für Verbraucherverträge eine zwingende Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers vor. Eine Rechtswahl wäre damit bei Vorliegen eines Verbrauchervertrages unbeachtlich⁶¹.

Die geplante Abschaffung des Günstigkeitsprinzips ist in der Literatur überwiegend auf Zustimmung gestoßen⁶². Es gibt jedoch auch beachtliche Einwände. So stellt der völlige Ausschluss der Rechtswahlfreiheit einen wesentlich schwerwiegenderen Eingriff in die Parteiautonomie dar als die mit dem Günstigkeitsprinzip verbundenen Beschränkungen⁶³, und zwar sowohl auf Seiten des Unternehmers als auch auf Seiten des Verbrauchers⁶⁴. Da keine Rechtsordnung ausschließlich aus zwingenden Verbraucherschutzvorschriften besteht, ist keineswegs ausgeschlossen, dass *beide* Parteien trotz des Günstigkeitsprinzips an einer Rechtswahl interessiert sind. Will der Unternehmer die Doppelbelastung durch zwei Rechtsordnungen vermeiden, so kann er sich selbst davor schützen, indem er schlicht keine Rechtswahlvereinbarung trifft⁶⁵. Die Abschaffung des Günstigkeitsprinzips ist also auch nicht zum Schutz des Unternehmers erforderlich. Ob die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Lösung die Rechtssicherheit fördert, erscheint ebenfalls zweifelhaft, da die Bestimmungen des gewählten Rechts bei Unwirksamkeit einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl immer noch auf der materiell-rechtlichen Ebene zum Zuge kommen können, soweit das objektive Vertragsstatut dies zulässt⁶⁶. Davon abgesehen löst die zwingende Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers nicht das Problem, dass der im Binnenmarkt

60 Vgl. die Begründung zum Kommissionsvorschlag (Fn. 17), KOM (2005) 650 endg., S. 6; ebenso schon *Mäsch*, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz, 1993, S. 59 ff.

61 Vgl. *Solomon*, Verbraucherverträge, in *Ferrari/Leible* (Hrsg.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa, 2007, S. 89 (90); *Lando/Nielsen*, 3 *Journal of Private International Law* (2007), 29 (39).

62 Vgl. *Leible*, IPRax 2006, 365 (370); *Mankowski*, ZVglRWiss 105 (2006), 120 (150 ff.); *Solomon* (Fn. 51), S. 89 (92).

63 *Stoll*, in *Basedow* (Fn. 6), S. 463 (470). Dass im internationalen Privatrecht traditionell von Parteiautonomie gesprochen wird, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es um einen Teilbereich der Privatautonomie geht.

64 *E. Lorenz*, RIW 1987, 569 (571) spricht von einer „sozialpolitisch begründeten beschränkten Geschäftsfähigkeit“ des Verbrauchers; dagegen *Mankowski*, ZVglRWiss 105 (2006), 120 (159) mit dem Argument, dass sich die angebliche Autonomie des Verbrauchers bei der Rechtswahl in Wirklichkeit als Heteronomie darstelle.

65 *Lando/Nielsen*, 3 *Journal of Private International Law* (2007), 29 (39 f.); *Looschelders*, FS E. Lorenz, 2004, S. 441 (443); *E. Lorenz*, RIW 1987, 569 (577).

66 Vgl. dazu *Mankowski*, ZVglRWiss 105 (2006), 120 (156 f.); *Solomon* (Fn. 51), S. 89 (93).

tätige Unternehmer sich bei der Abfassung seiner Standardverträge an mehreren Rechtsordnungen orientieren muss⁶⁷. Abhilfe kann hier nur durch die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Vertragsrechts erzielt werden, das *neben* die in den Mitgliedstaaten geltenden Vertragsrechte tritt und auch bei Verbraucherverträgen ohne Einschränkung gewählt werden kann⁶⁸. Der Erfolg eines solchen optionalen Vertragsrechts setzt freilich voraus, dass dem Europäischen Gesetzgeber ein überzeugender Ausgleich zwischen den Interessen von Unternehmern und Verbrauchern gelingt. Deutlich wird jedenfalls, dass der Konflikt zwischen dem Ziel eines einheitlichen Binnenmarktes, dem Grundsatz der Privatautonomie und dem Interesse an effektiven Verbraucherschutz nicht allein mit den Mitteln des Kollisionsrechts gelöst werden kann.

b) Grenzen des Schutzes für den aktiven (mobilen) Verbraucher

Das Verbraucherschutzkonzept des Europäischen internationalen Vertragsrechts weist im Übrigen einen interessanten Unterschied zum Schutzkonzept der einschlägigen EG-Richtlinien auf. Während die Richtlinien den Verbraucher dazu ermutigen sollen, die Vorteile des europäischen Binnenmarktes durch grenzüberschreitende Geschäfte zu nutzen, wird der aktive (mobile) Verbraucher, der aus eigenem Antrieb in einen anderen Staat reist und dort einen Vertrag abschließt, durch Art. 29 EGBGB (Art. 5 EVÜ) nicht geschützt⁶⁹. Der Entwurf der Kommission für eine Rom-I-Verordnung will hieran festhalten. Das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers soll danach nur dann eingreifen, wenn der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in diesem Staat ausübt oder wenigstens auf diesen Staat ausgerichtet hat (Art. 5 Abs. 2 Rom-I-Entwurf). In der Zusammenschau ergibt sich damit das folgende Bild: Der mobile Verbraucher soll sich darauf verlassen können, dass er in allen Mitgliedstaaten den gleichen Mindestschutz genießt. Er kann aber nicht ohne Weiteres auf die Anwendbarkeit seines Aufenthaltsrechts vertrauen. Denn die Anwendung dieses Rechts ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Unternehmer durch seine

67 Dies räumt auch die Begründung zum Kommissionsvorschlag (Fn. 17), KOM (2005) 650 endg., S. 7 ein.

68 Zur Diskussion über ein optionales Europäisches Vertragsrecht vgl. *Calliess*, ZEuP 2006, 742 (759 ff.); *Grundmann*, FS Jayme, 2004, S. 1259 (1273 ff.); *Martiny*, ZEuP 2006, 60 (61); *Müller*, GPR 2006, 168 ff.

69 Grünbuch der Kommission, KOM (2002) 654 endg., S. 34; *Looschelders*, FS E. Lorenz, 2004, S. 441 (446).

Tätigkeit eine kollisionsrechtlich relevante Verbindung zum Aufenthaltsstaat des Verbrauchers geschaffen hat⁷⁰.

IV. Schluss

Meine Damen und Herren, ich hoffe, Sie sehen mir nach, dass ich am Ende doch wieder auf zwei meiner „Lieblingsmaterien“ zu sprechen gekommen bin: nämlich das Internationale Privatrecht und das Schuldrecht, hier in Gestalt des Verbraucherprivatrechts. Ich bin aber davon überzeugt, dass beide Materien wichtige Beiträge zur Regulierung der Wirtschaft leisten und damit auch für das Funktionieren einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung unerlässlich sind.

70 Vgl. *Looschelders*, FS E. Lorenz (2004), S. 441 (446).

Primat der Wirtschaft oder Primat des Rechts?

Matthias Lehmann

I.	Einleitung	25
II.	Die Wirtschaft als Motor der Gesetzgebung	26
1.	Inhaltliche Einwirkungen	26
2.	Räumliche Ausdehnung	29
3.	Wettbewerb der Rechtssysteme	30
III.	Der Einfluss der Wirtschaft auf die Rechtsprechung	31
1.	Anerkennung neuer Rechtsinstitute	31
2.	Umdeutung von Rechtsbegriffen: „Wirtschaftliches Eigentum“	32
3.	Wirtschaftliche Betrachtungsweise als Auslegungstopos	34
IV.	Das Recht als Rahmen der Wirtschaft	35
1.	Ordnung der Wirtschaft durch das Recht	35
2.	Recht als Institutionengeber	36
V.	Die Wirtschaft als Gesetzgeber	38
1.	Selbstregulierung	38
2.	Lex mercatoria	40
VI.	Der Einfluss wirtschaftswissenschaftlicher Erwägungen auf das Recht	42
1.	Rechtswissenschaft als Sekundärwissenschaft?	42
2.	Die Ursprünge: von Rindern, Viehzüchtern und Getreide	43
3.	Die philosophische Grundlage	45
VII.	Zusammenfassung	48

I. Einleitung

Wir leben in einer Zeit, in der das Recht nicht mehr die uneingeschränkte Hoheit über alle Lebensbereiche zu besitzen scheint. Unter dem Druck der Wirtschaft werden Deregulierung und Liberalisierung vorangetrieben. Nationalstaaten geben Teile ihrer Souveränität auf, um gemeinsame Märkte zu schaffen. Im Wettbewerb um Investitionen werden rechtliche Regelungen ständig den wirtschaftlichen Bedürfnissen angepasst und international vereinheitlicht.

Damit stellt sich immer dringender die Frage, wem das Primat zukommt: der Wirtschaft oder dem Recht? Das Problem ist alles andere als neu. Seit

Langem ringen Wirtschaft und Recht um die Vormachtstellung. „Jurist ist man nicht, Juristen hält man sich“, lautet eines der alten Vorurteile, mit dem Kaufleute ihre Verachtung für den anderen Stand zum Ausdruck brachten. Nicht selten gelten Juristen als Bremser, als kleinliche Bürokraten, die die wirtschaftlichen Zusammenhänge nicht verstehen.

Hier soll das Problem nicht auf der Grundlage alter Vorurteile betrachtet werden. Vielmehr soll eine tiefer gehende Analyse vorgenommen werden. Ist das Recht nur der Diener der Wirtschaft und den wirtschaftlichen Erwägungen unterzuordnen, oder ist umgekehrt das Recht der Mechanismus, welcher die Wirtschaft beherrscht und ihr vorgeht? Das ist, auf einen Nenner gebracht, die zentrale Frage der Untersuchung.

Aus Sicht des öffentlichen Rechts ist die Frage ganz einfach zu beantworten: Die Wirtschaft ist, so wie jeder andere Bereich der Gesellschaft, dem Recht unterworfen. Sie nimmt aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht einmal eine besondere Stellung ein, sondern ist nur mittelbar über verschiedene Grundrechte wie die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit in Artikel 9 I, III GG, die Berufsfreiheit in Artikel 12 I GG oder die Eigentumsgarantie des Artikel 14 I GG geschützt. Damit scheint die Frage nach dem Primat von Wirtschaft oder Recht eindeutig und abschließend beantwortet.

Eine solche verfassungsrechtliche „Innenperspektive“ wird jedoch den realen Gegebenheiten nicht gerecht. Die tatsächliche Situation ist weitaus komplizierter. In der Praxis bestehen zahlreiche Wechselwirkungen zwischen Wirtschaft und Recht. Sie lassen sich auf verschiedenen Ebenen beobachten, von denen hier beispielhaft Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft herausgegriffen werden sollen. Andere, die ebenfalls eine Untersuchung wert sind, wie etwa der Einfluss auf die Arbeitsweise der Anwälte oder der Verwaltung, können hier nicht erörtert werden.¹

II. Die Wirtschaft als Motor der Gesetzgebung

1. Inhaltliche Einwirkungen

Dass die Wirtschaft die Gesetzgebung antreibt, ist altbekannt und bedarf keiner weiteren Erläuterung. Lediglich um die Reichweite und Stärke des

¹ Hinsichtlich der Beziehungen zwischen Ökonomik und öffentlichem Recht ist auf die Beiträge zur 44. Assistententagung zum öffentlichen Recht hinzuweisen, abgedruckt in: *Bungenberg u. a.* (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, 2004.

Einflusses zu illustrieren, sei hier ein Beispiel genannt. Es handelt sich um die Entwicklung des Wertpapiers.

Über die Ursprünge des Wertpapiers streiten sich seit Langem Germanisten und Romanisten. Während Erstere es auf den Gebrauch der Inhaberklausel im Fränkischen Reich etwa um das 9. Jahrhundert zurückführen², verweisen Letztere auf viel ältere Urkunden aus dem antiken Griechenland³. Welche von beiden Ansichten zutrifft, ist für unsere Zwecke belanglos. Denn außer Zweifel steht, dass der massenhafte Gebrauch des Wertpapiers in der Form, wie wir es heute kennen, auf den Handelsverkehr zwischen den oberitalienischen Städten im 12. Jahrhundert zurückgeht.⁴ Erstmals wurden dort Wechsel ausgestellt, um Zahlungen an einem geografisch verschiedenen Punkt vorzunehmen. Dadurch wurde der bargeldlose Zahlungs- und Kreditverkehr möglich. Im 17. Jahrhundert führte man in England den Scheck ein.⁵ Etwa zur gleichen Zeit begannen Staaten, über die von ihnen aufgenommenen Schulden handelbare Urkunden auszustellen.⁶ Gesellschaften taten es ihnen nach, um Kapital von Gesellschaftern für ihre Unternehmungen in Kolonien einzusammeln.⁷ Damit waren Anleihe und Aktie geboren. Die Idee, alle genannten Erscheinungen unter dem einheitlichen Namen „Wertpapier“ zusammenzufassen, hatte erst viel später *Heinrich Brunner*⁸.

Der Rechtswissenschaft bereitete die dogmatische Einordnung der Papiere nicht geringe Schwierigkeiten. Zunächst setzte man sich mit der Rechtsnatur des Wechsels auseinander. In der französischen Rechtslehre, die sich als Erste mit dem Problem eingehend beschäftigte, wurde dieser als eine Art „Tausch“ angesehen – passend zu seinem Namen „*lettre de change*“. Dagegen qualifizierte ihn *Einert* als eine Form privat ausgestellten

2 *Brunner*, in: *Endemann* (Hrsg.), *Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts* II/2, 1882, S. 140 (186); *ders.*, *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts*, 1894 (Nachdruck 1969), S. 524–540.

3 *Goldschmidt*, *Handbuch des Handelsrechts* I, 1891, S. 390; *ders.*, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)* 10 (= *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 23) (1889), 352–396.

4 Siehe *Hueck/Canaris*, *Recht der Wertpapiere*, 12. Aufl. 1987, S. 50; *Zöllner*, *Wertpapierrecht*, 14. Aufl. 1987, S. 54 f.

5 Vgl. *Zöllner* a. a. O., S. 159.

6 Wissenschaftliche Bearbeitung durch *v. Gönner*, *Von Staats-Schulden, deren Tilgungs-Anstalten und vom Handel mit Staatspapieren*, 1826.

7 Dazu *Schmitt/Schleich/Beck* (Hrsg.): *Kaufleute als Kolonialherren: Die Handelswelt der Niederländer vom Kap der Guten Hoffnung bis Nagasaki 1600–1800*, 1988, S. 9.

8 *Brunner*, in: *Endemann*, oben Fn. 2, S. 147.

Papiergelds.⁹ Für die spätere Zeit prägend war eine andere Idee, deren Urheber *Friedrich Karl von Savigny* ist.¹⁰ Nach ihm sind in den privaten Urkunden Forderungen und andere Rechte „verkörpert“. Mithilfe dieser Metapher war es möglich, unkörperliche Gegenstände den für bewegliche Sachen geltenden Übertragungsvorschriften zu unterstellen.

Dem Phänomen der verbrieften Rechte war damit eine rechtswissenschaftliche Form gegeben, die wir bis heute beibehalten haben. Längst ist die Praxis jedoch von der Verbriefung abgekommen. Wechsel und Scheck sind durch Mittel des bargeldlosen Zahlungs- und Kreditverkehrs weitgehend verdrängt. Noch dramatischer ist die Entwicklung bei den Effekten: Über Aktien und Obligationen werden so gut wie nie Individualurkunden ausgestellt. Stattdessen werden sie in Computern der Banken gebucht. Die rechtliche Terminologie führt hier in die Irre: Das „Wertpapierdepot“, von dem das DepotG seinen Namen ableitet, ist in Wahrheit kein Depot, denn hier wird nichts verwahrt. Auch erfolgt die Übertragung nicht, wie in den Büchern zum Wertpapierrecht gelehrt wird, mittels Einigung und „Übergabe“, sondern Letztere wird durch Buchungen in modernen Clearing- und Settlementssystemen ersetzt.

Das Wertpapier klassischer Prägung hat in dieser neuen Realität keinen Platz mehr. Von einem Mittel zur Förderung des Umlaufs von Rechten hat es sich zu einem Hindernis des Effektenverkehrs entwickelt. So ist auch die *Savigny'sche* Theorie zu einer Fessel des Fortschritts geworden: In den Tresoren der Wertpapiersammelbanken befinden sich heute sogenannte Globalurkunden, die keine andere Funktion erfüllen als die, der zum Dogma erhobenen Verkörperungsidee gerecht zu werden.

Abermals stehen also die Realität des Effektenverkehrs und seine rechtliche Konstruktion in Widerspruch. Erste, vorsichtige Anpassungsversuche sind zu verzeichnen. Das Wertpapierhandelsgesetz definiert als Wertpapier im Sinne des Gesetzes alle in seinem § 2 I 1 genannten Kapitalmarktprodukte mit dem Zusatz: „auch wenn für sie keine Urkunden ausgestellt sind“. Zwar ist darin das Bemühen des Gesetzgebers erkennbar, das Recht den tatsächlichen Erscheinungsformen anzupassen. Doch muss der offensichtliche Widerspruch eines Wert*papiers*, über das keine Urkunde ausgestellt ist, dem denkenden Juristen Bauchschmerzen verursachen. Notwendig ist eine Umwälzung der Dogmatik für den Bereich der am Kapitalmarkt gehandelten Titel, die sich vom Wertpapier endgültig verabschiedet.

9 *Einert*, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im 19. Jahrhundert, 1841, S. 51.

10 *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts II, 1853, S. 99.

2. Räumliche Ausdehnung

Noch aus einem anderen Grund ist das Wertpapierrecht ein beredtes Beispiel für die Einwirkung der Wirtschaft auf die Gesetzgebung. Wegen seiner Bedeutung für den grenzüberschreitenden Handelsverkehr wohnt ihm nämlich seit jeher die Tendenz zu einem möglichst großen territorialen Anwendungsbereich inne.

Zur Illustration kann die „Allgemeine Deutsche Wechselordnung“ dienen. Sie wurde 1847 auf einer Wechselrechtskonferenz aller Staaten des Deutschen Bundes angenommen und ein Jahr später vom Frankfurter Reichstag als Reichsgesetz verabschiedet. Zwar sah man sie wegen fehlender Kompetenz des Reichs als nichtig an, doch erließen die Einzelstaaten in der Folge gleichlautende Landesgesetze.¹¹ Auf diese Weise ist die Wechselordnung zum Vorreiter der Rechtsvereinheitlichung in Deutschland geworden.

Doch damit nicht genug. Das Wechselrecht ist auch das Gebiet, auf dem die internationale Rechtsvereinheitlichung am schnellsten voranschritt. Auf der Genfer Wechselrechtskonferenz von 1930 gelang es, ein einheitliches Wechselrecht für alle bedeutenden Industrieländer – allerdings mit Ausnahme der Staaten des Common Law – zu beschließen.¹² Ein Jahr später wurde, ebenfalls in Genf, ein einheitliches Scheckrecht beschlossen.¹³ Beide zählen zu den wichtigsten Werken, durch die einheitliches Privatrecht geschaffen wurde.¹⁴ Sie nehmen moderne Entwicklungen wie die Bestrebungen um ein einheitliches internationales Kaufrecht oder ein europäisches Vertragsrecht um Jahrzehnte vorweg.

Dass ausgerechnet Wechsel- und Scheckrecht so früh vereinheitlicht wurden, ist kein Zufall. Der Grund dafür liegt in den Bedürfnissen des Handelsverkehrs, welche eine Aufspaltung in verschiedene Rechtsordnungen nicht gestatten. Die Wirtschaft macht an staatlichen Grenzen nicht halt, sondern setzt sich über sie hinweg. Den Nutzen der globalen Arbeitsteilung legte vor fast zweihundert Jahren der britische Nationalökonom *David Ricardo* dar.¹⁵ Das Recht muss ihr Rechnung tragen und seinen Anwendungsbereich ebenfalls verbreitern, will es nicht zur Wohlstandsbremse werden. Einheitliche Regeln für staatenübergreifende Märkte schaffen z. B.

11 Zur Geschichte siehe *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, 12. Aufl. 1987, S. 51 f.; *Zöllner*, Wertpapierrecht, 14. Aufl. 1987, S. 56.

12 Siehe dazu die drei Genfer Abkommen v. 7. 6. 1930, RGBl. 1933 II 378, 444, 468.

13 Siehe die drei Genfer Abkommen v. 19. 3. 1931, RGBl. 1933 II 538, 594, 619.

14 *Koller*, Internationales Einheitsrecht, 1975, S. 46.

15 *Ricardo*, On the Principles of Political Economy and Taxation, 3. Aufl. 1821, S. 89–92.

die EU und die WTO. Auch am Zivilrecht geht der Einfluss der Wirtschaft nicht spurlos vorbei: Immer mehr überschreitet es Grenzen, wird „transnationaler“.

3. Wettbewerb der Rechtssysteme

Noch in anderer Hinsicht ist die Wirtschaft ein Motor des Rechts. Den Grund dafür hat *Albert O. Hirschmann* in einem kleinen, aber wegweisenden Buch dargelegt.¹⁶ Es behandelt in erster Linie die Beziehungen von Unternehmen zu unzufriedenen Kunden, doch lassen sich seine Lehren auch auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger übertragen.¹⁷ Nehmen wir an, die rechtlichen Rahmenbedingungen eines Landes entsprechen nicht den Bedürfnissen seiner Einwohner. In einer solchen Situation stehen ihnen zwei Möglichkeiten offen: Sie können versuchen, den bestehenden Rechtszustand zu verändern, indem sie auf die Gesetzgebung einwirken, und zwar vorrangig durch ihre Stimmabgabe bei Wahlen („voice“). Leben sie in einem Staat mit offenen Grenzen, so können sie stattdessen aber auch eine einfachere, schneller wirkende Maßnahme ergreifen: Sie können das Land verlassen („exit“).

Für Unternehmen stellt sich im Grundsatz dieselbe Alternative, wenn auch mit einigen Modifikationen. Zwar haben sie keine Stimme bei Wahlen, doch lässt sich kaum bestreiten, dass ihnen Einflussmöglichkeiten auf die Gesetzgebung zustehen. Eine Auswanderung war lange Zeit durch international-gesellschaftsrechtliche Hürden – Stichwort: Sitztheorie – erschwert, aber keineswegs unmöglich. Nach der heute herrschenden Gründungstheorie stehen ihr weniger Hindernisse im Weg als je zuvor.¹⁸

Angesichts der Tendenz der letzten Jahre, in denen zahlreiche deutsche Unternehmen ihren Sitz in andere Länder verlegt haben, bedarf es keiner weiteren Erläuterung der Relevanz der Exit-Alternative. Doch paradoxerweise wirkt sie sich auch positiv aus: Sie erzeugt Handlungsdruck bei den verantwortlichen Stellen. Wie *Hirschmann* dargelegt hat, führt die Abwanderung der Kunden eines Unternehmens dazu, dass die Manager auf die Notwendigkeit hingewiesen werden, ihre Produkte zu verbessern.¹⁹ Ebenso

16 *Hirschmann*, *Exit, Voice, and Loyalty*, 1970 (zitiert nach der deutschen Ausgabe: *Abwanderung und Widerspruch*, 1974).

17 Siehe *Hirschmann* a. a. O., S. 26f.

18 Zur Gründungstheorie siehe nur *Kindler*, in: *MünchKomm-BGB, IntGesR*, 4. Aufl. 2006, Rn. 339–366; *Leible*, in: *Michalski* (Hrsg.), *GmbHG*, Band I, 2002, Systematische Darstellung, Rn. 7–9.

19 *Hirschmann*, oben Fn. 16, S. 19f.

ist der Exodus seiner Bürger für den Staat ein sicheres Indiz, dass er seine Gesetze ändern muss, wenn er im weltweiten Kampf um Wohlstand und Wirtschaftskraft nicht verlieren will.

Auf diese Weise hat die Möglichkeit des Exit zu einem globalen Wettbewerb der Rechtssysteme geführt.²⁰ Sie ist der Grund für die derzeitig zu beobachtende Hast, mit der Gesetze reformiert, verbessert und an die anderer Staaten angepasst werden. Die erste Runde unserer Betrachtung geht damit an die Wirtschaft. Sie ist ganz klar in vielen Bereichen der Motor der Gesetzgebung.

III. Der Einfluss der Wirtschaft auf die Rechtsprechung

1. Anerkennung neuer Rechtsinstitute

Auch auf die Rechtsprechung hat die Wirtschaft erheblichen Einfluss. Zum Teil veranlasst sie Erstere sogar zur Anerkennung von ihr geschaffener Institute. Zur Illustration soll auch hier wieder ein Beispiel verwendet werden: das des Sicherungseigentums. Bekanntlich steht dieses in Widerspruch zu gleich zwei grundlegenden Prinzipien des Sachenrechts, nämlich dem *Numerus clausus* der dinglichen Rechte und dem Publizitätsprinzip. In der Sache handelt es sich beim Sicherungseigentum um ein dem Gesetz nicht bekanntes, besitzloses Pfandrecht. Dennoch hat die Rechtsprechung es schon früh anerkannt.²¹

Eine echte Begründung dafür ist sie schuldig geblieben. Diese ist von der Literatur nachgeliefert worden. Dort wird von den Bedürfnissen der Wirtschaft gesprochen, die die Legitimierung und Ausformung des Sicherungseigentums nicht nur verlangt, sondern sogar „erzwingen“ hätten.²²

Wie ist dies zu bewerten? Unbestreitbar ist, dass ein wirtschaftliches Bedürfnis für die Anerkennung des Sicherungseigentums besteht. Das BGB gibt dem Pfandgläubiger in § 1205 mehr, als er zur Durchsetzung seiner Interessen benötigt. Er braucht lediglich ein Verwertungsrecht im Falle des Zahlungsausfalls; nach dem BGB muss ihm aber auch der Besitz übertragen werden. Dadurch verliert der Verpfänder die Nutzungsbefugnis und damit eine mögliche Erwerbsquelle, die ihm vielleicht die Rückzahlung der

20 Vgl. dazu *Meessen*, *Economic Law in Globalizing Markets*, 2004, S. 9–13.

21 Vgl. RGZ 57, 175, 177 f.; 59, 146, 147 f.

22 So *Baur/Stürner*, *Sachenrecht*, 17. Aufl. 1999, § 56, Rn. 4; vgl. auch *Wilhelm*, *Sachenrecht*, 3. Aufl. 2007, Rn. 16; *Vieweg/Werner*, *Sachenrecht*, 2. Aufl. 2005, § 12, Rn. 2.

dem Pfand zugrunde liegenden Forderung erlauben könnte. Die Regelung des § 1205 BGB scheint damit ein krasser Fall unökonomisch gedachter Gesetzgebung zu sein.

Freilich verlangt der Gesetzgeber die Übergabe nicht ohne Grund. Sie dient der Publizität der Sachenrechte.²³ Durch den Besitztransfer wird das Pfandrecht des Gläubigers für den Rechtsverkehr sichtbar. Hier liegt die eigentliche Krux des Sicherungseigentums: Es setzt die Allgemeinheit dem Risiko eines äußerlich nicht erkennbaren Rechts Dritter aus. Der Schuldner wird für vermögend gehalten, obwohl er seine Wertgegenstände auf einen anderen übertragen hat.

Die Anerkennung des Sicherungseigentums hat damit aus wirtschaftlicher Sicht nicht nur Vorteile. Vielmehr ist die Situation komplizierter: Gewisse Zweige der Wirtschaft profitieren vom Sicherungseigentum – allen voran die Banken –, während andere – vor allem die Zulieferindustrie – darunter leiden. Was die eine Seite gewinnt, verliert die andere. Dieser Interessenkonflikt ist die Ursache dafür, dass die Rechtsprechung komplizierte Regelungen zur Übersicherung gemäß § 138 und § 826 BGB aufstellen musste.²⁴

Daraus lässt sich die folgende Schlussfolgerung ziehen: Wirtschaftliche Bedürfnisse können zur Anerkennung rechtlicher Gestaltungen der Praxis zwingen. Doch ist den Beteiligten damit allein noch nicht gedient. Denn „die Wirtschaft“ als solche gibt es nicht; die Interessen der einzelnen Wirtschaftssubjekte sind verschieden. Meist bedarf es daher einer weiteren Ausformung, Präzisierung und Begrenzung der von der Wirtschaft entwickelten Rechtsinstitute. Diese Aufgabe obliegt der Rechtsprechung.

2. Umdeutung von Rechtsbegriffen: „Wirtschaftliches Eigentum“

Die Wirtschaft kann nicht nur inhaltlich Einfluss auf die Rechtsprechung nehmen, sie kann scheinbar sogar altbekannte Rechtsbegriffe umdeuten. Als Beispiel kann an das soeben erörterte Sicherungseigentum angeknüpft werden. Seine Anerkennung durch die Rechtsprechung führte zu einer weiteren Frage: Wie setzt der Sicherungsgeber sein Recht auf Rückgabe durch, wenn die Gläubiger des Sicherungsnehmers in die Sache vollstrecken? Bekanntlich hat die Rechtsprechung ihm die Möglichkeit der

²³ Auf ihn legt das Gesetz bei der Bestellung des Pfandrechts sogar noch größeren Wert als bei der Übereignung nach §§ 929–931 BGB, vgl. *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1939 (Nachdruck 1970), S. 418; *Fritz Rittner*, JZ 1965, 274.

²⁴ Darstellung bei *Baur/Stürner*, oben Fn. 22, § 57, Rn. 35–37.

Drittwiderrspruchsklage nach § 771 ZPO eingeräumt.²⁵ Diese Position des Sicherungsgebers wird zusammen mit seinem Aussonderungsrecht in der Insolvenz zuweilen mit dem Schlagwort „wirtschaftliches Eigentum“ charakterisiert.²⁶ Letzteres soll neben dem „formellen“ Eigentum des Sicherungsnehmers bestehen, der nach herrschender Meinung ebenfalls zur Erhebung der Drittwiderrspruchsklage berechtigt ist.²⁷

Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums wird auch in anderen Zusammenhängen verwendet.²⁸ Was ist damit gemeint? Gibt es neben dem rechtlichen etwa ein besonderes Eigentum im wirtschaftlichen Sinne? Teilweise wird dies angenommen. Durch die Anerkennung des Sicherungseigentums sei eine Aufspaltung in ein „formelles/rechtliches“ und ein „materielles/wirtschaftliches“ Eigentum eingetreten.²⁹ Dem scheint entgegenzustehen, dass nach der Konzeption unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs die Stellung des Eigentümers unteilbar ist. Eine Trennung in *legal ownership* und *equitable ownership*, wie man sie im angelsächsischen Rechtskreis kennt, ist dem deutschen Recht fremd.

Diese Grundposition überspielt die Figur des wirtschaftlichen Eigentums auf ganz eigene Weise. Dabei handelt es sich bei dem Begriff eigentlich um eine *contradictio in adjecto*: Das Eigentum verstanden im Sinne der Zuordnung eines Gegenstands zu einem Inhaber ist immer ein rechtlicher Terminus, kein wirtschaftlicher.³⁰ Doch hat die Rechtsprechung, indem sie die Position des Sicherungsgebers als Hindernis der Zwangsvollstreckung

25 Vgl. RGZ 79, 121, 122.

26 Z. B. Baur/Stürmer, oben Fn. 22, § 3, Rn. 34; Vieweg/Werner, oben Fn. 22, § 12, Rn. 38. Den Anstoß zu dieser Formulierung scheint die Rechtsprechung gegeben zu haben, vgl. RGZ 45, 80, 85; BGHZ 11, 37, 41.

27 BGHZ 80, 296, 299.

28 Zur Bedeutung für das grundrechtlich verbürgte Aktieneigentum vgl. Mülbart/Leuschner, ZHR 170 (2006), 615, 637–641. Zu Sale-and-lease-back-Geschäften siehe Feinen RIW 2000, Beil. 1, S. 7, 8. Zur Bedeutung für die Wertpapierleihe Lenenbach, Kapitalmarkt- und Börsenrecht, 2002, Rn. 5.87; Claussen, Bank- und Börsenrecht, 3. Aufl. 2003, § 9, Rn. 209; Berger, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2004, § 607, Rn. 7. Zur Einordnung als sonstiges Recht i. S. d. § 823 I BGB Junker, AcP 193 (1993), 348–363. Sogar der Gesetzgeber gebraucht den Begriff, und zwar im Steuerrecht, vgl. § 39 II Nr. 1 AO und dazu ausführlich Werndl, Wirtschaftliches Eigentum, 1983.

29 So Staudinger/Wiegand, Bearb. 2004, Anhang zu §§ 929–931, Rdnr. 21. Den Begriff des wirtschaftlichen Eigentums ablehnend dagegen Staudinger/Seiler, Bearb. 2002, Vorbem. zu §§ 903 ff. BGB, Rn. 50.

30 Anders Schapp, Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung, 1977, S. 39f., der unter Eigentum im wirtschaftlichen Sinn die „wirtschaftliche Zuordnung von Gütern“ versteht. Die Zuordnung eines Guts zu einem Berechtigten kann aber immer nur das Recht vornehmen.

anerkennt, ihr *rechtlichen* Gehalt gegeben. Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums ist daher zwar inkorrekt. Trotzdem ist er als Beschreibung eines Sachverhalts hilfreich, solange man keinen treffenderen Ausdruck zur Hand hat.

Das Phänomen des „wirtschaftlichen Eigentums“ zeigt auf eindrucksvolle Weise, wie die Bedürfnisse der Wirtschaft sich zuweilen über Eigenheiten einer Rechtsordnung hinwegsetzen können und dabei selbst vor grundlegenden Begriffen wie dem Eigentum nicht halt machen.

3. Wirtschaftliche Betrachtungsweise als Auslegungstopos

Häufig wird ein Urteil mit dem Argument kritisiert, das Gericht habe die wirtschaftlichen Hintergründe des Falls nicht bedacht. Statt sich an eine abstrakte juristische Analyse zu klammern, solle es den Fall aus wirtschaftlicher Sicht betrachten.³¹ Das vermittelt den Eindruck, die Bedürfnisse des Wirtschaftsverkehrs könnten rechtliche Erwägungen ergänzen oder zum Teil sogar verdrängen.³²

Werden wirtschaftliche Auswirkungen von den Gerichten in die Urteilsfindung einbezogen, so handelt es sich dabei um eine Folgenanalyse. Aus methodischer Sicht ist eine Einbeziehung von Entscheidungsfolgen nicht von vornherein unberechtigt.³³ Will man sie in die klassische Methodenlehre integrieren, so kommt die teleologische Auslegung in Betracht. Ein entsprechendes Argument könnte z. B. lauten, bestimmte Folgen belasteten die Wirtschaft in einer Weise, die dem Zweck des Gesetzes nicht entspreche.

Doch ist insoweit vorrangig die Bewertung durch den Gesetzgeber zu beachten. Die Rechtsprechung darf nicht ihr eigenes Verständnis von den wirtschaftlichen Auswirkungen an die Stelle des Gesetzes setzen. Nur dort, wo die gesetzgeberische Absicht nicht erkennbar ist, kann sie im Sinne der Folgenbelastung abwägen. Doch ist sie auch dabei nicht völlig frei, sondern an die vom Grundgesetz und vom Europarecht vorgegebenen Wertungen gebunden. Mit rein wirtschaftlichen Erwägungen lassen sich daher die klassischen Auslegungsmethoden nicht überspielen.

31 Beispiele dafür sind die Kommentare zum Mannesmann-Urteil, z. B. *Steiner*, Kreditwesen 2006, 109.

32 Nicht gemeint ist an dieser Stelle die ökonomische Analyse des Rechts, denn sie betrifft nicht den Einfluss der Wirtschaft, sondern den der Wirtschaftswissenschaften auf die Rechtsprechung. Zu ihr unten VI.

33 Siehe dazu den Sammelband *Teubner* (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, insbesondere die Beiträge von *Kennedy*, S. 55–87, und *Grimm*, S. 139–159.

In etwas anderer Bedeutung wird der Begriff der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ gebraucht, wo es nicht um juristische Hermeneutik, sondern um die richtige Erfassung der entscheidungserheblichen Tatsachen geht. So sind wirtschaftliche Zusammenhänge z. B. im Wettbewerbsrecht zu berücksichtigen³⁴, oder wenn festgestellt werden soll, ob ein „verbundenes Geschäft“ vorliegt³⁵. Hier dient die spezifisch wirtschaftliche Betrachtungsweise dazu, einer gewissen juristischen Kurzsichtigkeit abzuwehren. Nicht die formale Konstruktion, sondern die wirtschaftliche Realität zählt. Wer dies nicht beachtet, öffnet der Gesetzesumgehung Tür und Tor.

Die an der Ökonomie ausgerichtete Perspektive ist daher nützlich, um eine möglichst realitätsnahe Entscheidungsgrundlage zu finden. Wirtschaftliche Erwägungen können auch in die Auslegung von Gesetzen einfließen. Doch bleibt das Primat insoweit beim Gesetzgeber. Ihm obliegt es, die widerstreitenden Interessen der verschiedenen Sektoren der Gesellschaft gegeneinander auszugleichen.

IV. Das Recht als Rahmen der Wirtschaft

1. Ordnung der Wirtschaft durch das Recht

Bisher haben wir nur den Einfluss der Wirtschaft auf Gesetzgebung und Rechtsprechung untersucht. Es gibt aber auch eine umgekehrte Wirkung, die des Rechts auf die Wirtschaft: Das Recht gibt den Rahmen vor, innerhalb dessen sich die Wirtschaft zu entwickeln hat.

Die Idee des Rechts als Wirtschaftsverfassung wurde von der Freiburger Schule propagiert. Geprägt wurde diese auch als „ordoliberal“ bezeichnete Denkrichtung von dem Nationalökonom *Walter Eucken* und dem Juristen *Franz Böhm*.³⁶ Im Kern geht es ihnen um die richtige Abgrenzung der Bereiche von Staat und Wirtschaft. Der Staat solle die äußere Ordnung, den „ordo“, liefern.³⁷ Innerhalb dieses Rahmens soll sich die Wirtschaft frei entfalten können.

34 Siehe *Immenga*, ZWeR 2006, 346, 347 f.

35 Vgl. dazu *Reifner*, in: FS Derleder, 2005, S. 489, 490–507.

36 Vgl. *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl. 1990; *ders.*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Recht und Staat Nr. 153/154, 1950; *Böhm*, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, 1937; *ders.*, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, Aufsatzsammlung hrsg. von *Mestmäcker*, 1980.

37 Vgl. auch den Titel der von *Franz Böhm* begründeten Zeitschrift ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft.

Das zentrale Thema der Ordoliberalen ist also das Verhältnis von Recht und Wirtschaft. Ihre Position dazu ist ambivalent: Einerseits dürfe sich das Recht nicht in wirtschaftliche Prozesse einmischen, sondern müsse sie ihrem „natürlichen“ Ausgang überlassen. Andererseits solle der Staat zu großer wirtschaftlicher Machtentfaltung nicht tatenlos zusehen, sondern ihr Entstehen und ihren Missbrauch verhindern.

Wie stark die Freiburger die aus einer ungezügelter Wirtschaft drohenden Gefahren fürchteten, zeigt schon der Titel eines Aufsatzes des jungen *Franz Böhm*: „Das Problem der privaten Macht“.³⁸ Bedenklich sind aus ihrer Sicht vor allem Monopole und Kartelle, aber auch Allgemeine Geschäftsbedingungen und Schiedsgerichte.³⁹ Als hervorragendes Mittel zur Bekämpfung wirtschaftlicher Machtansammlung sehen sie den Wettbewerb an. Er ist ihrer Auffassung nach allerdings kein Naturereignis, sondern „Veranstaltung der Rechtsordnung“⁴⁰. Diese organisiert den Wettbewerb durch Regeln, allen voran die des Wettbewerbsrechts. In diesem Bereich ist ordoliberales Denken daher von besonderer Bedeutung.

Als Ertrag der Freiburger Schule bleibt festzuhalten: Auch für den liberal Gesinnten ist nicht jedes durch Marktprozesse hervorgebrachte Ergebnis automatisch richtig. Märkte können versagen. Die Aufgabe des Rechts ist einerseits, die Bedingungen zu schaffen, unter denen die Wirtschaft funktionieren kann, und andererseits, Marktversagen auszugleichen. Die wirtschaftlichen Tatsachen sind nicht unabänderlich, sondern können durch rechtliche Regelungen gestaltet werden. Die Ordnung der Wirtschaft obliegt damit dem Juristen, sie ist in den Worten des Titels einer Schrift von *Franz Böhm* zugleich „geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung“.⁴¹

2. Recht als Institutionengeber

Doch wirkt das Recht noch in anderer Weise auf die Wirtschaft ein denn als bloßer Ordnungsgeber. Es liefert den Akteuren der Wirtschaft die Instru-

38 Die Justiz 3 (1927/28), 324.

39 Vgl. *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, oben Fn. 36, S. 49–52; *Böhm*, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, oben Fn. 36, S. 138–147; *ders.*, in: Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, oben Fn. 36, S. 213–217.

40 *Böhm*, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, oben Fn. 36, S. 120.

41 *Böhm*, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, oben Fn. 36.

mente, derer sie bedürfen, um ihre Verhältnisse interessengerecht zu gestalten. Solche Instrumente – man kann sie auch als „Institutionen“ bezeichnen – sind zum Beispiel der Vertrag, das Eigentum, das Geld oder die Gesellschaftsformen.

Ihre Bedeutung für die Wirtschaft ist vor allem von der Institutionenökonomik beleuchtet worden.⁴² Ihr Ansatz ist mit dem der Freiburger Schule zwar verwandt, aber von ihm verschieden. Es geht nicht um die Ordnung der Wirtschaft oder die Begrenzung privater Macht. Vielmehr betonen die Vertreter der Institutionenökonomik, dass durch die Existenz der genannten rechtlichen Institutionen wirtschaftliches Handeln überhaupt erst möglich wird. Die Verabschiedung eines neuen Gesetzes bedeutet also nicht notwendig eine Eingrenzung oder Hemmung des freien Spiels der wirtschaftlichen Kräfte. Vielmehr kann sie auch Handlungsoptionen eröffnen.

Im Mittelpunkt der institutionenökonomischen Betrachtung stehen Verfügungsrechte, die den Mitgliedern der Gesellschaft zugeordnet sind. Sie können absolut – klassischer Fall: Eigentum – oder relativ – klassischer Fall: Anspruch aus Vertrag – sein. Untersucht werden daneben relationale Vertragsbeziehungen, die auf lange Dauer ausgerichtet und nicht notwendig förmlich sind, oder Principal-Agent-Verhältnisse wie zum Beispiel zwischen Aktionären und Vorstand. Sie alle werden auf die ökonomischsten, d. h. effizientesten Institutionen hin durchsucht.

Der Begriff der Institution wird dabei folgendermaßen definiert: „ein System formgebundener (formaler) und formungebundener (informeller) Regeln einschließlich der Vorkehrung zu deren Durchsetzung“.⁴³ Es geht also nicht nur um rechtliche, sondern z. B. auch um ungeschriebene soziale Regeln wie etwa moralische Anschauungen. Neu an der Institutionenökonomik gegenüber bisherigen Wirtschaftstheorien ist, dass sie die Existenz solcher Regeln nicht einfach voraussetzt, sondern problematisiert. Unter diesem Gesichtspunkt werden etwa die Vertragsfreiheit und die Durchsetzung geschlossener Kontrakte nicht als Selbstverständlichkeit hingenommen. Vielmehr werden die Bedingungen ihrer Existenz und ihre Wirkungsweise eingehend studiert. Auf diese Weise gelangen Unvollkommenheiten von formalen Institutionen wie Verfassungen, Gesetzen oder Verträgen in

42 Grundlegend: *Coase*, The Nature of the Firm, 4 *Economica* 386 (1937); *Williamson*, The Economic Institutions of Capitalism, 1985; vgl. weiterhin *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 3. Aufl. 2003; *Kasper/Streit*, Institutional Economics, 1998; *Priddat*, Strukturierter Individualismus, 2005.

43 *Richter/Furubotn* a. a. O., S. 7 im Anschluss an *Schmoller*, Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre, 1900, S. 61.

das Blickfeld.⁴⁴ Auch die richterliche Rechtsanwendung bleibt nicht außen vor: Sie wird als Fall der Institutionenneuschöpfung untersucht.⁴⁵ Die Vertreter der Institutionenökonomik bleiben also bei der Feststellung, dass rechtliche Institutionen wirtschaftliches Handeln überhaupt erst ermöglichen, nicht stehen, sondern analysieren die Ursachen der Entstehung dieser Institutionen, ihre Funktionsfähigkeit und Effizienz mithilfe wirtschaftswissenschaftlicher Methoden. Damit stellt sich erneut, wenn auch in veränderter Weise, die Frage nach dem Primat von Recht oder Wirtschaft. Doch gehört diese Diskussion nicht hierher, sondern ist an späterer Stelle wieder aufzugreifen.⁴⁶

V. Die Wirtschaft als Gesetzgeber

Eine neue Qualität ist erreicht, wo die Wirtschaft selbst als Gesetzgeber auftritt. Hier ist die Grenze vom bloßen Einfluss zur Setzung verbindlicher Normen überschritten. Zwei Phänomene müssen insoweit unterschieden werden.

1. Selbstregulierung

Überall, wo die Wirtschaft sich selbst reguliert, tritt sie als Normgeber auf. Zahlreiche Beispiele sind bekannt: ärztliche oder anwaltliche Standesregeln, Freiwillige Selbstkontrolle zum Beispiel im Bereich der Filmwirtschaft, der Corporate Governance Kodex, die „Deutschen Rechnungslegungs Standards“, DIN-Vorschriften, Sportregelwerke und so weiter. All diese Normen beanspruchen eine mehr oder weniger starke Bindung der Adressaten. Als Grundlage der Bindungskraft wird meist auf die Zustimmung der Betroffenen verwiesen, die jedoch entweder in nur sehr allgemeiner Form abgegeben oder aus der Stellung als Mitglied in einer bestimmten Organisation folgert wird.

Solche von der Wirtschaft selbst gesetzten Normen erregen den Argwohn der Ordnungspolitiker. Schon *Walter Eucken* hat sich gegen das „selbst geschaffene Recht der Wirtschaft“ in Form allgemeiner Geschäftsbedingun-

44 Vgl. *Richter/Furubotn* a.a.O., S. 22.

45 *Richter/Furubotn* a. a. O., S. 25.

46 Siehe unter VI.

gen gewandt, welches das staatliche Recht zunehmend verdränge.⁴⁷ Er mutmaßte, dass diese Regelwerke nicht auf einen gerechten Interessenausgleich abzielen, sondern von der Tendenz beherrscht seien, die Verteilung der Rechte und Pflichten zugunsten einer Marktseite abzuändern.⁴⁸

Auch wenn Erfahrungen in der Praxis dieses düstere Bild häufig bestätigen, beruhen viele der genannten Regelwerke nicht auf Egoismus, sondern spiegeln wirtschaftlichen Sachverstand wider. Schließlich kennt die Wirtschaft ihre Verhältnisse am besten. Das ist auch der Grund, warum der Gesetzgeber sich immer häufiger Experten aus der Wirtschaft bedient, z. B. der deutsche beim Erlass von DIN-Normen oder der europäische bei der Einsetzung von Komitologie-Ausschüssen.⁴⁹

Jenseits des Sonderfalls der Einbeziehung in staatliche Gesetzgebungsverfahren wirft die Tätigkeit privater Normgeber eine grundsätzliche Frage auf: Welche Rolle soll ihren Regelwerken zukommen? Sind sie Gesetze im echten Sinne oder nur Ausdruck von Selbstbestimmung, d. h. eine Art Verträge? *Gregor Bachmann* ist der Frage in einem gedankenreichen Vortrag auf der Heidelberger Tagung der Jungen Zivilrechtswissenschaftler ebenso wie in seiner Habilitationsschrift nachgegangen.⁵⁰ Seine differenzierte Antwort lautet: weder noch. *Bachmann* bemüht sich, die Dichotomie zwischen Gesetz und Vertrag zu überwinden und neben der im Privatrecht stets erforderlichen Zustimmung ein materielles Kriterium herauszuarbeiten, anhand dessen die Legitimation öffentlicher wie privater Rechtssetzung überprüft werden kann. Als solches sieht er das „Gruppenwohl“ oder „Gemeinwohl“ an.⁵¹

Die Annahme *Bachmanns*, dass wirtschaftliche Selbstregulierung das Wohl der Allgemeinheit oder einer abgegrenzten Gruppe fördern kann, ist realistisch. Sie stellt zugleich eine wichtige Konzession an die Wirtschaft dar, welche – die Zustimmung der Beteiligten vorausgesetzt – eine dem Gesetzgeber vergleichbare Funktion erfüllen kann. Der Schutz des Gemeinwohls ist in dieser Konzeption keine dem Staat allein überlassene Aufgabe, sondern kann auch durch gesellschaftliche Kräfte oder Gruppierungen erreicht werden. Andererseits bleibt die Überprüfung, ob ein Akt wirtschaftsautonomer Regelbildung tatsächlich dem Wohl der Allgemeinheit

47 *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, oben Fn. 36, S. 51.

48 Ebenda.

49 Vgl. Beschluss des Rates v. 28. 6. 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (1999/468/EG), ABIEU L 184 v. 17. 7. 2006, S. 23.

50 *Bachmann*, Jb.J.ZivRWiss 2002, S. 9–29; *ders.*, Private Ordnung, 2006.

51 *Bachmann*, Jb.J.ZivRWiss 2002, S. 9, 23–25; *ders.*, Private Ordnung, 2006, S. 194–214.

oder der betroffenen Gruppe dient, in den Händen der Juristen. Auf diesem Weg ist dem Machtmissbrauch eine wirksame Grenze gezogen.

Aktuell steht in der Diskussion um die Selbstregulierung ein anderes Problem im Mittelpunkt. Besorgnis erregt nicht so sehr die Usurpation von Macht durch die Wirtschaft als vielmehr die Wirkungslosigkeit der von ihr getroffenen Regeln. Wozu nützt z. B. ein Corporate Governance Kodex, wenn selbst der Vorsitzende der Kommission, die ihn ausgearbeitet hat, sich um seine Einhaltung wenig schert? Das hier aufscheinende Manko der privaten Rechtssetzung ist ihre fehlende Durchsetzbarkeit. Will man ihr abhelfen, so bleibt in der Regel nichts anderes übrig, als ein Gesetz zu erlassen. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass Selbstregulierung häufig der erste Schritt vor staatlicher Regelung ist.⁵²

2. Lex mercatoria

Die Diskussion um die „lex mercatoria“ oder ein „new law merchant“ betrifft eine andere Ebene. Hier geht es nicht mehr darum, dass Private sich selbst Recht setzen können. Das wird vielmehr vorausgesetzt und weitergehend behauptet, dieses Recht habe sich so sehr verdichtet, dass es eine eigene Rechtsordnung bilde, die neben den nationalen Rechten und dem Völkerrecht stehe.

Die Idee der eigenen Rechtsordnung hatte vor allem in den 1980er und 1990er Jahren zu heftigen Kontroversen geführt. Auf der Heidelberger Tagung der Jungen Zivilrechtswissenschaftler hat sie *Hans-Patrick Schroeder* nachgezeichnet.⁵³ Ihnen soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Vielmehr sei mit dem nunmehr eingetretenen zeitlichen Abstand erlaubt, die Diskussion selbst zu bewerten: Es soll die Frage gestellt werden, was denn mit der Debatte überhaupt bezweckt wurde.

Vordergründig ging es den Vertretern der *lex-mercatoria*-Lehre um die Beobachtung eines Phänomens der realen Welt. Sie stellten fest, dass die von der Wirtschaft selbst geschaffenen Regeln den internationalen Handelsverkehr effektiv beherrschten.⁵⁴ Ihre Perspektive ist also soziologisch. Es geht um tatsächliche Erscheinungen, nicht um normative Fragen.

52 Siehe als Beispiel das Problems des Insiderhandels, den man früher durch Selbstregulierung zu unterbinden suchte, der heute aber in § 14 WpHG gesetzlich verboten ist. Rechtshistorischer Rückblick bei *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 16.51 f.

53 *H.-P. Schroeder*, Jb.J.ZivRWiss 2002, 257–279.

54 *Goldman*, Archives de la philosophie du droit 9 (1964), 177; *Kahn*, La vente commercial internationale, 1961, S. 2, 6f.; *Schmitthoff*, RabelsZ 28 (1964), 47.