

Festschrift für Christine Windbichler
zum 70. Geburtstag



Dr. Bivellorke

Festschrift für
CHRISTINE WINDBICHLER
zum
70. Geburtstag
am 8. Dezember 2020

herausgegeben von

Gregor Bachmann Stefan Grundmann
Anja Mengel Kaspar Krolop

De Gruyter

ISBN 978-3-11-061725-2
e-ISBN (PDF) 978-3-11-061980-5
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-061743-6

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2020 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Satz/Datenkonvertierung: jürgen ullrich typosatz, Nördlingen
Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen

www.degruyter.com

Vorwort

Mit dieser Festschrift ehren wir eine ebenso ungewöhnliche wie außergewöhnliche Wissenschaftlerin. Christine Windbichler ist nicht nur eine herausragende Vertreterin sowohl der Gesellschaftsrechts- als auch der Arbeitsrechtswissenschaft, sondern sie versteht es in unnachahmlicher Weise, beide Rechtsgebiete als Teile eines ganzheitlichen Unternehmensrechts zu denken. Als Meisterin beider Fächer steht sie in einer Reihe mit Größen wie *Alfred Hueck*, *Herbert Wiedemann* oder *Wolfgang Zöllner*. Enges Kirchturmdenken ist ihr gänzlich fremd. Doch ist dies nur die eine Seite ihrer wissenschaftlichen Persönlichkeit. Nicht minder als das intradisziplinäre prägt das interdisziplinäre und das internationale Denken ihre Person. Was jenseits des eigenen Faches und der heimischen Grenzen vorgeht, wie man von dort auf die deutsche Rechtswissenschaft sieht und was aus diesem hin und her wandernden Blick für das deutsche und europäische Recht zu lernen ist, interessiert die Jubilarin brennend. Diese Neugier (im besten Sinne), gepaart mit der Fähigkeit, sie für ihr publizistisches Wirken fruchtbar zu machen und Schülern wie Weggefährten die Augen für den Blick „hinaus“ zu öffnen, prägt die Jubilarin wie wenige andere.

Geboren wurde Christine Windbichler am 8. Dezember 1950 in Wiesbaden, wo sie, zwischen Rheingau und Taunus, ihre Kindheit und Jugend verbrachte. Die Rechtswissenschaft war ihr – in einem naturwissenschaftlich geprägten Elternhaus – keineswegs in die Wiege gelegt. Dennoch entschied sie sich für das Studium der Rechte, welches sie im nahegelegenen Mainz aufnahm. Von dort wechselte sie Anfang der siebziger Jahre an die Münchener LMU, wo sie rasch den Weg an das Institut für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht bei *Götz Hueck* fand – zunächst als studentische Hilfskraft, später als wissenschaftliche Assistentin. Nach einem hervorragenden ersten Staatsexamen, dem später ein nicht weniger eindrucksvolles zweites folgte, wurde sie bei Hueck mit einer Arbeit über Unternehmensverträge und Zusammenschlusskontrolle promoviert. Von hier zog es sie zunächst in die anwaltliche Praxis und sodann, ihrem unstillbaren Drang nach Erweiterung des Horizonts folgend, zum Masterstudium in die USA, einer damals noch ungewöhnlichen Station. Mit Berkeley wählte sie sich dafür einen lebendigen Westküstenort, dessen Law School für interdisziplinäre Aufgeschlossenheit ebenso bekannt war wie für internationale Offenheit. Die dort gesammelten Eindrücke bewogen sie, bei der Rückkehr doch lieber eine wissenschaftliche Karriere einzuschlagen. Das war damals, Anfang der achtziger Jahre, eine mutige Entscheidung, waren die Besetzungswellen der

sechziger und siebziger Jahre doch gerade vorüber und fast alle Lehrstühle mit Professoren fern der Altersgrenze besetzt – ganz zu schweigen von „Frauenquoten“, welche die Jubilarin stets auch in ihrer Problematik sah.

Hatte bereits die im Schnittfeld von Kartell- und Konzernrecht siedelnde Dissertation Grenzen überschritten, griff Windbichlers mehrfach preisgekürnte Habilitationsschrift zum „Arbeitsrecht im Konzern“ noch weiter aus und durchleuchtete die arbeitsrechtlichen Fragestellungen im verbundenen Unternehmen in einer bis dahin nicht gekannten Präzision. Nachdem ihr noch vor Abschluss der Habilitation bedeutende Lehrstuhlvertretungen (zunächst in Osnabrück, dann in Köln) angeboten worden waren, gelang Windbichler gleichsam aus dem Stand der Sprung auf den ersten Listenplatz der Nachfolge *Fritz Rittners* auf dessen prominenten Lehrstuhl an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg. Der Breisgau blieb für die Jubilarin jedoch nur Ausgangspunkt auf dem Weg zu einem anderen, unerwarteten Ziel. Nach der friedlichen Revolution und Wiedervereinigung wurde die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin personell neu aufgestellt, dies mit dem ehrgeizigen Ziel, sie wie schon zu preußischer Zeit und auch – unter ganz anderem Vorzeichen – in der ehemaligen DDR zu einer der ersten Fakultäten des Landes zu machen. Berufen wurden nur Persönlichkeiten, die bereits im Westen ein Ordinariat bekleideten, unter ihnen – als Jüngste inmitten klangvoller Namen – 1992 die Jubilarin. Windbichler zögerte nicht lange und nahm die historische Chance wahr.

Dies war ein Wagnis. Pionierarbeit war nötig bei gänzlich nackten Räumen, einer im Auf- und Umbau befindlichen Verwaltung und ohne erwähnenswerte Bibliotheks- oder Technikausstattung. Der Neuaufbau forderte der Jubilarin Improvisationskunst ab, aber auch das didaktische und psychologische Geschick, unter anderen politischen Vorzeichen aufgewachsene junge Menschen an eine marktwirtschaftliche Rechts- und Wirtschaftsordnung heranzuführen und Integrationsarbeit in einem historisch gespaltenen Professorium zu leisten. All das gelang ihr mit großer Kraft und Anstrengung, und trotz, vielleicht auch wegen dieser Herausforderungen fand Windbichler an der HU und in Berlin bald ihre Heimstatt, der sie ungeachtet eines ehrenvollen Rufs nach München bis zu ihrer Pensionierung die Treue hielt und der sie heute noch in vielfältigen Rollen verbunden ist.

Immer wieder zog es Windbichler im Laufe ihrer Karriere ins Ausland. Neben diversen Forschungsreisen, die zahlreiche Freundschaften und fruchtbare Kontakte entstehen ließen, bekleidete sie Gastprofessuren in Florida, Cornell, Virginia, Duke und Berkeley. Über viele Jahre wirkte sie in nationalen und internationalen Auswahlgremien wie dem der Alexander-von-Humboldt-Stiftung und gab ihr reiches Wissen als Fachberaterin für internationale Studiengänge gerne und bereitwillig an junge Studierende und Absolventen der Humboldt-Universität weiter. Als Dekanin gelang es ihr, der auch nach zehn Jahren noch mit dem (Wieder-)Aufbau kämpfenden Fakul-

tät wichtige Ressourcen zu sichern und den Kontakt zur Praxis zu festigen, den sie selber durch die „Berliner Wirtschaftsgespräche“ (über Jahre gemeinsam mit der internationalen Sozietät WilmerHale durchgeführt) maßgeblich vorantrieb. Auch am Aufbau der heute sehr erfolgreichen European Law School (ELS) an der HU hatte die Jubilarin einen nicht unbeträchtlichen Anteil.

Trotz ihres umfangreichen Œuvres (nachgewiesen im Anhang zu dieser Festschrift) gehört Windbichler nicht in die Klasse der „Vielschreiber“. Was sie produziert, sind Perlen, die meist schon durch Themenwahl und Titel die Neugier des Lesers wecken, welche dann stets auf fesselnde, manchmal überraschende Weise befriedigt wird. Im besten wissenschaftlichen Sinne verliert sich Windbichler nicht in Glasperlenspielen zu altbekannten Fragen („bitte nicht die zwölfte Theorie zum Bereicherungsausgleich im Dreiecksverhältnis“, beschied sie themensuchende Doktoranden), sondern sie will Fragen aufwerfen, die so bisher noch nicht gestellt wurden, will etablierte Leitbilder hinterfragen und Zusammenhänge herstellen, die allein der zu erkennen vermag, der sich nicht im Spezialistentum verliert. Trotz der vielfältigen Brückenschläge in andere Felder des Rechts und der Nachbardisziplinen behalten Windbichlers Texte dabei immer die juristische Bodenhaftung.

Unter ihren größeren, einer breiteren Leserschaft bekannten Werken ragen sicherlich zwei heraus: die Kommentierung des allgemeinen Konzernrechts im Großkommentar zum Aktienrecht sowie ihr Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht. Mit ersterem hat sie – weit über den Zuschnitt selbst einer Großkommentierung hinauslangend – eine das Konzernphänomen im Grundsätzlichen erfassende Darstellung vorgelegt, die bis heute ihres Gleichen sucht. Die Unternehmensgruppe als komplexes, omnipräsentes Gebilde hat die Jubilarin seit ihren Qualifikationsschriften fasziniert, und ihr spürte und spürt sie immer wieder von anderem Blickwinkel aus nach – dass der Konzern in der Rechtswirklichkeit kein Randphänomen, sondern gesellschaftsrechtlicher „Normalfall“ ist, schärft sie Hörern wie Schülern gleichermaßen ein. Das Lehrbuch zum Gesellschaftsrecht, welches sie von ihrem Lehrer Götz Hueck übernommen hat und in gegenwärtig 24. Auflage fortführt, kann mit Fug und Recht als Standardwerk des Faches bezeichnet werden. Generationen von Juristinnen und Juristen sind mit ihm groß geworden. Als es Windbichler vor zwanzig Jahren vom C. H. Beck Verlag in die Hände gelegt wurde, datierte die Voraufgabe schon neun Jahre zurück, so dass Herkulesarbeit zu leisten war, um das – im Verlag fast schon aufgegebene Werk – noch einmal nach vorne zu bringen. Windbichler hat dem Buch dabei von Auflage zu Auflage ein neues Gesicht verliehen, in dem sich heute die ihr so wichtigen Themen wie Corporate Governance, Bilanzrecht oder Rechtsvergleichung ebenso facettenreich wie eindrucksvoll abgebildet finden.

Grenzüberschreitungen wagte die Jubilarin in ihren großen Monografien, darüber hinaus aber auch in vielen anderen Projekten und Publikationen. So erklärte sie Studierenden den Zusammenhang zwischen Arbeitnehmermitbestimmung und dem Möbiusband, half sie Arbeitsrechtlern aus der „Baugrube“ des Konzernrechts (FS Kissel), öffnete den Blick dafür, dass das Arbeitsverhältnis, interdisziplinär betrachtet, ebenso Austausch- wie Geschenkverhältnis ist (FS Wiedemann) oder führte dem erstaunten Leser vor Augen, was es mit „Schrödingers Katze“ im Bilanzrecht auf sich hat (FS Kirchner). Neben dem Konzern- und dem Mitbestimmungsrecht, zu dem sie nicht nur selbst viele Denkanstöße lieferte, sondern zu dem sie auch eine Vielzahl innovativer Doktorarbeiten betreute, waren es später vor allem relationale Verträge und hybride Rechtsphänomene, die ihr Interesse fanden, und so erstaunt es nicht, dass ihre Beiträge nicht nur in juristischen, sondern auch in ökonomischen Zeitschriften den Weg zum Leser fanden – immer häufiger in englischer Sprache verfasst, was Windbichler eine für das Fach immer noch außergewöhnliche Resonanz im internationalen Raum verschafft.

Man würde der Jubilarin nicht gerecht, würdigte man nicht auch ihr Engagement in der Lehre, welche ihr stets ein besonderes Anliegen war. Hier hat sie über Jahrzehnte sowohl das Gesellschaftsrecht als auch das Arbeitsrecht, und zwar in seiner vollen Breite, vertreten – und damit im Grunde zwei Lehrstühle in einer Person ausgefüllt. Unvergessen bei jedem, der ihre Vorlesungen und Seminare besuchte, sind nicht nur die anschaulichen, oft humorvoll eingekleideten Beispiele, sondern auch der Praxisbezug, der ihr besonders wichtig ist, und für den sie in Vorlesungen und Übungen gerne hochaktuelle Fallstudien heranzieht. Dass sich ihre Seminare besonders bei ausländischen Studentinnen und Studenten größter Beliebtheit erfreuten, versteht sich angesichts ihrer internationalen Aufgeschlossenheit von selbst. Windbichler will dabei nie nur geben, sondern ist begierig, von ihrem Publikum selbst etwas zu lernen.

Mit ihrem Schaffen und Wirken hat sich die Jubilarin weit über den engeren Kreis der Rechtswissenschaft hinaus höchste Anerkennung verschafft. Schon 1994 wurde sie in die Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften gewählt, der sie bis heute in vielfältigen Funktionen dient. 2011 folgte die Aufnahme in die Leopoldina, Nationale Akademie der Wissenschaften und somit Dach und Krone der deutschen Akademien. Hoch gefragt war und ist die Jubilarin auch in der Praxis – weniger als Erstellerin lukrativer Privatgutachten, sondern an Stellen, an denen sie ihre Expertise zum Nutzen der Sache einbringen kann, zugleich aus diesem Engagement Anstöße für die eigene Lehre und Forschung erhält. Das betraf, um nur die wichtigsten Engagements zu nennen, Aufsichtsräte und Beiräte (u.a. für die Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz und für das Bundeswirtschaftsministerium), den Verbandsausschuss des Deutschen Arbeitsge-

richtsverbandes, den Arbeitskreis Wirtschaft und Recht oder, über viele Jahre und mit besonderem Engagement, die Abschlussprüferaufsichtskommission (APAK). Hervorzuheben ist daneben ihr Wirken als Vizepräsidentin der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG), ein Amt, das sie 2008 übernahm und bis 2014 sehr erfolgreich bekleidete.

Privat fand die Jubilarin Erfüllung in der Ehe und Partnerschaft mit ihrem kongenialen, leider viel zu früh verstorbenen Gatten Paul Baltes, Psychologe und Direktor am Berliner Max-Planck-Institut für Bildungsforschung sowie Wegbereiter der Lebensspannenforschung, der mit ihr die interdisziplinäre Neugier, den Mut zur Grenzüberschreitung, aber auch die Freude am guten Leben und den schöngestigen Dingen wie Musik und Architektur teilte. Gemeinsam und mit Freunden verbrachten sie eine glückliche Zeit in ihrer hoch über dem Lietzensee gelegenen Charlottenburger Wohnung oder im Feriendomizil auf den Outer Banks in North Carolina. In dieses transatlantische Refugium, das sie gleichermaßen großzügig mit Gästen und Freunden teilten, zog sich Windbichler gerne zurück, um Abstand zum hektischen Berliner Alltag zu finden und um in der nordamerikanischen Abgeschiedenheit an Ideen zu tüfteln, Texten zu schreiben oder Doktorarbeiten zu lesen. Die nahegelegene Duke University bot ihr dabei die willkommene Gelegenheit, ihren reichen Erfahrungsschatz in Vorlesungen zur Comparative Corporate Governance mit wissbegierigen amerikanischen und internationalen Studierenden zu teilen.

Obwohl seit einigen Jahren entpflichtet, ist Windbichler keineswegs in den Ruhestand getreten. In der Berlin-Brandenburgischen Akademie und in der Leopoldina wirkt sie weiterhin als aktives Mitglied, deutschen und internationalen Forschungsorganisationen steht sie mit großem Einsatz uningeschränkt als gefragte Fachgutachterin zur Verfügung und in der Fakultät ist sie als „Feuerwehfrau“ zur Stelle, wenn es irgendwo „brennt“. All das schafft die Jubilarin mit der ihr eigenen Souveränität, die das Rampenlicht nicht scheut, aber genauso wenig braucht oder gar sucht. Sich selbst mit Lorbeeren zu schmücken, überlässt sie lieber anderen.

Wir hoffen, Christine Windbichler mit dieser Festschrift ein Geschenk zu übergeben, das ihre Lehrer- und Forscherinnenpersönlichkeit gebührend ehrt. Es zeichnet sich dadurch aus, dass nicht nur die beiden Hauptarbeitsgebiete der Jubilarin – das Gesellschafts- und das Arbeitsrecht – mit namhaften Vertretern der Fächer vertreten sind, sondern dass auch ihre übrigen Interessenschwerpunkte abgebildet werden. Fast alle Beiträge spiegeln in der Art, wie sie ihr Thema auswählen, anpacken und verbinden, den neugierigen, weltoffenen Ansatz der Jubilarin wieder, der eigene, teils ungewohnte Wege nicht scheut. Den Autorinnen und Autoren sei daher an dieser Stelle ganz herzlich für ihren Einsatz (mit Bibliotheksschließungen wegen Corona!) ebenso gedankt wie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der beteiligten Lehrstühle, die mit selbstlosem, bisweilen überobligatorischem Einsatz

für das plangemäße Erscheinen dieser Festschrift gesorgt haben. Ebenso danken wird dem Verlag Walter de Gruyter und seinen tatkräftigen Mitarbeitern, dass das Werk in diesem traditionsreichen Berliner Haus erscheinen darf und so die Reihe herausragender rechtswissenschaftlicher Festgaben, die dort bereits veröffentlicht worden sind, in würdiger Weise fortsetzt. Nicht zuletzt gilt unser Dank den Spendern, die das Erscheinen der Festschrift ermöglichen haben, namentlich der Deutschen Forschungsgemeinschaft, der Kanzlei WilmerHale, dem BDA und der Humboldt European Law School Stiftung.

Der Jubilarin wünschen wir, dass sie im kommenden Lebensabschnitt neben neuen juristischen „Entdeckungen“ weiter Zeit für die schönen Dinge des Lebens findet. Auf dem Golfplatz wird man sich Christine Windbichler auch in Zukunft nicht vorstellen können – schon eher in der von ihr so geliebten Philharmonie oder auf dem Motorrad, auch wenn das Gefährt zuletzt etwas häufiger in der Garage geparkt blieb. In der wissenschaftlichen Community bleibt Windbichler ganz sicher präsent, sei es als scharfsinnige Autorin, wortgewandte Diskussionsteilnehmerin, gefragte Gutachterin und Dozentin oder, last but not least, als Wegweiserin für den in jeder Hinsicht über Grenzen spähenden Blick. Wir hoffen, dass wir all dies und vieles mehr noch lange mit ihr teilen dürfen und wünschen Christine Windbichler gemeinsam mit den Autorinnen und Autoren dieser Schrift sowie mit Kollegen, Schülern und Weggefährten zu ihrem runden Geburtstag von Herzen alles Gute.

*Gregor Bachmann
Stefan Grundmann
Kaspar Krolop
Anja Mengel*

Die Herausgeber danken für großzügige finanzielle Unterstützung
bei der Herstellung dieser Festschrift:

Deutsche Forschungsgemeinschaft

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

WilmerHale

European Law School

(Berlin/London/Paris/Rom/Amsterdam/Athen/Lissabon)

mit Humboldt European Law School Stiftung

Christine Windbichler zum 70. Geburtstag

CHRISTIAN ARMBRÜSTER
GREGOR BACHMANN
THEODOR BAUMS
WALTER BAYER
FRANK BAYREUTHER
BURKHARD BOEMKE
CHRISTOPH BRÖMMELMEYER
RICHARD M. BUXBAUM
MATTHIAS CASPER
GERHARD DANNEMANN
MEINRAD DREHER
KATHARINA DE LA DURANTAYE
JENS EKKENGA
CHRISTOPH ENGEL
ANDREAS ENGERT
LORENZ FISTRICH
ANDREAS MARTIN FLECKNER
HOLGER FLEISCHER
AXEL FLESSNER
TIM FLORSTEDT
MARTIN FRANZEN
INGA FROHMANN
CARSTEN GERNER-BEUERLE
STEFAN GRUNDMANN
BARBARA GRUNEWALD
MATHIAS HABERSACK
SILVIO HÄNSENBERGER
LUTZ HAERTLEIN
JOHANNES HAGER
KRISTINA HARRER-KOULIEV
FELIX HARTMANN
MARTIN HENSSLER
HERIBERT HIRTE
PETER HOMMELHOFF
KLAUS J. HOPT
MATTHIAS JACOBS

SUSANNE KALSS
JENS KOCH
MICHAEL KORT
RÜDIGER KRAUSE
GERD KRIEGER
KASPAR KROLOP
KATJA LANGENBUCHER
THOMAS LOBINGER
LINA LUYKEN
ANJA MENGEL
HANNO MERKT
RALF MICHAELS
HANNAH MODI
SVEN MÖLLER
FLORIAN MÖSLEIN
HANS-FRIEDRICH MÜLLER
ANDREAS NELLE
ULRICH NOACK
EVA INÉS OBERGFELL
HARTMUT OETKER
CHRISTOPH G. PAULUS
HERMANN REICHOLD
REINHARD RICHARDI
KARL RIESENHUBER
MARKUS ROTH
GIESELA RÜHL
FRANZ JÜRGEN SÄCKER
CARSTEN SCHÄFER
JAN-ERIK SCHIRMER
KARSTEN SCHMIDT
KLAUS ULRICH SCHMOLKE
WOLFGANG SCHÖN
CLAUDIA SCHUBERT
PETER SCHÜREN
JOACHIM SCHULZE-OSTERLOH
ULRICH SEIBERT

WOLFGANG SERVATIUS
REINHARD SINGER
GERALD SPINDLER
THOMAS STAPPERFEND
GAABRIEL TAVITS
CHRISTOPH TEICHMANN
JAN THIESSEN
TOBIAS TRÖGER
EBERHARD VETTER
GERHARD WAGNER
GABRIELA V. WALLENBERG
ARTUR WANDTKE

MARTIN WEBER
MANFRED WEISS
AXEL V. WERDER
HARM PETER WESTERMANN
HERBERT WIEDEMANN
ISABELLE WILDHABER
JAAP WINTER
ROLAND WOLF
JOACHIM WUTTE
MIKO YEBOAH-SMITH
DIRK ZETZSCHE

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autoren	XIII

I. Grundfragen des Privatrechts und der Rechtswissenschaft

RICHARD M. BUXBAUM The Long Life of Property Through War and Revolution	3
GERHARD DANNEMANN Judges and Legislators as Comparative Lawyers	19
CHRISTOPH ENGEL Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft – Spurensuche im Jahrgang 2019 der ZGR	33
ANDREAS ENGERT Gleichbehandlungsgebote als Vertragshilfe	51
STEFAN GRUNDMANN Vertrauen und (EU-)Kapitalmarkt – Theorie und Fallstudien zu einer neuen Mesotes im Wirtschaftsrecht	67
RALF MICHAELS Rechtliches Wissen in der Krise – Eine Zeitkapsel	97
CHRISTOPH G. PAULUS Unentgeltlichkeit, Schenkung und die Dresdner Frauenkirche – Grundsatzfragen zur Entscheidung BGHZ 157, 178	119
REINHARD RICHARDI Lebensschutz durch anonyme Geburt?	133
REINHARD SINGER Grundrechte im Privatrecht: Eingriffsverbote, Schutzgebote und Teilhaberechte	139

GERHARD WAGNER UND LINA LUYKEN	
Haftung für Robo Advice	155

II. Arbeits- und Mitbestimmungsrecht

FRANK BAYREUTHER	
Die Air Berlin Insolvenz, das Konsultationsverfahren und die Anzeige nach § 17 KSchG – ein (Kurz-)Lehrstück des deutschen Massenentlassungsrechts	179
BURKHARD BOEMKE	
(Organ-)Kontinuität im Betriebsverfassungsrecht – oder: der ewige Betriebsrat	191
MARTIN FRANZEN UND JOACHIM WUTTE	
Betriebsrentenanpassung: Berechnungsdurchgriff im faktischen Konzern nach geltendem Konzernhaftungsrecht	215
FELIX HARTMANN	
Contract Governance im Arbeitsverhältnis	231
MATTHIAS JACOBS UND HANNAH MODI	
Kein Schutz der Sitzgarantie der Gewerkschaften nach § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG bei einer SE-Gründung durch Umwandlung	249
RÜDIGER KRAUSE	
CSR-Berichterstattung über Arbeitnehmerbelange zwischen heteronomen Marktimpulsen und autonomen Lernprozessen	269
THOMAS LOBINGER	
Freiheitlich verfasste Tarifpluralität als bleibende Aufgabe der Rechtswissenschaft	289
ANJA MENGEL	
Digitale Betriebssteuerung und die betriebsverfassungsrechtlichen Begriffe für Betriebe und Betriebsteile	309
HARTMUT OETKER	
Mindestanteil von Frauen und Männern im Aufsichtsorgan paritätisch mitbestimmter börsennotierter SE – zugleich ein Beitrag zu den Schranken der Beteiligungsvereinbarung	323

HERMANN REICHOLD	
Betriebsvereinbarung als Vertragsersatz? Eine (auch ökonomische) Analyse der BAG-Rechtsprechung zur ablösenden Betriebsvereinbarung	343
KARL RIESENHUBER	
Die sogenannte „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ von Vereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	353
PETER SCHÜREN	
Tarifliche Boykottpflicht für Verleiher – ein grobes Beispiel für „virtual representation“ im tariflich geregelten Arbeitskämpfrecht	373
GAABRIEL TAVITS	
Specifics of Collective Labour Relations in the Digital Economy: Case of Estonian Law	385
CHRISTOPH TEICHMANN	
Der „Zankpfel“ unternehmerische Mitbestimmung im Entstehungsprozess der Mobilitätsrichtlinie 2019	395
ARTUR WANDTKE	
Das Arbeitnehmerurheberrecht – eine Baugrube in der Urheberrechtswissenschaft	413
MANFRED WEISS	
Arbeitnehmermitwirkung in der EU – quo vadis?	425
ISABELLE WILDHABER UND SILVIO HÄNSENBERGER	
Employer’s Claims to Social Media Accounts Used for Business Purposes	439
ROLAND WOLF UND KRISTINA HARRER-KOULIEV	
Geschäftsgeheimnisgesetz: Eine neue Herausforderung für das Arbeitsrecht	457

III. Gesellschaftsrecht und Corporate Governance

CHRISTIAN ARMBRÜSTER	
Wissenszurechnung in Kapitalgesellschaften, insbesondere bei der D&O-Versicherung	473

GREGOR BACHMANN	
Why Is There No U.S. Code of Corporate Governance? – Some comparative observations on corporate governance regulation	495
THEODOR BAUMS	
Bestellung eines Unternehmensmonitors im Ordnungswidrigkeitenverfahren	521
WALTER BAYER UND SVEN MÖLLER	
Stellvertretung bei der verbandsrechtlichen Beschlussfassung	535
MEINRAD DREHER	
Die Begründungspflicht für den Vorschlag zur Wahl von Mitgliedern des Aufsichtsrats nach § 124 Abs. 3 S. 1 AktG – ein Plädoyer de lege ferenda	553
JENS EKKENGA	
Überschießende Regelungstendenzen bei Zwangsbesicherungen nach dem Realkautionsprinzip im Gesellschaftsrecht	563
LORENZ FASTERICH	
Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter gegenüber Eigenbelangen „ihrer“ GmbH?	579
ANDREAS MARTIN FLECKNER	
Das Gesellschaftsrecht in den Institutionen des Gaius	603
HOLGER FLEISCHER	
Einpersonen-Kapitalgesellschaften: Ein dogmengeschichtlicher Rechtsvergleich	623
AXEL FLESSNER	
Gesellschaftsrecht und internationaler Investitionsschutz	643
TIM FLORSTEDT	
Der deutsche Rechtsrahmen für Loan-to-own-Strategien	659
CARSTEN GERNER-BEUERLE	
Of Convergent Evolution and Legal Transplantation: The International Diffusion of the Duty of Care and the Business Judgment Rule	679

BARBARA GRUNEWALD Probleme bei der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB bei Kaufverträgen über Kommanditanteile	699
MATHIAS HABERSACK „Corporate Purpose“	707
LUTZ HAERTLEIN Legalitätspflicht, Vorstandshaftung und rechtliche Unsicherheit . .	719
JOHANNES HAGER Wechsel vom Stakeholder zum Shareholder?	731
MARTIN HENSSLER Internationale Anwaltskonzerne – berechnigte und überholte Hürden im nationalen Recht	739
PETER HOMMELHOFF Unabhängige Aufsichtsratsmitglieder in der faktisch konzernierten Börsengesellschaft	759
KLAUS J. HOPT UND AXEL V. WERDER Aufseher im Aufsichtsrat – Governanceprobleme und Regulierungsansätze (am Beispiel des Enforcement der Rechnungslegung)	775
SUSANNE KALSS Aufsichtsratspflicht und dessen Zusammensetzung in der österreichischen GmbH	799
JENS KOCH Konzerninterne Informations- und Mitwirkungspflichten im Lichte des Europarechts	817
MICHAEL KORT Organpflichten beim Whistleblowing: Paradigmenwechsel durch die Hinweisgeber-Richtlinie?	837
GERD KRIEGER Nochmals: Zum Anwendungsbereich des § 287 Abs. 3 AktG in der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA	857

HANNO MERKT	
Kapitalmarktrecht zur Abwehr verdeckten Beteiligungsaufbaus durch ausländische Investoren? – Der Fall Li Shufu / Daimler AG	873
FLORIAN MÖSLEIN	
A Nexus of Smart Contracts? Gesellschaftsrechtspraxis und -theorie im Spiegel der Blockchain	889
HANS-FRIEDRICH MÜLLER	
Konzernhaftung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht	905
ANDREAS NELLE	
„Management Letter“ der GmbH-Geschäftsführer – Auskunftspflichten und Haftung der Geschäftsführung beim Verkauf von Geschäftsanteilen der GmbH	925
ULRICH NOACK	
Künstliche Intelligenz und die Unternehmensleitung	947
MARKUS ROTH	
Neujustierung der deutschen Unternehmensverfassung nach der COVID-19-Pandemie	963
CARSTEN SCHÄFER	
Innengesellschaft – die Zündapp unter den Gesellschaften	981
JAN-ERIK SCHIRMER	
Metaphern und Menschenrechtshaftung im Konzern	997
KARSTEN SCHMIDT	
Zum Gesellschaftsrecht der Handelsvertreter-GmbH – Eine Skizze –	1015
KLAUS ULRICH SCHMOLKE	
Whistleblowing im Konzern – Einige Gedanken zu den rechtlichen Rahmenbedingungen konzernweiter Hinweisgebersysteme	1021
WOLFGANG SCHÖN	
Zur Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers im Europäischen Gesellschaftsrecht	1039
CLAUDIA SCHUBERT	
Zur Begrenzung der Vergütung von Vorstandsmitgliedern	1065

ULRICH SEIBERT	
Zukunftsüberlegungen zur Corporate Governance	1081
WOLFGANG SERVATIUS	
Bezugsrechtskapitalerhöhung „unter Wert“	1093
GERALD SPINDLER	
Der Konzern im Konzern im Aktien- und Mitbestimmungsrecht	1111
EBERHARD VETTER	
Unternehmenskauf und Vertretung der AG durch den Aufsichtsrat	1129
MARTIN WEBER	
Das Verständnis des verständigen Anlegers	1147
HARM PETER WESTERMANN	
Der Aufsichtsrat der AG – ein überfordertes Unternehmensorgan?	1163
HERBERT WIEDEMANN	
Abschied vom GmbH-Konzern?	1185
JAAP WINTER	
Addressing the Crisis of the Modern Corporation: The Duty of Societal Responsibility of the Board	1191

IV. Bilanzrecht

JOACHIM SCHULZE-OSTERLOH	
Der Anspruch des stillen Gesellschafters gegen den Inhaber des Handelsgewerbes, den Jahresabschluss aufzustellen	1215
THOMAS STAPPERFEND	
Die Entwicklung der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz	1225
JAN THIESSEN	
Zoologisches Bilanzrecht	1243

V. Wirtschaftsrecht und Marktordnung

CHRISTOPH BRÖMMELMEYER The Solvency II System of Governance – Minimum Requirements for Key Functions	1275
MATTHIAS CASPER Der Berliner Kairos Kreis, die religiösen Sozialisten und ihr möglicher Einfluss auf unsere Wirtschaftsordnung – eine Skizze . .	1291
KATHARINA DE LA DURANTAYE <i>Danger Mouse</i> im <i>Kraftwerk</i> – Grauzonen zwischen Kunstfreiheit und Urheberrecht	1323
HERIBERT HIRTE UND INGA FROHMANN „Law in the Making“ - am Beispiel von Sustainable Finance	1335
KASPAR KROLOP Möglichkeiten und Grenzen des Rechtsvergleichs in der Praxis beim No Creditor Worse Off-Vergleich im Abwicklungsregime für Banken	1351
KATJA LANGENBUCHER Financial Rewards for Whistleblowing and Motivation Crowding Theory – A Lesson from Psychology for Transposing EU Directive 2019/1937	1379
EVA INÉS OBERGFELL IP durch KI? – Maschine vs. Mensch im Urheberrecht	1397
GIESELA RÜHL Die Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen: Die französische <i>Loi de vigilance</i> als Vorbild für ein deutsches Wertschöpfungskettengesetz?	1413
FRANZ JÜRGEN SÄCKER Solo-Selbständige und Wettbewerbsrecht – Überlegungen zur Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV –	1435

TOBIAS TRÖGER

Marktdisziplin gegen Klimawandel – Veröffentlichungspflichten
von Finanzmarktteilnehmern als Baustein der europäischen
Strategie zur nachhaltigen Finanzierung 1447

GABRIELA V. WALLENBERG

EU-Fusionskontrolle und außerwettbewerbliche Ziele 1461

DIRK ZETZSCHE und MIKO YEBOAH-SMITH

Rechtsrahmen zur Finanzierung der Energie-, Digital- und
Nachhaltigkeitswende? – Zu Infrastruktur-Investments unter
der AIFM-RL und dem KAGB 1475

Schriftenverzeichnis von CHRISTINE WINDBICHLER 1493

Autorenverzeichnis 1509

I. Grundfragen des Privatrechts und der Rechtswissenschaft

The Long Life of Property Through War and Revolution

RICHARD M. BUXBAUM*

Christine Windbichler is able – as few are – to provide rigorous doctrinal and policy analysis by means of beautifully chosen examples.** I have been an envious fan of her work ever since reading her antitrust analysis of tying arrangements through the lens of the Oberammergau Passion Play.¹ While it is foolish to try to emulate her, I have come upon a topic justifying the effort even if the legal lesson potentially to be learned from its version of the Passion Play is barely worth generalization.

This generalization – if the following narrative can even claim one – is that property lasts longer than human life; is entitled to legal protection across generations of claimants; and receives almost instinctive respect from those in charge of the public purse from which such a claim would be satisfied, respect not always found when claims based on lost life, liberty, health or happiness are presented. Every generalization needs to be qualified, and in lieu of a Conclusion some of these are presented.

I. The First Claim, the Barrier to Its Satisfaction, and Its Satisfaction

Friedrich Viktor Friedländer (as the name implies, of Jewish descent) was born in 1858 in Gleiwitz, Upper Silesia. In 1891 he married Milly Fuld –

* This essay could not have been written without the vital and engaged assistance received from the Deutsche Bank Historisches Institut – from its Director, Prof. Dr. Manfred Pohl during my first visit in 1999; and from his successor, Dr. Martin Müller and his colleague Mr. Reinhard Frost on my return to this project a decade later. My thanks also to the staff of the Deutsche Bundesbank Archiv, who was kind enough not only to help identify but also to provide copies of the Protocols of the Inter-Agency Committee used in Part II of this contribution. I also thank Dr. jur. Sandra Schmieder (LLM Berkeley) for her excellent assistance during the initial research phase of this project, especially for her analysis and evaluation of the Deutsche Bank and Bundesbank materials discussed herein.

** Due to the Corona Crisis and the closure of libraries some references in the footnotes had to be omitted.

¹ “Über die Passion des Wettbewerbs in Deutschland”, in: *Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag* (1991), 793 .

hence Friedländer-Fuld; converted to the Lutheran faith in 1898; was raised to the Prussian lower nobility in 1906 – hence von Friedländer-Fuld; and was the undisputed “King of Coal” of that region. As his entry in the *Deutsche Biographie* puts it, he was recognized as one of the most brilliant and successful representatives of the economy of the Reich in the era before the First World War.² He also was one of the richest men of the era; and the fact that in the vernacular German “Kohle” became and remains a synonym for wealth may well be traceable to him.

It is the Friedländer-Fulds’ daughter, *Marie-Anne*, who is the subject of this essay. Her first marriage to *John Power Bertram Ogilvy Freeman-Mitford*, Fourth Baron Redesdale, in early 1914 in Berlin, was the event of the season, even abroad.³ It also ended almost immediately, after the bridegroom returned to England later that year and the bride successfully filed for divorce – one month before the guns of August roared.⁴ Her second marriage, in 1920, was to *Richard von Kühlmann*, whose distinguished service in the Foreign Office and equally distinguished but controversial role in the fierce debates over the sense of continuing to prosecute the war deserves and has received its own biographical notice.⁵ It also ended in divorce, after only three years. In that same year Marie-Anne converted to Judaism and married Baron Rudolf Maximilian von Goldschmidt-Rothschild, of the banking dynasty but himself a painter. It was the Baron’s second marriage and, like his first and her first two, also ended in divorce. But with that marriage and the name “Baroness Maria Anna von Goldschmidt-Rothschild”

² The full entry can be found at <https://www.deutsche-biographie.de/sfz52978.html> (all url references throughout were last accessed on 1 July 2020).

³ GERMAN COAL KING’S HEIRESS MARRIED; Fraulein von Friedländer-Fuld the Bride of the Hon. John Freeman-Mitford, *New York Times*, Jan, 7, 1914, p. 4.

⁴ “*The New Times* Correspondent learns that no secret is any longer made of the fact that divorce proceedings between the daughter of the German “Coal King,” Herr von Friedländer-Fuld, and her husband of six months, the Hon. John Freeman-Mitford, son of Lord Redesdale, are now imminent. Both sides have already placed their cases in the hands of counsel. The divorce is sought by the bride. “Mr. Freeman-Mitford returned to Berlin from England a few days ago, evidently for the purpose of defending the suit, which will, of course, be tried before the German courts. A ‘sensational divorce’ case from the point of view of the public is not likely, because it is usual on the request of either side for the court to decide to hold the proceedings in camera. Under such circumstances it is illegal for the newspapers to publish any account of the testimony or even to give the verdict.” *New York Times*, July 8, 1914 [story title and subtitles omitted], as copied in <http://theesotericcuriosa.blogspot.com/2013/07/uncle-jiksy-mitford-girls-rolling.html>.

⁵ See the biographical Review Essay of von Kühlmann’s unpublished Memoirs, Walter Götz, “Die Erinnerungen des Staatssekretärs Richard von Kühlmann”, Munich 1952, available at https://www.zobodat.at/pdf/Sitz-Ber-Akad-Muenchen-phil-hist-Kl_1952_0001-0054.pdf.

she appears in 1926 before the Permanent Court of International Justice and enters this account of property and its legal protection.⁶

Cases No. 6 and 7 of the Court's Collection of Judgments, both titled "Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia", involved the actual or planned expropriation by Poland of a number of major agricultural estates⁷. The Polish claim was based principally on Article 256 of the Versailles Treaty and the subsequent Convention of 1922 between Germany and Poland.⁸ These provisions permitted Poland to expropriate estates owned by the German Reich without compensation under specified conditions. Poland claimed this provision, obviously referring to state property generally speaking, was the authority for its reading of Article 5 of the German-Polish Convention as justifying the expropriation of these large agricultural states. The Court disagreed:

"...[T]he idea which clearly emerges from Head III of the Geneva Convention⁹ is...that expropriation, in the cases and under the conditions mentioned therein, *is the only measure not allowed by generally accepted international law* which may be taken in regard to German private property in Polish Upper Silesia."

"...[T]he Court, though in no way denying that the liquidation regime established by the Treaty of Versailles and the actual measures of expropriation permitted by [Title III of the German-Polish Convention] apply to *German private property* as such, cannot attach to the fact that Articles 2 and 5 of the

⁶ Her father had died in 1917 and his testament left his properties to her, in a form more particularly described below.

⁷ Series A – No. 7, Collection of Judgments – Publications of the Permanent Court of International Justice (Leyden 1926). The companion case, No. 6 in the series, involved jurisdictional issues; but to the extent it bears on the road to the merits it also is cited below. The larger story of the establishment and fate of these estates – as much political as legal and spanning both an earlier period and that of the decade following the issuance of these judgments and running into the fraught Polish relations with the Third Reich – is thoroughly explored in I Giuseppe Motta, *Less Than Nations* (2003), especially at 295–325.

⁸ Article 256: "Powers to which German territory is ceded shall acquire all property and possessions situated therein belonging to the German Empire or to the German States, and the value of such acquisitions shall be fixed by the Reparation Commission, and paid by the State acquiring the territory to the Reparation Commission for the credit of the German Government on account of the sums due for reparation.

"For the purposes of this Article the property and possessions of the German Empire and States shall be deemed to include all the property of the Crown, the Empire or the States, and the private property of the former German Emperor and other Royal personages." For an English translation of the relevant provisions of the 1922 Agreement, generally known as the "Geneva Convention of 1922", see Georges Kaeckenbeek, *The International Experiment of Upper Silesia* (1942). For a useful recent evaluation of the Upper Silesia Mandate generally, see Michael Erpelding, "Local International Adjudication: The Groundbreaking 'Experiment' of the Arbitral Tribunal for Upper Silesia" in same, B. Hess & H. Ruiz Fabri, eds., *Peace Through Law: The Versailles Peace Treaty and Dispute Settlement After World War I* (2019), 277.

⁹ I.e., Title III of the cited German-Polish Convention (concerning Expropriation).

law of July 14th, 1920, apply to a certain class of property, no matter what the nationality of the owners may be, [or] the importance and effect which are attributed to that fact by Poland. Even if...the law applies equally to Polish and German nationals, it would by no means follow that the abrogation of private rights effected by it in respect of German nationals would not be contrary to [Title III]...Expropriation without compensation is certainly contrary to [Title III]; and a measure prohibited by the Convention cannot become lawful under this instrument by reason of the fact that the State applies it to its own nationals.”¹⁰

Political arguments about the situation, which was unacceptable to the Polish government then and later, continued even into the era of Polish accommodation to the new Third Reich,¹¹ but with this Opinion the legal bases of those discussions ended. In any event, all of this review of the legal framework is academic *obiter dicta*, since in the *von Goldschmidt-Rothschild* case the Polish Government officially repealed the expropriation order, leading the Court to declare that particular dispute moot. Mooted or not, however, the case provided the background for the far more complicated sequel that arose after the Second World War.

II. The Second Claim, the Barrier to Its Satisfaction, and Its Satisfaction

Only in 1940 did Baroness von Goldschmidt-Rothschild and her children manage to emigrate. She had become a French subject, and their voyage to safety took them from France via Spain and Portugal first to Mexico, and then on to the United States, where she settled in Beverly Hills, California.

She was the primary heiress¹² of her father’s estate; in the present context the inheritor of almost all of the membership interests – *Kuxe*¹³ – of two

¹⁰ Ibid. Note how this statement resonates with the later PCIJ Judgment in the “Minority Schools in Albania, Advisory Opinion, 1935 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 64, in which the fact that all private schools whether Greek or Albanian were prohibited did not matter since the only private schools were Greek. Here the only large agricultural estates (with the exception of Prince Radziwill’s) were German.

¹¹ See Motta, *supra* n. 7.

¹² The “Vorerbin” (provisional heiress), a complex legal term denoting full dispositive power over the inheritance, subject to a duty not to diminish the value of the inherited property unduly to the detriment of the successor heir/ess. For U.S. comparative purposes a bequest subject to a power of appointment may be a useful though imprecise analogy. In the Friedländer-Fuld family context, it seems clear that the testator’s widow (who lived until 1943, following her husband’s death in 1917) would have been the beneficiary of another disposition and did not need to be designated the *Vorerbin*.

¹³ The *Kux* was a type of mining-company share ownership with the unique feature of being subject to further calls on its owners for payment as the mine was further developed; see Richard Buxbaum, “The Provenance of No-Par Stock: A Comparative History”, in

Upper Silesian coal mines, Charlotte and Rybnik. In 1931 and 1932 she had taken up substantial credits from Swiss banks against the security of these ownership interests. She later also agreed personally to become jointly liable on the debts.

In 1941, after her emigration, these interests were subject to the Aryanization decrees of the Third Reich and “purchased” by the Reichswerke AG für Erzbergbau und Eisenhütten “Hermann Göring”, an *Imperium in Imperio*, (and itself only one of three sectoral Göring Reichswerke). This sectoral entity owned 17 sub-sectoral affiliated-enterprise systems (i.e., *Konzerne*). In the third of these we find the “Bergwerksverwaltung Oberschlesien GmbH, Reichswerke ‘Hermann Göring’, Kattowitz, with four subsidiaries; one of these, “Erzbergbau Ost GmbH, Kattowitz,” seems to be entity involved in this narrative.¹⁴

In the purchase agreement [sic] the purchasing entity accepted the obligation of satisfying any remaining claims of the Swiss creditor banks and to hold the seller harmless in this regard.

Soon after World War II, in 1952, the Swiss bank creditors pressed Baroness von Goldschmidt-Rothschild to satisfy their claims, bringing an action in a Swiss court to pursue the matter.¹⁵ This dispute remaining unresolved, she filed a claim in a Hamburg court in 1956 against the Federal Republic and the AG [stock corporation] für Berg- und Hüttenbetriebe, successor to the mentioned sectoral Reichswerke Hermann Göring. Two issues were involved: one for the value of the properties; the other for relief from the Swiss banking claims on the guarantees (claims still pending before the Swiss court). The corporate defendant took the expectable position that only the German Reich was responsible; that its predecessor had merely acted as a trustee-agent for the Reich.¹⁶ In the context of this paper’s focus on public international law, however, it is, rather, the position of the Federal Republic that becomes interesting.

That position was formulated by the German Inter-Agency Committee, a public-and private sector group chaired by the redoubtable Josef Hermann Abs,¹⁷ the banker and head of the German negotiating team involved in the

Matthias Reimann, ed., *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820–1920* (1993) 99, 107 ff.

¹⁴ See August Meyer, *Das Syndikat – Reichswerke “Hermann Göring”* (1986) 203ff (207), a listing based on 1942 records.

¹⁵ I have not found any primary record of this action, but the German correspondence reviewed below speaks to this filing and its pendency.

¹⁶ A nice question, given it is beyond doubt that Göring personally was the moving force behind the 1941 action.

¹⁷ For his central role in this period (and later) see Lothar Gall, *Der Bankier Hermann Josef Abs: eine Biographie* (2004) and in a more immediate and personal sense, Manfred Pohl, *Hermann Josef Abs, Der Bankier – Eine Bildbiographie* (1981). Where not otherwise indicated, all archival references cited below are from the Abs Papers of the Deutsche Bank Historical Institute, supra note *.

formulation of the 1953 International Convention known as the London Debt Agreement.¹⁸ The Committee, established after LDA came into force, was tasked with consideration of the numerous borderline issues to which the Convention might be relevant.

The path to discussion of that position begins with the LDA itself. In very rough terms, it dealt with two categories of claims against the Federal Republic: claims based on prewar bonds issued by the Reich and by subordinate governmental as well as private-sector debtors, as well as foreign (mainly private-sector credit extensions to these bodies on the one hand; and Western Allied governmental claims based on postwar U.S. and British support of the devastated West German economy on the other.¹⁹ Both categories of obligations met their limits in the ability of the German government and economy to meet these obligations. The principal ceiling agreed to by the Allied governments was the famous or notorious Article 5, which dealt with the Federal Republic's obligation to pay reparations over and above the obligations it accepted in the Agreement. Article Five provided a moratorium of indefinite duration for three types of these claims; the here applicable subsection (2) is short enough to be quoted in full:

“Consideration of claims arising out of the second World War by countries which were at war with or were occupied by Germany during that war, and by nationals of such countries, against the Reich and agencies of the Reich...shall be deferred until the final settlement of the problem of reparations.”

This moratorium spawned considerable litigation before German courts and thorough academic evaluation²⁰. For present purposes, however, a less-studied subset of issues is relevant: the causal connection inherent in the

¹⁸ Agreement on German External Debts, Feb. 27, 1953, 333 U.N.T.S. 3; see its statutory incorporation, 1953 BGBI II, at 1200.

¹⁹ Whether there were French payments of this sort, and their amount if so, was a separate question.

²⁰ In particular, see the exhaustive history, based on primary sources, of *Ursula Rombeck-Jaschinski*, *Das Londoner Schuldenabkommen* (2005). An excellent analysis of the economic and financial context and consequences of the LDA, in particular to the Federal Republic, is that of Timothy Guinnane, “Financial ‘Vergangenheitsbewältigung’: The 1953 London Debt Agreement”, 40 *Bankhistorisches Archiv* 75 (2014). A portion of its introductory Abstract is worth quoting: “The London deal reflects a subtle and responsible understanding of the problems associated with the reparations and debt crises of the 1920s and 1930s, as well as fears about the moral hazard problems that would arise with making any part of the Agreement contingent on events Germany could influence. The generous terms offered to Germany reflected its central role in the European economy as well as U.S. foreign policy goals in the emerging Cold War.” *Id.* at 75.

For a brief legal history of the path to and negotiations over the LDA, with an emphasis on the formulation of the Article 5(2) moratorium provision as it bore on the obligations of the German private-enterprise sector, see Richard Buxbaum, “The London Debt Agreement of 1953 and Its Consequences”, in *Balancing of Interests – Liber Amicorum Peter Hay* (2005) 55.

phrase, “claims arising out of” the war. It is this phrase that turned out to be crucial to the determination of the Baroness’ claim.

Some borderline situations had been discussed during various phases of the negotiations. The most interesting of these, in my opinion, was the case of German (and in particular, Catholic Church-related) bonds issued between 1925 and 1930, often denominated in Dutch gulden and distributed both through typical financial underwriting channels and informal Dutch Catholic “parish to parish” channels to private purchasers.²¹ During the wartime occupation period, German authorities forced²² the presentation of these instruments for redemption at arbitrary exchange rates so low as to constitute *de facto* expropriation.

This course of events led the Dutch to classify these bonds as belonging to the same category as those of other prewar private-sector bondholders. In rebuttal, the German negotiators pointed out that these forced redemptions could only have occurred because of the German status as occupiers – and thus only during the war. This argument was accepted by their Allied counterparts, who consequently classified the Dutch claim as a species of reparations, subject to the cited moratorium.²³ This rejection of the Dutch argument led that country’s government to refuse participation in the Convention, with the paradoxical result that its prewar creditors (mostly bondholders) could not reap the benefits of the settlement.

In consequence, a fair number of claims originally held by Dutch citizens, ineligible for consideration because of their government’s refusal to ratify the LDA, were assigned to Swiss creditors of these claimants and presented by the Swiss assignees to the Committee, with essentially inconclusive results. These and similar cases resulted in numerous discussions both by this Committee and by a similar body established by the new Central Bank, the Bundesbank (successor to the Reichsbank); but the standoff was resolved only with the bilateral Dutch-German Treaty of April 8, 1960, one of the

²¹ See Richard Buxbaum, “Sovereign Debtors Before Greece: The Case of Germany”, 65 *Kansas Law Review* 59 (2016), at 91 ff.

²² I.e., under threat of criminal prosecution.

²³ This rendered a second argument moot. During the first years of the Third Reich, when all German bonds had defaulted on their interest-payment obligations, the German government offered to exchange hard-currency bonds for others paying interest in Reichsmark only. Those rejecting the offer were left with no current prospects of interest payments let alone repayment of principal otherwise immediately due under the terms of the issuance contracts. The LDA treated both classes of bondholders as the subjects of a “forced conversion” even if as a result, private-sector issuers faced the prospect, later mitigated by a postwar government guarantee, of paying twice. A special treaty exemption, however, rendered this treatment inapplicable to the bonds issued by Catholic Church organisations. See Article 23(5) of Annex IV of the LDA, specifically exempting Catholic Church bonds from the category of “forced conversions” the article applied to other German bonds held by Dutch claimants; see *Buxbaum*, *supra* n. 21, at 96.

14 such entered into between the Federal Republic and Western Allies (plus Sweden and Switzerland) settling a broad range of outstanding claims loosely classified as reparations-related. Because of the lingering effects of the Dutch exclusion from the benefits of the LDA generally and from the “forced conversion” benefits for the Catholic bondholders specifically, those claims were more or less hidden in the treaty, a multi-part agreement dealing with a number of items such border adjustments and settlement of financial accounts.²⁴

A major second category is intriguing because it reveals the blurred line between life and property, a line blurred in part by class distinctions. It concerns the savings accounts of the forced laborers and prisoners of war brought to wartime Germany by the millions, most of whose wages²⁵ were paid into blocked accounts but evidenced by the passbooks often held at least by the workers (some POWs, if “farmed out” to locations in the larger economy, may also have held such blocked savings accounts). Efforts of postwar forced-labor organizations and by the Western governments, especially and not surprisingly by the French, to claim satisfaction from the Federal Republic were rejected by its courts and then brought before the Inter-Agency Committee, resulting in more than four years of tortuous discussions and negotiations that bore almost no relation to the relatively modest sums actually involved.

That saga began in January 1954²⁶ with an Interagency Committee review of “outstanding wage accounts of prisoners of war, foreign laborers, etc.”²⁷ Some provisional regional “central banks” already had informed the provisional Central Bank (Bank deutscher Länder), predecessor of the later Bundesbank, of the existence and amounts standing in these accounts. In the case of POWs, art. 28 of the 1929 Geneva Convention had provided one guideline: There was no direct employment relationship between the pris-

²⁴ Vol. 509 U.N.T.S. 194. The full story, only referenced here, is told in Feaux de la Croix, „Staatsvertragliche Ergänzungen der Entschädigung“, in *Der Werdegang des Entschädigungsrecht*, (Fed.Min. Fin. & W. Schwarz, eds. 1985) at 231 ff.

²⁵ At pay scales defined by country of origin and religion; in descending order of amounts paid to Western, Eastern (“Ostarbeiter”), Polish and Jewish laborers. One bizarre regulation reflects the end stage vividly enough to be worth noting. In a Regulation of March 13, 1945 (1945 RGBI II, April 7, 1945), the Labor Czar Fritz Sauckel decreed that in light of the excellent productivity and morale of the *Ostarbeiter* their wages, tax obligations and social-insurance benefits should be set from March 31 on at the level of other (i.e., Western) laborers.

²⁶ In other words, well more than a year before the transfer of sovereignty to the Federal Republic became effective in May of 1955. The Minutes of this first meeting indirectly reveal that the “Allies” had expressed the wish to see this problem resolved and payments made to the owners of these (blocked) savings accounts. And from then on, the Allied High Commission became directly engaged in the further discussions.

²⁷ See the documentation of these sessions in Bundesbank Archiv, Section 49/69, Files 9566–3688.

oner of war and the particular employer (private or municipal firm); therefore, the POWs had no wage claim against these wartime employers. Furthermore, it was still unclear to what extent the latter had made payments directly into individual laborers' accounts or at least, without such identification, into a general POW camp account.

The next step in the Committee's analysis was to clarify – if that is the appropriate term – the fairly obvious point that these postwar wage claims at the time of their creation could not have been brought at the time they were “earned” against the individual firms,²⁸ but only against the detention camps or against the Reich (i.e., the Third Reich) itself. And thus, the LDA now would come into play; but not the art. 5 moratorium. Rather, and assuming it would be politic to use the LDA at all, the claims would fall under its art. 7, concerning the settlement of certain categories of claims:

“The Federal Republic of Germany will authorise payment of obligations outstanding at the date of the entry into force of the present Agreement, and authorise transfer within a reasonable time in respect of such obligations where appropriate in the light of the relevant provisions of the present Agreement and the Annexes thereto, provided that such obligations (a) are non-contractual pecuniary obligations which originated before 8th May, 1945, and the amount of which was not fixed and due before that date.”

Some of these savings-book accounts, however, belonged to French civilian laborers, who initially had been recruited through an originally voluntary program arranged with the Vichy Regime; these did not meet the art. 7 criteria, but would fall within the ambit of a separate process set out in art. 28 of Annex Four of the LDA, which governed wages, salaries and pensions based on employment:

“(1) The creditor shall be entitled to demand from the debtor payment to a foreign country of the amount owed in five equal yearly instalments, starting on 1st January, 1953....”

“From the debtor”, in the Committee's view, was a term of art and meant that not the Federal Republic but the particular employer would be responsible for these payments. So far as POW claims were concerned, however, the responsibility of the Federal Republic to satisfy them was clear; this was resolved at the very first meeting of the Committee. But that was only the start, not the end of the matter.

The first problem blocking expedited payments was the suggested procedure for presentation of both types of claims. Paraphrased, the Committee

²⁸ “Firms” implies civilian not military laborers, but it seems clear that even POWs were at times “farmed out” to employers, presumably large farms. While most forced laborers at farms (and even in households – mothers with three or more children under a certain age were “entitled” to domestic help) were in the civilian laborer category, at least large farmsteads did have POW laborers on the premises.

“held” that neither the military nor civilian departments of the Allied governments could present and demand payment of the claims in their own right. Only the depositary banks could do so, and they only as trustees (Treuhänder). It therefore was for the individual passbook holder to present and prove the claim, though granting a power of attorney to state or other organizations should be permitted.²⁹

To mitigate the burdens implicit in this approach, the Committee suggested that the passbook-holder lists held by the Hamburg and Düsseldorf provisional “central banks”, as well as by the Rastatt Volksbank in the French Zone of Occupation should be made available to the affected states – which in the main meant France.³⁰ These could then notify the holders [but at what current addresses a decade later?] or be used by those mentioned agencies and organizations already granted specific powers of attorney by the former. A few other restrictions were put into place; for example, that German firms involved with either type of workforce did not at this time already have to transfer funds to the “collective accounts” – *Sammelkonten* – (i.e., the general accounts that had been set up for the entire, typically national cohort of these laborers at each firm). Only current corrections to these lists would be required. Finally, the states representing the applicants were to have no right to any unclaimed amounts; the possibility of turning these over to an appropriate international organization was suggested, but only on an *ex gratia* basis.

The obvious objections to these cumbersome and inadequate procedures were not long in coming. Less than one month later the first discussions with representatives of the three Western Allies took place, and quickly descended into a morass of details that would try the patience of any reader. Especially the French representative argued against the proposed approach: The affected individuals had now waited almost a decade to receive their funds; an expeditious resolution was a matter of considerable political and social significance. The German side earlier had made clear that the only issue needing clarification was the avoidance of double payments, an issue for which the Allies would provide an appropriate guarantee. In sum, the only sensible

²⁹ The civilian claims, however, received a first warning shot across the bow: “assuming such claims could be brought”. This has to be understood as a placeholder for the possible applicability of the art. 5 moratorium.

³⁰ The Agency proposal did make clear that because the repayments were to be paid in German money, the citizenship of the claimant was irrelevant, an exception to the territorial limitations expressed in art. 10 of the LDA. The only limitation on that exception was a version of the “Hallstein Doctrine”; namely, that no payments would be made to subjects of states with which the Federal Republic did not have a diplomatic relationship (unless the federal Executive specifically permitted the transfers, such as to the Soviet Union itself and post-1949 Yugoslavia – but, again, that is another story).

resolution was to make the payments now to the respective governments, and they would take care of the transfers to the individual beneficiaries.

In response the German team brandished their theretofore sheathed sword: Since the states purporting to represent their former POWs could make their claims only against the Federal Republic, that would qualify as a type of reparations within the moratorium of art. 5(2) of the LDA.³¹ The German proposal therefore was a concession, not an obligation, and should be accepted as such. More arcane details followed, but the basic tenor was clear.

Rather than tracing the many ensuing discussions over the reach of the mentioned special provisions of the LDA, of the possibility that the waivers contained in the Allied-Italian Peace Treaty of 1947 applied to bar the passbook-wage claims of Italian military and civilian laborers, and of the constant disagreements concerning the scope of waiver provisions against possible further payments³² – rather than all these exhaustive details, one single year-long internal review of a private-sector firm's obligations to a Polish forced laborer will serve both to exemplify and to conclude this saga.

In January of 1957 the Dortmunder Bergbau AG requested an opinion from the Finance Ministry whether the claim of a Polish forced laborer could be rejected on the basis of LDA art. 5(2) or required compensation under its Annex 4 art. 1 par. 2 item n. 7 ("wage claims"). Months of inter-agency correspondence ensued, until the reply paraphrased here emanated from the Ministry in August.

First, Dortmunder Bergbau needed to determine whether it fit the art. 5(2) definition in that it had used the claimant's labor as an "agency of the Reich". However, this conclusion could not be reached simply on the basis of the private-law service or output agreements [zivilrechtliche Dienst- oder Werkverträge] it had concluded with the Reich. Further, the fact that the worker was housed in a guarded camp was not in and of itself sufficient to bring art. 5(2) into play. On the other hand, it also needed to be clarified [by whom was left unspecified] whether the seizure of the worker in Poland and his compulsory placement in a German camp would justify the assumption that no genuine employment relationship had existed, but only a rela-

³¹ At least by implication, that also would be true of Allied- state efforts to press the former "employers" of civilian workers if these firms chose not to enter into voluntary negotiations to settle the passbook claims.

³² Important because the number of confirmed claims and the sums sought in them were not determinable; thus either the German government would have to replenish the sums agreed on or the other governments would have to accept proportionate reductions in the "certified" amounts. That would be the case if the number and amount of these claims exceeded the projections on which the negotiations were based. The three mentioned banks did have records of the deposited (and blocked) payments, but these did not necessarily reflect all, especially civilian workers', claims.

tionship analogous to that of a POW; in which case the moratorium would apply. To paraphrase the response: ‘In that case there would have been no labor contract between you; instead, it would be a case of the Reich having put the worker at your disposition, under imposed conditions such as paying him a prescribed amount, in order to put your company in a position to act on behalf/by order of the Reich.’

“In checking whether a contractual relationship existed, extreme care should be used, since recognition of wage claims probably would immediately lead to numerous such demands and thus confront not only you but presumably other enterprises with significant claims of the same type.”

Dortmunder Bergbrau provided the somewhat hapless answer that while it had paid only RM 36 per month instead of the RM 170 normally paid Polish laborers, in the latter case that was before deductions for union dues [sic], room and board.

The relevant files, which were organized by the particular ministry that had created the memorandum or initiated the discussion, end at this point. These archives (the “Abs Archives” of the Deutsche Bank) provide no further information about this matter. It may be that the payments were deemed satisfactory; it may be that simple exhaustion had set in for the Allies; but it also may be that the prospect of indirectly subsuming these issues in the future Bilateral Treaty negotiations already foreshadowed by 1957 and in fact begun by 1959 with 14 Allied and Neutral countries³³ was the key.

And with that the story returns to the other coalmines and the core of the second act involving the Baroness von Goldschmidt-Rothschild.

In July of 1958 the action laid before the Hamburg court two years earlier was brought to the attention of the Federal Minister of Finance (which represented the government in the matter) by Dr. Franz Ludwig, a Lübeck attorney and notary representing the Baroness in that proceeding. His letter focused on the operation of the LDA moratorium and requested a statement of the Ministry’s position. Presumably this was an element of his litigation strategy; in any event it went unanswered, although a similar note sent to the AG für Berg- und Hüttenbetriebe provoked the expected response that its predecessor, the Reichswerke AG “Hermann Göring Werke” had acted only as an agency – literally, a trustee (Treuhand) – of the Reich and bore no responsibility for the transaction.

The next stage in the effort to break this impasse was the presentation three months later of a lengthy and thorough disquisition on all aspects of the LDA that might bear on the matter by the plaintiff’s expert, a Hamburg attorney by the name of Martin Luther. And this formal *Rechtsgutachten*,

³³ In the case of the Franco-German Treaty in 1960.

an opinion of some 35 pages addressed to the Ministry of Finance, did receive the desired attention from the Inter-Agency Committee. The Finance Ministry sent the document, along with its own provisional view of the legal aspects, to its institutional colleagues: the Foreign Office, the Economics Ministry, the Ministry of Justice, the Central Bank; and last but most certainly not least, to the Committee's informal Chair, Abs.

The exact sequence of events is provided in the Expert Opinion, and as it was not challenged on the facts by its recipients I use it here.

The two mines, Charlotte and Rybnik, being Polish entities until September 1939, were subject to the annual German-Swiss Credit Agreement (Deutsches Kreditabkommen = DKA),³⁴ which in its 1941 version allowed for the possibility of the German Reich taking over the proceeds of loans earlier made to debtors whose seat was in Eastern Upper Silesia, which had been absorbed into the Reich.³⁵ The Hermann Göring Werke, the "purchaser" of the mines, took on that repayment obligation. This, according to Luther's Opinion, occurred in the form of a Decision (Beschluss) of the Hermann Göring Werke of December 9, 1941. Repayment of these credits was deferred pursuant to each annually renewed Swiss-German Credit Agreement. Only in 1945, with the expiration of the last Agreement of 1944, was the repayment of the credits due. That this did not occur then goes without saying. And as mentioned, not long thereafter the Swiss Banks pressed the Baroness for repayment.

Luther's Opinion takes the position (again, uncontested) that the 1941 arrangement with the Swiss banks under the 1941 DKA did not enure to the benefit of the Baroness. In general legal terms I would say the "hold-harmless" phrasing in that purchase agreement amounted to an attempted novation, but one that would have no legal effect on the rights of the creditor against the primary joint debtor in the absence of a specific declaration to the contrary. Basically, I read the Luther Opinion as taking the same position.³⁶

The Opinion went on, as expected, to demonstrate why the LDA moratorium did not affect this claim. I spare the reader some of the more arcane details, in particular the effort, rejected by the Inter-Agency Committee, to read Appendix VIII of the LDA as overriding the art. 5(2) moratorium; as

³⁴ This is the concept later known as the "Standstill Agreements" the Reich also signed annually with the United Kingdom (until 1940) and with the United States (until 1942). These are a story unto themselves, but not one that can be pursued within the limits of this presentation. Their consequences were treated in the complex Annex III of the LDA; see UNTS No. 4764 at 150ff (1959).

³⁵ "Eingegliedert" – a legal term of art; literally, "made a member of".

³⁶ The German passage in the Opinion reads: "...beim Fehlen besonderer Stundungsvereinbarungen zwischen dem schweizerischen Bankverein und der Klägerin...."

will be clear from the following, that in any event was moot given the outcome of the Committee's deliberations.

The first internal reaction came from the addressee of the Opinion, the Ministry of Finance. Its Memorandum, submitted to the other members of the Inter-Agency Committee provisionally opined that the moratorium did apply; presumably at least in part because that was the position the Federal Republic had taken in the Swiss litigation, into which it had been summoned by a version of a cross-complaint the Baroness had submitted there. The Memorandum at first proceeds in straightforward fashion. The German Enemy Property Administrator (Feindsvermögensverwalter) took over the property by means of the January 3, 1941 contract; at that time the Baroness was a French subject; that sufficed to trigger the moratorium.

But it then takes a curious turn. It states that the only way the moratorium could not apply would be if the 1941 transaction had been a "purely commercial transaction." And it then rejects this possibility on the basis of the claimant's religion:

"[The commercial exception cannot apply;] the purchase of the shares occurred, rather, because the two mines were of Jewish ownership...and the Baroness also is a Jew. The records repeatedly refer to the fact that the purchase had to be carried out as an Aryanization measure."

The Ministry's analysis even went on to point out that only Jewish and Polish-owned properties were sold, whereas "Aryan German" property in the region was returned to its former owners. Nevertheless, it at least provisionally took the position that the Purchase Agreement itself could fall under the moratorium; its doubts were limited to the function of the obligation of the purchaser to take care of the Swiss loan – an obligation that in 1941 might well have seemed trivial given the annually renewed DKA-deference granted German debtors. In the end the Ministry requested the views of its official colleagues, and that included the views of Abs.

He left aside the Finance Ministry's questions concerning interpretative rules that might or might not override the moratorium, and limited his response to the art. 5(2) issue. It is worth quoting in full, as in fact it ended any possibility of denying relief to the claimant:

"The justification for applying art. V par. 2, provided in the letter [of the Ministry] seems self-contradictory to me. There it is pointed out that the sale of the mining companies to the Hermann Göring Werke was an Aryanization measure. If I take this starting point as correct, then I cannot understand how [art. 5(2) could apply here. This provision relates to all claims arising out of the 2nd World War; thus assuming a causal relation between the 2nd World War and the creation of the applicable claim. It may be true that during the course of the war the Aryanization measures were intensified. But there can be no doubt that [these measures] were not a consequence of the war. It does not take detailed demonstration [to recognize that] Aryanization measures existed

long before the war began and that the war merely provided a welcome ground for their intensification. Thus, if the view of the Federal Ministry of Finance is correct, that the sale was an Aryanization measure, then in my opinion it has been conclusively demonstrated that [art. 5(2)] is not applicable. The reference that the complainant at that time [1941] already was a French citizen should have no significance in this connection.”

Abs closes by expressing his view that the current discussion of a settlement would be the most advantageous solution for the German side. And so it came to be. The clarity and power of this response to the ministerial effort to bring the moratorium into play brooked no counterargument.

III. In lieu of a conclusion,

a brief comment on the distinction between the claims for redress of wrongful death or injury and those for damages to property found in a US-German treaty of this century may suffice. The German statute enacting the Agreement concerning the Foundation “Remembrance, Responsibility and the Future”³⁷ provides that only forced laborers who survived until 1999 (when the treaty negotiations were completed), or if deceased thereafter their surviving spouses and children or grandchildren, were eligible to make any claim for compensation. If a property seizure was the wrong, however, any direct descendants of the original victims even of those who died before 1999, was eligible to present that claim.

Of course, nuances always exist. Had that qualification not been made, not 800,000 but approximately eight million forced-labor claims would have been possible. The already inadequate amounts available for distribution were set by the German mediator Otto Graf Lambsdorff and the American Stuart Eizenstat, who had been asked to provide their good offices by counsel for both sides after these were unable to agree on a settlement amount after much rancorous debate.³⁸ They were set at roughly the levels that decades earlier had been set first by the Allies and then, after the Transfer-of-Sovereignty Agreement, adopted by the German government in its Compensation Act – the level of payments which at that time was provided those who survived the wartime concentration and extermination camps. The compensation funds of 2000 having been fixed at roughly this benchmark, reduction of individual compensation to one-tenth of that already meager amount, in order to accommodate ten times the number of labor claims, was politically a non-starter. Even as it was, because of the number of claims that did come in, the national organizations charged with administering the

³⁷ Gesetz zur Errichtung einer Stiftung “Erinnerung, Verantwortung und Zukunft”, August 2, 2000, BGBl II (2000) p. 35.

³⁸ See Stuart Eizenstat, *Imperfect Justice* (2005).

payment system had to engage in economic triage: forced laborers in industry receiving the highest per capita payment, agricultural laborers very little, and domestic household laborers nothing.

The amounts the Baroness claimed were in the thousands, not millions. That could be taken as a sufficient rebuttal of the property-life argument, thus making the long-lived nature of property a moot point. However, where the POW and civilian forced-labor savings accounts fit – their aggregate was in the low millions of D-Marks, not in the five billion Euro range of the 2000 statute – the reader may decide.

Judges and Legislators as Comparative Lawyers

GERHARD DANNEMANN

The present inquiry into judges and legislators as comparative lawyers begins with an encounter in a small town called Zabid, located in Yemen. It was once was a city of wealth and learning, but its fortunes changed. When the German traveller Carsten Niebuhr visited Zabid in 1763, he noticed that the city was only “a shadow of its former grandeur”.¹

I myself visited Zabid in 1988, just before I would pass my final examinations as a legal trainee. Many buildings had collapsed. Many residents were living in the ruins of a city the former glory of which was barely perceptible. It was a sad and gloomy sight.

Waiting at a restaurant for a bus to take us away, my (then future) wife and I noticed two well-dressed locals. One of them, after learning that my wife spoke good Arabic, struck up a conversation and became interested and rather lively when he heard that I was a lawyer. It turned out that he was the local qadi, i.e. judge.

He presented me with a legal problem. Assume that a Yemeni man leaves for Saudi-Arabia to take on work. His pregnant wife remains in Yemen where she gives birth. She becomes pregnant again before her husband returns from Saudi-Arabia. “So”, the qadi asked me, “in the eyes of the law, who is the father if the husband decides to treat this second child as his own?”

I noticed that the qadi was waiting eagerly until my wife had eventually translated my account of German law. Then he exclaimed “Tamam!” (Very good!) He clearly also thought that husband should be the father in the eyes of the law, even though he could not possibly be the biological father.

We had the impression that he had just been involved in such a case, and that furthermore he had given, or was about to give, the same ruling. We also thought that the excitement about my response related less to the similarity of those rules in general, but more to the confirmation he had just received for the legal policy which was behind the German and presumably

¹ *Carsten Niebuhr Entdeckungen im Orient. Reise nach Arabien und in anderen Ländern 1761–1767*, ed. by *Robert and Evamaria Grün/K. Thienemann* 1983, 72 („nur noch ein Schatten ihrer einstigen Größe“). I am grateful to Sarah Meyer for her careful proof-reading and her help with the footnotes.

the Yemeni rule. Namely, if the husband decides to accept this second child as his own in the interest of the family, then the law should not interfere.²

This anecdote shows the commonality which can exist between law and lawyers from different systems, traditions, professions and backgrounds – between a man in his fifties and another in his twenties, a presumably well respected judge and an unknown legal trainee, between religious law and secular law, between a Yemeni and a German, the local and the urban. It also shows that a comparative legal discussion involving a judge can occur at what may look like a highly unlikely meeting place.

The following part A will explore briefly how legislators use comparative law. Part B distinguishes different situations which may or may not trigger judicial use of comparative law according to whether or not such use is envisaged by the legislator. Part C then explores different purposes of comparative enquiries undertaken by judges and legislators, while Part D discusses potential pitfalls of such enquiries. Part E presents brief conclusions.

I. Legislators as comparative lawyers

There is a long history of legislators looking abroad when drafting rules. Smits notes that even the Codex Hammurabi, written some 4,800 years ago, is presumed to be based on contemporary regional laws. Likewise, the early Roman legislation of the Twelve Tables “was influenced by Roman visits to foreign (in particular Greek) cities”.³

1. European 19th and 20th century codifications

The great European codifications of the 19th and 20th century involved extensive comparative enquiries. Within civil law, both the French Civil Code of 1804 and the German Civil Code of 1900 were based on comparative enquiries, and both were highly influential on codification throughout the world.⁴ French law spread widely through colonisation, but also by way of persuasion, as French civil law influenced Spanish, Portuguese and Latin American civil law. The German Civil Code influenced i.a. Greek and Japanese law. Where law spreads by way of persuasion, the result is rarely a simple copy. Legislators can be selective about what they want to adopt.

² Note that German law has changed since, and that the mother, another potential father and the child can each challenge the husband’s paternity under § 1600 BGB.

³ *Jan Smits Comparative Law and its Influence on National Legal Systems in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2nd ed. OUP 2019, 502, 504.*

⁴ *Konrad Zweigert/Hein Kötz An Introduction to Comparative Law, transl. by Tony Weir, 3rd ed. OUP 1998, 85ff, 143ff.*

Comparative legislation is not limited to civil codes. Similar observations can be made about other large codifications, such as constitutions and criminal codes.

2. *Normal legislation projects*

Today, it is very common for lawmakers to look abroad even for smaller legislative projects. Legislators throughout the world want to benefit from the imagination, creativity and thought which other legal systems have invested. They also want to profit from their experience in the application of rules which have been tried and tested abroad. There is probably not a single legal system nowadays which does not include foreign elements imported by legislation. Furthermore, most modern legislation will be based on comparative research at least to some extent.⁵

This will often work well, but sometimes it will not. So-called “legal transplants” – the export of a rule or institution from one legal system to be imported into another legal system – have been the subject of much debate. We will return to this below.

3. *International unification and harmonization*

If there is one area of legislation which simply cannot function without comparative law, it is the international unification of law. It would not have sufficed to simply copy the bill of rights of any one country for formulating the International Covenant on Civil and Political Rights, nor to take one national sales law for drafting the UN Convention on the International Sale of Goods. Unification projects should be drafted in a system neutral way so that they can operate with similar ease in the context of numerous domestic laws.⁶ Drafting style, language and points of connection to neighbouring areas of law must be set in a system neutral way. Similar considerations apply to the substance. For example, the UN Convention on the International Sale of Goods does not contain a rule on the amount of interest to be paid, because this would have excluded legal systems based on Islamic law.⁷

For this reason, drafts for unification projects are usually formulated jointly by jurists from many different legal systems. Frequently, these are

⁵ *Smits* (fn. 3), 506 Rudolph Schlesinger, Hans W. Baade, Peter E. Herzog and Edward M Wise, *Comparative Law: cases, texts, materials*, 6th ed. 1998, 13 emphasize that “All legal systems are, to some extent, mixed; no legal system has been constructed out of purely indigenous materials”.

⁶ See *Gerhard Dannemann* In search of system neutrality: methodological issues in the drafting of European contract law rules in Maurice Adams and Jacco Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, CUP 2012, 96 ff.

⁷ The compromise formulation in Art. 78 CISG provides a claim for interest but leaves all details to applicable domestic law.

comparative lawyers. It is nevertheless inevitable that the drafting process will be influenced by different perspectives which delegates have based on their own legal traditions.⁸ This makes it all the more important that the courts in all member states of such conventions cooperate in the application of the uniform law and take into account each other's judgments.

II. Judges as comparative lawyers

There is also a long history of judges having used the experiences of other legal systems when deciding cases – particularly in difficult cases where the answer of the own legal system was not entirely obvious.⁹ Events similar to the one sketched at the beginning of this article may well have taken place two thousand years ago. However, records of reasoned judgments begin much later than those for written legislation, making it difficult to determine when this practice started.

There are also considerable differences as to how judgments are structured and drafted. The following will use many examples from common law and in particular from English judgments. One reason is that much of English law is still judge-made, and that the judges will look abroad where otherwise a legislator would. Moreover, English judgments are fully reasoned, almost verbose, whereas for example French judgments are consistently written in one single sentence and brutally short. This makes it very hard to obtain evidence of French judges as comparative lawyers. Most importantly, though, English judgments argue very openly why and how comparative law can help them with their work.

Modern English judges seem generally more interested in comparative law than their German colleagues, who make only very occasional use of experiences of other legal systems when deciding German law cases, as a study by Siems has shown.¹⁰ There are some differences in legal culture which may explain whether courts are eager or reluctant to rely on the experience of other legal systems. But it should also be noted that this is dynamic rather than static. In a period of extensive development and rationali-

⁸ *Gyula Eörsi* 'Unifying the Law. A Play in One Act, With a Song', *American Journal of Comparative Law*, 25 (1977), 658ff. is arguable both the best and the funniest account of this phenomenon.

⁹ On judicial use of comparative law, see generally *Thomas Kadner Graziano* *Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?* in Mads Andenas and Duncan Fairgrieve (eds.), *Courts and Comparative Law*, OUP 2015, 25ff.; *Ewoud Hondius* in FS Schwenzler zum 60. Geburtstag, Vol I, 2011, 759ff.

¹⁰ *Mathias M. Siems* *The Adjudication of the German Federal Supreme Court (BGH) in the Last 55 Years – A Quantitative and Comparative Approach*, (2007) Oxford U Comparative L Forum 4, <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-adjudication-of-the-german-federal-supreme-court-bgh-in-the-last-55-years-a-quantitative-and-comparative-approach/>.

sation of English law during the 19th century, English judges quoted much to Roman law, the French jurist Robert-Joseph Pothier and in some cases also to the German scholar Friedrich Carl von Savigny. This includes landmark cases in contract law such as *Hadley v Baxendale*, *Taylor v Caldwell* and *Coutourier v Hastie*.¹¹

English courts then became much more inward oriented for most of the 20th century, until a new period of broad comparative judicial interest began in 1990.¹²

German courts also had periods in which they were more open towards using comparative sources. Between the creation of the Imperial Court (*Reichsgericht*) in 1879 and the end of the century, comparative law did not have to venture beyond German borders. At that time, the German Empire included regions with a Roman law based “common law” (*gemeines Recht*), regions where the French Code civil was in force, and yet others with regional codifications. Comparisons between these diverse German legal systems were not infrequently used to approach unresolved legal questions.¹³ The *Reichsgericht* continued to apply comparative law reasoning until the late 1920s. Its successor, the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), as well as the newly created Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) resumed this practice from 1951 until 1961, after which incidents of comparative judicial reasoning became increasingly rare.¹⁴

What makes judges turn towards other legal systems even if a case does not involve any application of foreign law? We can distinguish between different triggers and different uses of foreign law as some kind of persuasive authority. We will first deal with triggers, which are specific to judges as opposed to legislators.

1. Legislation invites comparative reasoning

Some legislators invite judges to look abroad, at least in some situations. One such example is Art. 39 of the Constitution of South Africa:

When interpreting the Bill of Rights, a court (...) must consider international law and may consider foreign law.

¹¹ *Hadley and Another v Baxendale and Others* (1854) 9 Exch 341, *Taylor and Another v Caldwell and Another* (1863) B&S 825 309; *Coutourier and Others v Hastie and Another* (1856) 5 HLC 673 (HL).

¹² *In re State of Norway's Application* [1990] 1 AC 723.

¹³ See e.g. RG 8.6.1895, RGZ 35, 63 (Ariston).

¹⁴ *Bernard Aubin* RabelsZ 1970, 458ff., lists in n. 16 30 judgments handed down by RG, BGH and BVerfG between 1909 and 1961 which employ comparative reasoning.

2. International conventions and other harmonized law invite comparative reasoning

International Conventions have shaped national legal systems for a long time. When they have to be applied by national courts, it is not uncommon to enquire whether similar cases have been decided by the courts of other states which are parties to the same convention. The same applies to other forms or harmonized law, be it European Union Law or various Model Laws such as the Principles of European Contract Law, or the Principles of International Commercial Contracts by UNIDROIT.¹⁵

3. “Uninvited” use of comparative law

In many cases, judges will use the experience of other legal systems without having been invited to do so by the legislator, or without having to apply an international convention or harmonised law. Some judges will discuss openly why they want to draw on the experience of other legal systems. This is what Blackburn J said in *Taylor v Caldwell*:¹⁶

“Although the Civil law is not of itself authority in an English Court, it affords great assistance in investigating the principles on which the law is grounded.”

But this “great assistance” is not just about persuasive authority. Hands-on empirical experience is also sometimes named as a reason, as for example by Lord Steyn in *Arthur JS Hall v Simon*:¹⁷

“I regard the Canadian empirically tested experience as the most relevant. It tends to demonstrate that the fears that the possibility of actions in negligence against barristers would tend to undermine the public interest are unnecessarily pessimistic.”

However, this “uninvited” use of comparative law can be controversial.¹⁸ A case in point is the US Supreme Court case of *Roper v Simmons*.¹⁹ The Court had to decide whether the imposition of the death penalty was constitutional in cases where the offender was a minor at the time when the crime was committed. The Court held by 5 to 4 votes that this was unconstitutional. Kennedy J observed for the majority:

¹⁵ *Kadner Graziano* (fn. 9), 38 distinguishes a specific category of “Soft harmonization of the law within the context of regional integration”.

¹⁶ *Taylor and Another v Caldwell and Another* (1863) B&S 825 309.

¹⁷ *Arthur JS Hall & Co (a firm) v Simons* [2002] UKHL 38.

¹⁸ For a fuller discussion, see *Kadner Graziano* (fn. 9), 26 ff.

¹⁹ *Roper v Simmons* 543 U.S. 551 (2005).

“In sum, it is fair to say that the United States now stands alone in a world that has turned its face against the juvenile death penalty.”²⁰

In his dissent, Scalia J opposed on principle:

“I do not believe that the meaning of [...] provisions of our Constitution, should be determined by the subjective views of five Members of this Court and like-minded foreigners. [...] “Acknowledgment” of foreign approval has no place in the legal opinion of this Court *unless it is part of the basis for the Court’s judgment*—which is surely what it parades as today.”

III. Purposes of judicial and legislative comparative reasoning

Judges and legislators may turn towards comparative law for a variety of reasons. The following list is not exhaustive, and individual reasons may overlap.²¹

1. Interpretation of international norms and other harmonized law

This first reason has been already mentioned above. It appears to be uncontroversial that courts cooperate across the borders when applying international and harmonized law. Legislators may likewise take note of international developments when transposing international conventions into domestic law.

2. Setting a frame of reference

Comparative law can also be used for positioning the own legal system within legal developments beyond the borders. This has been well expressed by Lord Steyn in *Macfarlane v Tayside Health Board*:²²

“My Lords, the discipline of comparative law does not aim at a poll of the solutions adopted in different countries. It has the different and inestimable value of sharpening our focus on the weight of competing considerations. And it reminds us that the law is part of the world of competing ideas markedly influenced by cultural differences.”

Setting a frame of reference could range from “there are many ways of seeing this” to confirming the existing position (“we are in good company”,

²⁰ The prohibition on capital punishment for minors is enshrined in Art. 37(a) of the UN Convention on the Rights of the Child. The US is the only UN Member State which has not ratified this convention. See <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-11.en.pdf>.

²¹ See also *Kadner Graziano* (fn. 9), 42 ff., who discusses some of the following aspects in his analysis of benefits of judicial comparative enquiries.

²² *Macfarlane and Another v Tayside Health Board (Scotland)* [1999] UKHL 20.

even “most of the others do it the same way”), leading to the confirmation of the present law at home. But it can also be used for closing existing gaps, or even to overcome the present law: “nobody else is doing this” is a powerful argument in particular if one’s own solution is felt to be awkward. We will return to this below.

3. *Tracking change*

The function of “setting a frame of reference” is often used for legal questions which involve value judgments. It can also be used for showing a general sense of direction within this framework, as an indicator of change.

One example is a judgment delivered by Justice Mahomed of the Supreme Court of Namibia:²³

“The question as to whether a particular form of punishment authorised by the law can properly be said to be inhuman or degrading involves the exercise of a value judgment by the Court (...) which requires objectively to be articulated and identified, regard being had to contemporary norms, aspirations, expectations and sensitivities of the Namibian people as expressed in its national institutions and its Constitution, and further having regard to the merging consensus of values in the civilised international community (of which Namibia is a part) which Namibians share. This is not a static exercise. It is a continually evolving dynamic. What may have been acceptable as a just form of punishment some decades ago, may appear to be manifestly inhuman or degrading today. Yesterday’s orthodoxy might appear to be today’s heresy.”

How well the “tracking change” variant can be used depends on the way in which the legal system or legal tradition concerned deals with change. It is less valid in a legal context which denies or tries to avoid legal change.

4. *Confirming home grown solutions*

A review of comparative law could naturally also be used to confirm that one’s domestic law is in good company and does not need to be developed. Of course one would wonder why in this case the additional effort of a legal comparison was needed in the first place. And legislators will not usually draft lengthy reports only to show that the law is good as it is.

²³ Ex Parte: Attorney-General, Namibia: *In re Corporal Punishment by Organs of State*, SA 14/90 [1991] NASC 2 (05 April 1991), <https://namiblii.org/na/judgment/supreme-court/1991/2/>. The question to be decided relates to Art. 7 International Covenant on Civil and Political Rights: “No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.”

5. Closing gaps

Judges will frequently turn towards other legal systems if their own law has a gap. One example is an English case in which newly built skyscrapers in London interfered with the terrestrial television reception for neighbouring houses. There was no suitable English case law which would have covered this situation. The House of Lords relied on a distinction developed by German law, namely that adjacent properties are protected against “positive emissions” through e.g. water, light, dust, or toxic substances, but not against “negative emissions”, i.e. the mere blocking or obstruction of emissions which come from elsewhere.²⁴ Legislators frequently use comparative enquiries for the same purpose.

6. Persuasive authority for overcoming a problematic rule

The majority in the above-mentioned US Supreme Court case *Roper v Simmons* used a comparative survey for this purpose.²⁵ Another well-argued example can be found in *Fairchild v Glenhaven*, where Lord Bingham said:²⁶

Development of the law in this country cannot of course depend on a head-count of decisions and codes adopted in other countries around the world, often against a background of different rules and traditions. The law must be developed coherently, in accordance with principle, so as to serve, even-handedly, the ends of justice. If, however, a decision is given in this country which offends one’s basic sense of justice, and if consideration of international sources suggests that a different and more acceptable decision would be given in most other jurisdictions, whatever their legal tradition, this must prompt anxious review of the decision in question.

7. Developing an imported rule

In a situation which also involves closing gaps, judges sometimes have to apply and interpret a rule (or even an entire legal institution) which their legal system imported from another legal system. This is one additional reason why English cases are quoted throughout the common law world. However, the same can occur for legislation which has been based on a comparative survey. Justice Kriegler of the South African Constitutional Court stated this in *Bernstein and Others v Bester and Others NO*:²⁷

²⁴ *Hunter and Others v Canary Wharf Ltd; Hunter and Others v London Docklands Development Corp.* [1997] UKHL 14.

²⁵ *Roper v Simmons* 543 U.S. 551 (2005).

²⁶ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd and others etc.*, [2002] UKHL 22.

²⁷ *Bernstein and Others v Bester and Others NO*, 1996 (2) SA 751 (CC), <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/2.pdf>. Kriegler goes on to warn: “But that is a far cry from blithe adoption of alien concepts or inapposite precedents.”

Comparative study is always useful, particularly where courts in exemplary jurisdictions have grappled with universal issues confronting us. Likewise, where a provision in our Constitution is manifestly modelled on a particular provision in another country's constitution, it would be folly not to ascertain how the jurists of that country have interpreted *their* precedential provision.

Legislators may similarly enquire about foreign case law before importing a foreign institution, and may also keep an eye on foreign developments, although this may not be done very frequently.

8. Rebutting "floodgates" arguments

The "floodgates" argument rallies against the introduction of a new rule on the ground that its effects could not be controlled, using the metaphor that the existing law serves as a floodgate, so that its removal would have catastrophic consequences similar to a flooding. It is helpful if one can then point to another country which has already lived with the new rule without having experienced any flood. We have already seen one such example. Lord Goff said in *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council*.²⁸

"For present purposes, however, the importance of this comparative material is to reveal that, in civil law systems, a blanket exclusion of recovery of money paid under a mistake of law is not regarded as necessary. In particular, the experience of these systems assists to dispel the fears expressed in the early English cases that a right of recovery on the ground of mistake of law may lead to a flood of litigation [...]".

Legislators may likewise use comparative surveys for rebutting the floodgates argument.

9. Harmonization with related systems

References to other legal systems can be used to achieve greater harmony within a certain family of legal systems or within a certain legal tradition, such as the common law countries, or the four schools of Sunnite law, or within the European Union. This applies to both judges and legislators.

10. International harmonization of law

International harmonization of law is of course the main objective of international conventions and international model laws. But harmonization may also be on the minds of national legislators, particularly when regulating areas of law which are highly connected to other legal systems, and should consequently be on the minds of judges who apply such harmonized law.

²⁸ *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council et al.* [1998] UKHL 38.

Occasionally, one can also find judgments in which a comparative legal review is used to argue for the international harmonisation of purely domestic law, or at least for seeing international harmony as an advantage. Lord Bingham continues the above-mentioned quote from *Fairchild v Glenhaven* as follows:²⁹

In a shrinking world (in which the employees of asbestos companies may work for those companies in any one or more of several countries) there must be some virtue in uniformity of outcome whatever the diversity of approach in reaching that outcome.

IV. Pitfalls of judicial and legislative comparative reasoning

While it has been shown above that there are many benefits in the use of comparative law by judges and legislators, it must not be overlooked that this can equally involve some difficulties or dangers.

1. Incorrect or outdated information

Most lawyers have been trained in only one legal system. Investigating another legal system involves a greater risk of obtaining incorrect or outdated information. Hondius cites two examples in which German researchers failed to notice a shift in Dutch law or where the highest court in the Netherlands, the *Hooge Raad*, relied on a judgment by the German Federal Court of Justice which had since been overruled by the German Federal Constitutional Court.³⁰

2. Inconclusive outcome

The wider a comparative enquiry is framed, the more information will be available. But this may also lead to an inconclusive outcome. In one case which has already been mentioned above, *Arthur JS Hall v Simons*, the judges arrived at opposing conclusions to be drawn from the comparative review.³¹ While Lord Hope relied on countries where the law was similar to the English position for stating that the law should be maintained as it was, Lord Steyn used the same survey to rebut the “floodgates” argument against any change. Both points can be validly made.

²⁹ *Fairchild etc. v Glenhaven Funeral Services Ltd and others etc.* [2002] UKHL 22.

³⁰ *Hondius* (fn. 9), 769f.

³¹ *Arthur JS Hall & Co (a firm) v Simons* (and other cases), [2002] 1 AC 615 (HL).

3. *Loss of context*

Some see loss of context as the most serious danger when legislators or judges import a particular legal solution, perhaps even an entire legal institution. In his influential book on “Legal Transplants”, Alan Watson argued that such transplants were very common and useful, and even acted as the primary driver of legal development.³² Ever since, there has been a lively debate on the merits and demerits of legal transplants.³³ This discussion centres around the context which invariably is lost in the process of transplanting, making it likely that the transplant will work differently, and with unintended consequences, in the new legal environment. The lost context could be legal, but could also concern cultural, social or economic factors.

Legal aspects of context relate to the diversity between legal systems and legal traditions. They can be broken down to the following main aspects:³⁴

- legal sources (divine revelation, tradition, legislation, judgments, academic opinions)
- main actors (legislators, judges, academics)
- main methodology (deductive, inductive, analogy)
- principle or case-oriented
- the process of law-finding (instantaneous, through procedure, using an adjudicator)
- level of formality
- finality of individual application
- notions of change of the law

Those who are critical of legal transplants tend to argue that their danger increases with the diversity of legal systems between which a transplant occurs.³⁵ It is certainly important to keep an eye on legal and non-legal contexts of imported legal solutions. However, as the anecdote at the outset of this article demonstrates, judicial comparative enquires can easily cross many of those borders.

³² Alan Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2nd ed. 1993, 95, 108.

³³ See *Michaele Graziadei Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in: *Oxford Handbook of Comparative Law* (fn. 3), 442 ff.

³⁴ This follows rather loosely Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, 5th ed. OUP 2014, who uses many of these aspects to distinguish between different legal traditions.

³⁵ See *Graziadei* (fn. 33) 466 ff., critical 471: “One problem is that the search for overall coherence may lead us to ignore the actual reasons why transplants succeed or fail. They may fail on rather specific grounds, rather than because of a lack of ‘fit’, for example because they are opposed by vested interests.”.

V. Conclusions

Legislators have for long used comparative enquires to support draft legislation. Today this practice is common and largely uncontroversial as method. Criticism normally focuses on whether the imported rule or legal institution is good as a matter of policy, and only rarely on the methodology as such.

It is not equally common for judges to base the application and development of their domestic law on a comparative review of solutions and institutions used by other legal system. One can observe differences between legal systems, and within legal systems over time, as to how frequently this is done, and how controversial this may be. Nevertheless, judges have relied on comparative enquires in many legal systems and throughout different ages. They will do so particularly when the law to be applied has an international origin or context, when their domestic law has no clear authority, and in cases which involve difficult legal, political or ethical questions.

The concluding example concerns a legal transplant which was first rejected by judges, then adopted by the legislator - with apparent success.

Under English common law, third parties cannot acquire rights under a contract concluded by other parties (so-called doctrine of privity).³⁶ No such limitation exists e.g. in French and German law. Both have enacted provisions on contracts in favour of third parties in their Civil Codes.³⁷

The House of Lords looked at German law as potential source of inspiration in *White v Jones* and discussed the German model of contracts with protective effects towards third parties.³⁸ Lord Goff held:

“Indeed the concept is not an easy one for a common lawyer to grasp; and [...] I do not feel sufficiently secure to adopt it as part of my reasoning in this opinion. Even so, I find it comforting (though not surprising) to be told that in German law the same conclusion would be reached as I have myself reached on the facts of the present case.”

The Law Commission for England and Wales subsequently published a consultation paper on the doctrine of privity, invited comments i.a. by com-

³⁶ *Tweddle v Atkinson* (1861) 1 B&S 393 (QB): “It would be a monstrous proposition to say that a person was a party to the contract for the purpose of suing upon it for his own advantage, and not a party to it for the purpose of being sued.” (Crompton J).

³⁷ Art. 1205 Cc (*stipulation pour autrui*); § 328 BGB (*Vertrag zugunsten Dritter*).

³⁸ *White and Another v Jones and Others* [1995] UKHL 5. Lord Goff commented on the factually similar German case BGH 6.7.1965 - VI ZR 47/64, NJW 1965, 1955, where a disappointed intended beneficiary was allowed to sue a legal practitioner who had negligently delayed drafting a new will at the request of the testator. The so-called *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, developed initially in analogy to § 328 BGB, allows third parties to sue for damage suffered by breach of a contract to which they are not a party provided they are within the sphere of persons to be protected by the contract.

parative scholars, and then proposed the abolition of the doctrine.³⁹ Parliament followed suit by enacting the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999. This shows how judges may feel that they would overstep their authority by adopting a foreign legal institution which the legislator is free to import.

³⁹ The Law Commission Consultation Paper No. 121, "Privity of Contract - Contracts for the Benefit of Third Parties", published on 23 October 1991; The Law Commission Report No. 242, "Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties", published on 31 July 1996.

Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft – Spurensuche im Jahrgang 2019 der ZGR

CHRISTOPH ENGEL

I. Einleitung

Es gibt einen Grund, warum das Fach Jurisprudenz heißt und nicht Jurisscienz. Juristen müssen entscheiden. Wenn sie zu der Überzeugung gelangen, dass ein Gesichtspunkt für diese Entscheidung wichtig ist, dürfen sie den Gesichtspunkt nicht ignorieren. Das gilt auch dann, wenn dieser Gesichtspunkt noch nicht vollständig verstanden ist. Ein normatives Anliegen darf nicht mit der Begründung verworfen werden, dass seine theoretische Grundlage umstritten ist. Wenn die Sorge um einen normativ unerwünschten Effekt besteht, darf der Effekt nicht mit der Begründung außeracht gelassen werden, dass er unerforscht oder noch nicht verlässlich genug bewiesen ist. Potentiell muss das Recht auch auf unsicherer konzeptioneller oder tatsächlicher Grundlage entscheiden. Das ist der Grund, warum das deutsche Recht, anders als das amerikanische, vom Richter kein Wahrscheinlichkeitsurteil erwartet, sondern eine persönliche Überzeugung (§ 286 I 2 ZPO).

Hinter dem Streit zwischen den Rechtsordnungen auf dem europäischen Kontinent und dem common law über das Beweismaß steht eine Divergenz zwischen zwei regulativen Ideen.¹ Wer Wahrscheinlichkeitsurteile fordert, will die Rechtsprechung so weit als irgend möglich objektivieren. Wer dagegen auf die persönliche Überzeugung der Person setzt, der das Amt des Richters anvertraut ist, der will nach Möglichkeit dem konkreten Fall gerecht werden. Hinter den konkurrierenden regulativen Ideen steht eine unterschiedliche Definition des regelungsbedürftigen Problems.² Wahrscheinlichkeitsurteile sind angemessen, wenn die Eigenheiten eines Falles vernachlässigt werden können, die der notwendigen Standardisierung zum Opfer fallen. Die persönliche Überzeugung ist dagegen gefordert, wenn man nicht an die Standardisierbarkeit der Fälle des Lebens glaubt. Das fran-

¹ Engel Preponderance of the Evidence Versus Intime Conviction. A Behavioral Perspective on a Conflict Between American and Continental European Law, Vermont Law Review 33, 2009, 435–467.

² Daston Objectivity versus Truth, Bödeker u.a. Wissenschaft als kulturelle Praxis, 1750–1900, 17–32.

zösische Recht bringt diese Position besonders eindringlich mit der Instruktion zum Ausdruck, die Strafrichter erhalten. Sie werden aufgefordert, nach Maßgabe ihrer „intime conviction“ zu entscheiden³.

In diesem Streit der Rechtsordnungen habe ich mich auf die Seite meiner eigenen Rechtsordnung geschlagen. Ich bin überzeugt, dass juristische Fälle nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig „ill defined“ sind. Deshalb kann die Entscheidung nicht allein mit den Mitteln der Logik aus konsentierten normativen Prinzipien abgeleitet werden.⁴ Deshalb glaube ich nicht, dass die Entscheidungen von Richtern vollständig formalisiert und modelliert werden können. Allenfalls kann man (in einem „satisficing“ Ansatz) äußerste Grenzen bestimmen, die die Entscheidung im Einzelfall nicht überschreiten darf.⁵

Heißt das, dass auch die Rechtswissenschaft lieber Geisteswissenschaft bleiben und die hermeneutische Kunst der Auslegung des Gesetzes verfeinern sollte? Die Dogmatik wird der Kern der Disziplin bleiben. Aber auch eine Rechtswissenschaft, die ihre vornehmste Aufgabe im Dienst an der Rechtspraxis sieht, kann deshalb doch mit Gewinn sozialwissenschaftliche Methoden verwenden. Der Dienst besteht dann in der kritischen Überprüfung normativer Argumente, die für rechtsdogmatische oder rechtspolitische Entscheidungen hinreichend wichtig sind. Der Rechtswissenschaftler entscheidet dann allerdings nicht mehr selbst. Er liefert aber eine sehr viel belastbarere Entscheidungsgrundlage. Im Ergebnis können die Rechtsanwender lernen, dass bestimmte Argumente ganz falsch sind, viel zweifelhafter als man glaubte, oder bloß spekulativ. Umgekehrt können sozialwissenschaftliche Methoden auf normative Belange aufmerksam machen, die bislang keinen oder zu wenig Einfluss auf die Entscheidung hatten. Wenn Rechtswissenschaft sozialwissenschaftlich arbeitet, wird die Arbeitsteilung zwischen Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft ausgeprägter. Aber stärkere Arbeitsteilung erhöht die Chance auf bessere Entscheidungen.

Das Gesellschaftsrecht eignet sich für diese Art von Arbeitsteilung besonders gut. Sein Gegenstand ist die Organisation und das Funktionieren von Unternehmen. Unternehmen sind juristische Zweckschöpfungen. Die Erzielung von Gewinn ist typischerweise zumindest einer dieser Zwecke. Dieser Gegenstand führt zu einer Nähe zu den Wirtschaftswissenschaften. Auch in der historischen Entwicklung ist diese Nähe zu spüren. Das Gesellschaftsrecht hat sich für ökonomische Argumente viel früher geöffnet als andere Teilrechtsgebiete. Deshalb eignet sich das Gesellschaftsrecht besonders gut für die Art von Spurensuche, die dieser Aufsatz beabsichtigt. Sozi-

³ Art. 353 Code de Procédure Pénale.

⁴ S. zu dem Komplement des Problems auf der Seite der normativen Theorie Engel Offene Gemeinwohldefinitionen, *Rechtstheorie* 32, 2001, 23–52.

⁵ Engel/Güth, *Modeling a Satisficing Judge, Rationality and Society* 30, 2018, 220–246.

alwissenschaftliche Methoden schaffen Distanz zur Rechtspraxis. Spuren dieser Methoden sind deshalb eher in einer Archivzeitschrift zu erwarten. Sozialwissenschaftliche Argumente im Gesellschaftsrecht haben zwar eine lange Tradition.⁶ Die ökonomische Analyse des Rechts hat jedoch erst in den siebziger Jahren Fahrt aufgenommen.⁷ Das empirical legal movement ist kaum mehr als ein Jahrzehnt alt.⁸ Deshalb sind in jüngeren Publikationen mehr Spuren zu erwarten als in älteren. Diese Überlegungen motivieren die Wahl des Jahrgangs 2019 der ZGR als den Ort für die Spurensuche.

II. Das Material

Der Jahrgang 2019 der Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht ZGR enthält auf 1170 Seiten 31 Aufsätze von 32 Autoren. Vier Aufsätze haben zwei Autoren. Zwei Autoren (*Klaus Hopt* und *Patrick Leyens*) haben einen gemeinsamen und je noch einen weiteren Aufsatz als Alleinautor veröffentlicht. 26 Autoren sind Universitätsprofessoren, fünf sind Rechtsanwälte. Ein promovierter Autor habilitiert sich (*Korch*). Der Koautor eines Professors ist noch nicht promoviert (*Bialluch*). Zwei Professoren lehren in Österreich (*Doralt*, *Leyens*) und je einer in Belgien (*Cools*) und Luxemburg (*Zetzsche*). Die übrigen Autoren lehren an deutschen Universitäten oder Max Planck Instituten. Vier Professoren sind emeritiert (*Beuthien*, *Hommelhoff*, *Hopt*, *Wiedemann*). Sechs Autoren berichten auf ihren Websites, dass sie auch eine ökonomische Ausbildung haben (*Anzinger*, *Bueren*, *Fleischer*, *Hopt*, *Schön*, *Thole*). Alle sechs sind Universitätsprofessoren.

Sieben Texte sind Urteilsanmerkungen, der Rest sind Archivaufsätze. 25 Aufsätze sind einem Thema der Corporate Governance gewidmet. Die größte Aufmerksamkeit gilt der Aktiengesellschaft (22 Aufsätze). Mit Themen aus dem Recht der GmbH beschäftigen sich 6 Aufsätze, genauso viele mit dem Recht der Personengesellschaft. Ein Aufsatz hat das Stiftungsrecht zum Gegenstand. Das größte Interesse gilt dem Konzernrecht (11 Aufsätze), gefolgt vom Vorstand einer Aktiengesellschaft (8 Aufsätze) und vom Aufsichtsrat (7 Aufsätze). Fünf Aufsätze gelten dem Kapitalmarktrecht. Vier haben prozessrechtliche Fragen zum Gegenstand.

21 Aufsätze sind im engeren Sinne dogmatischer Natur, widmen sich also der Auslegung einer oder mehrerer Normen des geltenden Gesellschaftsrechts. 18 Aufsätze haben jedenfalls auch eine rechtspolitische Ausrichtung.

⁶ S. den noch heute viel zitierten Text von *Berle/Means* *Modern Corporation and Private Property*, 1932.

⁷ S. nur *Posner* *Economic Analysis of Law*, 2014.

⁸ Die erste Conference on Empirical Legal Studies fand 2006 statt.

20 Aufsätze möchten ein normatives Leitbild formen. Drei Aufsätze zeichnen die historische Entwicklung nach, sechs Aufsätze berichten über politische Entwicklungen.

III. Sozialwissenschaftliche Forschungsfragen

Wenn man den sozialwissenschaftlichen Charakter eines Textes eng definiert, sucht man im Jahrgang 2019 der ZGR vergebens. Kein Text entwickelt ein formales Modell, oder nutzt Daten, um einen kausalen Effekt zu identifizieren.

Ein Aufsatz sticht jedoch heraus. *Katja Langenbucher* umreißt das Potenzial für eine kognitive Wende im Gesellschaftsrecht. Sie macht die Juristen auf die Bedeutung der Verhaltenswissenschaften für das Design und die Interpretation gesellschaftsrechtlicher Institutionen aufmerksam. Sie greift dafür weit aus. Sie berichtet nicht nur über Relativierungen und Verfeinerungen des klassischen mikroökonomischen Modells. Sie tastet auch die Bedeutung von Sozial- und Organisationspsychologie ab und greift sogar auf die Neurowissenschaften aus.⁹ Auch in den Sozialwissenschaften haben solche Überblicksaufsätze ihren Platz. Sie verschaffen Orientierung und machen auf Forschungslücken aufmerksam.

Vier weitere Aufsätze kann man als Transferleistungen beschreiben. Sie dokumentieren den Stand der Diskussion in einer Sozialwissenschaft und machen deutlich, in welcher Weise das Gesellschaftsrecht daraus Nutzen ziehen kann. Alle vier Aufsätze beziehen sich dabei auf die Wirtschaftswissenschaften.

Eckart Bueren bezieht sich in seinem Aufsatz zum Konzept der nachhaltigen Finanzierung vor allem auf betriebswirtschaftliche Literatur. Diese Literatur hilft ihm zunächst, seinen Gegenstand zu definieren und seine wirtschaftliche Bedeutung einzuschätzen. Aus dieser Literatur entnimmt er eine für die rechtliche Einordnung bedeutsame Unterscheidung: ist die Rücksicht auf Nachhaltigkeit der beste Weg zum unternehmerischen Erfolg, oder gibt es einen Zielkonflikt zwischen dem Gewinnstreben und der Rücksicht auf konkurrierende normative Belange? Die eigentliche Forschungsfrage ist dann aber genuin juristischer Natur: auf welche Weise kann und sollte nachhaltige Finanzierung rechtlich gesichert werden?¹⁰

Tobias Tröger nutzt den konzeptionellen Apparat von law and economics, um Anliegen der neuen Aktionärsrechterichtlinie besser zu verstehen und Vorschläge für die geeignete Umsetzung in das deutsche Recht zu machen. Typischerweise liegen die Aktien börsennotierter Unternehmen bei

⁹ *Langenbucher* ZGR 2019, 717–759.

¹⁰ *Bueren* Sustainable Finance, ZGR 2019, 813–875.

Anlegern, die wenig Anreiz haben, die Verwaltung des Unternehmens wirksam zu kontrollieren. Das konstituiert ein Prinzipal-Agent-Problem. Herrschaft und Haftung fallen tendenziell auseinander. Dieser Konflikt wird durch die Zwischenschaltung von institutionellen Anlegern und Vermögensverwaltern verschärft. Im Grundsatz führt das zu einem Marktversagen. Regulatorische Interventionen sind gerechtfertigt. Ob die Verpflichtung institutioneller Anleger auf „Stewardship“ dem abhelfen kann, erscheint *Tobias Tröger* jedoch zweifelhaft.¹¹

Auch *Tim Florstedt* interessiert sich für die Umsetzung der Aktionärs-rechterichtlinie. Er konzentriert sich jedoch auf die Vorschriften über die Vergütung von Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft. Er rezipiert die ökonomische Literatur zu Fehlanreizen für diese Organwalter. Aus diesen Konzeptualisierungen folgt allerdings nicht viel für die anschließende dogmatische Analyse.¹²

Klaus Ulrich Schmolke diskutiert Rechtsregeln für Whistleblower. Zur Analyse der regulatorischen Entwicklung greift er auf betriebswirtschaftliche und psychologische Literatur zurück. Aus der rechtsökonomischen Literatur zu einer expressiven Funktion von Rechtsregeln entnimmt er einen zusätzlichen Wirkungskanal: explizite rechtliche Regeln können die gesellschaftliche Einstellung gegenüber Whistleblowern verändern. Im Zentrum der Analyse steht dann aber das Anreizproblem: warum sollte sich jemand zum Wohle des gesamten Unternehmens oder der Allgemeinheit Risiken am Arbeitsplatz aussetzen? Deshalb bedarf es nicht nur des Schutzes, sondern grundsätzlich auch positiver Anreize. Sie müssen allerdings in ein Gleichgewicht gegenüber dem Missbrauchspotenzial gebracht werden.¹³

IV. Literarische Spuren

Bei sechs weiteren Aufsätzen muss man die Fußnoten schon genau lesen, um die literarischen Spuren aus den Sozialwissenschaften zu entdecken.

Wolfgang Schön begründet die Regelung der Rechtsbeziehungen im Konzern mit der Einsicht von Ronald Coase, dass Märkte nicht der beste institutionelle Rahmen für die Allokation knapper Güter sind, wenn die Transaktionskosten prohibitiv hoch wären. Deshalb widmet sich der Aufsatz den institutionellen Anforderungen an eine effiziente Allokation und vor allem der richtigen Balance zwischen dem Schutz der abhängigen Gesellschaft und dem Gruppeninteresse.¹⁴

¹¹ *Tröger* ZGR 2019, 126–162.

¹² *Florstedt* ZGR 2019, 630–663.

¹³ *Schmolke* ZGR 2019, 876–922.

¹⁴ *Schön* ZGR 2019, 343–378, Fn. 34, s. auch Fn. 35 und Fn. 67.

Birgit Weitemeyer begründet die Notwendigkeit von Rechtsregeln für die governance von Stiftungen mit der klassischen Einsicht von *Berle* und *Means*, dass die Herrschaft (ausgeübt von den Stiftungsorganen) und Haftung (durch den Stifter) auseinanderfallen.¹⁵

Heribert Anzinger interessiert sich für die Regeln über die Vergütung von Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats. Er zitiert ein ökonomisches Diskussionspapier, das die Gründe für den Anstieg der Vergütungen erörtert.¹⁶

Hans Christoph Grigoleit ist an den Regeln der Aktionärsrechterichtlinie über Geschäfte mit nahestehenden Personen interessiert. Er untersucht vor allem das Verhältnis zum deutschen Konzernrecht. Zur Beschreibung des normativen Problems verweist er auf den in der ökonomischen Literatur verwendeten Begriff des Tunneling, und zitiert dazu einen Text, der in der *American Economic Review* erschienen ist.¹⁷

Klaus Hopt und *Patrick Leyens* analysieren den Corporate Governance Code 2020. Als Teil des reichen Materials zitieren sie einen Überblicksaufsatz über vergleichbare Regelwerke in ausländischen Rechtsordnungen, der im *Journal of Institutional and Theoretical Economics* erschienen ist.¹⁸

Klaus Hopt stellt den Aufsichtsrat in den historischen Kontext. Dazu gehört auch die Konvergenz des amerikanischen und des deutschen Systems. Sie zeigt sich an der gewachsenen Bedeutung von independent directors im board amerikanische Unternehmen. Diese Entwicklung belegt er mit einem Aufsatz, der im *Journal of Finance* erschienen ist.¹⁹

V. Das unausgeschöpfte Potential

Die im dritten Abschnitt berichteten Texte verwenden offen sozialwissenschaftliche Argumente. Der natürliche nächste Schritt bestünde in der Validierung dieser Argumente. Wenn das Argument in der sozialwissenschaftlichen Literatur bereits ausgearbeitet ist, könnte ein Rechtswissenschaftler die Ergebnisse berichten. Oft interessieren sich Sozialwissenschaftler aber nicht genau für das Argument, auf das es dem Juristen ankommt. Das gilt vor allem häufig für die Ausgestaltung von Institutionen. Wer etwas über die Bedeutung der Eingriffskondition für das Investitionsverhalten von Unternehmen lernen will, darf nicht mit Vorarbeiten der Ökonomen oder Psychologen rechnen. Auch wenn das juristisch relevante Argument in einer Sozialwissenschaft diskutiert ist, betrifft diese Diskussion doch meist nicht

¹⁵ *Weitemeyer* ZGR 2019, 238–270, Fn. 26.

¹⁶ *Hanzinger* ZGR 2019, 39–96, Fn. 7; s. auch Fn. 155.

¹⁷ *Grigoleit* ZGR 2019, 412–462, Fn. 5.

¹⁸ *Hopt/Leyens* ZGR 2019, 929–995, Fn. 83.

¹⁹ *Hopt* ZGR 2019, 507–543, Fn. 37.

gerade die juristische Anwendung. Dann bleibt die Frage, ob die Einbettung in den juristisch relevanten Kontext den Effekt verändert. Diese Frage wird oft unter dem Gesichtspunkt der externen Validität diskutiert. Aus all diesen Gründen kann es lohnen, dass Juristen selbst sozialwissenschaftliche Methoden einsetzen. Im folgenden skizziere ich am Beispiel des Jahrgangs 2019 der ZGR, wie groß das unausgeschöpfte Potenzial ist.

Aus einer sozialwissenschaftlichen Perspektive sind Rechtsregeln Interventionen. Sie beschränken den Handlungsraum ihrer Adressaten. Das kann in der Absicht geschehen, normativ unerwünschtes Verhalten weniger wahrscheinlich zu machen. Die Beschränkung kann aber umgekehrt auch den Zweck verfolgen, normativ erwünschtes Verhalten wahrscheinlicher zu machen. Diese Ermöglichungsfunktion hat für das Gesellschaftsrecht besondere Bedeutung. In seinem Kern ist es ja Organisationsrecht. Es stellt der Wirtschaft einen Vorrat an Gestaltungsmöglichkeiten für die Selbstorganisation zur Verfügung.

Der corporate governance code ist bekanntlich kein zwingendes Recht. *Klaus Hopt* und *Patrick Leyens* halten ihn dennoch für wirksam, weil der „in § 161 AktG niedergelegte[...] Grundsatz ‚comply or explain‘ einen Anreiz zur Befolgung“ setzt.²⁰ „Die deutschen börsennotierten Gesellschaften wollen Abweichungsbegründungen möglichst vermeiden, wie aus der Praxis zu hören und wie die hohen Befolgungsquoten nahelegen“.²¹ Es wäre reizvoll, diese Wirkbeziehung theoretisch genauer auszuarbeiten (wofür wäre solch eine Begründung am Kapitalmarkt ein Signal?) und den kausalen Effekt zu belegen.

Christian Decher setzt sich kritisch mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auseinander, die den Bezugsrechtsausschluss in der Aktiengesellschaft einschränkt. Der Kern seiner Kritik ist funktional:

„Damit war das genehmigte Kapital seiner gesetzlich gedachten Funktion beraubt, der Gesellschaft bei sich bietenden Möglichkeiten schnell und flexibel neues Eigenkapital zur Verfügung zu stellen“.²²

Aber hat die gerichtliche Kontrolle des Hauptversammlungsbeschlusses am Maßstab der Verhältnismäßigkeit auch wirklich diese Wirkung? Und in welchem Verhältnis steht die potenziell beschränkende Wirkung zu ermöglichenden Vorwirkungen? Wenn Anleger weniger Sorge darum haben müssen, dass das Bezugsrecht später ausgeschlossen wird, könnten sie eher bereit sein, Aktien zu erwerben. Die widerstreitenden Effekte könnte man modellieren und empirisch testen.

Heribert Anzinger fragt, ob die Veröffentlichung der Vorstandsbezüge eine dämpfende Wirkung hat. „Vorstandsmitglieder könnte die öffentliche

²⁰ *Hopt/Leyens* ZGR 2019, 929–995, 930 f.

²¹ *Ebda.* 947.

²² *Decher* ZGR 2019, 1122–1170, 1132.

Wahrnehmung überzogener Gehälter zur Zurückhaltung motivieren“.²³ Es würde sich lohnen, die Kanäle genauer auszuarbeiten, auf denen dieser Effekt eintreten könnte. Dazu braucht man zunächst eine Vorstellung über handlungsleitende Motive. Geht es den Vorstandsmitgliedern nur oder jedenfalls maßgeblich um Geld? Dafür könnte Selektion eine Rolle spielen. Auch das Risiko, die gut bezahlte Aufgabe schnell zu verlieren, könnte Wirkung tun. Wenn das Einkommen das maßgebliche Motiv ist, kommt es auf die Möglichkeit von Einkommenseffekten an. Im Unternehmen könnte die Bereitschaft von Arbeitnehmern leiden, sich für das Unternehmen einzusetzen. Das könnte den Gewinn und in der Folge den Bonus schmälern. Öffentlicher Druck könnte den Aufsichtsrat motivieren, das Vorstandsmitglied abzurufen.

Patrick Leyens hat Zweifel, ob die Information der Aktionäre in der Hauptversammlung einen legitimierenden Effekt hat:

„Erstens findet kein echter Austausch statt, weil über die Berechtigung des Auskunftsverlangens und den Umfang der zu erteilenden Information unter großer Eile zu entscheiden ist, die Antworten zur Vermeidung von Anfechtungsklagen von einem back office nur mit dem Mindestinhalt versehen und sodann vom Versammlungsleiter letztlich allein zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht verlesen werden. Zweitens ist eine Informationsverarbeitung und echte Meinungsbildung der Aktionäre zu komplexen Entscheidungssachverhalten wie Strukturentscheidungen nicht ernsthaft ad hoc zu erhoffen. Dazu wäre eine komplexe Abwägung zwischen alternativen Möglichkeiten von Kurz-, Mittel- und Langfristerträgen des Gesellschaftskapitals Voraussetzung“.²⁴

Das ist nicht unplausibel. Aber die Notwendigkeit zur expliziten Information der Hauptversammlung könnte den Kapitalmärkten bei der Neubewertung des Unternehmens helfen. Letztlich wäre eine genauere Wirkungsanalyse erforderlich, die idealerweise auch empirisch wäre.

Die Aktionärsrechterichtlinie ist besorgt, dass die Organe einer Aktiengesellschaft nicht wirksam kontrolliert werden, weil die Aktionäre überhaupt nicht informiert sind. Deshalb verpflichtet die Richtlinie die Mitgliedstaaten, ein Verfahren zur Identifikation der Aktionäre einzuführen. *Dirk Zetzsche* vergleicht Optionen zur Umsetzung dieser Verpflichtung.²⁵ Diese technischen Überlegungen sind wichtig. Aber sie bleiben auf Distanz zu dem normativen Anliegen. Welche Unternehmens- und Konzernstruktur macht die Kontrolle der Unternehmensleitung besonders schwierig? Genügt der vorgeschlagene Eingriff, die Kontrolle effektiv zu machen?

Die Aktionärsrechterichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, das Verhalten von Stimmrechtsberatern zu regulieren. *Martin*

²³ *Anzinger* ZGR 2019, 39–96, 52.

²⁴ *Leyens* ZGR 2019, 544–587, 557.

²⁵ *Zetzsche* ZGR 2019, 1–38.

Schockenhoff und *Anton Nußbaum* analysieren den Regelungsbedarf. Herrschaft (Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen) und Haftung (ein Wertverlust der Aktien) können auseinanderfallen,²⁶ weil Aktionäre keinen Anreiz haben, die Empfehlungen der Berater zu überprüfen.²⁷ Es gibt Interessenkonflikte, wenn der Stimmrechtsberater nicht nur die Inhaber von Stimmrechten berät, sondern auch die Unternehmensleitung.²⁸ Die abgestimmte Beratung der Aktionäre von Konkurrenten kann ein Kartell ersetzen.²⁹ All das ist Stoff für ökonomische Modelle.

Walter Doralt sorgt sich, dass der disziplinierte Effekt der Organhaftung durch D&O Versicherungen konterkariert wird.

„Die Reaktion des Gesetzgebers blieb daher ein etwas halbherziger Kompromiss und beschränkte sich auf die Einführung eines – wirtschaftlich gut tragbaren, aber doch spürbaren – zwingenden Selbstbehalts in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG“.³⁰

Das ist eine testbare Hypothese: wenn Vorstandsmitglieder nicht den vollen Schaden begleichen müssen, den die Gesellschaft erlitten hat, haben sie einen geringeren Anreiz, das Gesellschaftsinteresse zu verfolgen. Das muss nicht richtig sein. Das normative Ziel ist ja nicht Kompensation, sondern Verhaltenssteuerung. Der Schaden aus unternehmerischen Fehlentscheidungen wird häufig so groß sein, dass das Vorstandsmitglied sein gesamtes Vermögen verlöre, wenn es dafür aufkommen müsste. Der Effekt könnte sogar kontraproduktiv sein und Vorstandsmitglieder zu waghalsigen Entscheidungen motivieren; wenn die Sache schief geht, hätten sie ohnehin ihre bürgerliche Existenz verloren.

Nach § 93 II 1 AktG haften die Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft gegenüber der Gesellschaft für einen Schaden, der aus der Verletzung ihrer Pflichten entsteht. Der Bundesgerichtshof hat nun entschieden, dass der bloße Nachweis eines Kompetenzverstößes noch keine Haftung begründet. Damit hat er den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens eröffnet. *Maximilian Goette* begrüßt diese Entscheidung: „der II. Zivilsenat [eröffnet] hiermit in Anspruch genommenen Vorständen eine weitere Verteidigungsmöglichkeit“.³¹ Die alternativen Interpretationen der Norm könnte man modellieren und dann besser abschätzen, welche Wirkungen auf die Erhebung einer Klage zu erwarten sind.

Jens Ekkenga fragt sich, ob die Macht des Minderheitsgesellschafters einer GmbH beschränkt werden muss, wenn diese Macht allein darauf beruht,

²⁶ S. erneut *Berle/Means* *Modern Corporation and Private Property*, 1932.

²⁷ *Schockenhoff/Nußbaum* ZGR 2019, 163–190, 169.

²⁸ Ebda.

²⁹ Ebda. 170.

³⁰ *Doralt* ZGR 2019, 996–1049, 1001.

³¹ *Goette* ZGR 2019, 324–338, 331.

dass der Mehrheitsgesellschafter nach § 47 IV GmbHG von der Abstimmung ausgeschlossen ist. Er plädiert dafür, dass der Minderheitsgesellschafter keine verbandsschädlichen Entscheidungen treffen darf, und dass ihn dafür die Beweislast trifft.³² Es würde sich lohnen, den Vorwirkungen dieser Umkehr der Beweislast auf die Entscheidungen des Minderheitsgesellschafters nachzugehen. Wird dadurch der Schutz der Minderheit beseitigt, den das Gesetz wegen eines Interessenkonflikts des Mehrheitsgesellschafters gewünscht hat?

Klaus Hopt wendet sich gegen die These, der Aufsichtsrat dürfe nicht am Vorstand vorbei Fragen an die Belegschaft richten. Andernfalls drohe ein Verlust der Autorität des Vorstands.³³ Wollte man es genau wissen, müsste man Wirkungskanäle spezifizieren. Muss der Vorstand eine tiefer wirkende Kontrolle durch den Aufsichtsrat gewärtigen? Das wäre vermutlich im Sinne des Gesetzes. Geht es um die Sorge, dass oppositionelle Strömungen im Unternehmen den Aufsichtsrat auf ihre Seite ziehen? Zumindest bei mitbestimmten Unternehmen wäre auch das wohl vom Willen des Gesetzes gedeckt. Oder ist man besorgt, dass der Vorstand auf Entscheidungen verzichtet, um dem Aufsichtsrat keine Gelegenheit zur Intervention zu bieten? Das wäre vermutlich nicht mehr im Sinne des Gesetzes.

Die unternehmerische Mitbestimmung ist bekanntlich eine Besonderheit des deutschen Rechts. Das Europäische Gerichtshof hatte über eine Folgefrage zu entscheiden. Ist es mit der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu vereinbaren, wenn ein Arbeitnehmer das aktive und passive Wahlrecht für die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat verliert, wenn er von einer inländischen zu einer ausländischen Tochter wechselt? Er verliert dann gegebenenfalls auch sein Aufsichtsratsmandat. *Achim Seifert* billigt die Entscheidung im Ergebnis, kritisiert aber, dass der Gerichtshof kein Kriterium für eine „Beschränkung“ der Freizügigkeit entwickelt hat.³⁴ Es hätte nahe gelegen, die Vorwirkungen dieser Auslegung zu untersuchen. Der Verlust des aktiven Wahlrechts wird schwerlich so viel Gewicht haben, dass ein Arbeitnehmer auf die Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat verzichtet. Der Verlust des Aufsichtsratsmandats dürfte aber einen „chilling effect“ haben.

Die Aktionärsrechterichtlinie schreibt vor, dass „related party transactions“ geregelt werden. *Hans Christoph Grigoleit* behauptet: „Jedoch fällt der „zusätzliche“ Schutzeffekt der neuen Regulierung bei näherer Betrachtung nicht wesentlich ins Gewicht“.³⁵ Für den Nachweis bräuchte man sozialwissenschaftliche Methoden. Man müsste zunächst operationalisieren, welchen Gefahren möglicherweise wirksamer begegnet wird als mit den

³² *Ekkenga* ZGR 2019, 191–237, 237.

³³ *Hopt* ZGR 2019, 507–543, 529.

³⁴ *Seifert* ZGR 2019, 702–716, 707.

³⁵ *Grigoleit* ZGR 2019, 412–462, 413.

hergebrachten Mitteln des Konzernrechts. Der empirische Nachweis wäre schwierig, weil die Regeln der Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht breit diskutiert worden sind. Deshalb kann man nicht einfach die Ergebnisse vor und nach der Änderung der Regeln vergleichen.

Hans-Friedrich Müller konzentriert sich auf die Weise, mit der der deutsche Gesetzgeber diese Verpflichtung der Richtlinie umsetzen will. Dazu gehört die in § 48a I 1 WpHG-E vorgesehene Publizität von Geschäften mit nahestehenden Unternehmen oder Personen. Die Veröffentlichung muss zwar unverzüglich, aber erst nach Abschluss des Geschäfts erfolgen. „Immerhin können aber auch ex-post zur Verfügung gestellte Informationen die Erhebung einer Schadensersatzklage der Aktionäre erleichtern und für potentielle Investoren Grundlage ihrer Anlageentscheidung sein“.³⁶ Es würde lohnen, diese beiden Kanäle genauer auszuarbeiten.

Es ist eigentlich nicht die Aufgabe eines Richters beim Bundesgerichtshof, in Eigeninitiative das Recht fortzuentwickeln. Ein ehemaliges Mitglied des II. Zivilsenats hat diesen Versuch jedoch unternommen. Zum Schutz der Aktionäre einer verschmelzenden Gesellschaft soll nach dem sog. Linde/Praxair-Verfahren genügen, wenn ihnen ein Umtauschangebot für ihre Aktien gemacht wird. *Lutz Strohn* fordert stattdessen einen Hauptversammlungsbeschluss. *Jens Koch* prüft diesen Vorschlag.³⁷ Doch um die alternativen Lösungen wirklich vergleichen zu können, müsste man die Schutzeffekte modellieren (und idealerweise auch empirisch testen).

Peter Hommelhoff betont die Legitimität eines faktischen Konzerns als Organisationsform für arbeitsteiliges Wirtschaften.³⁸ Die Legitimität speist sich auch aus der „rechtlich induzierte[n] Handlungsdynamik“.³⁹ Das ist eine spannende These, die nach einem empirischen Test ruft. Führt der partielle rechtliche Schutz vor dem Einfluss der Konzernmutter tatsächlich zu größerer Autonomie der Konzerntöchter?

Wolfgang Schön fordert eine Neujustierung des Konzernrechts. Die Aufgabe dieses Rechtsgebiets beschränkt sich nicht auf den Schutz der Minderheit einer Konzerntochter vor dem Missbrauch der Leitungsmacht der Konzernmutter. Das Konzernrecht hat auch eine Ermöglichungsfunktion. Es soll der Mutter erlauben, Synergien zu nutzen. Die rechte Balance findet man, wenn man den Schutz der Minderheit im Sinne eines „dulde und liquidiere“ auf das Gewinninteresse beschränkt.⁴⁰ Das ist ein spannender Vorschlag, der nach einem Modell ruft: welche Effekte sind im Gleichgewicht zu erwarten, wenn der Minderheit die Möglichkeit verwehrt wird, ihr nachteilige Leitungsentscheidungen abzuwehren? Würden dann Konzerne

³⁶ *Müller* ZGR 2019, 97–125, 105.

³⁷ *Koch* ZGR 2019, 588–629.

³⁸ *Hommelhoff* ZGR 2019, 379–411, 390.

³⁹ Ebd.

⁴⁰ *Schön* ZGR 2019, 343–378, 356 f.

gar nicht mehr entstehen, deren Bildung effizient wäre? Könnte sich die Konzernmutter den wirtschaftlichen Wert einer Minderheitsbeteiligung in einer zuvor selbstständigen Tochter aneignen, weil die Minderheit aus dem Konzern gedrängt wird?

Holger Fleischer und *Sofie Cools* zeichnen die Geschichte des Personengesellschaftsrechts und seine Entwicklung in anderen Rechtsordnungen nach.⁴¹ Der Text stellt keine funktionalen Thesen auf. Man könnte Konvergenz und Divergenz aber auch quantitativ analysieren. Interessant wäre zum Beispiel, ob machine learning algorithms die Rechtsfamilien finden, die die juristische Diskussion erwartet.⁴²

Volker Beuthien will das Konzept der Gesamthand tiefer verstehen. Die Botschaft findet sich gleich auf der ersten Seite:

„Da sowohl die Personen der Gesamthänder als auch die Gegenstände eines Gesamthandvermögens beliebig sind, kann kennzeichnend für eine Gesamthand als solche nur sein, dass die an ihr beteiligten Personen durch die Gemeinschaftlichkeit ihrer Rechtsinhaberschaft in der Rechtsausübung beschränkt sind, während das aus der gemeinsamen Verwaltung ihres Sondervermögens ergebende persönliche Rechtsverhältnis der Gesamthänder untereinander nicht Ursprung, sondern nur Folge der Rechtsgemeinschaft ist“⁴³.

Normativ ist die Rechtsordnung natürlich frei, die Gesamthand aus der Perspektive der Vermögensbeziehungen zu konstruieren. Aber verfolgt die Rechtsordnung mit der Institution der Gesamthand nicht auch den Zweck, dem Rechtsverkehr geeignete Institutionen zur Verfügung zu stellen? Dann könnte es durchaus wichtig sein, die Institution so auszugestalten, dass enge persönliche Beziehungen entstehen, die die gemeinsam gewählte Aufgabe tragen können. Dazu hätte die Sozial- und Organisationspsychologie etwas zu sagen.

Christine Osterlob-Konrad hält das Gebot der Selbstorganschaft in der Personengesellschaft für überlebt. „An der überkommenen Vorstellung, das Fehlen einer persönlichen Haftung führe generell zu übertrieben risikofreudiger Unternehmensführung, scheint nicht viel dran zu sein“.⁴⁴ Das mag ja stimmen. Aber was ist falsch an der Sorge um das Auseinanderfallen von Herrschaft und Haftung?⁴⁵ Welche institutionellen Sicherungen sind an die Stelle getreten?

Nach § 172 IV HGB lebt die persönliche Haftung eines Kommanditisten wieder auf, wenn er Anteile entnommen hat und das Unternehmen so viel

⁴¹ *Fleischer/Cools* ZGR 2019, 463–506.

⁴² S. zum Vergleich *Chang et al.* Drawing the Legal Family Tree: An Empirical Comparative Study of 108 Property Doctrines in 128 Jurisdictions, *Journal of Legal Analysis*.

⁴³ *Beuthien* ZGR 2019, 664–701, 665.

⁴⁴ *Osterlob-Konrad* ZGR 2019, 271–300, 296.

⁴⁵ S. erneut *Berle/Means* *Modern Corporation and Private Property*, 1932.

Verlust macht, dass der Wert seines Kapitalanteils unter den Betrag der geleisteten Einlage sinkt. Der Bundesgerichtshof hatte über eine prozessrechtliche Folgefrage zu entscheiden. Wie weit reicht die Darlegungslast des Kommanditisten im Rechtsstreit mit dem Insolvenzverwalter? *Christoph Thole* plädiert dafür, den normativen Konflikt offen zu legen: „Der Kommanditist trägt die Darlegungs- und Beweislast für die fehlende Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung“.⁴⁶ Die Analyse der resultierenden Anreize wäre spannend. Wie würde sich ein auf die Maximierung seines Einkommens zielender Kommanditist verhalten? Würde er bereits auf die Entnahme von Gewinnen verzichten? Oder gäbe es sogar Vorwirkungen auf die Entscheidung, sich als Kommanditist an einer Personengesellschaft zu beteiligen? Wären solche Vorwirkungen normativ als Selektionsinstrument erwünscht?

Nach § 116 II HGB bedürfen außergewöhnliche Entscheidungen in einer Personengesellschaft der Zustimmung aller Gesellschafter. Der Bundesgerichtshof hatte über die Wirksamkeit einer Satzungsklausel zu entscheiden, die auch für solche Entscheidungen eine qualifizierte Mehrheit vorschreibt. Das hat der Bundesgerichtshof gebilligt, weil § 116 II HGB dispositives Recht sei. *Herbert Wiedemann* hält die Entscheidung für richtig:

„In einer Publikumsgesellschaft, an der sich eine große Zahl untereinander (zunächst) nicht verbundener, geschweige denn organisierter Kapitalanleger beteiligen, muss der ‚Gesellschaftswille‘ von der Stimmenmehrheit gebildet werden, weil Vertragsänderungen sonst nicht durchzubringen wären, selbst wenn sie offenkundig im Interesse des Gemeinwohls liegen“.⁴⁷

Die Analyse der Anreizeffekte wäre interessant. Welche Vorwirkungen auf die Anlageentscheidung hat die resultierende Unsicherheit über den Gegenstand und damit die Werthaltigkeit der Anlage? Unterscheidet sich die Unsicherheit, die aus künftigen Entscheidungen einer dann bestehenden Mehrheit resultiert, von der Unsicherheit über den Erfolg des Unternehmens am Markt? Letztere Unsicherheit ist mit jeder Beteiligung an einem Unternehmen verbunden.

Stefan Korch interpretiert eine Vorschrift der Restrukturierungsrichtlinie als legislative Definition des Unternehmenszwecks. Wenn das Unternehmen in eine Krise gerät, ist der Geschäftsleiter nach Art. 19 verpflichtet, die Interessen der Gläubiger, der Anteilseigner sowie weiterer stakeholder in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.⁴⁸ Eine sozialwissenschaftliche Folgefrage liegt nahe: welche verhaltenslenkenden Effekte haben gesetzliche Definitionen des Unternehmenszwecks?

Darf der Alleingesellschafter einer GmbH das Unternehmen dadurch sanieren, dass er es mit einer zweiten GmbH verschmilzt, an der er die Mehrheit

⁴⁶ *Thole* ZGR 2019, 301–323, 310.

⁴⁷ *Wiedemann* ZGR 2019, 923–928, 924.

⁴⁸ *Korch* ZGR 2019, 1050–1081.

hält? Der Bundesgerichtshof hat die Frage für den Fall verneint, dass dadurch die Existenz der aufnehmenden Gesellschaft vernichtet wird. *Jan Lieder* und *Martin Bialluch* fordern außerdem eine Differenzhaftung: Daran „führt schon aus materiellen Gerechtigkeitsabwägungen kein Weg vorbei: Wird ein neuer Anteil an den Inferenten ausgegeben, erfordert das Gebot eines effektiven Kapitalschutzes, dass die erbrachte Einlage werthaltig ist“. ⁴⁹ „Gerechtigkeitsabwägungen“ sind ein wenig klarer normativer Maßstab. Geht es um Verteilungsgerechtigkeit? Aber müsste dann nicht jeder Konzern verboten werden? Oder geht es um Anreizeffekte? Würden normativ erwünschte Konzerne nicht mehr gebildet, wenn die Rechtsordnung diesen Schutz verwehrt? Oder geht es um den Schutz des Schwächeren? Aber ist jeder Minderheitsgesellschafter von vornherein der Macht des Mehrheitsgesellschafters ausgeliefert? Warum hat er sich dann an dem Unternehmen beteiligt?

York Schnorbus plädiert für die Zulässigkeit einer Direktabspaltung als Gestaltungsform für einen Spin-Off. Die bisherige Konzernmutter gibt die Anteile an der bisherigen Tochter auf. Aktionäre der Mutter erwerben diese Anteile. Der Spaltungsfreiheit soll aber die gesamtschuldnerische Haftung von Mutter und Tochter für die Altschulden der Mutter korrespondieren. Andernfalls ginge den Gläubigern der Mutter Haftungsmasse verloren. ⁵⁰ Dieses Argument lässt sich als Anwendung eines schon mehrfach verwendeten Kerngedankens der ökonomischen Analyse des Rechts interpretieren: Herrschaft (in diesem Fall: die Freiheit der bisherigen Konzernmutter zur Auflösung der Konzernbeziehung) und Haftung sollen gleichlaufen. ⁵¹

Jannik Otto kritisiert die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten über Mängel gesellschaftsrechtlicher Beschlüsse.

„Die Rechtsordnung geht [...] im Ausgangspunkt von einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Streitbeilegung im Schiedsverfahren mit der Streitbeilegung vor staatlichen Gerichten aus. [...] Eine Benachteiligung einer Partei kann sich also nur aus hinzutretenden Umständen ergeben. Die Wirksamkeitsprüfung gem. § 138 Abs. 1 BGB ist daher auf die Umstandskontrolle beschränkt.“ ⁵²

Es ist natürlich legitim, normative Fragen positivistisch zu entscheiden: der Gesetzgeber hat die Verantwortung übernommen. Der Interpret will sich nicht über diese Entscheidung hinwegsetzen. Diese Art von „academic self-restraint“ ist jedoch selten geworden. Normalerweise möchte ein Rechtswissenschaftler die Entscheidung des Gesetzgebers nicht nur berichten, sondern auch verstehen. Dann wäre die Frage berechtigt, ob Schiedsverfahren für diese Klasse von Streitigkeiten wirklich gleich geeignet sind. Das

⁴⁹ *Lieder/Bialluch* ZGR 2019, 760–779, 764.

⁵⁰ *Schnorbus* ZGR 2019, 780–812, 788.

⁵¹ S. noch einmal *Berle/Means* *Modern Corporation and Private Property*, 1932.

⁵² *Otto* ZGR 2019, 1082–1121, 1087.

könnte eine Wirkungsanalyse zeigen, für die man sozialwissenschaftliche Methoden bräuchte.

VI. Korrelationen

Kausalität ist ein anspruchsvolles Konzept. Ob ein bestimmter Gegenstand, eine bestimmte literarische Gattung, eine bestimmte Ausbildung oder ein bestimmtes Wirkungsfeld ursächlich dafür ist, dass ein Autor sozialwissenschaftliche Methoden oder Ergebnisse rezipiert, lässt sich aus der Durchsicht eines Jahrgangs einer Zeitschrift nicht belegen. Andere Ursachen könnten entscheidend sein, die so nicht zu beobachten sind. Vor allem ist aber die Richtung der Kausalität unklar. Sucht sich der Gegenstand seine Methode, oder motiviert die Eignung zur Anwendung einer Methode die Wahl des Gegenstands? Hat ein Autor auf die Rezeption sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse verzichtet, weil sich eine Urteilsanmerkung dafür nicht eignet, oder hat er sich für das Schreiben einer Anmerkung entschlossen, weil ihm die sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse nicht zugänglich sind? Benutzt ein Autor sozialwissenschaftliche Literatur, weil er dafür die Ausbildung hat, oder hat er die Ausbildung erworben, um diese Literatur nutzen zu können? Berücksichtigt ein Autor sozialwissenschaftliche Ergebnisse, weil er das als Universitätsprofessor für seine Pflicht hält, oder ist er Professor geworden, damit er seine Aussagen auch interdisziplinär absichern kann?

Die folgende Tabelle berichtet deshalb nur Korrelationen. Zwei Variablen stehen in einem Zusammenhang. Wenn die Wahrscheinlichkeit sehr klein ist, dass dieser Zusammenhang auf Zufall beruht, lohnt es, den Zusammenhang näher zu untersuchen. Die Konvention der Sozialwissenschaften wird als p-Wert ausgedrückt. Bei kleinen Datensätzen wie diesem gilt ein p-Wert unter 0,05 als bedeutsam, und ein p-Wert unter 0,1 als berichtenswert.

	Modell 1	Modell 2	Modell 3	Modell 4	Modell 5	Modell 6	Modell 7
Corporate Governance	0,640 (0,066)				0,560 (0,093)	0,629 (0,058)	0,716 (0,034)
Anmerkung		-0,667 (0,041)			-0,600 (0,059)	-0,543 (0,081)	-0,435 (0,168)
sozial-wissenschaftliche Ausbildung			0,440 (0,187)			0,457 (0,139)	0,394 (0,201)
Prof				0,593 (0,154)			0,513 (0,201)
cons	-0,000 (1,000)	0,667 (0,000)	0,417 (0,012)	-0,000 (1,000)	0,200 (0,517)	0,029 (0,929)	-0,499 (0,337)

*Tabelle 1: abhängige Variable: 2: intensive Auseinandersetzung mit sozialwissenschaftlicher Literatur, 1: einzelne Zitate, 0: keine Zitate, lineare Modelle
N = 31, p-Werte in Klammern*

Auch wenn es nur Korrelationen sind, sind die Ergebnisse interessant. Alle sieben Modelle korrelieren das Ausmaß, in dem ein Aufsatz sozialwissenschaftliche Literatur auswertet, mit beobachteten Eigenschaften des Gegenstands, der literarischen Gattung oder des Autors. Modelle 1–4 korrelieren die Auswertung sozialwissenschaftlicher Literatur mit nur je einer anderen Variablen. Dass der Autor eine wirtschaftswissenschaftlicher Ausbildung hat und dass er ein Professor ist, hat zwar den erwarteten positiven Effekt. Die p-Werte sind aber weit von dem konventionellen Maß für die Signifikanz eines Effekts entfernt. Das mag daran liegen, dass die 31 Aufsätze des Jahrgangs 2019 ein zu kleines Sample sind. Große Bedeutung haben diese beiden Faktoren aber jedenfalls nicht. Blickt man nur auf bivariate Korrelationen, ist die literarische Gattung am wichtigsten. Modell 2 zeigt nicht nur einen klar signifikanten, negativen Effekt ($p = 0,041$). Tatsächlich addieren sich die Konstante und der Koeffizient für den Umstand, dass der Aufsatz eine Urteilsanmerkung ist, zu 0. In keiner der sieben Urteilsanmerkungen findet sich ein einziges sozialwissenschaftliches Zitat. Dass der Aufsatz eine Frage der corporate governance zum Gegenstand hat, hat einen deutlich positiven Effekt. Auch in Modell 1 lohnt der Blick auf die Konstante. Sie ist exakt 0. Sozialwissenschaftliche Literatur wird im Jahrgang 2019 der ZGR nur zitiert, wenn es um corporate governance geht. Dieser Effekt hat allerdings einen p-Wert von 0,066. Er ist nur „schwach signifikant“. Die bivariate Korrelation ist nur bedingt verlässlich.

Modelle 5–7 „kontrollieren“ dann aber für mehrere der beobachteten Variablen. Das ändert die Interpretation der Koeffizienten. Sie sind nun konditioniert darauf, dass die übrigen Variablen 0 sind. Am Beispiel von Modell 5: wenn der Aufsatz keine Urteilsanmerkung ist, dann wird weniger wichtig, ob er corporate governance zum Thema hat (der Koeffizient ist kleiner als in Modell 1, der p-Wert ist größer). Umgekehrt wird auch weniger wichtig, dass der Text ein Urteil kommentiert, wenn es dabei nicht um corporate governance geht (der Koeffizient ist kleiner als in Modell 2, der p-Wert ist größer). Diese Unterschiede zwischen Modellen 1 und 2 auf der einen und Modell 5 auf der anderen Seite beruhen darauf, dass beide Variablen negativ korreliert sind. Urteilsanmerkungen widmen sich häufiger Gegenständen außerhalb von corporate governance.

Modelle 6 und 7 „kontrollieren“ zusätzlich noch für Charakteristika des Autors. Tut man das, erweist sich, dass der Gegenstand wichtiger ist als die literarische Gattung. In Modell 7 ist der Koeffizient für den Gegenstand corporate governance am größten von allen Modellen. Der Koeffizient dafür, dass der Text ein Urteil kommentiert, ist am kleinsten. Mit den p-Werten verhält es sich genau umgekehrt.

VII. Entwicklungsoptionen

Die deutsche Rechtswissenschaft ist zu Recht stolz auf ihre Nähe zur Rechtspraxis. Rechtswissenschaft will zuerst einmal nützlich sein. Sie dient den Rechtsunterworfenen, weil sie Gerichten, Behörden und Vertragsparteien hilft, bessere Entscheidungen zu treffen. Das gilt auch für das Gesellschaftsrecht. Der amerikanischen Rechtswissenschaft werfen deutsche Wissenschaftler nicht selten vor, dass sie diese Verbindung zur Rechtspraxis gekappt hat. Wissenschaftlichkeit ist für einen Juristen kein Selbstzweck. Trotzdem hoffe ich, dass diese Spurensuche belegt, wie viel unmittelbaren Nutzen gerade die Rechtspraxis ziehen könnte, wenn sich das Gesellschaftsrecht noch stärker auf die sozialwissenschaftliche Literatur einlässt. Am Ende wird sich die Disziplin dann auch dafür öffnen müssen, selbst sozialwissenschaftliche Methoden anzuwenden. Denn was der Rechtspraxis dient, weiß ein Rechtswissenschaftler viel besser und genauer als sein Kollege, der vor allem das wissenschaftliche Gespräch zwischen Wirtschaftswissenschaftlern, Psychologen oder Soziologen sucht.

Gleichbehandlungsgebote als Vertragshilfe

ANDREAS ENGERT

I. Einleitung

Der Titel des Beitrags ist der Jubilarin entliehen. Vor etwas über zwanzig Jahren hat *Christine Windbichler* die betriebliche Mitbestimmung bei vergleichbarer Gelegenheit als „institutionalisierte Vertragshilfe“ gedeutet.¹ Mit dieser Einsicht verblüffte sie kurz darauf den Verfasser bei einem Bewerbungsgespräch an ihrem Lehrstuhl am Bebelplatz. Frisch aus den USA zurückgekehrt, hatte er nicht damit gerechnet, die ökonomische Vertragstheorie so selbstverständlich und geläufig im deutschen Arbeitsrecht angewendet zu sehen. Obwohl es ihn aus anderen Gründen letztlich an die Isar statt an die Spree zog, blieb *Christine Windbichler* ein Vorbild für gelungene sozialwissenschaftliche, insbesondere ökonomische Reflexion des Rechts: nicht als Belehrung der Juristen aus der überlegenen Warte einer umfassenden sozialen Welterklärung, sondern in umgekehrter Suchrichtung als Bestreben, die ökonomische Rationalität hinter den gewachsenen Institutionen des Rechts aufzuspüren und theoretisch nachzuzeichnen – durchaus mit dem Ziel, das so verfeinerte Verständnis für Verbesserungen nutzen zu können.²

In ihrem damaligen Beitrag hatte *Windbichler* die betriebliche Mitbestimmung neben andere Mittel der Vertragsausfüllung und -anpassung gestellt, darunter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, die Grundlagenstörung, die Betriebsübung, aber auch den Gleichbehandlungsgrundsatz.³ Die folgenden Überlegungen greifen das Gleichbehandlungsgebot, vor allem aber den Gedanken auf, dass allgemeine Rechtsfiguren der vertraglichen Lückenfällung dienen können. Beim Gleichbehandlungsgebot konkurriert eine solche Interpretation allerdings mit sozial- und verteilungspolitischen Gleichheitszielen, wie sie in den letzten Jahren wieder mehr Aufmerksamkeit und

¹ Ihr Beitrag zur Festschrift für *Wolfgang Zöllner* trägt den Titel: „Betriebliche Mitbestimmung als institutionalisierte Vertragshilfe“, *Windbichler* in FS Zöllner, 1999, 999.

² Ein weiteres Beispiel behutsamer institutioneller Analyse im Dialog mit der US-amerikanischen Rechtswissenschaft bildet die Untersuchung des Für und Widers der unternehmerischen Mitbestimmung sowie von Reformperspektiven in *Windbichler* EBOR 6 (2005), 507.

³ Als eines von mehreren „individualrechtlichen Gestaltungsmitteln mit kollektivem Einschlag“, *Windbichler* in FS Zöllner, 1999, 999, 1002.

Zuspruch finden. Zudem läuft sie der traditionellen Deutung als Ausfluss der *iustitia distributiva* zuwider; nicht zuletzt *Windbichlers* akademischer Lehrer *Götz Hueck* hat diese Zuordnung betont.⁴ Als „Vertragshilfe“ würden Gleichbehandlungsgebote demgegenüber die Kooperation der Beteiligten fördern, im Sinne des ökonomischen Effizienzziels also eine höhere Wertschöpfung. Ob eine solche „produktive“ Umdeutung anstelle der vorherrschenden distributiven Begründung gelingen kann, erscheint schon für sich genommen von Interesse. Darüber hinaus kann eine genauere Fundierung zu eindeutigeren Rechtsfolgen führen. Bei einer für ihre Unbestimmtheit berichtigten Forderung wie der nach gleicher Behandlung des (wesentlich) Gleichen müsste jede Konkretisierung willkommen sein.

Privatrechtliche Gleichbehandlungsgebote sind allerdings wohl unterschiedlich zu begründen.⁵ Zu Beginn der Ausführungen werden deshalb mögliche Anwendungsfälle für die hier zu entwickelnde lückenfüllende Funktion von Gleichbehandlungsgeboten skizziert, darunter der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz (Abschnitt II.). Sodann wird die These vom Gleichbehandlungsgebot als Vertragshilfe vorgestellt (Abschnitt III.), bevor sie aus einer ökonomischen Modellbetrachtung hergeleitet wird (Abschnitt IV.). Aus der Begründung ergeben sich Hinweise darauf, was als gleich zu behandeln und welche Differenzierungen zu rechtfertigen sind (Abschnitt V.). Auch wenn das so verstandene Gleichbehandlungsgebot ökonomisch keine vollkommen effiziente Lückenfüllung verspricht, dürfte es Regelungsalternativen überlegen sein (Abschnitt VI.).

Der Beitrag ist während der Coronavirus-Epidemie im Frühjahr 2020 entstanden und konnte sich nur auf die dem Verfasser am heimischen Arbeitsplatz erreichbaren Quellen stützen. Nicht verfügbar waren in den letzten Jahren entstandene, zentrale Schriften zu Gleichbehandlungsgeboten und zur Verteilungsgerechtigkeit im Privatrecht.⁶ Der Verfasser hofft, das

⁴ *G. Hueck* in *GS Dietz*, 1973, 241, 252ff. Vgl. aber *Canaris* Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, 36 („erstaunliche[s] Phänomen“ allgemeiner Anerkennung distributiver Kriterien trotz umstrittener Begründung und Widerspruchs zur Vertragsfreiheit). Abweichend – als Anwendung ausgleichender Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*) – deutet den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot hingegen *Verse* Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, 2006, 77ff. Zur Unterscheidung zwischen verteiler und ausgleichender Gerechtigkeit erhellend *Rödl* Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, 54ff.

⁵ Für die gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlung hat *Verse* den Gesichtspunkt einer prozeduralen Richtigkeitsgewähr herausgearbeitet, *Verse* Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, 2006, 58ff., 79; zu Diskriminierungsverboten etwa *Engert* *German L.J.* 4 (2003), 685, 693ff.; eine originelle ökonomische Begründung des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes bietet *von Randow* in *FS Baums*, 2017, 931.

⁶ Insbesondere *Arnold* Vertrag und Verteilung, 2014; *Grünberger* Personale Gleichheit, 2013; *Kainer* Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilrecht, in Vorbereitung; *Mörsdorf* Ungleichbehandlung als Norm, 2018.

gegen diese Werke und ihre Autoren Versäumte bei anderer Gelegenheit nachholen zu können.

II. Referenzfälle von Gleichbehandlungsgeboten

Die Vertragspraxis liefert einen deutlichen Hinweis, dass Gleichbehandlung nicht von Vorstellungen über gerechte Verteilung geleitet sein muss: In Verträgen zwischen Unternehmen verspricht eine Partei der anderen mitunter, sie ebenso zu behandeln wie andere, entsprechende Vertragspartner. Ein Beispiel bietet die berühmte Lieferbeziehung zwischen General Motors und Fisher Body, der vielleicht bekanntesten Fallstudie der ökonomischen Vertragstheorie. General Motors hatte sich 1919 verpflichtet, seinen gesamten Bedarf an geschlossenen Fahrzeugkarosserien ausschließlich von Fisher Body zu beziehen. Da sowohl die zu liefernden Karosserien als auch die Produktionskosten nicht im Voraus bestimmbar waren, vereinbarten die Parteien keinen Festpreis, sondern eine Formel zur Preisbestimmung und daneben eine Meistbegünstigungsklausel.⁷ Fisher Body sicherte General Motors also bei der Preissetzung Gleichbehandlung mit anderen, entsprechenden Abnehmern zu. Meistbegünstigungsklauseln sind indes keine historische oder US-amerikanische Eigenheit. Sie sind unter anderem auch für das Verhältnis zwischen Förderern von Erdgas und Pipelinebetreibern als dessen Abnehmern institutionenökonomisch beleuchtet worden.⁸ In der deutschen Vertragspraxis finden sie sich „regelmäßig“ in Lizenzverträgen,⁹ ebenso aber beispielsweise in einem Vertragsmuster über die Auslagerung der Datenverarbeitung von Banken.¹⁰

Es erscheint einigermaßen fernliegend, dass kapitalistische Unternehmen besondere Vorstellungen über eine erwünschte gleiche Gewinnverteilung untereinander entwickeln. Zudem ließe sich schwer erklären, weshalb Meistbegünstigungsklauseln in bestimmten Vertragstypen gehäuft auftreten,

⁷ Klein J. L. & Econ. 42 (2000), 105, 109. Zu den weiteren Umständen des Falls siehe dort, 107 ff., sowie erstmals Klein/Crawford/Alchian J. L. & Econ 21 (1978), 297, 308 ff.

⁸ Mulherin J. L. Econ. & Organ. 2 (1986), 105, 107, 111 ff.; Crocker/Lyon J. L. & Econ. 37 (1994), 297.

⁹ So Fock in Wandtke (Hrsg.), Medienrecht, Band I, 2. Aufl. 2011, § 5 Rn. 190; nach zum Teil vertretener Auffassung soll sich eine Meistbegünstigungspflicht sogar ohne Vereinbarung aus § 242 BGB ergeben, Pablow Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des geistigen Eigentums, 2006, 325.

¹⁰ Bartsch in Hoffmann-Becking/Gebele (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch Bürgerliches-, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2019, „Outsourcing-Vertrag“, § 13 IV: „Die X-AG bietet der Bank stets zumindest alle die Dienste an, die sie anderen Banken im Bereich des Wertpapierhandels durch Outsourcing oder Softwareüberlassung anbietet, und zwar zu finanziellen und sonstigen Bedingungen, die auch in Hinblick auf das mit der Bank zu verabredende Leistungsvolumen nicht schlechter sind als die zwischen der X-AG und den anderen Kunden vereinbarten Bedingungen.“

sonst aber kein verbreitetes Gestaltungselement sind. Dass Banken oder Lizenznehmer ein feineres Gerechtigkeitsgefühl aufweisen als andere kommerzielle Vertragsparteien, ist bislang nicht behauptet worden. Die selektive Verwendung deutet darauf hin, dass die vereinbarte Gleichbehandlung kein allgemeines, am Markt verbreitetes Gleichheitsideal widerspiegelt, sondern in bestimmten Verträgen funktional vor einer Vereitelung des Vertragszwecks schützen soll.

Das Kartellrecht wittert hinter Meistbegünstigungsklauseln häufig eben dies – die eigennützige Zweckverfolgung einer Partei, namentlich ein Streben nach Beschränkung des Wettbewerbs.¹¹ Tatsächlich verteuert eine Gleichbehandlungspflicht mögliche Preiszugeständnisse des Anbieters gegenüber anderen Abnehmern, weil er sie sogleich auf den geschützten Vertragspartner ausdehnen müsste; jeder Euro Nachlass kostet ihn so weit mehr als einen Euro. Dies erleichtert die Koordination unter konkurrierenden Anbietern und schwächt tendenziell den Preiswettbewerb.¹² Gleichwohl missbilligt das Kartellrecht Meistbegünstigungsklauseln nicht schlechthin, offenbar weil es auch mögliche legitime Zwecke anerkennt.¹³ Gegenüber marktmächtigen Unternehmen stellt es sogar selbst eine Forderung nach Gleichbehandlung auf: Art. 102 S. 2 c) AEUV und § 19 II Nr. 1 F. 2 GWB verbieten dem Marktbeherrscher ausdrücklich die Diskriminierung von Handelspartnern bzw. Unternehmen. Ein aktuelles Beispiel ist die Pflicht, anderen Unternehmen eine Lizenz zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen¹⁴ zu gewähren, wenn die Nutzung eines Patents erforderlich ist, um Produkte nach einem vereinbarten oder tatsächlich am Markt vorherrschenden Standard herzustellen.¹⁵ Das Diskriminierungsver-

¹¹ Ein aktuelles Beispiel ist die von Buchungsplattformen auferlegte Verpflichtung von Hotels, keine günstigeren Übernachtungspreise als auf der Plattform anzubieten, dazu OLG Düsseldorf NZKartR 2015, 148 (Weite Bestpreisklausel); OLG Düsseldorf NZKartR 2019, 379 (Enge Bestpreisklausel).

¹² Eingängig *Baker/Chevalier* Antitrust 27 (2013), 23 („effectively ‚taxing‘ price-cutting“).

¹³ Grundsätzlich sollen Meistbegünstigungsklauseln zwar gegen Art. 101 I a) AEUV verstoßen, *Zimmer* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 101 AEUV Rn. 255. Anbieter mit einem Marktanteil unter 30% dürfen sie aber zugunsten ihrer Abnehmer grundsätzlich vereinbaren, Art. 2 I, 3 I, 4 I a) Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (EU) Nr. 330/2010; zu entsprechenden Pflichten der Abnehmer beim Weiterverkauf siehe EU-Kommission, Vertikal-Leitlinien der (2010/C 130/01), Rn. 48; ähnlich für Lizenzgebühren Art. 2 I, 4 I a), II b) Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung (EU) Nr. 316/2014, dazu *Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 4 Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung Rn. 14.

¹⁴ Sogenannte FRAND-Bedingungen: „fair, reasonable and non-discriminatory“.

¹⁵ Im ersten Fall müssen die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen sich selbst zu FRAND-Lizenzierungen verpflichten, so die Leitlinien der EU-Kommission zur horizontalen Zusammenarbeit (2011/C 11/01), Rn. 285, 287 ff.; zur Durchsetzung im Rahmen des Missbrauchsverbots EuGH ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 48 ff. (Huawei/ZTE). Eine Lizenzierungspflicht kann sich aber bei einem De-facto-Standard aus dem Diskriminie-

bot führt zu einem Vergleich mit anderen Lizenznehmern und liefert damit einen zusätzlichen Maßstab neben der ebenfalls geforderten, aber schwer kontrollierbaren „Fairness“.¹⁶ Begründet wird dieses Gleichbehandlungsgebot damit, die Geschäftspartner des marktmächtigen Unternehmens sollten im Wettbewerb untereinander nicht benachteiligt werden.¹⁷ Dies entspricht genau dem Regelungszweck von Meistbegünstigungsklauseln, wie sie die Rechtsprechung bei der Auslegung von Lizenzverträgen zugrunde legt.¹⁸ Die kartellrechtliche Rechtsprechung und Literatur betont allerdings die Differenziertheit des Diskriminierungsverbots; es handle sich um kein generelles Meistbegünstigungsgebot.¹⁹

Den Anlass dieses Beitrags liefert das Arbeitsrecht als eines der Hauptforschungsgebiete der Jubilarin. Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer gilt dort als allgemein anerkannter Grundsatz des Rechtsgebiets. Man hat keine Scheu, ihn unmittelbar dem „überpositiven Ideal der Gerechtigkeit“ zuzuordnen, „die es gebietet, Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend seiner Eigenart ungleich zu behandeln“.²⁰ Näher begründet wird er mit der Machtstellung des Arbeitgebers und seiner Fürsorgepflicht, aber auch dem Kollektiv- bzw. Gemeinschaftsbezug des Arbeitsverhältnisses.²¹ Wie im Kartellrecht wird vom Arbeitgeber keine umfassende Gleichbehandlung verlangt. Insbesondere löst eine Begünstigung nur einzelner Arbeitnehmer noch keine Gleichbehandlungspflicht aus. Erst wenn vom Arbeitgeber selbst aufgestellte Regeln erkennbar werden, sind sie erstens allgemein anzuwenden und werden sie zweitens auf nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen überprüft.²² Daraus kann sich zum Beispiel ein Anspruch des Arbeitnehmers er-

rungsverbot ergeben, BGHZ 180, 312, Rn. 22ff. (Orange-Book-Standard); BGH GRUR 2004, 966, 968 f. = BGHZ 160, 67 (Standard-Spundfass).

¹⁶ Zu den dabei auftretenden Bewertungsproblemen EU-Kommission, Horizontal-Leitlinien (2011/C 11/01), Rn. 289f. Insgesamt zu dieser Funktion des kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgebots *Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 388 („letztlich ein Beweisproblem“).

¹⁷ BGH NZKartR 2016, 374, Rn. 48 (NetCologne).

¹⁸ BGH GRUR 1965, 591, 595 (Wellplatten).

¹⁹ BGH NZKartR 2016, 374, Rn. 48 (NetCologne); BGH NJW-RR 2011, 774, Rn. 25 (Entega II); BGH GRUR 2004, 966, 969 = BGHZ 160, 67 (Standard-Spundfass); *Loewenheim* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 19 GWB Rn. 47.

²⁰ BAGE 149, 69, Rn. 18; aus der Kommentarliteratur *Joussen* BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.3.2020, § 611a BGB Rn. 313 und *Maties* BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2019, § 611a BGB Rn. 1442, beide unter Berufung auf *G. Hueck* in FS Dietz, 1973, 241, 252 ff.

²¹ Zu Letzterem *Richardi* ZfA 2008, 31, 34f.; Überblick der Begründungsansätze bei *Maties* BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2019, § 611a BGB Rn. 1446 ff.

²² BAG NZG 2010, 632, Rn. 24, 29; BAG NZA 2003, 215, 216 (fehlender kollektiver Bezug bei Gehaltserhöhung für vier Arbeitnehmer, die weniger als 5% der außertariflich Angestellten des Arbeitgebers ausmachen); BAG NJW 1983, 679, 680 (kollektiver Bezug gegeben bei Anwendung von unterschiedlichen Vergütungssystemen auf jeweils 26 und 150 Arbeitnehmer ohne erkennbare Kriterien „nach Gutdünken“); zusammenfassend

geben, an Gehaltserhöhungen, einer freiwilligen tariflichen Vergütung oder Aktienoptionsprogrammen teilzuhaben.²³

III. These

Die These des Beitrags lautet, dass die eben beispielhaft beschriebenen Gleichbehandlungsgebote am besten funktional zu erklären sind, nämlich als Hilfestellung für die Beteiligten einer langfristigen Kooperationsbeziehung. Den Ausgangspunkt bildet das klassische Problem unvollständiger Verträge, das auch *Windbichler* in dem eingangs erwähnten Beitrag beschäftigte: Die Parteien bedürfen rechtlicher Bindung, ohne sich aber bereits auf eine bestimmte Regelung festlegen zu können, weil die Zukunft zu viele Unwägbarkeiten bereithält; die Ungewissheit der technischen und wirtschaftlichen Umstände verbietet eine Fixierung der Sachleistungen und der dafür zu zahlenden Preise. Wie aber soll man sich binden, wenn man noch nichts Konkretes festschreiben kann und will?

Das Gleichbehandlungsgebot bietet darauf in einer besonderen Konstellation eine halbwegs befriedigende Antwort. Wenn sich die angestrebte Kooperation zwischen einer Einzelpartei auf der einen und einer Mehrzahl von Beteiligten auf der anderen Marktseite abspielt, erreicht ein Gleichbehandlungsgebot Flexibilität und Bindung zugleich: Die Einzelpartei kann im Lichte der eingetretenen Umstände entscheiden, zu welchen Bedingungen sie geschäftsbereit ist, muss der mehrgliedrigen Marktseite dann aber einheitlich dieselben Konditionen anbieten; ihre Gestaltungsmacht beschränkt ein von ihr selbst gewählter Fixpunkt. Wie zu zeigen sein wird, erzeugt diese Einengung nicht immer und in jeder Hinsicht optimale Anreize.²⁴ Sie hindert die Einzelpartei jedoch daran, sich bestimmte Vorteile aus individuellen Anstrengungen ihrer Geschäftspartner anzueignen. Damit erhält das Gleichbehandlungsgebot Anreize der mehrgliedrigen Marktseite zu Investitionen in die Kooperationsbeziehung – und erreicht so weitgehend das ökonomische Ziel einer rechtlichen Bindung, ohne dass es im Voraus einer konkreten Regelung bedürfte.²⁵

Spinner in Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 1043, 1045, 1047; *Preis* in Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 579 ff.

²³ BAG NJW 1987, 1285, 1286 f. = BAGE 49, 346 (Teilhabe an „Lohnwelle“ und Inflationsausgleich); BAGE 149, 69, Rn. 21 ff. (allgemeine Lohnerhöhungen für Arbeitnehmer mit Standardarbeitsvertrag); BAG NJW 1983, 679 (freiwillige tarifliche Vergütung von Musikschullehrern); BAG NZG 2010, 632, Rn. 25 ff. (Aktienoptionsprogramm für Führungskräfte). Zum Gleichbehandlungsgrundsatz bei Gehaltserhöhungen zusammenfassend *Fischinger* in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl. 2018, § 14 Rn. 17.

²⁴ Näher unten IV.3. und VI.

²⁵ Eine einfachere, aber auch begrenztere ökonomische Erklärung liefern *Crocker/Lyon* J. L. & Econ. 37 (1994), 297, 301 ff. Danach dient das Meistbegünstigungsgebot als eine Art

IV. Ökonomische Herleitung

Für die ökonomische Herleitung und Erläuterung ist die Kooperationsbeziehung analytisch in zwei Phasen zu unterteilen. In der ersten Phase („ex ante“) lassen sich die Parteien aufeinander ein, indem eine oder beide Seiten in das Entstehen gewinnbringender Austauschmöglichkeiten investieren. Für die zweite Phase des eigentlichen Leistungstauschs („ex post“) entsteht daraus eine Abhängigkeit, weil die erforderliche Investition auf die geplante Transaktion zugeschnitten ist und außerhalb der Kooperationsbeziehung keinen Wert hat. Sie lohnt sich daher ex ante nur, wenn dem Investierenden ex post ein auskömmlicher Anteil an dem erhofften Vertragsgewinnen zufällt.

Das zu lösende Problem liegt darin, dass die Parteien sich ex ante nicht in jeder Hinsicht verbindlich auf Art und Umfang ihrer geplanten Leistungen ex post und damit die Aufteilung des Vertragsgewinns festlegen können: Die Parteien des Lizenzvertrags wissen nicht, welche Nutzungsmöglichkeiten die patentierte Erfindung bieten wird; Bank und IT-Dienstleister sehen bei Abschluss des Auslagerungsvertrags nicht voraus, welche technischen Möglichkeiten wenige Jahre später zur Verfügung stehen, aber auch welche Kosten sie verursachen werden; der Arbeitgeber ahnt nicht, dass er zehn Jahre später einem börsennotierten Konzern angehören und seinen leitenden Angestellten einen Aktienoptionsplan anbieten wird.

Das Gleichbehandlungsgebot ermöglicht in solchen Fällen eine Bindung, ohne die genauen Konditionen ex ante bereits festzuschreiben. Voraussetzung dafür ist die erwähnte asymmetrische Struktur einer Einzelpartei und einer Mehrzahl von Geschäftspartnern. Zumindest die mehrgliedrige Seite investiert ex ante und macht sich so von der alleinigen Gegenpartei abhängig. Nicht erforderlich ist, dass zu diesem Zeitpunkt bereits ein Vertrag abgeschlossen wird. So können im kartellrechtlichen Kontext Unternehmen ex ante bereits in ihre Wertschöpfung auf einer bestimmten Marktstufe investieren und dann ex post auf Vertragsabschlüsse mit einem Marktbeherrscher angewiesen sein. Gerade solche Investitionen soll das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot nach der hier vertretenen These ermöglichen.

Die ökonomische Analyse beginnt bei der strategischen Situation ex post, wenn die mehrgliedrige Marktseite sich mit spezialisierten Investitionen in Abhängigkeit von einer einzigen Gegenpartei gebracht hat (Abschnitt 1.). Diese Machtverhältnisse ex post und ihre Auswirkungen bestimmen die Bereitschaft zu Investitionen ex ante (Abschnitt 2.). Indem ein Gleichbehandlungsgebot die Macht der Einzelpartei ex post beschränkt, kann es Investi-

Bieterverfahren, um eine nicht vermehrbare vertragliche Leistung dem Abnehmer mit der höchsten Wertschätzung zuzuweisen.

tionen ex ante fördern, die ohne eine solche Absicherung unterbleiben würden (Abschnitt 3.).

1. Machtstellung der Einzelpartei ex post

Die Macht einer geeint handelnden Marktseite kann man ökonomisch als Monopolstellung beschreiben. Der Begriff des Monopols wird hier nur als ökonomische Beschreibung gebraucht; eine Bewertung soll ebenso ausgeblendet bleiben wie die Frage, ob kartellrechtlich eine Marktbeherrschung nach § 18 GWB oder Art. 102 S. 1 AEUV vorliegt. Des Weiteren beschränkt sich die Darstellung auf den vertrauteren Fall, dass die Einzelpartei die Sachleistung anbietet; gerade im Arbeitsrecht verhält es sich umgekehrt, so dass dort von einem Monopsonisten („Einzelkäufer“) zu sprechen wäre. Die Überlegungen zum Monopol sind aber leicht auf die Monopsonie zu übertragen.²⁶

Abbildung 1 zeigt die klassische ökonomische Analyse eines Monopolmarktes. Die schmale, aufsteigende Linie stellt die Angebotsfunktion des Monopolisten, die fett gezeichnete, absteigende Linie die Nachfragefunktion dar. Seine Marktmacht erlaubt es dem Monopolisten, Menge und Preis einseitig festzusetzen. Anstelle der Wettbewerbsmenge Q_W bietet der Monopolist eine geringere Menge Q_M ; aus der Nachfragelinie ergibt sich daraus der höhere Monopolpreis P_M .

Dieser Mengenrückgang verringert die gesamtwirtschaftliche Wertschöpfung: Zum Wettbewerbspreis P_W hätten mehr Güter produziert und nutzbringend eingesetzt werden können. Der volkswirtschaftliche Verlust („deadweight loss“) liegt in der schraffierten Fläche rechts von Q_M . Der über dem Wettbewerbspreis P_W liegende Teil der Fläche zeigt den entgangenen Gewinn der Nachfrager. Jede nicht ausgetauschte Einheit des Gutes bis zur Wettbewerbsmenge Q_W wäre ihnen ausweislich der Nachfragelinie mehr wert als der Preis P_W . Der Teil der schraffierten Fläche unterhalb von P_W stellt die verlorenen Anbietergewinne des Monopolisten dar. Trotz dieser Einbuße bleibt der höhere Preis P_M für ihn von Vorteil, weil er ihm bei den noch zustande kommenden Geschäften die gepunktete Fläche links von Q_M als zusätzlichen Gewinn (Monopolrente) im Vergleich zu einem Wettbewerbsmarkt verschafft. Würde er stattdessen nur den Wettbewerbspreis P_W fordern, fielen diese Vertragsgewinne den Nachfragern zu.

²⁶ Sofern die mehrgliedrige Marktseite ihrerseits auf anderen Märkten konkurriert, ergibt sich die weitere Besonderheit, dass der vom Monopolisten einem Konkurrenten gebotene Preis die eigenen Wettbewerbsbedingungen beeinflusst. Die vom Monopolisten seinen verschiedenen Geschäftspartnern gebotenen Konditionen hängen auf diese Weise zusammen. Dies spielt im Kartellrecht, ebenso aber bei vielen vertraglichen Meistbegünstigungsklauseln eine Rolle, vgl. oben Fn. 17 und 18. Die Ergebnisse der folgenden Analyse verändert diese Komplikation aber im Kern nicht.

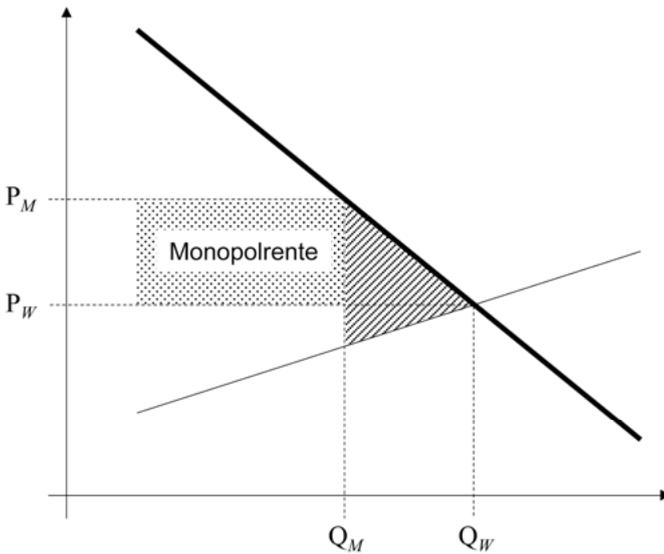


Abbildung 1: Monopolrente und Wohlfahrtsverlust ohne Preisdiskriminierung

Diese Ausgangsbetrachtung unterstellt, dass der Monopolist zwar einseitig die Menge bestimmen kann, aber der resultierende Preis einheitlich für alle Nachfrager gilt, wie sich an den horizontalen Preislinien in Abbildung 1 zeigt. Dem Monopolisten fehlt die Möglichkeit, den Preis für verschiedene Nachfrager zu differenzieren. Kann er hingegen „Preisdiskriminierung“ betreiben, verringert dies zunächst die Wohlfahrtseinbußen. Der Monopolist kann nun weiterhin die Menge Q_M zum Preis P_M absetzen, zugleich aber zusätzliche Güter bis zur Menge Q_W zu niedrigeren Preisen. Zwar fallen die zusätzlichen Vertragsgewinne überwiegend dem Monopolisten zu, weil er über abgestufte Preise den Nachfragern (fast) jeden Vertragsgewinn entziehen kann. Dies betrifft aber nur die *Verteilung*, nicht das *Entstehen* der Vertragsgewinne und damit nicht die Effizienz. Die differenzierten Preise ermöglichen mehr gewinnbringende Transaktionen und verringern damit in der Summe die schädlichen Folgen von Marktmacht. Dies erklärt die zum Teil positive Bewertung von „Preisdiskriminierung“ in der Wettbewerbsökonomik.²⁷

Die beiden schraffierten Flächen in Abbildung 2 verdeutlichen allerdings, wie weitgehend die Möglichkeit zu umfassender Preisdiskriminierung Ver-

²⁷ Lehrbuchdarstellung bei *Belleflamme/Peitz Industrial Organization*, 2. Aufl. 2015, 197 ff.; Literaturüberblick bei *Stoll* in *Armstrong/Porter* (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, Bd. III, 2007, 2221. Grundlegend *Spence Am. Econ. Rev.* 66 (1976), 407; *Spence Rev. Econ. Stud.* 43 (1976), 217.

tragsgewinne von den Nachfragern zum Monopolisten verschoben würde. Die vertikal schraffierte Fläche rechts von Q_M spiegelt den vermiedenen Wohlfahrtsverlust wider. Kann der Monopolist aber seine Preise nach Wunsch differenzieren, braucht er sich darauf nicht zu beschränken. Vielmehr wird er den Nachfragern dann auch links von Q_M ihre verbliebenen Vertragsgewinne – die horizontal schraffierte Fläche – entziehen. Im Ergebnis könnte der Monopolist sämtliche Kooperationsgewinne des Marktes vereinnahmen.

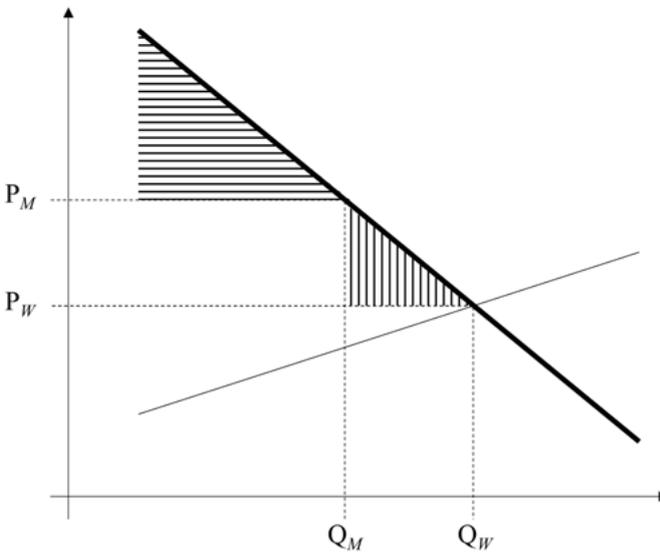


Abbildung 2: Zusätzliche Monopolrenten mit vollkommener Preisdiskriminierung

2. Investitionen der mehrgliedrigen Marktseite ex ante

Eine gesamtwirtschaftliche Einbuße liegt darin noch nicht. Sie tritt erst auf, wenn man die Entscheidungen vor dem Zusammentreffen der beiden Marktseiten berücksichtigt:²⁸ Dass Vertragsgewinne überhaupt erzielbar sind, setzt häufig vorhergehende Investitionen voraus. Dazu wird eine Partei ex ante nur bereit sein, wenn sie ex post mit einem ausreichenden Rückfluss rechnen kann.²⁹ Die zu erwartende Aufteilung der Vertragsgewinne

²⁸ Eine – hier nicht verfolgte – Erklärung besteht darin, dass die Erringung von Marktmacht unnötige Kosten verursachen kann. Je höher die erreichbaren Monopolgewinne, desto stärker die Anreize, gesamtwirtschaftlich unsinnige Ausgaben zu tätigen, etwa in Gestalt von Lobbyismus für wettbewerbsbeschränkende Regelungen.

²⁹ Die Angebots- und Nachfragekurven in Abbildung 1 und Abbildung 2 setzen Ex-ante-Investitionen als gegeben voraus, berücksichtigen also deren Kosten nicht.

entscheidet darüber, ob die Beteiligten überhaupt die Möglichkeit zu deren Erzielung schaffen.³⁰ Damit ist ein Ansatz für die Effizienzbegündung von Gleichbehandlungsgeboten gefunden: Indem sie Preisdiskriminierung verhindern, könnten sie den Anreiz der Gegenseite bewahren, mit kostspieligen Investitionen die Grundlage für Vertragsgewinne zu legen.

Ex-ante-Investitionen können darin bestehen, dauerhaft spezialisierte Kapitalgüter zu schaffen; „spezialisiert“ ist ein Kapitalgut, wenn es sich nur für die Kooperation mit dem fraglichen Geschäftspartner eignet, also nicht für andere Verwendungen umgewidmet werden kann. Beispiele sind auf dem Patent eines Lizenzgebers oder auf bestimmte Zulieferungen ausgerichtete Herstellungsanlagen. Aber auch mit einer langfristigen rechtlichen Bindung spezialisiert man sich auf einen Geschäftspartner und liefert sich ihm aus. Die „Investition“ liegt in der Aufgabe von Handlungsmöglichkeiten, ihr Zweck in der für die andere Seite geschaffenen Sicherheit; diese wiederum kann Voraussetzung für spezialisierte Investitionen des Geschäftspartners sein. So diente die langfristige Ausschließlichkeitsbindung von General Motors dazu, Fisher Body die Errichtung seiner Fabriken in örtlicher Nähe zu ermöglichen.³¹

Im arbeitsrechtlichen Kontext kann eine Spezialisierung darin liegen, dass Arbeitnehmer unternehmensspezifische Kenntnisse und Fertigkeiten (Humankapital) aufbauen.³² Die Entscheidung für einen Arbeitgeber verursacht dem Arbeitnehmer darüber hinaus Opportunitätskosten, weil er sich nicht zugleich bei einem anderen Arbeitgeber bewähren kann; die Einschätzung des Arbeitgebers von der Befähigung des Arbeitnehmers beruht (auch) auf dessen Zeitinvestition.³³ Schließlich liegt eine Art spezifischer Investitionen des Arbeitnehmers darin, seinen Wohnort, seine Familien- und sonstigen Beziehungen auf seinen Arbeitsplatz auszurichten.³⁴ Die damit verbundenen persönlichen Vorteile und abnehmende Mobilität kann der Arbeitgeber über eine geringere Entlohnung oder höhere Leistungsanforderungen abschöpfen.

3. Effizienzfördernde Wirkung von Gleichbehandlungsgeboten

In allen beschriebenen Fällen der Spezialisierung erlangt die jeweilige Gegenpartei ex post die Stellung eines Monopolisten, weil sich die Investition

³⁰ Effizient ist dies selbstredend nur, wenn die Quasi-Renten die Investition zuzüglich einer Mindestrendite übersteigen.

³¹ Klein J. L. & Econ. 42 (2000), 105, 108, 111 ff.

³² Grundlegend Becker J. Pol. Econ. 70 (1962), 9, 12f.; verfeinernd Lazear J. Pol. Econ. 117 (2009), 914.

³³ Vgl. Becker J. Pol. Econ. 70 (1962), 9, 17f.

³⁴ Zum Zusammenhang zwischen Familienbindung und fehlender örtlicher Mobilität im Arbeitsmarkt Alesina/Algan/Cahuc/Giuliano J. Eur. Econ. Assoc. 13 (2015), 599.

nur im Verhältnis mit ihr bezahlt machen kann. Ein Gleichbehandlungsgebot unterbindet eine Differenzierung von Konditionen und damit die in Abbildung 2 dargestellte Preisdiskriminierung. Dies verbessert die Anreize für Ex-ante-Investitionen entscheidend: Sofern ein Nachfrager damit rechnen kann, dass seine Zahlungsbereitschaft den Monopolpreis P_M überschreiten wird, kommt jede weitere Erhöhung in vollem Umfang ihm selbst zugute. Erwartet also zum Beispiel ein Lizenznehmer nur überhaupt, mit der Nutzung des lizenzierten Patents Gewinne zu erzielen, verbleibt ihm jeder Mehrertrag aus einer attraktiveren Produktgestaltung oder kostengünstigeren Produktion. Dieses verblüffende Ergebnis erzielt das Gleichbehandlungsgebot, indem es die Preissetzung für die „inframarginale“ Nachfrage (links von Q_M) an ein aus Sicht des einzelnen Nachfragers externes Datum koppelt, nämlich den Preis P_M ; dieser ergibt sich aus dem gewinnmaximierenden Verhalten des Monopolisten und der Nachfragekurve. Auch wenn die genaue Höhe des Preises P_M ex ante nicht feststeht, können sich die Nachfrager darauf verlassen, dass sie einen Mehrertrag aus individuell größeren Anstrengungen nicht mit dem Ex-post-Monopolisten zu teilen haben – solange der Preis P_M die geplante Tätigkeit für sie nur überhaupt lohnend sein lässt.

Die zuletzt genannte Bedingung verweist allerdings auf ein ungelöstes Anreizproblem: Der einem Nachfrager verbleibende Ertrag muss ausreichen, um die erforderliche Mindestinvestition ex ante zu decken. In Abbildung 1 ergibt sich sein Vertragsgewinn aus der Differenz zwischen der jeweiligen Zahlungsbereitschaft – der Position des Nachfragers auf der Nachfragekurve – und dem Preis P_M . Eine Investition lohnt sich ex ante nur, wenn die Kosten geringer sind als der zu erwartende Ertrag ex post. Bezogen auf einen Lizenzvertrag könnte die Lizenzgebühr von P_M höher sein als die Erlöse des Lizenznehmers nach Abzug seiner Herstellungs- und Absatzkosten. In diesem Falle würde der Lizenznehmer von vornherein keine Produktion aufnehmen und keinen Lizenzvertrag abschließen, so dass sich die Frage nach zusätzlichen Investitionen zur Produktverbesserung oder Kostensenkung gar nicht stellen würde.

Unter Umständen überwindet ein Gleichbehandlungsgebot auch dieses Hindernis. Sofern die Ertragsmöglichkeiten der (möglichen) Nachfrager ex post in Abhängigkeit von den getätigten Investitionen ex ante zufällig variieren, ergäbe sich daraus eine bestimmte Nachfragekurve und mittelbar ein für den Monopolisten ex post optimaler Preis P_M . Je nach Verlauf der Nachfragekurve könnte P_M ausreichend vielen Nachfragern Gewinne ermöglichen, so dass die Erwartung dieser Gewinnchancen ex ante die nötigen Investitionen hervorruft. Zudem kann der Monopolist die benötigten Investitionen fördern, indem er sich im Voraus auf einen Höchstpreis festlegt oder für bestimmte Mindestinvestitionen seiner künftigen Nachfrager selbst aufkommt. Genügend viele Nachfrager anzuziehen, muss in seinem

Interesse liegen, weil ohne sie auch für ihn keine Vertragsgewinne zu erzielen sind.

V. Zulässige Differenzierungen: „Gleiches gleich, Ungleiches ungleich behandeln“

Die ökonomische Fundierung von Gleichbehandlungsgeboten kann Hinweise geben, wie deren größte juristische Schwierigkeit zu lösen ist: die Frage, welche Personen oder Umstände als gleich zu werten sind und wann demgegenüber eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt ist. Für gesetzliche Generalklauseln wie im Kartell- und Arbeitsrecht ist diese Konkretisierung besonders dringlich. Nach der hier entworfenen Begründung hindert das Gleichbehandlungsgebot die Einzelpartei daran, die auf Anstrengung (und Zufall) beruhenden Unterschiede in den individuellen Vertragsgewinnen seiner Geschäftspartner abzuschöpfen; Vorteile sind bei ihren Verursachern zu internalisieren. Darin liegt zugleich die Richtschnur für gebotene Differenzierungen: Soweit Vorteile unmittelbar bei der Einzelpartei entstehen, aber auf Anstrengungen der jeweiligen Geschäftspartner beruhen, erfordert eine Internalisierung, deren Leistungen über abgestufte Konditionen zu belohnen. Die Einzelpartei kann Ungleichbehandlungen also damit rechtfertigen, dass bestimmte Geschäftspartner für sie wertvoller sind als andere.

Ein marktmächtiges Unternehmen verletzt daher nicht das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot, wenn es zum Beispiel besondere Leistungen eines Abnehmers für Endkunden honoriert.³⁵ Besonders nahe liegt eine Differenzierung gegenüber Erbringern der vertragstypischen Sachleistung. Arbeitgeber dürfen deshalb die Entlohnung von Arbeitnehmern nach Einsatz, Befähigung und Erfolg differenzieren.³⁶ Entsprechendes muss für marktmächtige Abnehmer nach dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot gelten. Der höhere Wert eines Geschäftspartners für die Einzelpartei kann auf spezialisierten Investitionen beruhen, etwa wenn ein Arbeitnehmer für seine betriebliche Aufgabe besondere Kenntnisse oder Fertigkeiten erworben hat. Ebenso rechtfertigen aber marktgängige Leistungsunterschiede eine Differenzierung der Konditionen, weil sie höhere Opportunitätskosten des Geschäftspartners bedingen und ebenfalls eine Internalisierung erfordern.³⁷ Während also die Begründung von Gleichbehandlungsgeboten auf

³⁵ Viele Beispiele finden sich in der kartellrechtlichen Kasuistik zu Rabattsystemen, siehe nur *Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 19 GWB Rn. 156 ff.

³⁶ Beispiel: BAG AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 43 (Zulagedifferenzierung nach Aufgaben unterschiedlicher Dienststellen); siehe ferner Fn. 37.

³⁷ BAG NJW 1983, 190, 192 = BAGE 39, 336 (Zulage für Nachtschichtarbeiter, weil diese nur mit höherer Entlohnung zu gewinnen sind); BAG NJW 2003, 2333, 2334 (Jah-

der besonderen Gefährdung spezialisierter Investitionen beruht, ist eine Ungleichbehandlung immer dann geboten, wenn sie als Leistungsanreiz erforderlich ist. Ohne solche Differenzierungsmöglichkeiten könnte das Gleichbehandlungsgebot schwere Wohlfahrtsverluste hervorrufen – zumal als Generalklausel wie im Arbeits- und Kartellrecht.

Im Ergebnis sind Ungleichbehandlungen zulässig, um Anreize für die Bereitstellung einer besonders wertvollen Leistung zu setzen. Man kann dies auf den Nenner einer Leistungsgerechtigkeit zugunsten der Einzelpartei bringen: Belohnt werden darf, wer für sie mehr leistet. Verpönt sind hingegen Differenzierungen aufgrund der individuellen Vorteile einzelner Geschäftspartner aus der Kooperation, namentlich deren Abschöpfen über die Einräumung von im Vergleich schlechteren Konditionen.

VI. Gleichbehandlungsgebote als zweitbeste Regelungen

Gleichbehandlungsgebote können nach alledem die ökonomische Effizienz fördern. Eine in jeder Hinsicht optimale Lösung bieten sie indes nicht. Wie festgestellt besteht keine Gewähr, dass der ex post von der Einzelpartei gesetzte Preis ex ante genügend Anreize zu spezialisierten Investitionen der mehrgliedrigen Marktseite setzt. Dasselbe gilt umgekehrt für die Investitionsanreize der Einzelpartei. Indem das Gleichbehandlungsgebot ihre erzielbaren Vertragsgewinne begrenzt, könnten sich je nach Umständen erforderliche Investitionen für sie nicht mehr lohnen und die Kooperationsbeziehung daran scheitern. Schließlich kann ein Verbot von Preisdiskriminierung – wie gesehen – ex post lohnende Geschäfte verhindern.³⁸

Die gesammelten möglichen Nachteile führen zu der Frage, weshalb sich die Vertragsparteien oder die Rechtsordnung mit einer so unvollkommenen Regelung begnügen sollten. Die geläufige Antwort darauf lautet, vertragliche oder gesetzliche Regelungen könnten eben häufig nicht „vollständig“ getroffen werden.³⁹ In dieser Allgemeinheit ist der Aussage kaum zu widersprechen, doch wünschte man sich eine nähere Begründung. So ist es regelungstechnisch vorstellbar, die Einzelpartei auf eine „angemessene“, nämlich

ressonderzuwendung nur an Angestellte einer Schnellrestaurantkette, wenn diese schwerer zu binden und kostspieliger zu ersetzen sind).

³⁸ Oben Fn. 27.

³⁹ So die Jubilarin in dem eingangs zitierten Beitrag, *Windbichler* FS Zöllner, 1999, S. 999, 999, 1002; im vorliegenden Zusammenhang etwa *Crocker/Lyon*, J. L. & Econ. 37 (1994), 297, 301 („In many cases, it is difficult or impossible for courts to verify the state of the world on which contingent contractual specifications would have to depend“); grundlegend *Williamson* J. L. & Econ. 22 (1979), 233, 241 f. (Begründung mit beschränkter Rationalität und Opportunismus); *Grossman/Hart* J. Pol. Econ. 94 (1986), 691, 698 (fehlende Beschreibbarkeit oder externe Überprüfbarkeit); *Hart/Moore* J. Pol. Econ. 98 (1990), 1119, 1125 f. (fehlende Überprüfbarkeit).

anreizoptimierende Preissetzung zu verpflichten. Mit etwas juristischem Wagemut kann man eine solche Vorgabe in das kartellrechtliche Verbot einer unbilligen Behinderung (§ 19 II Nr. 1 F. 1 GWB) hineinlesen; Art. 102 S. 2 a) AEUV untersagt wörtlich „unangemessene Einkaufs- oder Verkaufspreise“.

Der Vorteil eines Gleichbehandlungsgebots liegt demgegenüber in seiner besseren Justiziabilität: In einem Rechtsstreit lässt sich vergleichsweise einfach feststellen, ob die Einzelpartei anderen Geschäftspartnern bessere Konditionen geboten hat. Schwieriger zu beurteilen ist, ob sich Differenzierungen mit Leistungsunterschieden rechtfertigen lassen.⁴⁰ Dennoch ist ein Gleichbehandlungsgebot weitaus leichter anzuwenden als ein umfassendes „Optimalitätsgebot“. Immerhin sind nämlich nur Abweichungen von Konditionen zu überprüfen, die sowohl die Einzelpartei als auch andere Geschäftspartner in anderen Verträgen bereits akzeptiert haben. Damit besteht ein Anhaltspunkt, zu welchen Bedingungen der Austausch und die dafür erforderlichen Investitionen für beide Seiten lohnend sind. Diesen archimedischen Punkt müsste ein Gericht erst selbst finden, wenn es „angemessene“ Konditionen ermitteln sollte – und liefere dabei Gefahr, für eine der Parteien nicht kostendeckende, unannehmbare Bedingungen festzusetzen. Anstelle einer theoretisch optimalen, aber schwer handhabbaren Vorgabe können Gleichbehandlungsgebote daher eine praktikable, „zweitbeste“ Regelungsmöglichkeit sein.⁴¹

VII. Schluss

Nach der hier vorgeschlagenen Deutung hindern privatrechtliche Gleichbehandlungsgebote die Einzelpartei in einer asymmetrischen Kooperationsbeziehung daran, ihren Geschäftspartnern deren selbst geschaffene Vorteile zu entziehen. Ein besonderer Bedarf für einen solchen Schutz besteht, wenn die mehrgliedrige Seite des Austauschverhältnisses in erheblichem Maße spezialisierte Investitionen tätigen soll. Diese Voraussetzung dürfte bei den Nutzern eines lizenzierten Immaterialgüterrechts, bei Lieferanten oder Abnehmern eines marktmächtigen Unternehmens oder bei langfristig beschäftigten Arbeitnehmern gegeben sein. Gleichbehandlung ist nach dieser Lesart eine zwar unvollkommene, aber immerhin justiziable Regel zur Förderung

⁴⁰ Zum Auskunftsanspruch von Arbeitnehmern über Differenzierungsgründe und zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast *Spinner* Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 1062.

⁴¹ „Zweitbeste“ Lösungen kennzeichnet, dass sie nicht einfach in einer möglichst weitgehenden Annäherung an die idealerweise gewünschte, „erstbeste“ Lösung bestehen, sondern – wie das Gleichbehandlungsgebot – eine andere Grundstruktur aufweisen können, vgl. *Lipsey/Lancaster* Rev. Econ. Stud. 24 (1956), 11.

ökonomisch effizienter Investitionen. Geboten sind danach grundsätzlich gleiche Konditionen von Seiten der Einzelpartei; die gewollten Auswirkungen dieser Gleichbehandlung bestehen darin, den Beteiligten auf der mehrgliedrigen Marktseite ihre *ungleichen* Vertragsgewinne zu sichern. Der scheinbare Gegensatz verdeutlicht, dass Gleichbehandlungsgebote erst mit einer maßgeblichen Bezugsgröße überhaupt Gehalt annehmen.

Gleichbehandlungsgebote rühren an das Selbstverständnis und die Stellung des Privatrechts im Rechtssystem. Verteilungserwägungen liegen dem Privatrecht tendenziell fern. Rechtsphilosophisch wird es eher der ausgleichenden (Tausch-)Gerechtigkeit als der Verteilungsgerechtigkeit zugeordnet.⁴² Die Rechtsökonomik kommt zu einem ähnlichen Schluss, wenn sie die Umverteilung von Wohlstand allein im Steuer- und Sozialrecht verorten möchte, wo sie kostengünstiger zu erreichen sein soll.⁴³ Soweit Gleichbehandlungsgebote daher nicht auf originären Verteilungsgründen beruhen, sondern die Aneignung selbst geschaffener Werte in einer Austauschbeziehung bewirken sollen, fügen sie sich harmonischer in das eigenständige Regelungsprogramm der Privatrechtsordnung.

⁴² *Canaris* Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, 125 ff. (Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der ausgleichenden Gerechtigkeit im Vertragsrecht); grundlegende Rekonstruktion des Privatrechts als Verwirklichung ausgleichender Gerechtigkeit bei *Rödl* Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015; skeptisch gegen die Tragfähigkeit dieser Zuordnung hingegen *Schweitzer* AcP 220 (2020), im Erscheinen, unter II.1.

⁴³ Grundlegend *Kaplow/Shavell* J. Legal Stud. 23 (1994), 667; die jüngere Kritik an dieser These hinterfragt die politische Durchsetzbarkeit von Umverteilung allein im Steuer- und Sozialrecht, dazu *Liscow* U. Chi. L. Rev. 85 (2018), 1649, 1662 ff.; *Fennell/McAdams* Minn. L. Rev. 100 (2016), 1051.

Vertrauen und (EU-)Kapitalmarkt – Theorie und Fallstudien zu einer neuen Mesotes im Wirtschaftsrecht

STEFAN GRUNDMANN

I. Thema

Kapitalmarktrecht ist in Europa über die letzten drei Dekaden zu genuinem EU-Recht geworden – dies praktisch allumfassend auf der Ebene der Standard- und Regelsetzung selbst (einschließlich Ausführungsrechtsakte), (etwas) schwächer auf anderen relevanten Ebenen.¹ Den machtvollen Auftakt zu einem wahrhaft europäisierten Kapitalmarktrecht in ganzer Breite – also zu einem Marktrecht, das in Breite und Tiefe über ein nur sektorales Börsenrecht weit hinausreicht – machten zwei Rechtsakte, die im Folgenden auch als paradigmatisch für die Fallstudien ausgewählt werden. Das sind die allgemeine EG-Wertpapierprospekt-Richtlinie, die – über mehrere Rechtsakts-Generationen fortentwickelt – heute in die EU-Prospekt-Verordnung eingegangen ist, Kernrechtsakt des (EU-kapitalmarktrechtlichen) Primärmarktrechts, und die EG-Insiderhandels-Richtlinie, die – ebenfalls über mehrere Generationen fortentwickelt – heute in die EU-Marktmisbrauchs-Verordnung (Market Abuse Regulation – MAR) eingegangen ist,² als Kernstück dieses Rechtsakts, den sie mit dem Konzept der „Insiderinformation“ weiterhin dominiert. Die MAR bildet ihrerseits gemeinsam mit der (hier nicht behandelten) sog. MiFID II³ den Kern des (EU-kapital-

¹ Für diese Stufen der Europäisierung – umfassend bei Regelsetzung, weitreichend auch auf drei weiteren wichtigen Ebenen – vgl. breit *Grundmann* Europäisierung des Kapitalmarktrechts – insbesondere Wertpapierhandelsrecht (WpHG) in FS 25 Jahre WpHG: Entwicklung und Perspektiven des deutschen und Europäischen Wertpapierhandelsrechts, 2019, 1.

² Verordnung (EU) 2017/1129 ..., ABl.EU 2017 L 168/12; und Verordnung (EU) Nr. 596/2014 ..., ABl.EU 2014 L 173/1; flankierend und zeitgleich Richtlinie 2014/57/EU ..., ABl.EU 2014 L 173/179 (zur strafrechtlichen Bewährung); ursprünglich Richtlinie 89/592/EWG ... ABLEG 1989 L 334/30; zu allem näher *Grundmann* Bankvertragsrecht [Bd. 2] – Investment Banking, (Sonderausgabe des Staub'schen Großkommentars zum Handelsgesetzbuch, 5. Aufl.), 2020, Teil 6.

³ Richtlinie 2014/65/EU ..., ABl.EU 2014 L 172/349 (verbunden mit Verordnung [EU] Nr. 600/2014); zu diesem Rechtsakt vgl. bereits ebenfalls vorige Fn, allerdings Teil 8;

marktrechtlichen) Sekundärmarktrechts. Beide Kernrechtsakte zum (in der Folge zunehmend europäisierten) Primär- und Sekundärmarktrecht wurden 1989 erlassen und läuteten den genannten Übergang von einem eng auf Börsen bezogenen Regulierungskonzept zu einem breit kapitalmarktrechtlichen Regulierungskonzept ein. Zur Zentralität in der Wirkgeschichte kommt die im Inhalt. Namentlich mit dem Erlass der EG-Insiderhandels-Richtlinie, deren Verabschiedung lange durch den Widerstand gerade in Deutschland gebremst wurde,⁴ wurde ein Schritt getan, der Kapitalmärkte generell als zentral für die Volkswirtschaft und zugleich als in besonderem Maße von robustem Vertrauen abhängig versteht. Im Prospektrecht ist die Bezugnahme auf Vertrauen ungleich schwächer, eher erst im jüngsten Rechtsakt zögerlich zu spüren. Wenn also nach Vertrauen im (Europäischen) Kapitalmarkt und Kapitalmarktrecht gefragt wird, liegen diese beiden Regelungsfelder als Fallstudien und Paradigmen nahe (unten III. und IV.).

Die *Jubilarin* ist eine Meisterin des Konkreten. Sie liebt Anschaulichkeit, plastische Fälle oder Fallstudien. Für den Autor dieser Zeilen war sie in der Münchener Alma Mater wie der/die *Valedictorian* der gymnasialen Abschlussklasse, welche die Abiturrede hält, während er selbst noch eine mittlere Klasse besuchte. In der Tat hielt sie eine Rede zu ihrem Abschied aus München – mit dem ersten Ruf nach Freiburg, formal aus Anlass des damaligen IABA-Treffens – zum Thema „Passion Play in Oberammergau and Economic Law“, wie ich sie in ihrer Anschaulichkeit – als Gesamtbild in einer einzigen Fallstudie – kaum noch einmal erlebt habe, in ihrer Plastizität noch nach drei Jahrzehnten unmittelbar präsent. Die Jubilarin liebt freilich nicht nur die Anschaulichkeit und Fallstudien, sie liebt in gleichem Maße die Akademie – bis hin zur Nationalakademie. Und wenige Orte sind so sehr die Heimat von Theorie ebenso wie des Diskurses zwischen den Disziplinen wie die Akademien. Freilich nie schätzt die Jubilarin die Theorie um der Theorie willen, sondern stets nur, wenn und soweit sie den Unterschied macht. Daher sei gefragt – namentlich in Fallstudien gefragt –, was Theorie und gesellschaftswissenschaftliche Disziplinen zu einem Verständnis von Vertrauen in Kapitalmärkten und (Europäischem) Kapitalmarktrecht wirklich beitragen – oder ob es sich nicht doch im Wesentlichen nur um eine Fa-

sowie *Busch/Ferrarini* (Hrsg.) *Regulation of the EU Financial Markets – MiFID II and MiFIR*, 2017, mit (im Geiste der folgenden Ausführungen breit pluralistisch in den herangezogenen Theorieansätzen): *Grundmann/Hacker* op.cit. 165 (zu den Interessenkonflikten).

⁴ Zur Aufgabe des Grundsatzwiderstandes aus Deutschland im April 1989 etwa *Assmann* AG 1994, 196, 199; vgl. vor Erlass der EWG-Insiderhandels-Richtlinie 89/592/EWG vor allem *Hopt/Will* *Europäisches Insiderrecht – Einführende Untersuchung*, ausgewählte Materialien, 1973; und direkt im Anschluss *Hopt/Wymeersch* (Hrsg.) *European Insider Dealing – Law and Practice*, 1991.

cette oder Spielart der (wohl) herrschenden (halbstrengen Form der) Efficient Capital Market Hypothesis (ECMH) handelt.⁵

In der Tat: Die letzte Dekade zeichnet sich nicht nur durch eine macht- und leidvolle Omnipräsenz des *Finanzrechts* aus. Vielmehr scheint parallel gleichfalls ein geradezu exponentieller Bedeutungszuwachs unverkennbar auch beim *zweiten* Kernelement in Titel und Beitrag – der Theorie und beim *Vertrauen als einem Zentralgegenstand von Theoriebetrachtung*. Vertrauen bewegt gleichsam – wie kaum ein Konzept – gleichermaßen Kapitalmarkt(rechts)entwicklung in Europa wie auch komplexe, speziell auch interdisziplinär vielfältige Theorie. Der Zuwachs an Bedeutung von theoriebezogenen Studien und Ansätzen allgemein und insbesondere auch, wie facettenreich-pluralistisch der (Theorie-)Fächer geworden ist, kann auf internationaler Ebene ebenso beobachtet werden⁶ wie auf nationaler, etwa für solche Themenfelder wie – angestoßen durch die Jubilarin – Regulierung/Durchsetzung und Privatrecht⁷ oder aber für privat- und vertragsrechtsthe-

⁵ Nach dieser reflektieren Kapitalmärkte im Wesentlichen akkurat zwar nicht alle relevanten Informationen über Unternehmen, ihre Chancen und Risiken, also allgemeiner auch der „Realwirtschaft“, wohl jedoch die öffentlich bekannten. Vgl. zur ECMH in diesem Zuschnitt: *Fama* 25 *Journal of Finance* 383 (1970); in Umsetzung auf das Kapitalmarktrecht: *Gilson/Kraakman* 70 *Virginia Law Review* 549, 553 f. (1984); zur Frage, ob die Finanzkrise die Grundlagen erschüttert hat (grds. dies ablehnend) *Gilson/Kraakman* 100 *Virginia Law Review* 313 (2014).

⁶ Vgl. etwa im Bereich Vertragstheorie (alle – außer den angegebenen Ausnahmen – bei den „Weltverlagshäusern“ Harvard, Cambridge und Oxford University Press erschienen): *Alces* A Theory of Contract Law: Empirical Insights and Moral Psychology, 2011; *Benson* Justice in Transactions – a Theory of Contract Law 2020; *Dagan/Heller* Choice Theory of Contracts, 2017; *Ribeiro* The Decline of Private Law. A Philosophical History of Liberal Legalism, 2019 (Hart); *Oman* The Dignity of Commerce. Markets and the Moral Foundations of Contract Law, 2017 (Chicago Univ. Press); anders im Zugriff, doch ebenfalls *Saprai* Contract Law Without Foundations – Toward a Republican Theory of Contract Law, 2019; und *Grundmann/Möslein/Riesenhuber* (Hrsg.) Contract Governance – Dimensions in Law and Interdisciplinary Research, 2014; *Grundmann/Hacker* (Hrsg.) Theories of Choice. The Social Science and the Law of Decision Making, 2020; *Micklitz* (Hrsg.) Politics of Justice in European Private Law, 2018; sicherlich klassisch für das Common Law (dieselben Verlagshäuser): *Fried* Contract as Promise – a Theory of Contractual Obligation, 1981; *Collins* Regulating Contracts, 1999; *Kennedy* The Rise and Fall of Classical Legal Thought, 2006; auch *Kreitner* Calculating Promises, 2004 (Stanford Univ. Press); *Smith* Contract Theory, 2004.

⁷ Grundlegend *Windbichler* AcP 198 (1998), 261, bes. 271 f. (zur Marktschaffung und Erhaltung durch Kaufrecht); daran anschließend *Bachmann* Private Ordnung, 2006, bes. 73 ff. (zur Infrastrukturfunktion); *Micklitz* GPR 2009, 254, 255 ff. (Europäisches Vertragsrecht als „Regulierungsprivatrecht“); im abgelaufenen Jahrzehnt besonders *Hellgarth* Regulierung und Privatrecht – Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, 2016; auch *Buck-Heeb/Dieckmann* Selbstregulierung im Privatrecht, 2010; *Bunke/Röthel* (Hrsg.) Autonomie im Recht, 2017. *Fornasier* Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, bes. 65 ff.; *Podszun* Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014; *Poelzig* Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012; sowie *Grundmann* FS Canaris 2017, 907 (Regulierung und

oretische Schriften.⁸ Und auch zum hier in den Blick genommenen Thema selbst – Vertrauen, seiner Theorie, und Finanz- oder Kapitalmarktrecht – wurden in wenigen Jahren seit der globalen Finanzkrise mehrere vorzügliche, knappere oder ausführlichere Studien vorgelegt,⁹ teils fokussiert auf das insoweit prominente Kapitalmarktrecht.¹⁰ Warum dann hierzu ein weiterer Beitrag? Festschriftenbeiträge unterscheiden sich heute von Beiträgen zu Archivzeitschriften u.a. dadurch, dass sie prägnant sein müssen, aber auch dürfen.

Daher sollen drei Thesen im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen stehen: 1. Interdisziplinäre Theoriebetrachtung sollte sich heute nicht mehr auf eine „Einführung“ mit einigen Fußnoten zu Hauptwerken und einigen prägnanten Zitaten beschränken, sondern Tiefenschärfe und Vielfalt in einer pluralistischen Wertebetrachtung spürbar machen und ausloten – tatsächlich den Unterschied machen und die Pluralität der Ansätze, gerade auch ihre gegenläufigen Aussagen, herausarbeiten und fruchtbar machen (unten II.). Selbst dies muss im vorgegebenen Rahmen skizzenhaft geschehen, fast holz-

Privatrecht); und schon für verschiedene Gebiete *Binder* Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, 2012; *Franck* Marktordnung durch Haftung: Legitimation, Reichweite und Steuerung der Haftung auf Schadensersatz zur Durchsetzung marktordnenden Rechts, 2016; auch *Grünberger* Personale Gleichheit – der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, 2013; *Schmolke* Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht – Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, 2014.

⁸ Vgl. nur *Arnold* Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht, 2014; *Auer* Erkenntnisziel der Rechtstheorie – Philosophische Grundlagen pluridisziplinärer Rechtswissenschaft, 2018; *Gutmann* Iustitia Contrahentium. Zu den gerechtigkeits-theoretischen Grundlagen des deutschen Schuldvertragsrechts, 2020 (im Erscheinen); *Lomfeld* Die Gründe des Vertrags – eine Diskurstheorie der Vertragsrechte, 2015; *Schmolke* (vorige Fn); breit *Grundmann/Micklitz/Remmer* Privatrechtstheorie (2 Bde.), 2015; Überblick bei *Grünberger/Jansen* (Hrsg.) Privatrechtstheorie heute – Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie, 2017; Falleinkleidung bei *Lomfeld* (Hrsg.) Die Fälle der Gesellschaft – eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz, 2017.

⁹ Namentlich (alle zu Vertrauen und Finanz- bzw. Kapitalmarktrecht) *Colombo* 35 Del. J. Corp. L. 829 (2010); *ders.* 55 *Vill. L. Rev.* 577 (2010); *Sapienza* in *Evanoff/Hartmann/Kaufmann* (Hrsg.) The First Credit Market Turmoil of the 21st Century, 2009, 29 (mit bes. Betonung der Rolle von Regulierung, 36–38); *Kals* Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2010 (JJZ 2011), 9; schon vor der Finanzkrise vereinzelt, etwa *Huang* 151 *University of Pennsylvania Law Review* 1059 (2003); dann ausführlicher *Mülbert* ZHR 177 (2013), 160 und stärker flächendeckend *Mülbert/Sajnovits* ZfPW 2016, 1. Vielfach wird auch darauf hingewiesen, dass die erste tiefe Konzeptualisierung der Prospekthaftung im deutschen Privatrecht, von *Canaris* im Vertrauensgrundsatz fußte, vgl. unten IV.

¹⁰ Namentlich *Beckemper* ZIS 2011, 318; *Wendrich* ZIS 2013, 238; *Pizarro* Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht – Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht, 2017; auch *Beckemper* Ökonomische Auslegung der Täuschungsdelikte des Wirtschaftsstrafrechts, 2009. Herausgehoben ist seine Stellung namentlich im Insiderrecht (unten III.), und das Prospektrecht (unten IV.) ist Gegenstand eines speziellen, auf das Kapitalmarktvertrauen abhebenden Straftatbestandes (§ 264a StGB).

schnittartig, aber doch mit Unterscheidungskraft. Wohl nirgends werden solche Unterschiede so deutlich wie in Fallstudien, hier zum Insiderrecht (unten III.) und – aus Platzgründen nur punktuell – zum Prospektrecht (IV.) – diesen beiden Beispielen, weil sie nicht nur zentral im, sondern auch paradigmatisch für das (europäisierte) Primär- und Sekundärmarktrecht stehen und zugleich im Hinblick auf das Konzept „Vertrauen“ stark divergieren. Sie werden gewählt, weil in dem einen Fall (Insiderhandel) der EU-Gesetzgeber das Vertrauen als Leitziel ganz in den Mittelpunkt rückte, während in dem anderen (Prospekt) das Paradigma rationaler Entscheidung unter Minimierung der Unsicherheiten und fehlenden Verlässlichkeit tendenziell weiterhin im Vordergrund steht. Daher gehen Thesen zwei und drei dahin, dass 2. Vertrauen, das explizit als Leitziel in den Mittelpunkt gerückt wird, noch ungleich intensiver als Leitidee durch Regelsetzung und Einzelfallentscheidung auch durchgespielt und ernst genommen werden muss, und dass 3. dennoch auch für den anderen Fall getestet werden sollte, wie ein stärker auf „Vertrauen“ gegründetes Regulierungsmodell – als Alternative – geformt sein könnte und ob es in nuce sogar bereits erkennbar ist. Die Ausarbeitung in diesem Punkt muss freilich aus Platzgründen weitgehend einer späteren Studie vorbehalten bleiben. Dabei wird Vertrauen insgesamt einem Streben nach maximaler Informationsaufbringung und -verarbeitung, maximaler Kontrolle (Monitoring) und Beherrschbarkeit dezidiert gegenübergestellt.

II. Vertrauen – Leitlinien in verschiedenen Disziplinen

1. Unterschiede als Erkenntnisziel

Der hier vorgeschlagene Generaltenor – Vertrauen ist grundlegend andersartig und selbständig gegenüber einem Streben nach maximaler Informationsaufbringung und -verarbeitung, maximaler Kontrolle (Monitoring) und Beherrschbarkeit –¹¹ bildet die Umkehrung des Ansatzes, der fast einhellig in der ökonomischen und kapitalmarktrechtlichen Literatur gewählt

¹¹ Namentlich in der soziologischen Vertrauensforschung immer wieder unterstrichen. Besonders dezidiert: *Giddens* Konsequenzen der Moderne, 1995 (englisch 1990), 48: „Hauptbedingung des Vertrauenserfordernisses ... Fehlen vollständiger Informationen“; demnach bauen moderne Gesellschaften institutionelle Rahmungen für als risikobehaftet erkanntes Handeln auf („trust settings, rounding frameworks of trust“, dort, 35). Das wird auch so zusammengefasst, dass hier ein mittlerer Zustand zwischen Wissen und (gänzlichem) Nichtwissen bestehe: vgl. *Simmel* Soziologie – Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung – Gesamtausgabe Bd. 11, 1992 (Erstausgabe 1908), 393; *Barbalet* Social emotions – confidence, trust and loyalty, 16 Int'l Journal of Sociology and Social Policy 75 (1996); dazu auch *Merkt* Unternehmenspublizität – die Offenlegung von Unternehmensdaten als Korrelat der Marktteilnahme, 2000, 347.

wird und nach dem Vertrauen de facto als *ancilla informationis* verstanden wird.¹² Es wird von dem Beispiel ausgegangen, in dem Vertrauen vielleicht am signifikantesten in den Vordergrund gerückt wurde (Insiderrecht, unten III.), und dann die Fruchtbarkeit des Konzepts auch in einem (noch heute) stärker vom Informationsparadigma geprägten Bereich getestet (Prospektrecht, unten IV.). Dies steht nach dem eben Gesagten zwar im Gegensatz zum traditionell vorherrschenden Ansatz in Ökonomik und wirtschaftsrechtlichem Schrifttum (*ancilla informationis*). Damit soll jedoch umgekehrt keineswegs flächendeckend ein Informationsmodell abgelehnt werden. Vielmehr soll ein Pluralismus der Wertungskonzepte auch im Kapitalmarktrecht aufgezeigt werden. Auch das Kapitalmarktrecht wird – trotz sehr hohem Professionalisierungsgrad und stringent wirtschaftsrechtlichem Zuschnitt – weder als ein Platz eines allein dominanten Rationalitätsparadigmas gesehen noch als einer für exklusiv oder auch nur primär aus der Ökonomik gespeiste Theorieansätze. In diesem Abschnitt zu den Grundlagen von Vertrauen werden daher – obwohl die Verständnisse in den relevanten Disziplinen auch deutliche Züge von methodologischer Konvergenz aufweisen und es insoweit notwendig holzschnittartig bleibt, von soziologischer, ökonomischer, philosophischer Theorie etc. zu sprechen –¹³ vor allem die Unter-

¹² Vgl. nur *Sapienza* in Evanoff/Hartmann/Kaufmann (oben Fn. 9), 29, 30; und *Mülbert/Sajnovits* ZfPW 2016, 1, passim, jedoch auch, 23 (denkbar „weitere Erwägungen wie verteilungspolitische Erwägungen, der Schutz des Anlegers [!] oder allgemeine Fairnessüberlegungen ... [wodurch dann] der Gesetzgeber gleichwohl gefordert“ ist. Da freilich keinerlei Beispiele folgen, bleibt das freilich ein theoretischer Vorbehalt). Im Vordergrund stehen Vertrauensschaffung durch Information und durch Institutionen, bei denen Abwicklung praktisch vollständig gesichert ist. Das gegenteilige Extrem bei *Kals* in Aichberger-Beig/Aspöck/Leupold/Oelkers/Perner/Ramharter (oben Fn. 9), 9, 31 ff., wo ein flächendeckendes Versagen des Informationsmodells im Kapitalmarktrecht postuliert wird.

¹³ Zu den berühmtesten Beispielen zählt *Rawls A Theory of Justice*, 1971 (deutsch: *Theorie der Gerechtigkeit*, rev. edn. 1991). In ihr übernimmt *Rawls* in seine Gerechtigkeitstheorie typische Elemente aus den Gesellschaftswissenschaften, namentlich der Ökonomik, wie Rationalität als Grundannahme beim Regelgeber und individuelle Anreizsteuerung, ansatzweise auch Gesamtnutzenmaximierung, und argumentiert dennoch nicht nur vehement gegen utilitaristische Theorien, sondern gelangt mit seinen beiden Gerechtigkeitssprinzipien dennoch zu Ergebnissen, die gänzlich von denen der Ökonomik und utilitaristischer Theorieansätze abweichen. Vgl. dazu etwa *Sen The Idea of Justice*, 2009, 52 ff.; *Fleurbaey et al.* (Hrsg.), *Justice, Political Liberalism, and Utilitarianism*, 2008; *Grundmann* in *Grundmann/Micklitz/Renner New Private Law Theory – A Pluralist Approach*, 2020, Kapitel 6. Ähnliche Konvergenztendenzen (wiederum zu den genannten Hauptelementen) etwa bei *Coleman*, wenn er (parallel zu *Bourdieu*) das für die Vertrauensforschung zentrale Konzept vom „social capital“ entwickelt – als einen nicht Marktgesetzen folgenden, jedoch auch in Märkten wichtigen, teils unverzichtbaren Wertefundus – zugleich jedoch rationale, Eigennutz maximierende Akteure zugrunde legen will, vgl. *Coleman Foundations of Social Theory*, 1990, bes. Kap. 1; und unten 2 a); näher zum „Sozialkapital“ als Konzept etwa – alle zentral, schon im Titel, zum sozialen Kapital im Gegensatz zum Ökonomischen – *Bourdieu Soziale Welt* (Sonderband 2) 1983, 183; *Coleman* 94 *American Journal of Sociology* 95 (1988); zusammenfassend etwa *Haug Soziales Kapital – ein kritischer Über-*

schiede angesprochen, um den Fundus nicht vorschnell auf eine Richtung einzuengen (unten 2.). Anders und positiver gewendet: Untersucht – und gesucht – wird gleichsam eine „*Mesotes-Position*“ im klassisch Aristotelischen Sinne, wie sie sich als (verfassungs-)dogmatisch fruchtbar gemachte Rechtsidee auch im prägenden Rechtskonzept der praktischen Konkordanz wiederfindet¹⁴ – als die goldene Mitte zwischen verschiedenen gesellschaftswissenschaftlich fundierten Gegensätzen, zugleich gespeist von diesen.

Zentral für fast all diese Erklärungsansätze ist im Ausgangspunkt der kategoriale Unterschied zwischen personalisiertem Vertrauen und Systemvertrauen – sowie auch ggf. Organisationsvertrauen als weiterer (evtl. hybrider) Kategorie.¹⁵ Dies wird im Folgenden in verschiedenen Kontexten aufgenommen. Schon in diesem Ausgangspunkt wird deutlich: Während im ökonomischen und wirtschaftsrechtlichen Schrifttum für diese Fundamentalunterscheidung häufig nur Quellen aus diesen Disziplinen herangezogen werden, wurde sie doch begründet von *Max Weber* sowie *Simmel* und in der Tiefe durchgearbeitet vor allem im soziologischen und sozialtheoretischen Schrifttum.

Der Hinweis auf Konvergenzelemente zwischen den Disziplinen sollte nicht verschleiern, dass verschiedene Disziplinen unterschiedliche Mechanismen, die bei einem Phänomen zentral sind, auch unterschiedlich stark betonen und vertiefend erfassen. Als Heuristik in den Rechtswissenschaften liegt daher zweierlei nahe. Zum einen sind alle Ansätze zu befragen und zum anderen jedenfalls diejenigen Disziplinen vertieft zu konsultieren, die das fragliche Phänomen zu einem Zentralgegenstand ihrer Analyse erkoren haben.¹⁶ All dies gilt auch im Hinblick auf das Phänomen Vertrauen. Daher erscheint beispielsweise eine (ausschließlich oder auch nur primär) *ökonomi-*

blick über den aktuellen Forschungsstand, 1997; *Portes* 24 Annual Review of Sociology 1 (1998).

¹⁴ Grundlegend dafür *Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. 1999, Rn. 72.

¹⁵ Vgl. – häufig die Gegenüberstellung schon im Titel – *Evers* Vertrauen und Wandel sozialer Dienstleistungsorganisationen – eine figurationssoziologische Analyse, 2003, u.a. Kap. 2 (mit Diskussion und Übersicht zur Lit. in der Frage, ob System- und Organisationsvertrauen evolutorischen Wandel begünstigen oder hindern); *Hardin*, in: *Zeckhauser* (Hrsg.) *Strategy and Choice*, 1991, 185; *Kramer* 50 Review of Psychology 569 (1999); *Lane/Bachmann* (Hrsg.) *Trust within and between organizations – conceptual issues and empirical applications*, 1998; *Müllbert/Sajnovits* ZfPW 2016, 1, 7–10, 12f.; *Schweer/Thies* *Vertrauen als Organisationsprinzip: Perspektiven für komplexe soziale Systeme*, 2003.

¹⁶ Näher zu dieser Art Methodenpluralismus und (noch sehr offenen) Frage nach geeigneten Methodenfiltern näher Einleitung von *Grundmann/Hacker* in dies. (Hrsg.) *Theories of Choice. The Law and Social Science of Decision Making*, 2020, 1 und *Grundmann* *Pluralistische Privatrechtstheorie – Prolegomena zu einer pluralistischen Rechtstheorie als Desiderat aus einer pluralistisch verfassten Wertegrundlage („normativer Pluralismus“)* (Manuskript). Gegen eine rein (oder auch nur primär) ökonomische Lesart von Vertrauen explizit auch *Lubmann* *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1994, 210f.

sche Analyse des *Vertrauens* (etwa im EU-Kapitalmarkt und EU-Kapitalmarktrecht) sogar *doppelt* verfehlt. Es gibt keineswegs exklusiv eine Vertrauensforschung der Ökonomik (oder in dem Sinne, wie sie die Ökonomik fasst). Außerdem bildet Vertrauen in der Ökonomik nicht einmal ein Zentralkonzept, während dies etwa in der Soziologie und Sozialtheorie der Fall ist.

2. Divergierende Disziplin- und Erklärungsansätze für Vertrauen

Vertrauen ist Gegenstand soziologischer Forschung bereits bei den Gründungsvätern, am nachhaltigsten für die heutige Konzeptionierung des Forschungsgegenstands wohl bei *Max Weber*. Es bleibt Gegenstand soziologischer Forschung dauerhaft, jedoch mit einer neuerlichen Intensivierung, gerade bei zentralen Erkenntniszugewinnen, in etwa den drei letzten Dekaden des 20. Jahrhunderts, verbunden vor allem mit den Namen von *Luhmann* (Bielefeld), *Giddens* (London) und *Coleman* (Chicago)¹⁷ sowie danach vor allem *Beckert* (MPI Köln), *Gambetta* (EUI, Florenz) und *Sztompka* (Krakau). Zusammenfassend kann Vertrauen als ein absolut zentraler Forschungsgegenstand der Soziologie gesehen werden, für manchen „Welt“-Soziologen seiner Zeit geradezu den stilbildenden Forschungsgegenstand. Und wenn dann jenseits der Soziologie in den frühen 2000er Jahren zwei der führenden, vielleicht die führenden Vertrauensforscher ihrer jeweiligen Disziplin einen breit-interdisziplinären Sammelband zum Vertrauen herausgeben, *Hartmann* und *Offe*, so sind die drei Hauptlinien der *soziologischen*, der *philosophischen* und der *politologischen* Vertrauensforschung gewidmet,¹⁸ nicht hingegen der ökonomischen oder regulatorisch-wirtschaftsrechtlichen. In der Tat erscheint Vertrauen als Forschungsgegenstand ungleich weniger wichtig in der ökonomischen Theoriebildung. Hier steht im 20. Jahrhundert – eher schon als Solitär – *Kenneth Arrow* in den 1970er Jahren, wurde dann zu Vertrauen kurz vor der globalen Finanzkrise bereits von einzelnen, etwa von *Rippeger* und *Sapienza*, wieder intensiver geforscht (dazu sogleich noch), nach dieser Krise – die Vertrauenserschütterung war jetzt offensichtlich – dann bezogen auf diese deutlich verstärkt.

¹⁷ Prägnanter Überblick bis zu diesem Zeitpunkt etwa bei *Endreß* Vertrauen, 2002 (auch zum Folgenden); weitere zusammenfassende Darstellungen bzw. Abhandlungen zur Zentralität des Konzepts in der Soziologie etwa bei *Preisendörfer* Zeitschrift für Soziologie 24 (1995) 263 (Vertrauen als soziologische Kategorie); *Funder* Österreichische Zeitschrift für Soziologie 1999, 76; *Beckert* 31 Zeitschrift für Soziologie 27 (2002); letztlich auch *Beckert* Grenzen des Marktes – die sozialen Grundlagen wirtschaftlicher Effizienz, 2003, 103–400 (passim) (bes. *Émile Durkheim*, *Talcott Parsons*, *Niklas Luhmann* und *Anthony Giddens* jedoch weit über „Vertrauen“ hinausreichend); *Gambetta* (Hrsg.) Trust – Making and breaking cooperative relations, 1988; *Misztal* Trust in modern societies – the search for the bases of social order, 1996 (2. Aufl. 1998).

¹⁸ *Hartmann/Offe* (Hrsg.) Vertrauen – Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts, 2001.

Wird im wirtschafts- und vor allem finanzmarktrechtlichen Schrifttum Vertrauen analysiert, so erscheinen jedoch trotz dieser Verteilung der Gewichte Perspektiven dominant, die primär im (eher jungen und für die Ökonomik auch eher marginalen) Schrifttum zur ökonomischen Theorie des Vertrauens fußen (auch dazu sogleich noch). Einer der zentralen Inhalte der kurzen Überlegungen im Folgenden, vor allem dann auch der Fallstudien, wird sein, wie die Überlegungen der oben genannten soziologischen Denker des Vertrauens stärker zu betonen und fruchtbar zu machen wären (neben den Ansätzen in den unter b) genannten weiteren Disziplinen).

a) Soziologie und Ökonomik des Vertrauens

Hauptcharakteristikum der langen Entwicklung der *Vertrauensforschung in der Soziologie* scheint mir, dass zwar einerseits eine Rationalisierungsfunktion des Vertrauens als zentral betont wird, andererseits Vertrauen doch als grundsätzlich andersartig gegenüber rationalem Kalkül – dem Denken des homo oeconomicus – verstanden wird. *Bosshardt* spricht in einer Abhandlung, die von der ökonomischen zur soziologischen Vertrauensforschung überleitet, gar vom homo confidens.¹⁹ Schon *Max Weber* hatte – neben *Simmel* – den bahnbrechenden Schritt getan, die beiden großen Kategorien des personalisierten Vertrauens und des Vertrauens in ein System (Systemvertrauen) einander gegenüberzustellen. Er sprach freilich noch statt Systemvertrauen von der modernen Gesellschaft als „Einverständnismgemeinschaft“, und mit dieser Gegenüberstellung erhob er die nähere Erfassung dieser beiden Alternativformen, der Vergleichbarkeiten und der Unterschiede zum zentralen Forschungsgegenstand.²⁰ Dass später auch noch Hybridformen wie etwa ein sog. Organisationsvertrauen – Vertrauen in Organisationen, etwa Aktiengesellschaften (Fn. 15) – konstatiert wurden, fügt dem nichts kategorial Neues hinzu. Denn schon bei *Weber* ist der Gedanke präsent, dass es sich bei beiden Hauptformen grds. um Typen handelt, mit (variiert stark ausgeprägten) Unterscheidungsmerkmalen, jedoch auch zentralen Gemeinsamkeiten. Mit anderen Worten: Vom reinen Systemvertrauen ohne jedes personale Element – wie vielleicht bei Algorithmen – zum rein personalisierten Vertrauen – wie vielleicht in einer Liebesbeziehung von absoluten Außenseitern der Gesellschaft – gibt es eine ganze Bandbreite an

¹⁹ *Bosshardt* Homo confidens – eine Untersuchung des Vertrauensphänomens aus soziologischer und ökonomischer Perspektive, 2001, S. 196.

²⁰ *Weber* Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriß der verstehenden Soziologie (Ausgabe Winkelmann bei Mohr 1976), 1920–21, bes. 382f.; näher zum Konzept des Systemvertrauens, genauer: der modernen Gesellschaft als Einverständnismgemeinschaft *Weber* Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie in *ders.* Gesammelte Aufsätze zu Wissenschaftslehre, 7. Aufl. 1988, 442, 456, 470ff. Häufig wird, da das Wort „Vertrauen“ nicht selbst gewählt wird, für Systemvertrauen (erst) auf *Lubmann* als primäre Quelle rekurriert, der hier sicherlich weitere zentrale Arbeit leistete (vgl. unten).

Mischformen. *Weber* hatte dabei auch bereits in nuce hervorgehoben, dass Arbeitsteilung und die zunehmende (technisch gedachte) Rationalisierung den Übergang von einer Dominanz des personalisierten zu einer immer wichtigeren Stellung des Systemvertrauens bedinge: Ohne dass personalisiertes Vertrauen gänzlich verdrängt werde, nehme Systemvertrauen in Märkten und Wirtschaftsprozessen doch zunehmend die zentrale Stellung ein – wobei jedoch immer das jeweilige Mischverhältnis näher zu erkunden ist. Wie bei *Adam Smith* Arbeitsteilung und (exponentiell steigende Bedeutung von) Markt einander bedingen, so konstatiert *Weber* jetzt die dadurch bedingte Veränderung beim Phänomen Vertrauen. Denn den Markt im Allgemeinen charakterisiert er als die „unpersönlichste praktische Lebensbeziehung, in welche Menschen miteinander treten können.“ (Einleitung zu Kapitel VI – Die Marktvergesellschaftung) – was zugleich bedeutet, dass hier Systemvertrauen besonders stark im Vordergrund steht. Für Kapitalmärkte gilt das sicherlich nochmals verschärft. Zugleich sind damit die Entstehung von Systemvertrauen und die Suche nach den Elementen, auf die es sich stützt, ins Zentrum des Forschungsinteresses gerückt. Gerade diese Kernfrage ist es, zu der in der zweiten Jahrhunderthälfte wichtige, vielleicht die zentralen Beiträge folgen.

So reizvoll es wäre, auch auf *Durkheim* und *Simmel* einzugehen, namentlich ihren Verweis auf Moral und Ethik als Vertrauensfaktor (*Durkheim*) und darauf, dass breiter als Systemvertrauen auch noch Gesellschaftsvertrauen eine wichtige Kategorie bildet (*Simmel*), muss dies doch einer ausführlicheren Studie vorbehalten bleiben.²¹ In der Tat scheinen die nächsten epochalen Schritte (erst) mit den Namen *Luhmann* und *Giddens* verbunden, deutlich nach dem Zweiten Weltkrieg. *Luhmann* legte nicht nur 1968 eine zentrale Monographie vor, die er allein dem Phänomen Vertrauen widmete – mit dem wohl bekanntesten Kernsatz zum Vertrauen überhaupt, der Vertrauen als Instrument zur „Reduktion von Komplexität“ umreißt. Von einer Vielzahl von Möglichkeiten der Zukunft (Zeitdimension) oder einer Unbekannten (Sachdimension) wird auf eine konkrete vertraut, diese also als maßgeblich der zu treffenden Entscheidung (bzw. einem Unterlassen – „Laufenlassen“) zugrunde gelegt.²² Dieser instrumental-funktionale Charak-

²¹ So wird die Frage gestellt, ob in Gesellschaften, die mehr Vertrauen in Gesellschaft als solche und ihre Robustheit setzen als etwa in Staaten oder auch Institutionen wie Banken (mit ihrer jeweils stärkeren Verfestigung als System), nicht auch die Anlageneigung etwa von Privatanlegern grds. höher sein muss oder jedenfalls weniger stark vom Fehlen oder Versagen gut erwartungsschützenden Kapitalmarktrechts negativ beeinflusst wird: vgl. hierzu *Olsen* 37 *The Journal of Socio-Economics* 2008, 2189; auch *Lunawat* 94 *Journal of Economic Behavior & Organization* 2013, 130.

²² *Luhmann* Vertrauen – ein Mechanismus der Reduktion von Komplexität, 1968 (5. Aufl. 2014), 5 et passim; dazu etwa *Endreß* Vertrauen, 2002, 30–34 („Vertrauen ‚überwindet‘ ... die Informationsunsicherheit.“); *Baecker* Information und Risiko in der Marktwirtschaft, 1988, 219; auch *Beckert* Grenzen des Marktes (Fn. 17), 290–312.

ter von Vertrauen in gesellschaftlichen Systemen, aber gerade auch in der Wirtschaft als einem so fundamentalen Subsystem von Gesellschaft, war durchaus schon bei *Max Weber* präsent – und ist dann in der ökonomischen Theorie zentral, schon bei *Arrow*.²³ Bei *Luhmann* freilich wird er schärfer und systemtheoretisch eingefasst, namentlich mit dem Konzept des Systemvertrauens in Bezug gesetzt. Wenn Vertrauen Komplexitätsreduktion bedeutet, bildet es auch einen Vorteil, vertrauen zu können (allerdings mit der schwierigen Gegenrechnung der Verluste aus Vertrauensenttäuschung), ist es also grds. sinnvoll diesen Zustand zu befördern. Wenn dann Systeme – wie in der Systemtheorie – so gesehen werden, dass sie sich nur autopoetisch (selbstreferentiell) – aus ihren eigenen Wirkgesetzen und Strukturen heraus – fortentwickeln,²⁴ wird damit auch eine große Stabilität behauptet und die fehlende Offenheit für Außeneinflüsse als ein Vorteil für die Vertrauensaffinität von Systemarrangements. In der Tat ist zentral für *Luhmanns* Verständnis von Vertrauen die sog. Reflexivität (auch „prozessorale Selbstreferenz“), die gegenseitige Bezugnahme auf gewährtes und erwartetes Vertrauen anderer²⁵ – die jedoch, anders als in der Ökonomik, gerade nicht davon ausgeht, dass Vertrauen nur dann auch honoriert wird, wenn dies dem eigenen Nutzen dient, sondern weil eine allgemeine Reflexivitätserwartung besteht und dies Systeminhalt ist. Damit ist indirekt das Element Verbürgung von gleichmäßiger Anwendung und damit auch Gleichbehandlung als Inhalt von Vertrauenserwartungen angesprochen, das dann in der philosophischen zentral erscheint (unten b)), für die ökonomische hingegen weitgehend irrelevant. In der Reflexivitätserwartung liegt für *Luhmann* die Logik des Vertrauens, in den autopoetischen Fortentwicklungsmechanismen von Systemen ihr Stabilisator. Daher betont *Luhmann* auch den Charakter von Vertrauen als – ungeschützter (oder: nur systemgeschützter) – Vorleis-

²³ Zum Wert von Vertrauen als Ermöglichungsfaktor – anerkannt über die Disziplinen hinweg – vgl. (neben *Luhmann* und *Arrow* unten Fn. 33) etwa (auch in Politologie und Philosophie): *Fukuyama* Trust – the social virtues and the creation of prosperity, 1995; *Geramanis* Vertrauen, Die Entdeckung einer sozialen Ressource, 2002, 7 ff.; *Morrison/Firmstone* International Journal of Advertising 19 (2000), 599, 602; *Coleman* Foundations of Social Theory, 1990, 394 ff.; *Hartmann* in Hartmann/Offe (Hrsg.) Vertrauen (oben Fn. 18), 14.

²⁴ *Luhmann* Soziale Systeme, 1984 (4. Aufl. 1991); englisch *ders.* Law as a Social System, 2004; dazu *Teubner* Recht als autopoietisches System, 1989 (englisch 1993); *Fischer-Lescano* Philosophy & Social Criticism 38 (2012), 3; *Hejl* Rechtstheorie 13 (1982) 45; *Kjaer* Ancilla Iuris 2006, 66; *Schulte* Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011; *Willke* Systemtheorie, 4. Aufl. 1993.

²⁵ *Luhmann*, Vertrauen (oben Fn. 22), 90 ff.; *ders.* Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie, 4. Aufl. 1991, 90; *Luhmann* Das Recht der Gesellschaft, 5. Aufl. 2010, 132, jeweils mit einer über die personale Ebene hinausreichenden Grundierung von Vertrauen; dazu etwa für den insoweit besonders herausfordernden Kontext des sich immer mehr durchsetzenden e-commerce: *Morrison/Firmstone* International Journal of Advertising 19 (2000), 599, bes. 602; sowie *Beckemper* ZIS 2011, 318, 321 ff.

tung.²⁶ Gemeinsam ist soziologischer und ökonomischer Theorie die Erkenntnis von Risiko, das es zu bewältigen gilt. In der Ökonomik liegt das Hauptaugenmerk auf Information und Kontrolle zur Risikoeingrenzung, bei *Luhmann* auf (systemstabilisiertem) Vertrauen (mit ungleich vagerer Informationsbasis und arm an Kontrollmechanismen im Einzelfall).

Stärker die Entstehensvoraussetzungen von Vertrauen rückt dann *Giddens* in den Mittelpunkt. Aus seinem reichen Werk seien zwei Kernerkenntnisse hervorgehoben – zu Aspekten, die für einen größeren Kreis zentral bzw. gar konsentiert sind. Das ist zum einen, dass Vertrauen überhaupt gefördert werden sollte – so etwa aus Sicht der Ökonomik, da es Wertschöpfung erlaubt, der Soziologie, da es soziale Kontexte und Beziehungen stabilisiert, aus der Sicht von praktischer oder Moralphilosophie, da es Norm- und Ethikbindung stärkt. Das ist zum anderen, dass möglichst verhindert werden soll, dass Vertrauen in die Irre führt – aus Sicht der Ökonomik, da dann die informationelle Basis von Entscheidungen verzerrt wäre (adverse Selektion), aus der Sicht der Soziologie, da jedenfalls eine Enttäuschung, zu der es dann kommen kann, soziale Kontexte und Beziehungen destabilisiert, und von einer philosophischen Perspektive her scheint hierfür vehement das Autonomieprinzip zu streiten. Für *Giddens* bildet Vertrauen wohl den Lackmустest für sein Bild der Moderne; und sein Moderneverständnis begründete in besonderem Maße seine Stellung als „Jahrhundertsoziologe“ – jedenfalls für die angloamerikanische Welt (und für New Labour). Wenn er Moderne analysiert, sieht er keine andere Veränderung auf dem Weg in die Moderne als so zentral für die Textur von Gesellschaft wie das gewandelte Verständnis von Vertrauen, namentlich mit der ungleich gesteigerten Bedeutung von Systemvertrauen (bedingt durch „die mit der Moderne einhergehende raumzeitliche Abstandsvergrößerung“). Konkreter und absolut zentral insoweit: *Giddens* erkennt, wie sich auch Systemvertrauen idR nicht erschöpft in einem Vertrauen abstrakt in die institutionellen Strukturen und die Regelbasis dieser Systeme – etwa die Absicherung von Einlagen bis zu 100.000,- € durch das vom gesamten Kreditwesen getragene Einlagensicherungssystem –, sondern wie personales Vertrauen in Exponenten dieses Systems – etwa Angela Merckels Diktum „Ihre Einlagen sind sicher“ – in einer signifikanten Weise hinzukommt. *Giddens* erkennt also, dass Systemvertrauen in den meisten Fällen der Lebenswirklichkeit ein hybrides Vertrauen ist – ein Konglomerat (mit verschiedenen Mischanteilen) von Vertrauen in Regeln, in eine institutionelle Praxis, in Exponenten des Systems. Das Gewicht des personalen Vertrauens im Rahmen von Systemvertrauen, etwa auch welchen Personen es warum und in welchem Maße entgegengebracht

²⁶ *Luhmann* Vertrauen (oben Fn. 22), 27ff., 53 („riskante Vorleistung“); *Coleman* Foundations of Social Theory, 1990, 91ff.; *Güth/Kliemt* Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 12 (1993), 253 (Evolutionstheorie).

wird, avanciert zu einer zentralen Forschungsfrage.²⁷ Und dass dies zentral ist, wenn es darum geht, Handlungen herauszuarbeiten, die Systemvertrauen in besonderer Weise erschüttern, liegt auf der Hand. Die zweite zentrale Erkenntnis in *Giddens* Forschung – bei *Luhmann* allenfalls ansatzweise zu finden – betrifft die Frage nach dem Verhältnis zwischen Vertrauen einerseits und Information und Entscheidungsfindung andererseits. Insoweit geht *Giddens* davon aus, dass Systemvertrauen in der Moderne den Normalfall bildet, dass es als das Übliche erlernt wird, also nicht bewusst und primär informationsgesteuert ist – blindes Systemvertrauen gleichsam als Evolutionsvorteil, da nicht mehr gerechnet werden muss.²⁸ Dabei ist jedoch wichtig, dass anders als bei personalisiertem Vertrauen, das („blinde“) Vertrauen erschüttert werden kann durch Erkenntnis der Fehlerhaftigkeit von Theorien oder Erfahrungssätzen *und* durch Verhalten Unbekannter oder beliebiger Exponenten. Die Bedeutung auch dieser zweiten zentralen Erkenntnis bei *Giddens* liegt wiederum auf der Hand, etwa wenn es etwa darum geht, ob und in welchen Fällen Vertrauen durch Informationsregeln gefördert, beeinflusst oder kanalisiert werden kann und sollte – etwa auch die Systemgrundlage transparent gemacht werden muss.

Auf *Luhmann* und *Giddens* folgen *Coleman* und bald *Beckert* und *Sztompka*. Während *Coleman* für die Überlegungen vorliegend von geringerer Bedeutung ist,²⁹ ist ein Wort zu *Beckert* und *Sztompka* für das Folgen-

²⁷ *Giddens* The Constitution of Society. Outline of the Theory of Structuration, 1984 (Systeme und Akteure in ihrem Wechselspiel Träger der „Structuration“ of Modernity); aufgenommen etwa bei *Beckert* Grenzen des Marktes (Fn. 17), 378f.; demgegenüber recht weitgehend noch von Irrelevanz personalisierten Vertrauens in diesem Kontext ausgehend: *Weber* Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1972, 382f.; zur Rolle dieser persönlichen Träger von Vertrauen in Systemen interessant: *Shapiro* 83 American Journal of Sociology 623 (1987) (fragend, ob nicht der allzu starke Versuch einer Disziplinierung dieser Träger von Vertrauen geeignet ist, kontrainentionale Effekte hervorzurufen).

²⁸ *Giddens* Konsequenzen der Moderne, 7. Aufl. 1996, 33ff., 109 (*Giddens* The consequences of modernity, 1990); aufgenommen und prägnant zusammengefasst etwa in *Beckert* Grenzen des Marktes (Fn. 17), 377–380; *Hartmann* in Hartmann/Offe Vertrauen (oben Fn. 18), 1, 25 (Vertrauen „kommt erst dann zu sich, wenn es unbewusst ist.“); sowie *Zucker* Research in organizational behaviour 8 (1986), 53; schöne Zusammenfassung auch bei *Endreß* Vertrauen, 2002, 48f. („Vertrauen läßt sich bestimmen als Zutrauen zur Zuverlässigkeit einer Person oder eines Systems ..., wobei dieses Zutrauen einen Glauben an die Redlichkeit oder Zuneigung einer anderen Person oder an die Richtigkeit abstrakter Prinzipien (technisches Wissens) zum Ausdruck bringt.“); ähnlich *Luhmann* Vertrauen (oben Fn. 22), 56ff., 90ff. Das Systemvertrauen ist blind – und wird erst bewusst, wenn es zu Vertrauensbrüchen kommt: *Pennington/Wilcox/Grover* 20 Journal of Management Information Systems 197, 201 (2003); vergleichbar (auf dem Hintergrund der Pädagogik): *Schweer/Thies* Vertrauen (oben Fn. 15), 154.

²⁹ Zentral für ihn ist die Suche nach einer Einheit in der sozialwissenschaftlichen Erklärungsheuristik, namentlich der Versuch, die soziologische Vertrauensstheorie mit der ökonomischen besonders kompatibel zu machen (etwa unter Heranziehung strenger Rationalitätsannahmen): vgl. *Coleman* Foundations of Social Theory, 1990 (deutsche Ausgabe 1991), passim.

de unverzichtbar. *Beckert* zählt nicht nur zu den großen modernen Soziologen, die sich am unmittelbarsten dem System Markt zuwenden, sondern fokussiert seine Überlegungen in besonderem Maße auf die Unterschiede zur ökonomischen Theorie des Vertrauens, namentlich zur Rationalitätsannahme. Nicht so sehr im Eigennutzdenken als vielmehr in der Anerkennung oder Nichtanerkennung (Ausblenden) einer grundsätzlichen Unüberwindbarkeit von Informationsproblemen sieht er den kardinalen Gegensatz – darin, dass in weiten Bereichen der Entscheidungsfindung auf Grund von hingegabem Vertrauen ein informiertes Kalkül, auch nur Wahrscheinlichkeitskalkül schlicht als Alternative illusorisch erscheint.³⁰ *Beckert* ist besonders radikal in der Ablehnung eines Analyserahmens, in dem Kalkulation in irgendeiner Form als dominante Prämisse gesetzt wird. Schließlich ist im Werk *Sztompkas* die – auch aus der Erfahrung von Jahrzehnten kommunistischer Planwirtschaft gespeiste – Sicht zentral, dass Allgegenwart von Kontrolle eine Unfähigkeit zu vertrauen nach sich ziehe.³¹ Auch diese beiden Erkenntnisse sind für das Design von Regulierungsansätzen von erheblicher Bedeutung.

Die Geschichte der *Vertrauensforschung in der Ökonomik* ist deutlich schlanker. Während das Informationsmodell und die Informationsökonomik längst dem „slum dwelling“ entwachsen sind, in dem sie am Ausgangspunkt der Informationsökonomik gesehen wurden,³² verharret das Vertrauen als Phänomen doch weiterhin ebendort – jedenfalls, wenn man seine ungleich reichere Ausprägung, die es im Kranz vieler Disziplinen erfahren hat, und die Verankerung dieses Bildes im Kapitalmarktrecht als Maßstab nimmt. Als Ausgangspunkt der Betrachtungen zum Phänomen Vertrauen in der Ökonomik werden verbreitet *Arrows* Überlegungen aus den 1970er Jahren gesehen, namentlich zwei Beiträge von 1972 und 1974.³³ In ihnen kons-

³⁰ *Beckert* Grenzen des Marktes (Fn. 17), bes. 19–97, 403–415; vgl. bereits Nachw. oben Fn. 11; und auch *Hartmann* in *Hartmann/Offe* (Hrsg.) Vertrauen (oben Fn. 18), 7, 11–14 und 16–18; zu *Beckerts* Vertrauenskonzept etwa *Strulik* Nichtwissen und Vertrauen in der Wissensökonomie, 2004, 74 ff.

³¹ Zugespitzt („Vertrauen als fehlende Ressource in der postkommunistischen Gesellschaft“): *Sztompka* Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (Sonderheft 35) 1995, 254; *ders.* 11 *International Sociology* 37 (1996). Allgemeiner *ders.* Trust – a sociological theory, 1999.

³² So der Auftakt des bahnbrechenden Beitrages zu den „economics of information“ von *Stigler* 69 *Journal of Political Economy* 213 (1961); zu Entwicklung und theoretischen und transnationalen Kontexten (auch weiteren Kernetappen der Informationsökonomik): *Grundmann* in *Grundmann/Micklitz/Renner* (oben Fn. 13), Kapitel 12.

³³ *Arrow* *Philosophy and Public Affairs* 1 (1972), 343, bes. 356 f.; *ders.* *The Limits of Organization*, 1974, bes. 15–29, insbes. 26 f.; zentral der Ausgangspunkt, aber auch die Schlussfolgerung: „Virtually every commercial transaction has within itself an element of trust, certainly any transaction conducted over a period of time.“ (357) und „trust has a very important value ...“ (26). „But they are not commodities for which trade on the open market is technically possible or even meaningful.“ (26); früh auch *Albach* *ZfGS* 136 (1980), 2.

tatiert er dreierlei: Erstens, den ökonomischen Wert von Vertrauen, indem es nutzbringende Transaktionen ermöglicht, die andernfalls nicht stattfinden könnten, jedenfalls erleichtert (kostengünstiger zulässt), ein Gedanke, den er vor allem mit *Luhmann* teilt, der heute jedoch universal anerkannt wird (Fn. 23); zweitens, die weitgehende Unmöglichkeit, die Vorteile vertrauensbildender Maßnahmen (und ihrer Kosten) hinreichend zu „privatisieren“, d.h. denjenigen, die sie unternehmen, zukommen zu lassen ([positive] „externalities“); drittens, die daraus resultierende Schwierigkeit, Märkte für Vertrauen zu konzipieren. Mit diesen Überlegungen – und dem Paradox, wie bei „blindem“ Vertrauen ein rationales Nutzenkalkül zu konzipieren sei – kämpft eine ökonomische Vertrauentheorie bis heute, grundsätzlich im Schrifttum, das unabhängig von der großen Finanzkrise entstand. Zwei Hauptlinien sind erkennbar.

In der einen wird betont, vertrauensbegründendes Verhalten – etwa mittels Aussendens von Signalen, etwa indem Investitionen getätigt werden, die bei späterem vertrauensschädigendem Verhalten nutzlos würden – begründe Reputation und schaffe so die Voraussetzung von Renditen. Mit anderen Worten: Auf der einen Seite unterlassen die potentiellen Adressaten von Vertrauen vertrauensschädigende (opportunistische) Handlungen, um durch Vertrauensrenditen (über)kompensiert zu werden, oder investieren in vertrauensbildende Maßnahmen mit dem gleichen Ziel, zugleich jedoch und auf der anderen Seite, ebendies kann auch von den potentiellen Investoren von Vertrauen hinreichend verlässlich prognostiziert und honoriert werden.³⁴ In dieser Begründungslinie wird weiterhin von Kalkulation (vor allem zukünftiger Wahrscheinlichkeiten) ausgegangen und werden Kosten von vertrauensbildenden Maßnahmen (einschließlich der Opportunitätskosten unterlassenen Vertrauensbruchs) und Kostenvorteile von Vertrauen der anderen Seite als Posten in eine virtuelle Bilanz eingestellt.³⁵

Die Gegenlinie kann an der zentralen wirtschaftswissenschaftlichen Monographie im deutschen Schrifttum vor der Finanzkrise – von *Ripperger* – festgemacht werden, vor allem ihrer Rezension.³⁶ Die Arbeit, welche die zentralen Eigenschaften von Vertrauen stringent institutionenökonomisch „durchdekliniert“, mit vielen begrifflichen Klärungen, jedoch ohne Opera-

³⁴ Zu dieser Überlegungslinie und namentlich zum Reputationskonzept: *Klöhn/Schmolke* NZG 2015, 689 (Unternehmensreputation); *Sumser* Evolution der Ethik – der menschliche Sinn für Moral im Licht der modernen Evolutionsbiologie, 2016, bes. 139–144. Für die Kritik, dass dies gänzlich illusorisch sei, besonders vehement und tief die Ausführungen von *Beckert* und *Bosshardt* (oben Fn. 30 und 19).

³⁵ Zu solch einer Vertrauens-Kalkulation etwa *Williamson* 36 Journal of Law and Economics 453 (1993) (zu „Calculativeness and Trust“); tendenziell auch *Mülbert/Sajnovits* ZfPW 2016, 1, 14 f.

³⁶ *Ripperger* Ökonomie des Vertrauens – Analyse eines Organisationsprinzips, 1998; Anm. *Gebert* ZfP 1998, 494.

tionalisierungsvorschläge, hat eine „Achillesferse“ – ob nicht kalkulierendes Vertrauen einen Widerspruch in sich darstelle. Entsprechend arbeitet *Geibert* heraus, wie *Ripperger* das Nutzenkalkül auch weder als empirisch belegte Verhaltensweise postuliert, noch als normatives Leitbild verstanden wissen will, sondern nur als „methodologisches Konzept“, und „wie gerade mit zunehmender Ausdifferenzierung dieser [Denkfigur – stringentes Nutzenkalkül] ... die kognitiv-emotionalen Voraussetzungen für die Freisetzung von Vertrauen in der Praxis beeinträchtigt werden.“ In der Tat bleibt es das große Paradoxon einer auf Nutzenkalkül basierten Analyse- und Konstruktionsmethode, wie erklärt werden soll, dass die Gegenseite tatsächlich Vertrauen in eine Person setzen soll, die stets ihren eigenen Nutzen für die Zukunft hochrechnet.³⁷ Die Gegenseite kann emotional vor allem Vertrauen aufbauen, wenn ihr das Nutzenkalkül und dahinterstehende Anreizsystem systematisch verheimlicht wird. Denn es ist allenfalls in Ausnahmesituationen (etwa bei Investitionen in Reputation, die bei „effizientem Vertrauensbruch“ verloren gingen) vergleichbar stabilisiert und für die Gegenseite verlässlich wie etwa das Systemvertrauen bei *Luhmann*. Diese Erkenntnis führt Autoren wie *Bosshardt* oder *Beckert* in Fragen der Konstruktion und des Schutzes von Vertrauen dazu, institutionenökonomische Ansätze erst nach Validierung im Lichte der soziologischen Vertrauensforschung, und soweit eine solche möglich ist, einzubeziehen.

b) Philosophie, Politologie und sonstige Beiträge zum Vertrauen

Neben die skizzierten Beiträge zu einem breit gesellschaftswissenschaftlichen Theoriepanorama zum Vertrauen treten wichtige weitere Stränge, in Philosophie und Politologie (Fn. 18), aber auch in Psychologie (und Sozialpsychologie), Pädagogik und Anthropologie bzw. Evolutionsbiologie.³⁸ So wichtig jeder Strang für eine Gesamtsicht ist, so sehr stehen dennoch soziologische und ökonomische Vertrauentheorie für Kapitalmarkt und Kapitalmarktrecht im Vordergrund. Im Rahmen einer Skizze liegt daher der Fokus auf ihnen. Denn einerseits versteht keine Disziplin so sehr wie die

³⁷ Etwa *Endreß* Vertrauen, 2002, 49 (hier wird Vertrauen zu sehr „systematisch auf Bilanzierung, Effizienz und Effektivität hin zu[ge]spitzt.“, was „die Intention dieses Schrittes zu konterkarieren droht.“ „Leben doch die besagten ersten Schritte gerade davon, dass sie als nicht berechnend verstanden werden.“); *Kern* in Hradil (Hrsg.), Differenz und Integration – die Zukunft moderner Gesellschaften (28. Kongress der Dt. Ges. f. Soziologie), 1997, 271. Zwar scheint es möglich, dass die eine Seite weiß, dass die Nutzenbilanz des Gegenübers positiv ist - und dann ist dessen Haltung/Handlung ja sogar ziemlich berechenbar. Allerdings ist es um dieses Wissen häufig nicht gut bestellt. Schwierig ist ferner die potentielle Fragilität (bei Änderung der Nutzenbewertung), und genau dieses scheint bei philosophischen/sozialen Einstellungen potentiell deutlich anders.

³⁸ Nachweise zu all diesen Disziplinen in der Langfassung und etwa – zu *Schweer/Thies* – oben Fn. 14.

Soziologie Vertrauen als Kernthema der Disziplin – außer vielleicht die Psychologie, allerdings viel weniger als in der Soziologie fokussiert auf das gesellschaftliche Vertrauen – und wurde andererseits in den bisherigen interdisziplinären Anwendungen auf Kapitalmärkte und Kapitalmarktrecht die (eigentlich gar nicht so reiche) ökonomische Theorie des Vertrauens in den Vordergrund gerückt. In der Politologie bezieht sich die Vertrauensforschung auch primär auf ein anderes Objekt des Vertrauens, sowohl die politischen Entscheidungsträger als auch auf Wahlvolk sowie Verfassungsgeber (*pouvoir constituant*),³⁹ während Soziologie und Ökonomik ihr Augenmerk primär auf Gesellschaft und seit Anbeginn gerade auch Wirtschaft richten, damit auf Markt- und Transaktionsfragen und die Akteure in diesen. Damit entscheidet auch das klassische Kriterium der Sachnähe über die berücksichtigungswürdigen Disziplinen.

Gänzlich zentral ist jedoch ein Aspekt der Vertrauensforschung, der in der *philosophischen Diskussion* – naheliegender Weise – besonders betont wird. Mit einer Tradition von mehreren Jahrtausenden wird er in der Vertrauensforschung eigentlich nur in einem neuen Kontext aufgegriffen. Es geht um den Aspekt, dass Vertrauen gleichheitssensibel ist. Mit anderen Worten: Das Gefühl, zu Gleichbehandlung berechtigt zu sein, ist so stark ausgeprägt, dass sich Vertrauen besonders intensiv dahingehend bildet, dass die maßgeblichen Systeme dies auch verbürgen.⁴⁰ Vertrauen in Gleichbehandlung im System ist besonders zentral, seine Enttäuschung umgekehrt auch in besonderem Maße geeignet, Vertrauen in die Institution insgesamt zu erschüttern. Dies wird nicht zuletzt damit begründet, dass das Gleich-

³⁹ Vgl. *Dunn* in Goodin/Pettit (Hrsg.) *A Companion to contemporary political philosophy*, 1993, 638; *Offe* 96 *Theoria: A Journal of Social and Political Theory* 1 (2000); *Warren* (Hrsg.) *Democracy & Trust*, 1999; sowie die Beiträge in Hartmann/Offe (Hrsg.) *Vertrauen* (oben Fn. 18), 241–369.

⁴⁰ Grundlegend *Kant* *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* und *Kant* *Metaphysik der Sitten* mit der ersten (gleichheitsbezogenen) und der zweiten (gleichheits- und menschenwürdebezogenen) Form des kategorischen Imperativs (im zweitgenannten Werk, Werkausgabe Suhrkamp 1985, etwa 562: „Lüge ist Wegwerfung und gleichsam Vernichtung seiner [des Getäuschten] Menschenwürde.“ Und der Imperativ selbst: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck [an sich], niemals bloß als Mittel brauchest.“ (*Grundlegung*, Ausgabe Reclam 1984, 79); dazu *Drewermann* *Wege und Umwege der Liebe – Christliche Moral und Psychotherapie*, 2005, 224, der Vertrauensbruch in Anlehnung an *Kant* als Verletzung des Anspruchs auf gleiche Menschenwürde versteht („in Wirklichkeit benutzt man seine Person mit ihrem Vertrauen und ihrem geistigen Anspruch auf Wahrheit für ein Ziel [den Mensch also als bloßes Mittel], das man ohne List der Unwahrheit nicht glaubt erreichen zu können“); aufgenommen in *Mersits* *Ethik, Konflikt, Situation – von der Situiertheit des Menschen zur situativen Ethik*, exemplifiziert an Karl Jaspers, 2016, 303 f.; besonders dezidiert die britische *Rawls*-Schülerin *Onara O’Neill* *Reith Lectures 2002 a Question of Trust – Lecture 4: Trust and Transparency*, 19: „Deceivers do not treat others as *moral equals*, they exempt themselves from obligations that they rely on others to live up to.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

heitspostulat in Ethik und Gerechtigkeitslehre eine so zentrale Stellung (als Gerechtigkeitsidee) einnehme, dass sich auch ein gesellschaftsweites Vertrauen auf seine Beachtung in gesellschaftlichen Systemen mit besonders hervorgehobener Bedeutung ausbildet.⁴¹ Diese Verknüpfung von normativem Postulat und tatsächlicher Verbreitung von Vertrauen ist nicht auf diesen Fall beschränkt. Auch in der juristischen Diskussion – namentlich um die grundlegende Schrift von *Canaris* zur Vertrauenshaftung – wird (wenig überraschend) dem Einwand, Vertrauen sei in den herangezogenen Fallkonstellationen häufig nur fiktiv,⁴² vor allem mit dem Argument begegnet, dass von schützenswertem Vertrauen in der normativen Setzung (Haftung) jedenfalls dann auszugehen sei, wenn Vertrauen normativ und typisiert als „Guter Glaube“ festzustellen ist.⁴³ Der Gleichheitsaspekt wiederum ist nicht nur für die philosophische Diskussion zentral und umgekehrt für die Ökonomik grds. irrelevant, sondern als solcher auch offensichtlich relevant für das Kapitalmarktrecht. Denn gerade auch auf der gleichen Marktseite – etwa auf Anlegerseite – treffen die Interessen von Anlegergruppen, die unterschiedliche Fähigkeiten haben, häufig aufeinander – etwa bei den Fragen nach der Ausgestaltung von Informations-, etwa Prospektpflichten. In Sekundärmärkten liegen – da die Rolle von Transaktion zu Transaktion wechseln kann – Gleichbehandlungsaspekte auch zwischen Akteuren auf beiden Marktseiten nahe, offensichtlich etwa bei Insiderverboten.

⁴¹ Neben den vorige Fn Zitierten vgl. nochmals *Hartmann* in *Hartmann/Offe* (Hrsg.) *Vertrauen* (oben Fn. 18), 7, 11–14; *Ziegler* in *Hradil* (Fn. 37), Hg) 241 (zu „Interesse, Vernunft und Moral“); vgl. allgemeiner *Faulkner/Simpson* (Hrsg.) *The philosophy of trust*, 2017.

⁴² Im allgemeinen Zivilrecht, etwa für die *falsus-procurator*-Haftung *Münch-KommBGB/Schubert* § 179 Rn. 1; deutlich verbreiteter die Kritik im Prospektrecht, für das *Canaris*' Vertrauenshaftungsansatz anfangs in Deutschland das/ein Hauptkonzept bildete, alternativ aber auf ein Konzept der Haftung kraft beruflichem Auftreten gesetzt wurde: *Hopt* AcP 180 (1980) 608; schon *ders.* FS Fischer 1979, 237; ihm folgend etwa *Lang* AcP 201 (2001), 451, 557–565, wohl auch *Schwark* NJW 1987, 2041, 2045; vgl. auch *Köndgen* *Selbstbindung ohne Vertrag – zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, 1981, bes. 224–227.

⁴³ In Antwort auf die genannte Kritik vor allem *Canaris* *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971, *passim*, etwa 540 Fn. 78, und besonders § 40 (starke Differenzierung nach normspezifischen Gutglaubenstatbeständen); zur Prospekthaftung *Canaris* a.a.O. 272–276; *ders.* *Bankvertragsrecht*, 1975/88, Rn 12–35; zuletzt noch *Herresthal* *Bankrechtstag* 2015, 2016, 103, bes. 105–108. Rechtsvergleichend für die schärfere zivilrechtliche Haftung in *Vertrauensstatbeständen* *Beale/Fawcavage-Cosson/Rutgers/Tallon/Vogenaue* *Cases, Materials and Texts on Contract Law*, 2. Aufl. 2010, 371–425; und strafrechtsvergleichend für die stärkere Strafbewährung: *Rönnau* *ZStW* 122 (2010), 299.

III. Vertrauen als Leitbild des EU-Insiderhandelsverbotsregimes

1. Rechtspolitische und theoriebezogene Dispute bei Verabschiedung

Als 1989 der Durchbruch zum Europäischen Insiderhandels- und einem (noch personell beschränkten) -weitergabeverbot gelang, wurde die Regel gerne unter der Formel „disclose-or-abstain“ zusammengefasst.⁴⁴ Die Regel (heute Art. 14 MAR) sagt: Geheime und erheblich kursrelevante Information darf vom Geheimnisträger weder zum Handel (direkten eigenen Vorteil) ausgenutzt werden, noch darf sie weitergegeben werden und so das Risiko von Insiderhandel durch andere gestreut werden. Völlig richtig wiedergegeben war das Verbot durch die Formel „disclose-or-abstain“ nicht einmal bei beschränktem Weitergabeverbot, heute ist es das noch weniger, da jeder dem Weitergabeverbot unterliegt – einschließlich Personen, denen keine Möglichkeit einer legalen Aufdeckung durch die Mittel der Ad-hoc-Publizität zur Verfügung steht. Das war auch 1989 schon bei einem Teil der Primärinsider der Fall, heute ist es dies bei allen Normadressaten mit Ausnahme derjenigen, die legal weitergeben dürfen und können – und dies ist ausschließlich durch Ad-hoc-Publizität möglich, zu der etwa allein Organe des Emittenten berufen sind.⁴⁵ Beispielsweise genügt auch eine „Veröffentlichung“ auf Pressekonferenz oder Hauptversammlung nicht,⁴⁶ sicherlich nicht dem jeweiligen Transaktionspartner gegenüber. Hinter dem Motto „disclose-or-abstain“ steht sichtlich das Grundmodell der Informationsökonomik. Bei korrekter Aufdeckung der Fakten entfällt jede inhaltliche Pflicht – explanation beats abstention. Dieses Motto trifft jedoch die gewählte rechtliche Lösung nicht, es verfälscht den Blickwinkel. Das Regime der Insiderverbote – samt Pflicht zur ad-hoc-Publizität – wurde nämlich anders gefasst. Abstain before ad hoc disclosure – full-stop. Das Paradigma ist ein anderes. Es ist kein Paradigma der Aufklärung des Transaktionspartners. Vielmehr ist es ein Paradigma der Gleichheit beim Informationszugang für alle, nicht nur der beiden Transaktionspartner, und der Stärkung der Vertrauensbasis beim Anlegerkreis – mit den Querbezügen zwischen beiden

⁴⁴ Damals etwa *Assmann AG* 1994, 196, 201–204; dann – jeweils bereits im Titel – etwa *Livingston/Haskell* 55 *Washington and Lee Law Review* 199 (1998); und heute *Sifuna* 27 *Journal of International Banking Law and Regulation* 340 (2012).

⁴⁵ Bekanntgabe allein über allgemein zugängliche Informationssysteme: *Buck-Heeb* Kapitalmarktrecht, 8. Aufl. 2016, Rn 297; *Kumpfan* DB 2016, 2039, 2042; *Cloppenburg/Kruse* WM 2007, 1109, 1113; *Schneider* NZG 2005, 702, 706; BankR-Hdb/*Hopt/Kumpfan* § 107 Rn 53.

⁴⁶ *Assmann AG* 1994, 237, 242; wohl selbst bei Übertragung im Internet: vgl. *Clausen/Florian AG* 2005, 745, 749. Für Hauptversammlungen und Gerichtsverhandlungen: *Assmann* ZGR 1994, 494, 512; Emittentenleitfaden der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Fassung vom 25.3.2020, Modul C, I.2.1.1. und I.2.1.5.8.

Paradigmenteilen, Gleichheit und Vertrauen, wie sie insbesondere in philosophischen Vertrauenskonzepten herausgearbeitet werden.⁴⁷ Gesehen wird dies dennoch als ein „disclose-or-abstain“ – Ausdruck eines Verständnisses von Gleichheit und Vertrauen als „*ancilla informationis*.“ Im Folgenden soll hingegen beleuchtet werden, wie sehr sich das gewählte Paradigma von einem Informationsparadigma unterscheidet – und neben es tritt!

Das Insiderinformationsregime hätte in der Tat nicht geregelt werden müssen, wie es geregelt wurde – bezogen auf Anlegervertrauen als zentralem Wert. Es lagen andere Theorieansätze vor, die ebenfalls zugrunde gelegt hätten werden können. Es wurde jedoch Vertrauen als Kernrechtfertigungselement postuliert. Wichtig ist, dass mit diesem Ansatz und dieser Regelung zugleich auch über Theorieansätze entschieden wurde und zwar nicht nur mit der Einführung der Insiderverbote, sondern auch mit ihrem konkreten Zuschnitt. Manche Theorien wurden (implizit, ggf. nicht einmal bewusst) verworfen, andere zugrunde gelegt, und dies sollte als Gesetzgeberentscheidung ebenso ernst genommen werden wie die Fassung einzelner Tatbestandsmerkmale. Die Theoriegrundlagen sollten stimmig mit der Gesetzgebungsarchitektur verstanden werden – auch dies ist Aufgabe einer breit verstanden (Kapitalmarkt-)Rechtswissenschaft.

Offensichtlich verworfen wurde die – vor den 1980er Jahren in der Ökonomik wohl herrschende – Theorie, die *Henry Manne* begründet hatte. Nach ihr wurde Insiderhandel als ein Mittel zur Infiltration maßgeblicher (namentlich geheimer und erheblich kursrelevanter) Information in die Kapitalmärkte gesehen, das diese informations- und damit allokatationseffizienter mache.⁴⁸ *Mülbert/Sajnovits* in ihrer Studie zu Vertrauen und Kapitalmarkt halten diese Theorie offenbar weiterhin im Kern für zutreffend: „Was den Sekundärmarkt anbelangt, befürwortet die Kapitalmarkttheorie das Insiderhandelsverbot trotz seiner negativen Auswirkungen auf die Kapitalmarkteffizienz unter Hinweis darauf, dass das Vertrauen in die Fairness des Markts dessen Liquidität erhöhe.“⁴⁹ Dass mit der Ad-hoc-Publizität (der breiten Publikation von Insiderinformationen direkt nach ihrer Generierung) auch

⁴⁷ Für equal access vor allem EuGH und Urt. v. 22.11.2005 – Rs. C-384/02 *Grøngaard/Bang*, Slg. 2005, I-9961. und Urt. v. 23.12.2009 – Rs. C-45-08 *Spector Photo Group*, Slg. 2009, I-12073.

⁴⁸ Grundlegend *Manne* Insider Trading and the Stock Market, 1966, 76–91, 111–158 et passim; *ders.* 44 *Harvard Business Review* 113 (1966); sowie *Carlton/Fischel* 35 *Stan. L. Rev.* 857, 866–872 (1983); *Ruder* 59 *N. W. U. L. Rev.* 185, 210–212 (1964/65); vorichtig auch noch *Fenn/McGuire/Prentice* in *Hopt/Wymeersch* (Hrsg.) *European Insider Dealing – Law and Practice*, 1991, 3, 6; aber auch nächste Fn.

⁴⁹ *Mülbert/Sajnovits* ZfPW 2016, 1, 15; unter Verweis auf: *Mülbert* ZHR 177 (2013), 160, 172f. – wiederum unter allgemeinem Verweis auf die Legal-Origins-Literatur von *LaPorta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny* 52 *Journal of Finance* 1131 (1997); *LaPorta/Lopez-de-Silanes/Shleifer* 54 *Journal of Finance* 471 (1999); und weite Teile der US-amerikanischen Law and Finance-Literatur.

eine alternative Verbreitungsform zur Verfügung steht, spielte und spielt in diesem Theoriestrang (auch im genannten Zitat) keine nennenswerte Rolle. Selbst dass Insiderhandel mit Roulette verglichen wurde, bei dem ein Spieler systematisch setzen darf, wenn die Kugel bereits gefallen ist, sich also fundamental unfair verhalten darf, erschien hier unerheblich.⁵⁰ Mit dem philosophischen Vertrauensverständnis – seinem Gleichheitsanspruch als Inhalt von (Kapitalmarkt-)Vertrauen – liegt dies offensichtlich und diametral im Widerspruch. Mit *O’Neill* (Fn. 40) könnte man wortgleich (!) formulieren: „Deceivers [insiders] do not treat others as *moral equals*, they exempt themselves from obligations [framework conditions] that they rely on others to live up to.“ Zwar kam es – in den 1960er bzw. 1980er Jahren in den USA bzw. in Europa – entgegen dem von *Manne* initiierten Theoriestrang zu einem Insiderhandels- und -weitergabeverbot. Dezidiert befürwortet wurde dieses lange jedoch primär nur von Juristen und teils bis 1989 auch nur als Selbstregulierung.⁵¹

Erst zeitgleich mit der Verabschiedung des Verbots in Europa kam es auch innerhalb eines institutionenökonomischen Analyserahmens zu Modellen, die ein Verbot von Insiderhandel und der Weitergabe von Insiderinformationen ökonomisch begründeten. Argumentiert wurde, dass Insider nicht zufallsgetrieben mit beliebigen Mitgliedern der Anlegermasse handeln, die ohnehin den Handel zu diesem Preis getätigt hätten, sondern primär und geballt jeweils mit professionellen Händlern und Market Makers – mit der Folge, dass diese Gruppe, wenn die Insiderinformation dann zeitnah durchschimmert und schließlich deutlich wird, zuvörderst den Verlust trägt, der mit dem vom Insider erzielten Insidergewinn korrespondiert (Preisunterschied mit und ohne Insiderinformation). Diese Gruppe würde dies antizipieren, dafür Risikoprämien als Aufschläge einrechnen und so die Kapitalaufnahme insgesamt verteuern.⁵² Hauptgeschädigte wären demnach die Emittenten als Gruppe. Dem wirke ein Insiderhandelsverbot entgegen. Diese Erklärung scheint stringent und klar.

Diese Ableitung klingt freilich in der Gesetzgebungsgeschichte nirgends an. Vielmehr setzt der Gesetzgeber – auf den ersten Blick überraschend –

⁵⁰ Dieses (vorher geprägte) Bild selbst bei *Manne*, vgl. *Manne* 4 Cato J. 933, 937 (1984), der allerdings auch von als „victimless crime“ spricht.

⁵¹ *Hopt/Will* Europäisches Insiderrecht – Einführende Untersuchung, ausgewählte Materialien, 1973; *Amibud/Mendelson* 17 Financial Management 5, 11 (1988) (Vertrauensschwund bei den Händlern); aus jüngerer Zeit *Buck-Heeb/Dieckmann* Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, 244 ff.; *Ehrhardt/Nowak* AG 2002, 336, 343; *Nietsch* ZHR 174 (2010) 556, 589; auch *Krauel* Insiderhandel – eine ökonomisch-theoretische und rechtsvergleichende Untersuchung, 2000, 58;

⁵² Besonders klar die Ableitung bei *Schmidt* Insider Regulation and Economic Theory in *Hopt/Wymeersch* (oben Fn. 48), 21, 28 ff.; ähnlich *Rudolph* in FS Moxter 1994, 1333, 1345–1349; dazu auch *Krauel* Insiderhandel (vorige Fn), 56 f.; zu den Kosten des Insiderhandels auch *Klöbn* MAR, 1. Aufl. 2018, Vorb. Art. 7, Rn. 106 ff.; *Mülbert/Sajnovits* ZfPW 2016, 1, 14 f.

auf das ungleich weniger stringent-prägnante Konzept von Anlegervertrauen. Er rechtfertigte das Verbot von Insiderhandel und der Weitergabe von Insiderinformationen in der Tat zentral damit, dass solcher Handel geeignet sei, das Anlegervertrauen in die Fairness von Kapitalmärkten massiv zu unterminieren.⁵³ Dieses kann dann wieder als Unterziel eines kapitalmarkt-rechtlichen Allokations- und Liquiditätsziels (Fn. 49) verstanden werden (*fiducia ancilla efficaciae*) oder im Lichte der breiteren Vertrauensforschung und -bestimmung als eigenständiges Konzept. Auf die zweitgenannte Weise soll im Folgenden die spätere Regelsetzungsgeschichte verstanden (unten 2.) und sollen auch weiterhin offene Auslegungsfragen analysiert werden (unten 3.).

2. Vertrauensparadigma als Grundlage für flankierende Verbote

Wenn aus der bisherigen Diskussion der soziologischen und philosophischen Vertrauensforschung als drei Zentralgesichtspunkte hervorstachen, dass auch Systemvertrauen sich mit Vertrauen in zentrale Einzelexponenten mischt, dass Systemvertrauen idR subkutan unbewusst in Systeme gesetzt wird und aktiviert wird weniger im Moment des Vertrauens als vielmehr dem der Enttäuschung des Vertrauens, und schließlich, dass Vertrauen zentral mit dem Anspruch auf Gleichbehandlung verknüpft erscheint, so erscheinen alle zentralen gesetzgeberischen Entscheidungen zum Insiderregime (einschließlich Ad-hoc-Publizität) mit diesen Überlegungen deutlich schlüssiger erklärbar als mit einem Denken in Nutzenkalkülen. Man hätte zwar – wie der *more economic approach* für das Wettbewerbsrecht in der Tat vorschlägt – eine Gesamtwohlfahrtsrechnung aufstellen können.⁵⁴ Dann wäre – mit dem jüngeren ökonomischen Ansatz zu den Insiderverboten – von der Steigerung der Kapitalaufnahmekosten (wegen Risikoaufschlag) auszugehen gewesen. Diese hätten dann gegen die Vorteile einer schnelleren Informationsinfiltration konkret gerechnet werden müssen und auch gegen

⁵³ Erw.gründe 2, 23, 24, 32, 55, 58 und Art. 1 MAR und Erw.grund 1 MAD-Crim, schon im Ausgangspunkt Erw.gründe 3–6 der EG-Insider-RL; EuGH Rs. C-45-08 *Spector Photo Group*, Slg. 2009, I-12073 (1. LS); *Assmann AG* 1994, 196, 202; *ders.* ZGR 1994, 494, 499; dazu auch *Dedeyan* Regulierung der Unternehmenskommunikation, 2015, 678 ff.; als nur untergeordnet sieht die Rolle des Anlegervertrauens allerdings *Bachmann* Das Europäische Insiderhandelsverbot, 2015, 18 ff.

⁵⁴ Vgl. *Bechtold/Bosch* GWB – Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 9. Aufl. 2018, Einführung Rn. 75–79; *Huttenlauch/Lübbig* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 102 AEUV Rn. 16; *Wiedemann/Ewald*, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 18 f.; *Bishop/Walker* The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 2. Aufl. 2012, Rn. 1–009, detaillierter in Kap. 6 und 7; *Schmittchen/Albert/Voigt* (Hrsg.) The More Economic Approach to European Competition Law, 2007; auch *Basedow* 42 Texas International Law Journal 429 (2007).

die möglichen Schäden bei Emittenten, die aus (alternativer und breiter) Ad-hoc-Publizität resultieren (und bei bloßem Insiderhandel ggf. milder ausfallen würden) – mit all den Unwägbarkeiten und Wissensproblemen bei einer Kalkulation. Man hätte ein Insiderhandelsverbot sogar – wie der more economic approach für das Kartellierungs- und vor allem Fusionsverbot vorschlägt (vorige Fn) – davon abhängig machen können, dass von den Regulierungsbefürwortern bewiesen wird, dass der – negative – Preisaufschlag in der Tat die anderen – positiven – Wirkungen langfristig übersteigt (Umkehr der Begründungs- und Nachweislast, ggf. mit Langzeitperspektive).

Dies ist nicht geschehen. Schäden beim Emittenten durch Ad-hoc-Publizität werden für irrelevant erklärt, wenn ein Aufschub der Aufdeckung begehrt wird, jedoch nicht verbürgt werden kann, dass kein vertrauensschädigender Insiderhandel einsetzt (Art. 17 Abs. 4 lit. c und Abs. 5 lit. c MAR).⁵⁵ Die Interessen der Anleger – als der „Souveräne“ dieses Marktes – stehen sichtlich zuoberst. Dies ist auch unmittelbar einsichtig, wenn man nur den Gleichbehandlungsanspruch aller Anleger in der Nachfolge der philosophischen Vertrauenskonzeption als Kernstück des Vertrauensschutzziels sieht. Oder bildet solch ein Festhalten an ethischen Dimensionen des Vertrauens im Zeitalter von Fake News einen reinen Anachronismus?

Auch der massive Flankenschutz, der so charakteristisch für das Insiderregime ist, wäre mit einem Gesamtnutzenkalkül als Grundlage des Regelkomplexes ungleich weniger stringent zu begründen als mit den genannten Kernelementen aus soziologischer und philosophischer Vertrauensforschung. Das Insiderregime ist nämlich mindestens dreistufig aufgebaut – auf zwei Stufen ein Flankenschutz, der durchaus begründungsbedürftig erscheint. Das Verbot, das monetäre Schaden verhindert, ist (allein) das *Handelsverbot* selbst – d.h. das Verbot, (geheime, erheblich kurzrelevante) Insiderinformation zum privaten Nutzen „auszunutzen“ (*Insiderhandel* ieS). Schon die zweite Stufe gibt nur Flankenschutz hierzu – das zunächst enger gefasste, heute flächendeckende Verbot, Insiderinformationen weiterzugeben, auch indirekt durch Empfehlungen weiterzugeben (Art. 14 lit. b und c MAR). Auf der Grundlage eines Effizienz kalküls wird dies damit erklärt, dass die Weitergabe die Chance auf (den eigentlich schädlichen) Insiderhandel erhöht, das Verbot auf der zweiten Stufe also generalpräventiv der effizienten Durchsetzung des Verbots auf der ersten Stufe diene.⁵⁶ So treffend diese Überlegung (ebenfalls) ist, so viel spezifischer erscheinen zwei andersartige Überlegungen. Sieht man, erstens, die Regelung wieder unter einem

⁵⁵ Näher hierzu (schon Aufkommen von Gerüchten ist schädlich): *Hopt/Kumpan* in BankR-Hdb, § 107 Rn 165; *Zetzsche* Enzyklopädie Europarecht, Bd. 6, § 7 C Rn 188; *Klöhn* AG 2016, 423, 431.

⁵⁶ *Klöhn* in KölnKommWpHG, Vor § 12–14 Rn 16 und § 14 Rn 258; *Hilgendorf/Kusche* in Park Kapitalmarktstrafrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. 7.1. Rn. 12.

philosophisch begründeten Gleichbehandlungsparadigma, so liegt schon allein in der Einräumung der Chance, Vorteilswissen gegenüber allen anderen zu haben und nutzen zu können, der Verstoß, und der Schaden bereits in der daraus resultierenden Vertrauenserschütterung bei allen anderen, soweit sie davon erfahren. Dies ist eine neue Sicht, die etwa den Einwand im Strafprozess ausschließt, der Tipp-Geber sei sich sicher gewesen, dass der Empfänger ihn nicht nutzen würde – er habe diesen beispielsweise nur beeindrucken wollen. Das allgemeine Vertrauen und der allgemeine Gleichbehandlungsanspruch wären dennoch erschüttert. Nicht nur auf den Informationsfluss bei den Informationshändlern kommt es dann an – so das ökonomische Vertrauenskonzept –, sondern auf den Gleichbehandlungsanspruch, den das allgemeine Anlegervertrauen umfasst und den es zu respektieren gilt. Betont man, zweitens, wie zentral personalisiertes Vertrauen auch im Systemvertrauen ist und wie sehr gerade Versagen von wichtigen Exponenten des Systems als Versagen auch des Systems und als vertrauenserschütternd empfunden wird, so liegt es nahe, dass diesen Exponenten besondere Pflichten auferlegt werden. Zentrale Exponenten, nämlich Funktionsträger bei Emittenten und ggf. Aufsichtsbehörden, trifft das Weitergabeverbot primär – obwohl es allgemein formuliert ist. Ohne eine Weitergabe durch sie wird Insiderwissen weiteren Personen nur in Lehrbuchbeispielen zugänglich. Dieser Begründungsstrang – des personalisierten Exponentenvertrauens im Systemvertrauen – kann in den weiteren Überlegungen noch vertieft werden.

Schließlich findet sich nämlich auf der dritten Regelungsebene ein weiterer Flankenschutz, die Registrierungspflicht aller Transaktionen in eigenen Wertpapieren für diejenigen Primärinsider, bei denen Insiderinformationen idR zuerst anfallen (sog. „Directors Dealing“, Art. 18f. MAR). Während die Exponenten des Systems beim Weitergabeverbot noch „nur“ primär angesprochen waren, trifft diese Regel nun tatsächlich ausschließlich sie, auch durchaus signifikant und in besonderem Maße präventiv. Zwar wird ihnen ein Handeln in Wertpapieren der eigenen Gesellschaft durchaus gestattet. Denn dieser Handel bildet potentiell auch ein wichtiges Signal dafür, dass die Geschäftsleiter selbst Vertrauen in die eigene Gesellschaft haben. Sie werden jedoch einer umfassenden aufsichtlichen Registrierungspflicht auch der Einzeltransaktionen unterworfen. Dass dies im Vergleich zu anderen Konstellationen im EU-Wirtschaftsrecht ungewöhnlich weit geht, kann hier nicht erörtert werden (zu einem noch offensichtlicheren Fall besonders weitgehender Pflichten unten 3.). Jedenfalls ist auch eine besonders weitgehende Pflichtenstellung damit zu erklären, welches Gewicht dem personalisierten Vertrauen in Systemexponenten als Teilstück auch im Rahmen des Systemvertrauens zukommt. An diese Exponenten wird offensichtlich – wie es Justice Cardozo vor fast einem Jahrhundert so bildhaft umschrieb – der Standard einer „punctilio of an honor the most sensitive, not honesty alone“

gelegt.⁵⁷ Nicht nur einfache Redlichkeit wird erwartet. Ein höheres Ethos für Systemexponenten – erklärlich vor allem mit der Struktur von (auch blindem) Vertrauen, dessen Enttäuschung unvorhersehbare Reaktionen hervorrufen kann, das jedoch vielleicht auch aus ethischen Gründen besonders unbedingten Schutz verdient. Welche unvorhersehbaren Reaktionen? Die verbreitete Überzeugung, Systemvertrauen sei nur gefährdet, wenn das System versagt, nicht schon, wenn dies nur der Einzelne sei, d.h. das System versage erst, wenn das Versagen des Einzelnen nicht geahndet wird,⁵⁸ ist jedenfalls in dieser Allgemeinheit am Anfang der globalen Finanzkrise schmerzlich widerlegt worden. Mit Lehman Brothers wurde ein Motor des Marktes für Subprime Debt Verbriefungen bewusst der härtesten Sanktion – der Insolvenz – ausgesetzt, dennoch litt das Systemvertrauen in und vor allem zwischen Banken global und massiv. Dieser Befund rechtfertigt es, Exponenten von Vertrauen in besonderem Maße bei jeder Transaktion präventiv zur sorgfältigen Prüfung anzuhalten und ihre Handlungen auch für das gesamte Anlegerpublikum (bzw. die für sie agierende Kapitalmarktaufsicht) gänzlich transparent zu halten (und Beweise *ex ante* zu sichern). Wieder ist die Erklärung dieses Instruments als generalpräventives zwar durchaus zutreffend. Wieder erklärt und rechtfertigt jedoch erst das spezifische Gewicht personalisierten Vertrauens innerhalb des Systemvertrauens auch inhaltlich die Fokussierung auf diese Gruppe von Akteuren und auch das Maß an Anforderungen. Zudem wird der Gesetzgeber mit solch einer präventiven Gestaltung in besonderem Maße dem Umstand gerecht, dass Systemvertrauen nach dem Gesagten überwiegend blind ist – und erst durch nachherige Erschütterung als Gefühl aktiviert wird. Wenn für den Moment der Vertrauenserschütterung sichtbar Vorsorge getroffen wurde und eine Aufarbeitungsgrundlage sofort im Zeitpunkt der Vertrauenserschütterung vorliegt, sinkt nicht nur die Wahrscheinlichkeit von Zuwiderhandlungen (durch Auslagerung der Transaktionen auf Strohleute bleiben solche ggf. sogar möglich). Ganz sicher helfen diese Vorkehrungen jedoch, die Erschütterung des Systemvertrauens zu minimieren.

3. Vertrauensparadigma und Tatbestandsauslegung in der Rechtsprechung

Gleichbehandlungsneigung von Vertrauen und das besondere Gewicht von personalisiertem Vertrauen auch innerhalb des Systemvertrauens sind auch zentral, wenn es um die Auslegung strittiger Tatbestandsmerkmale geht. Zwar lehnte der EuGH ein Gleichbehandlungsgebot als allgemeinen Gehalt des EU-Kapitalmarktrechts bekanntlich ab.⁵⁹ Doch nicht nur korri-

⁵⁷ Meinhard v. Salmon, 164 N.E. 545, 546 (N.Y. 1928).

⁵⁸ Beckemper ZIS 2011, 318, 322f.; Lepsius in Hradil (Fn. 37), Hg) 283, 289.

⁵⁹ EuGH Rs. C-101/08 *Audiolux*, Slg. 2009-I, 9864; dazu etwa *Habersack/Tröger NZG* 2010, 1, 4; *Rieder GWR* 2009, 392; auch *Haar GPR* 2010, 187, 189f.; allgemeiner *Basedow FS Hopt* 2010, 27, 30ff.; auch *Schön FS Hopt* 2010, 1347.

gierte der Europäische Gesetzgeber den EuGH im konkret entschiedenen Fall mit dem Erlass der EG-Übernahme-Richtlinie (mit Einführung eines Gleichbehandlungsgebots in Form des sog. zwingenden Angebots).⁶⁰ Vielmehr ist für das Insiderrecht das Optieren für ein Leitziel Anlegervertrauen ohnehin gesichert und auch vom EuGH nicht in Frage gestellt (Fn. 53).

Zentral in der EuGH-Rechtsprechung zu den Insiderverboten ist der Begriff des „Ausnutzens“ einer Insiderinformation, namentlich die Frage, wie weit er Vorsatz voraussetzt. Der EuGH verneint Letzteres im Grundsatz, was umgekehrt im deutschen Schrifttum vehement kritisiert wird, weil dies dem Wortlaut „ausnutzen“ widerspreche und auch für die Strafdrohung das Vorsatzerfordernis angesichts des rein patrimonialen Charakters der Transaktionen unverzichtbar sei.⁶¹ Eine Strafdrohung bei bloßer Erkennbarkeit sei übermäßig und systemfremd. Geht man davon aus, dass das Verhalten von Systemexponenten zentral für das Fortbestehen von Systemvertrauen ist und bei ihnen der gleichheitssensible Vorteil eines privilegierten Zugangs zu Insiderinformationen besonders vertrauensrelevant erscheint, liegt demgegenüber ein extensives Verständnis des Verbots sehr wohl nahe. Die „punctilio of honor the most sensitive“ diesen Exponenten abzuverlangen, die idR hervorragend vergütet sind, ist auch bei sehr wirtschaftsfreundlicher Grundhaltung m.E. keineswegs als übermäßiger Eingriff zu sehen und umgekehrt ethisch sogar gefordert – wenn man denn von einem Gleichheitsparadigma der Beteiligten und ihrer Interessen, einer Mesotes im jeweiligen Ausgleich, ausgeht. Daher ist das Verbot so auszulegen, dass es von den betroffenen Insidern schon bei vernünftigen Zweifeln Enthaltung gebietet. Ein Handel bei Vorliegen von Informationen, bei denen Systemexponenten es für möglich halten sollten, dass sie noch geheim sind und vor allem, dass sie erheblich kursrelevant sein können, muss als ein Ausnutzen ihres Informationsvorsprungs – um den sie in jedem Fall wissen – verstanden werden, wenn dann objektiv die Eignung zur erheblichen Kursbeeinflussung und die fehlende Veröffentlichung festgestellt werden. Will man für das Strafrecht nicht so weit gehen (etwa weil man – anders als vorliegend – das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Vorhersehbarkeitsgebot als bereits tangiert ansieht), so führt – entgegen h.M. – kein Weg an einer gespaltenen Auslegung zwischen Straf- und sonstigem Recht vorbei,⁶² wenn man umgekehrt beim In-

⁶⁰ Vgl. Art. 3, 5–8 der Richtlinie 2004/25/EG ... betreffend Übernahmeangebote, ABl. 2004 L 142/12.

⁶¹ EuGH Rs. C-45-08 *Spector Photo Group Slg.* 2009, I-12073 (1. LS); vgl. nur *Klöhn* WM 2017, 2085, bes. 2088; sowie *Kumpian/Schmidt* in Schwark/Zimmer Kapitalmarktrechtskommentar, 5. Aufl. 2020, Art. 8 VO (EU) 596/2014, Rn. 56 ff.; Zusammenfassung bei Grundmann Bankvertragsrecht (oben Fn. 2), Teil 6 Rn. 383 f.

⁶² *Cahn* ZHR 162 (1998), 1 (3–11); zustimmend *Schürmbrand* NZG 2011, 1213; *Hirte* in KölnKomm-WpHG § 21 Rn 7.; ursprünglich weit überwiegende Ablehnung, heute str., Zusammenfassung bei Grundmann Bankvertragsrecht (oben Fn. 2), Teil 6 Rn. 139.

siderverbot – für die aufsichts- und zivilrechtlichen Folgen – das Marktvertrauen als zentrales Schutzziel hinreichend hochhalten will. Zutreffender erscheint mir eine extensive Auslegung auch beim – für das Insiderrecht – zentralen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht.

IV. Vertrauen als Leitbild der Reform des EU-Prospektrechts?

Ein zweites Beispiel – aus Platzgründen gänzlich beschnitten – bildet das Prospektrecht, namentlich mit seinen jüngeren Entwicklungen auf EU-Ebene.

In einem ersten Punkt ist zu sagen, dass die Prospektspflicht offensichtlich in der ECHM (Fn. 3) fußt, ihr Ziel also ist, alle für den realwirtschaftlichen Wert des Investments zentralen Informationen für den Anleger öffentlich zu machen – und deswegen der Forderung nach einem bloßen Kurzprospekt (für den Privatanleger verständlicher) eine Absage erteilt wurde und Vollständigkeit das Leitziel blieb.⁶³ Hat *Sztompka* (Fn. 31) mit seinen umfangreichen Untersuchungen zum Verhältnis von Kontrolle und Vertrauen recht, so kann eine detailliert ausdifferenzierte und intensiv kontrollierte Informationspreisgabe, bei der Vollständigkeit angestrebt wird, die jedoch offensichtlich auf die professionellen Informationsbedürfnisse ausgelegt ist, sogar dazu führen, Vertrauen zu mindern. Und in der Tat investieren Privatanleger in Kapitalmärkten weit weniger als bei einem rationalen Nutzenkalkül zu erwarten wäre.⁶⁴ In einem zweiten Punkt ist zu sagen, dass Instrumente wie Prospektzusammenfassung (Art. 5 EU-Prospekt-VO) oder auch der sog. „Beipackzettel“ (Key Information Document, KID) als ein Weg zu mehr Verständlichkeit für Privatanleger zu sehen sind, also ggf. auch als ein stärkeres Setzen auf Vertrauen verstanden werden könnten –

⁶³ Art. 6 Abs. 1 VO und Erw.grund 7; vgl. dazu nur Überblick *Grundmann* Bankvertragsrecht (oben Fn. 2), Teil 6 Rn. 115f.; zur Vollständigkeitskontrolle bei der Prospekthaftung, *Assmann/Kumpian* in Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Aufl. 2020, § 5, Rn. 151. Zur Verwerfung von Forderungen nach Kurzprospekt *Grundmann* ZSR 115 n.F. (1996) 103, 133; *Heinze* Europäisches Kapitalmarktrecht – Recht des Primärmarktes, 1999, 374f. In der Tat nennt die Verordnung nur an wenigen Stellen – vager – „Vertrauen“ oder „Anlegervertrauen“ als Schutzziel. Bei genauerer Betrachtung sind die Verweise auf „Vertrauen“ auch eher als Verweise auf das Transparenzparadigma zu verstehen: 5. und 83. Erw.grund („Vertrauen in Transparenz“), 53. Erw.grund („Vertrauen, dass ... einheitliche Offenlegungsvorschriften“); anders allenfalls 7. und 83. Erw.grund („Vertrauen in Wertpapiere“ bzw. „Vertrauen in KMU“ – nochmals in Art. 15 als Leitlinie für Durchführungsregeln). Auch der 64. Erw.grund („Vertrauen der Öffentlichkeit“) bildet potentiell eine Ausnahme, ist allerdings auf Werbung beschränkt.

⁶⁴ Vgl. nur *Bertaut/Haliassos* 105 *Economic Journal* 1110 (1995); *Campbell* 61 *The Journal of Finance* 1553 (2006). Für statistisches Material insbes. *Chater/Huck/Inderst* Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioural Economics Perspective, (November 2010) Final report 1–480 (“non-participation puzzle“).

eine Frage, deren Untersuchung jedoch einer Langfassung der Studie vorbehalten bleiben muss. Informationsökonomische Erklärungen und vertrauenskonzeptionelle Erklärungsansätze können hier plastisch einander gegenübergestellt werden, kulminierend in der kompromisshaften Regelung zur Haftung. Bisher fehlt jedenfalls die – für die Rückabwicklung im allgemeinen Zivilrecht 2002 durchgesetzte – Lösung eines verschuldensunabhängigen Rechts auf Rückabwicklung bei Fehlerhaftigkeit (§§ 323, 326 BGB – Geld zurück, wenn fehlerhafte Leistung, Äquivalenzinteresse). Solch eine Lösung wäre sicherlich vertrauensinduzierend.

Vielleicht die größte Chance für eine ungleich stärkere Berücksichtigung von Vertrauensfragen beim Design von Primärmärkten, speziell ihrer Regulierung, liegt – etwas versteckt – in der Reform der Schwellen, ab denen die Prospektpflicht nach EU-Recht zwingend eingreift. Auf den ersten Blick wirkt es paradox, dass nach der Gesetzgebungsbegründung zur EU-Prospekt-Verordnung einerseits der Anlegerschutz gesteigert werden sollte, andererseits jedoch die Schwelle, ab der ein Emissionsprospekt EU-rechtlich vorgegeben ist, angehoben wurde. Das Freistellungsvolumen, das Mitgliedstaaten je Emission wählen können, liegt nunmehr bei 8 Mio. € (Art. 3 Abs. 2 lit. b) EU-Prospekt-VO), statt zuvor 5 Mio. €, so dass Mitgliedstaaten den Kreis der freigestellten Emissionen erheblich ausweiten können.⁶⁵ Potentiell aufzulösen ist das Paradox mit folgenden Überlegungen, die jedoch noch am Anfang stehen. Die Anhebung der Schwelle wird primär mit dem Interesse von KMUs begründet, ebenfalls Kapitalmärkte in Anspruch zu nehmen, aber nicht die erheblichen Kosten (bei relativ kleinem Emissionsvolumen) tragen zu müssen.⁶⁶ Dies klingt noch nach einem klassischen Zielkonflikt – mit KMU-Förderung um den Preis von Einbußen beim (Klein-)Anlegerschutz. Eher unbemerkt wurde jedoch eine zweite Begründungslinie vorgetragen, die Neuland betritt und auch nur unklar angedeutet erscheint – dass nämlich gleichsam neue, potentiell verbesserte Schutzmodelle für Privatanleger gesucht und erprobt werden sollten und dies auf einem von der Personenzahl her begrenzten Umfeld.⁶⁷ Wichtig ist, dass sich

⁶⁵ Übersicht zu der Art und Weise, wie die Mitgliedstaaten dieses Optionsrecht ausgeübt haben (weit überwiegend weitgehend oder vollumfänglich), bei *ESMA National thresholds below which the obligation to publish a prospectus does not apply*, ESMA 31-62-1193, 8 February 2019.

⁶⁶ Vgl. Erw. gründe 12 und 13 der VO, vor allem bezogen auf die paneuropäisch geltende Untergrenze von 1 Mio. €, unter der eine Ausnahme von der Prospektpflicht stets gilt. Zu diesem Ziel näher *Commission Staff Working Document Impact assessment accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the to be published when securities are offered to the public or admitted to trading*, SWD (2015) 255 final, 30.11.2015, 22.

⁶⁷ *Commission Staff Working Document* (oben Fn. 66), SWD (2015) 255 final, 20, 22 (“it is open to what extent such investor protection concerns would actually materialize ... attract and convince investors”).

diejenigen Emissionen, die sich in einem Bereich bewegen, für den der jeweilige Mitgliedstaat von seinem Optionsrecht Gebrauch machte und den er von der Prospektspflicht ausnahm, auch nicht auf das europaweite Anerkennungsregime berufen können („Europäischer Pass“).⁶⁸ Ausdrücklich wird es jedoch den Mitgliedstaaten gestattet – sie werden geradezu dazu eingeladen –, in diesem Bereich umgekehrt alternative Schutzregime zu entwickeln.⁶⁹ Und ebenfalls ausdrücklich wird dies und die Anhebung der Schwelle mit der Überlegung gerechtfertigt, dass sich insbesondere Entwicklungsmöglichkeiten für den Markt für Crowdfunding frei entfalten können sollen.⁷⁰

Das Bild wird plausibel, vielleicht sogar wirklich stimmig, wenn man Grunderkenntnisse der Föderalismustheorie hinzunimmt: Durch Vorenthaltung des Europäischen Passes sollen hier offenbar lokale Lösungen angestoßen, aber eben auch auf diesen Kreis beschränkt werden. Zu den Hauptvorteilen dezentraler Lösungen wird – allgemein anerkannt – die gesteigerte Möglichkeit von Experimentieren gezählt, jedoch auch die des besseren Zuschnitts auf lokale Präferenzen.⁷¹ Hierher zählen auch Risikopräferenzen oder dem jeweiligen Mitgliedstaat und seinen Privatanlegern angemessene Risikozuschnitte. Zudem scheint es auf lokaler Ebene ungleich leichter, auf detaillierte Information zugunsten von Vertrauenssignalen zu verzichten – etwa die Bekanntheit der Initiatoren, ihr institutionelles Umfeld, auch etwa von Fürsprechern, die Plausibilität des Projekts anhand lokaler Gegebenheiten, jedoch auch die Wahrscheinlichkeit sozialen Drucks, der einem allzu leichten „Ausstieg“ des Projektträgers vorbeugt. Um der besseren Chance willen, personalisiertes Vertrauen tatsächlich im Systemvertrauen zu verankern, wird der sonst grds. globale Kapitalmarkt auf eine lokale Dimension hin kalibriert. Auf lokaler Ebene scheint ein Funktionieren von „Vertrauen als Komplexitätsreduktion“ wahrscheinlicher, und ein Wettbewerb, ein Experimentieren um gute Designs für stärkeres Anlegervertrauen und um eine gesteigerte Neigung von Privatanlegern zu investieren, scheint in der Tat ein lohnendes Ziel – zumal wir noch nicht genug zum Vertrauen wissen. Mehr noch: Handelt es sich hier nicht sogar um eines der vorrangigen und besonders aktuellen Petita allgemein im Europäischen Kapitalmarkt- und Unternehmensrecht?

⁶⁸ Erw.grund 13 S. 3 der VO.

⁶⁹ Erw.grund 13 S. 2 der VO; auch *Commission Staff Working Document* (oben Fn. 66), SWD (2015) 255 final, 20 (jedenfalls im richtig verstandenen Emittenteninteresse).

⁷⁰ Näher zur Diskussion, insbes. auch der gegenläufigen Befürchtung einer Marktsegmentierung: *Commission Staff Working Document* (oben Fn. 66), SWD (2015) 255 final, 0, speziell für Crowdfunding, 17 f., 20 f., 44 f.; zu diesen Überlegungen beim Crowdfunding etwa auch *Weitnauer* GWR 2015, 309, 312 f.

⁷¹ Grundlegend *Hayek* Freiburger Studien, 1969, 249; *Bar-Gill/Barzuza/Bebchuk* 162 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE), 134; (2006) *Gatsios/Holmes* in Newman (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Bd. 1, 1998, 271, 273–275; *Cleveland* 41 U.C. Davies L. Rev. 1829, bes. 1868 (2008); ausf. *Schmidchen/Kirstein* *Ordo* 54 (2003), 75.

V. Ausblick und Thesen

Der Kranz an Theorien und Erklärungsansätzen zum Vertrauen, namentlich Systemvertrauen, ist ein breiter – zu breit, um im Wesentlichen auf einen bloßen Flankenschutz zum Informationsparadigma reduziert zu werden. Da die soziologische Vertrauensforschung die Vertrauensforschung in anderen Disziplinen in Vielfalt und Tiefe überragt – m.E. klar überragt –, ist sie in all ihren Kernaussagen in eine rechtswissenschaftlich-interdisziplinäre Betrachtung mit Gewicht einzubringen. M.E. bildet sie sogar den Ausgangspunkt. Erst durch eine Mehrpolarität der disziplinären Beiträge ist eine neue Mesotes im Privat- und Wirtschaftsrecht eröffnet. Elemente wie Systemstabilisierung als Vertrauensanker, personalisiertes Vertrauen im Systemvertrauen, unreflektiertes („blindes“) Vertrauen als sozial-evolutionäre Wirklichkeit oder Gleichheitswunsch als Vertrauensgrundlage sind ernst zu nehmen. Dies gilt uneingeschränkt in den Fällen, in denen der Gesetzgeber den Schutz von Vertrauen – etwa Anlegervertrauen – ganz in den Mittelpunkt gerückt hat, wie bei den Insiderverboten. Dort hat es auch bei der Tatbestandsauslegung berücksichtigt zu werden. Eine tiefere Auseinandersetzung mit Grundstrukturen der Vertrauensforschung ist jedoch auch in denjenigen Fällen sinnvoll, in denen die Regulierung nicht primär unter dem Gesichtspunkt eines Schutzes des Anlegervertrauens gerechtfertigt wird – wie etwa bei der Prospektpflicht und flankierenden standardisierten Informationspflichten. Insiderverbote und Prospektpflicht standen also nicht nur am Beginn eines allgemeinen EU-Kapitalmarktrechts und seiner Europäischen Entwicklung, sondern sind auch (die) zwei Pole in einer kapitalmarktrechtlichen Vertrauensforschung – zwei Pole von großer Varianz.

Rechtliches Wissen in der Krise – Eine Zeitkapsel

RALF MICHAELS

0. Home Office

Zuhause, im vom Virus notwendig gemachten Home Office. Was anliegt: Fertigstellung des Beitrags für die Festschrift Windbichler. Die eigentliche Deadline ist schon verpasst, die Gnadenfrist noch nicht. Theoretisch ließe sich der geplante Beitrag über das internationale Kaufrecht noch fertigstellen. Aber braucht die Welt zum Zeitpunkt der Festschriftübergabe einen solchen Beitrag überhaupt? Wie wird die Welt dann überhaupt aussehen? Wozu ist solches rechtliches Wissen in Zeiten der Krise und Unsicherheit nützlich? Überhaupt: wie kann rechtliches Wissen in der Krise nützlich sein?

Dieser Beitrag, geschrieben und abgeschlossen Mitte April 2020, inmitten der Corona-Pandemie, versucht, diese Fragen auszuloten, während sie aktuell sind. Es fehlt ihm also die distanzierte Perspektive, die für die rechtswissenschaftliche Analyse normalerweise vorausgesetzt wird – zumal für theoretische Fragen. Es fehlt ihm auch, mangels regelmäßigen Bibliothekszugangs, die umfangreiche Literaturrecherche; er beruht (bewusst) ganz weitgehend auf tagesaktuellen Blog-Posts und anderen im Internet zugänglichen Stellungnahmen. Wenn er erscheint, wird er notwendig veraltet sein. Insofern handelt es sich um ein Experiment, und rechtfertigen lässt er sich vielleicht gerade als solches: als ein Situationsbericht, für eine spätere ungewisse Zeit aufgeschrieben und vergraben wie eine Zeitkapsel, für Leser*innen in einer im Moment unabsehbaren Zukunft.

I. Die Zeit der Experten

Die Krise ist die Zeit der Expertinnen – der echten und der vermeintlichen. Wenn wir nicht genug wissen über das, wovor wir Angst haben, hoffen wir auf Expertinnen, die es wissen. Und wenn ein Problem komplex ist wie eine weltweite Epidemie, dann braucht es viele Experten, weil kein einzelner und keine einzelne Disziplin allein die Krise überblicken kann. Zu Anfang mag das Coronavirus primär als Frage der Virologie und der Medi-

zin aufgefasst worden sein; spätestens seit Einsetzen der Pandemie hat es aber alle Bereiche und alle Disziplinen erfasst. Nicht umsonst setzt sich die *Leopoldina*, die Nationale Akademie der Wissenschaften, nach zwei Stellungnahmen zu gesundheitsrelevanten und -politischen Fragen in ihrer dritten Stellungnahme mit „psychologischen, sozialen, rechtlichen, pädagogischen und wirtschaftlichen“ Aspekten der Pandemie auseinander.¹ Virologen und Epidemiologinnen untersuchen das Virus selbst, seine biologischen und insbesondere seine viralen Eigenschaften, seine Vermehrungsmethoden und auch seine Behandlung. Mathematiker entwerfen Modelle, um die Verbreitung des Virus voraussagen zu können. Medizinerinnen untersuchen Methoden zum Schutz vor dem Virus, aber auch zur Behandlung von Erkrankten. Ökonomen befassen sich mit den Folgen regulatorischer Maßnahmen wie Kontaktsperrern sowie Betriebsschließungen für die Volkswirtschaft. Geschlechterforscherinnen beobachten die Auswirkungen von Ausgangssperren auf die häusliche Gewalt und untersuchen, inwieweit die Tatsache, dass Hilfs- und Heilberufe vor allem von Frauen besetzt werden, bestehende Geschlechterunterschiede noch verstärkt. Soziologen fragen, wie sich Ausgangssperren auf die Gesellschaft auswirken. Psychologinnen warnen, ab wann solche Maßnahmen zu einschneidend in die Psyche des Einzelnen einwirken. Pädagogen denken über Methoden der Ausbildung und Schulung nach, die nicht die physische Präsenz voraussetzen. Informatiker entwickeln Wege, das Internet, auf das sich ein Großteil des sozialen und wirtschaftlichen Lebens verlagert hat, einerseits effektiver zu machen und andererseits von Störungen freizuhalten. Politologinnen fragen kritisch nach dem Einfluss der Krise auf die Demokratie und den politischen Diskurs. Jedes Feld, so scheint es, ist gefragt.

Gilt das auch für die Rechtswissenschaft?² Nach einer kurzen Anfangsphase, in der Juristen und Rechtswissenschaftlerinnen das Feld ganz weitge-

¹ *Leopoldina* Dritte Ad-hoc-Stellungnahme: Coronavirus Pandemie – Die Krise nachhaltig überwinden, 13.4.2020. Vgl. zuvor die erste Ad-hoc-Stellungnahme: Coronavirus-Pandemie in Deutschland: Herausforderungen und Interventionsmöglichkeiten, 21.3.2020; Zweite Ad-hoc-Stellungnahme: Coronavirus-Pandemie – Gesundheitsrelevante Maßnahmen, 3.4.2020. Alle erhältlich unter <https://www.leopoldina.org/publikationen/stellungnahmen/stellungnahmen/>.

² Ja, meint *Björn Engelmann* Es lebe der Diskurs! Die Rolle der Juristen in der Corona-Krise, JuWissBlog Nr. 57/2020 v. 15.4.2020, <https://www.juwiss.de/57-2020>. Rechtsfragen der Pandemie wurden vor Covid 19 diskutiert etwa in *Michael Kloepfer* (Hrsg.) Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung (2011); *Tobias H. Witte* Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall – Bevorratung, Verteilung und Kosten knapper Arzneimittel im Falle eines Seuchenausbruchs (2013); *Anna-Maria Grüner* Biologische Katastrophen: Eine Herausforderung an den Rechtsstaat (2016); *Anika Klafki* Risiko und Recht. Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien (2017); *Jutta Mers* Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat (2019). Dass diese Bücher, soweit ich sehe, in der jetzigen Krise fast nicht rezipiert werden, ist bezeichnend für die Diskussion.

hend den Virolog*innen und Ökonom*innen überließen, hat es nunmehr den Eindruck, als ob die Rechtswissenschaft sich anschicke, die gesamte Diskussion wenn schon nicht zu übernehmen, dann zumindest maßgeblich zu beeinflussen. Juristische Zeitschriften entwerfen Sonderhefte zur Coronakrise, juristische Blogs rufen zu Beiträgen auf, Rechtswissenschaftler geben ihre Ansichten in den sozialen Medien zum Besten. Das Recht, so möchte man meinen, behauptet sich in der Krise.

Aber steckt das Recht nicht selbst in seiner eigenen Krise, die nun besonders deutlich wird? Es gibt im Moment zu viel und zu wenig Recht zur gleichen Zeit. Zu viel Recht: eine schnelle Abfolge von Gesetzesmaßnahmen und Allgemeinverfügungen, die in aller kürzester Zeit hochwichtige Dinge regeln. In den USA wurden Billionen von Dollar verteilt, ohne dass Zeit blieb, das Gesetz im Einzelnen durchzuverhandeln. In Deutschland stellen die immer neuen Allgemeinverfügungen und Regierungsbeschlüsse ein „moving object“ dar, das sich nur schwer einfangen lässt.

Und gleichzeitig gibt es zu wenig Recht: Angesichts der Krise pocht man auf das Primat der Politik. Jurist*innen scheinen nur im Weg zu stehen. Die vom europäischen Gerichtshof in der Flüchtlingsfrage verurteilten EU-Mitgliedstaaten Polen, Ungarn und Tschechien haben bereits durchblicken lassen, dass sie das Urteil nicht umsetzen wollen.³ In verschiedenen Ländern – Ungarn, Israel, USA – machen die Staatsschefs deutlich, dass sie die Krise zur Machterhöhung nutzen wollen und sich davon durch Jurist*innen oder verfassungsrechtliche Argumente nicht abbringen lassen wollen. Der österreichische Bundeskanzler meint, mit den Feinheiten des Rechts könne man sich jetzt nicht auseinandersetzen.⁴ Vielerorts wird – tatsächlich oder implizit – der Ausnahmezustand ausgerufen und genutzt als eine Situation, in der das Recht nicht mehr gelten soll.

1. Multidisziplinarität

In der Tat stellt die Krise das Recht vor wenigstens drei Herausforderungen, denen es nur unzulänglich gewachsen ist. Die erste Herausforderung folgt aus der Komplexität der Pandemie, die alle Disziplinen betrifft, und dem sich daraus ergebenden Streit der Fakultäten hinsichtlich optimaler Regelungen.⁵ Die verschiedenen Disziplinen, die alle mit der Coronakrise zu

³ EuGH, Urteil v. 2.4.2020, Kommission ./ Poln, Rs. C-715/17.

⁴ Siehe *Alexander Somek* Is the Constitution Law for the Court Only? A Reply to Sebastian Kurz, Verfblog, 16.4.2020, <https://verfassungsblog.de/is-the-constitution-law-for-the-court-only/>.

⁵ Siehe dazu aus systemtheoretischer Sicht *Dirk Baecker* Corona I: Die pulsierende Gesellschaft (27.3.2020), <https://kure.hypotheses.org/839>; *Rudolf Stichweh* An diesem Imperativ kann die Politik scheitern, FAZ, 7.4.2020.

tun haben, haben ja jeweils ihre eigenen Rationalitäten.⁶ Teilweise führt das, nicht überraschend, zu unterschiedlichen Präferenzen:⁷ Virolog*innen und Statistiker*innen bevorzugen strikte Maßnahmen, Ökonom*innen hingegen verlangen zum Schutz der Wirtschaft die Einschränkungen so gering wie möglich zu halten. Freilich, auch innerhalb jeder Disziplin gibt es Meinungsstreitigkeiten.

Schwieriger noch als diese Unterschiede in den Ergebnispräferenzen sind aber die Unterschiede in den Rationalitäten und Expertisen selbst. Was Virologen können, können eben nur Virologen. Ob das, was sie sagen, richtig ist, können wir als Nichtvirolog*innen nur eingeschränkt selbst nachprüfen.⁸ Dass der angeblich gesunde Menschenverstand und die Intuition versagen, haben wir spätestens dann merken müssen, als die Infektionszahlen tatsächlich exponentiell zu wachsen begannen.⁹ Ob und wie sehr Masken vor Ansteckung schützen oder nicht, wissen offenbar selbst die Experten nicht sicher; wir selbst können es nicht beurteilen.¹⁰ Statt Herdenimmunität betreiben wir Herdenrationalität: Wir glauben an die meistgeteilten Zeitungsartikel, und wir kaufen Toilettenpapier, weil es andere tun. Die herrschende Meinung als Richtigkeitskriterium. Richtigerweise müssten wir wohl darauf vertrauen, dass die innerdisziplinären Methoden zur Beurteilung jedenfalls halbwegs gut funktionieren und unsere Bedenken gegenüber der Abgeschlossenheit epistemischer Gemeinschaften jedenfalls teilweise überwinden.¹¹

Für die Rechtswissenschaft ergeben sich daraus drei Probleme. Erstens muss die Rechtswissenschaft akzeptieren, dass sie im Streit der Fakultäten nur eine von vielen ist. Die Differenzierung Recht/Unrecht allein besagt noch nicht, was getan werden soll. Zweitens ist das notwendige Wissen enorm komplex und damit für das Recht schwierig zu verarbeiten. Drittens aber kommt der Rechtswissenschaft die besondere Rolle zu, auch im Streit der Fakultäten (oder der Rationalitäten) Entscheidungen zu treffen, weil alle

⁶ Ebenso *Leopoldina* Dritte Ad-hoc-Stellungnahme, Fn. 1, 12.

⁷ Dass Epidemiologen, anders als Ökonomen, an das Denken in trade-offs nicht gewohnt seien, erscheint indes zu simpel; so aber *Noah Feldman* *The Real Reason Epidemiologists and Economists Keep Arguing*, Bloomberg, 2.4.2020, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-04-02/coronavirus-why-epidemiologists-and-economists-keep-arguing>.

⁸ Das hindert einige nicht daran, es trotzdem zu versuchen; siehe etwa *Tyler Cowen* *What does this economist think of epidemiologists?*, 12.4.2020, <https://marginalrevolution.com/marginalrevolution/2020/04/what-does-this-economist-think-of-epidemiology.html>. Zu *Richard Epstein* siehe weiter unten im Text.

⁹ Siehe auch *Tilo Gräser* *Warnende Experten*, 3.4.2020, <https://www.rubikon.news/artikel/warnende-experten>.

¹⁰ Siehe *Thomas Grundmann* *Wer verdient Vertrauen?*, FAZ, 3.4.2020.

¹¹ Das sieht mittlerweile selbst *Bruno Latour* so, dessen wissenschaftssoziologische Studien lange Zeit die Objektivität wissenschaftlicher Erkenntnisse in Frage stellten: *Bruno Latour* *Elend der Kritik – Vom Krieg um Fakten zu Dingen von Belang*, 2007.

gesellschaftlichen Fragen nicht nur potentiell zu rechtlichen Fragen werden sondern auch gerichtlich überprüft werden können.¹² Aus der Sicht des Rechts jedenfalls stellt sich jedes Problem auch als rechtliches Problem. Es ist ja gerade die Aufgabe des Rechts, gesellschaftliche Konflikte in rechtliche zu übersetzen und dadurch ihre Lösbarkeit zu ermöglichen oder zumindest zu erleichtern.

Ob die Rechtswissenschaft dazu in der globalen Krise in der Lage ist, ist deshalb zweifelhaft, weil die globale Krise zwei weitere Herausforderungen stellt: ihr globaler Charakter und die Geschwindigkeit und Größe der Pandemie.

2. Der globale Charakter der Pandemie

Eine Pandemie ist per definitionem global. Wenn in China ein Sack Reis unfällt, mag uns das egal sein; wenn sich aber in China ein Virus von einem Tier auf einen Menschen überträgt, kann das noch globalere Effekte haben als der sprichwörtliche Schmetterling, der mit seinem Flügelschlag in Brasilien einen Tornado in Texas auslöst. Dabei bedeutet auch hier Globalität selbstverständlich weder Gleichzeitigkeit noch Gleichheit: Das Virus trifft einige Länder früher und andere später, einige stärker und andere weniger stark, und es verstärkt noch bestehende Ungleichheiten: In vielen Teilen der USA stellen Minderheiten die Mehrzahl der Kranken; in weniger entwickelten Ländern sind sowohl Social Distancing als auch angemessene Behandlung weit seltener als in den entwickelten Ländern Europas und Nordamerikas.

Dem Recht stellt sich das nun deshalb als Problem dar, weil Maßnahmen gegen die Pandemie national sind: Auf globaler Ebene kann die Weltgesundheitsorganisation allenfalls Koordinations- und Informationspolitik betreiben, nicht aber bindende Vorgaben machen.¹³ Für Rechtsvergleicher*innen ist das attraktiv: Spätestens seitdem Länder ihre Grenzen dicht gemacht haben, ergeben sich einzigartige Forschungsmöglichkeiten: Wie sonst nur im Labor lassen sich die Auswirkungen unterschiedlicher Regulierungen in unterschiedlichen Ländern messen und vergleichen, unter weitgehendem Ausschluss grenzüberschreitender Effekte.¹⁴ Dabei deutet sich jetzt

¹² *Gunther Teubner* Altera pars audiatur: das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in Pawlowski/Roellecke (Hrsg.), *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates*, ARSP-Beiheft 65, 1996, 199–220.

¹³ Vgl. schon *Walter Haas* Präventionsmaßnahmen in einer Pandemie und die Strategien ihrer Bekämpfung auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene, in Kloepper, Fn. 2, 45–54; *Anika Klafki* International Health Regulations and Transmissible Diseases, *German Yearbook of International Law* 61 (2018), 73–102.

¹⁴ Siehe etwa den *Oxford Covid-19 Government Response Tracker*, <https://www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/oxford-covid-19-government-response-tracker>;

schon an, dass Länder mit rechtspopulistischen Regierungen (United Kingdom, USA, Brasilien) weniger erfolgreich sind, asiatische Länder dagegen, vielleicht mit der Ausnahme Japans, unabhängig vom Regierungssystem erfolgreicher. Für Regulatoren ist es dagegen problematisch, denn globale Probleme lassen sich naturgemäß langfristig nur schwierig national lösen: Es hilft China wenig, durch radikale Maßnahmen das Virus zurückgedrängt zu haben, wenn es aus anderen, weniger erfolgreichen Ländern wieder zurückkommt. Die Krise mag „die Stunde der Nationalstaaten“ sein, weil diese die notwendigen Mittel und die notwendige Akzeptanz für Maßnahmen haben.¹⁵ Wenn man aber die Grenzen nicht dauerhaft verschlossen halten will, wird man sich mit der Pandemie als globales Problem auseinandersetzen müssen.

3. *Geschwindigkeit und Ausmaß der Pandemie*

Multidisziplinarität und Globalisierung sind nun nicht neue Probleme; sie sind auch nicht grundsätzlich unüberwindbar. Ein drittes Problem ist spezifisch für die Krise: ihre Geschwindigkeit und ihr Ausmaß. Das Virus hat sich rasend schnell ausgebreitet – schneller jedenfalls, als es den Intuitionen der Bevölkerung entsprach, und schneller auch, als es der normalen Geschwindigkeit des Rechts entspricht. Denn Recht, zumal demokratisches Recht, ist von Natur aus langsam¹⁶ – Gesetze und Rechtsprechung müssen gefunden und verstanden, Argumente müssen gewogen und ausgetauscht, Parteien und Zeugen und Betroffene müssen angehört und beteiligt werden. Zu all solchen Schritten bleibt angesichts einer sich fast täglich ändernden Fakten- und Erkenntnislage kaum die Zeit. Das Recht ist mit dieser Geschwindigkeit überfordert: Es kann versuchen, neue Problem nachzuvollziehen, riskiert aber ständig, dass seine Entscheidungen schon nicht mehr systemadäquat sind. Recht ist grundsätzlich konservativ: Es geht ganz weitgehend um Rechtsauslegung statt Rechtsschaffung, um Schutz gegen Maßnahmen, nicht die Begründung von Maßnahmen. Damit ist das Recht im liberalen Staat auch häufig antiregulatorisch: Es ist gut

den ICNL Covid-19 Civic Freedom Tracker, <https://www.icnl.org/covid19tracker>, sowie die Länderberichte: „Fighting Covid 19 – Legal Powers and Risks“, <https://verfassungsblog.de/category/debates/fighting-covid-19-debates>.

¹⁵ *Leopoldina* Dritte Ad-hoc-Stellungnahme, Fn. 1, 15.

¹⁶ *Niklas Luhmann* Das Recht der Gesellschaft, 1995, 457; *William E. Scheuerman* Global Law in our High Speed Economy' in Richard P. Appelbaum u.a. (Hrsg.) Rules and Networks: The Legal Culture of Global Business Transactions (2001) 103; *Wolfgang Merkel, Andreas Schäfer* Zeit und Demokratie: Ist demokratische Politik zu langsam? in Holger Straßheim, Tom Ulbricht (Hrsg.), Zeit der Politik – Demokratisches Regieren in einer beschleunigten Welt, 2015, S. 217–237. Zur Frage der Beschleunigungsmechanismen siehe *Christoph Henke* Über die Evolution des Rechts, 2010, 165 ff.

darin zu sagen, was nicht erlaubt ist, aber weniger gut darin zu sagen, was getan werden kann und soll, oder gar unterschiedliche Lösungen zuzulassen. Das ist schon in „normalen“ Zeiten gerade auch aus demokratischer Sicht nicht unproblematisch. In der Krise wird es angesichts ihres Ausmaßes fatal. In kleineren Fragen ist die Trägheit des Rechts ein nur relativ kleines Problem; sie mag sogar übermäßigen Aktionismus auszugleichen helfen. Ein Virus, das droht, Millionen Menschen zu töten, sieht da anders aus. Auf einmal erscheint das Bewahrungsinteresse des Rechts als Hindernis für von Gesellschaft und Politik als notwendig erachtete Einschnitte. Hier führt also genau das, was das Recht in normalen Zeiten legitimiert, nämlich der Schutz vor Eingriffen, plötzlich zu einem Legitimationsdefizit.

4. Ungewissheit

Schließlich das vielleicht größte Problem: die Ungewissheit. „So viel Wissen über unser Nichtwissen gab es noch nie“, paraphrasiert Habermas Sokrates, und die Wissenshistorikerin Lorraine Daston sieht uns sogar „in a moment of ground-zero empiricism, in which almost everything is up for grabs, just as it was for the members of the earliest scientific societies – and every-one else – circa 1660.“¹⁷ Mit solch epistemischer Unsicherheit kann das Recht schwer umgehen. „Da mihi facta, dabo tibi ius“ verspricht das Recht – was aber, wenn diese Fakten ganz unsicher sind, erst erzeugt werden müssen, sich ständig ändern? Auf welcher Grundlage sollen dann normative Urteile gesprochen werden? Gewiss hat das Recht Erfahrung mit Erkenntnismängeln; es kennt Beweislastverteilungen und Vermutungen. Es ist aber eher zweifelhaft, dass solche Techniken im Angesicht der Krise helfen. Die Mechanismen des Rechts statuieren einen angenommenen Normalfall und legen die Begründungslast demjenigen auf, der eine Ausnahme von diesem Normalfall behauptet. Diese Methode kann dann nicht funktionieren, wenn unbestreitbar ein Ausnahmefall besteht, wie es in der Krise der Fall ist.

Zur epistemischen Unsicherheit kommt nun auch noch eine normative Unsicherheit. Das Recht hat seine normativen Beurteilungskriterien am Normalfall gelernt und typischerweise nicht an der Krise erprobt. Es ist also nicht automatisch gesagt, dass die normativen Grundlagen des Rechts gegenüber der Krise adäquat sind. Das Recht kann sich seine Normativität nicht von anderen Disziplinen wie der Epidemiologie vorschreiben lassen; es muss sie aus sich selbst hervorbringen. Aber es verliert auch an Glaubhaf-

¹⁷ Jürgen Habermas über Corona: „So viel Wissen über unser Nichtwissen gab es noch nie“, Frankfurter Rundschau, 10.4.2020; Lorraine Daston, Ground-Zero Empiricism, 10.4.2020, <https://critinq.wordpress.com/2020/04/10/ground-zeroempiricism/>.

tigkeit, wenn es nicht zur Anpassung bereit und damit auch grundsätzlich offen für normative Forderungen aus anderen Disziplinen ist.

II. Die Hybris des Rechts

Angesichts all dieser Herausforderungen könnte man vom Recht eine gewisse Bescheidenheit erwarten. An Selbstbewusstsein hat es der Rechtswissenschaft indes noch nie gefehlt. Sie stellt den Anspruch, gewissermaßen als Königin der Wissenschaften, eigenmächtig entscheiden zu können. Dabei ergeben sich zwei unterschiedliche aber gleichermaßen problematische Rollen, die, ganz grob, bestimmten deutschen und US-amerikanischen Rollenbildern entsprechen: Juristen als Blockierer und Juristen als Superexperten.

1. Juristen als Blockierer

In Deutschland tritt die Hybris der Rechtswissenschaft primär in der Blockade auf. Die ersten juristischen Reaktionen auf die Pandemie befassten sich zuvörderst mit der Verfassungswidrigkeit staatlicher Maßnahmen zur Eindämmung staatlicher Maßnahmen. Sicher läuft der Staat in Panik Gefahr, Grundrechte übermäßig einzuschränken. Jurist*innen müssen da warnen und entgegenwirken.

Indes zeigt sich in der Diskussion doch manchmal, dass die angelernte Subsumtionsfähigkeit des Juristen, gepaart mit der in normalen Zeiten angewöhnten und für diese auch gerechtfertigten Tendenz, im Zweifel die Grundrechte hochzuhalten, für die Krisenzeit nicht immer passt. Dabei finden sich notwendige und absolut angemessene Kritiken am Ausnahmezustand in Ungarn¹⁸ sowie bedenkenswerte Bemerkungen zum Schutz wichtiger Grundrechte wie etwa der Versammlungsfreiheit.¹⁹ Die Krisensituation scheint jedoch in der Auslegung nicht immer berücksichtigt. Ist es zum Beispiel wirklich so, dass wir das (schon in der Normalsituation zweifelhafte) Prinzip „in dubio pro libertate“ auch dann noch heranziehen können, wenn der Zweifel Ausbreitungsrate und -wege des Virus und somit fundamentale

¹⁸ *Renáta Uitz* Pandemic as Constitutional Moment, *VerfBlog*, 24.3.2020, <https://verfassungsblog.de/pandemic-as-constitutional-moment/>; *Kim Lane Scheppelle* Orban's Emergency, *VerfBlog*, 29.3.2020, <https://verfassungsblog.de/orbans-emergency/>; *Kriszta Kovács* Hungary's Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers, *VerfBlog*, 6.4.2020, <https://verfassungsblog.de/hungarys-orbanistan-a-complete-arsenal-of-emergency-powers/>.

¹⁹ *Andreas Gutmann*, *Nils Kohlmeier* Versammlungsfreiheit Corona-konform, *VerfBlog*, 8.4.2020, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-corona-konform/>; *Aidan Harker*, *Jonas Deyda*, *Katharina Söker*, *Laurens Brandt* Versammlungsfreiheit in der Krise, *VerfBlog*, 14.4.2020, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-in-der-krise/>.

Lebensbedingungen betrifft? Muss man wirklich die Begründungslast regelmäßig denjenigen auferlegen, die Einschränkungen fordern? Spricht nicht vielmehr die Unsicherheit dafür, einstweilen den Grundrechtsschutz zurückzustellen? In Normalzeiten verlangt man von den Regierenden volle Transparenz ihrer Entscheidungskriterien, aber ist nicht im Moment der Krise unter Umständen die Eindeutigkeit der Maßnahmen wichtiger? Lässt sich wirklich „das Erfahrungswissen aller Verfassungsorgane und der gesamten Zivilgesellschaft,“ die sicherlich für die Bekämpfung einer Pandemie maßgeblich sind, auch praktisch in der gebotenen Geschwindigkeit zur Verfügung stellen? Besteht im (sicherlich isoliert betrachtet übermäßigen) Verbot des Buchlesens auf der Parkbank wirklich gleich ein Angriff auf den Rechtsstaat als solchen?

Dreierlei ist an solchen liberalen Argumenten zumindest verdächtig. Das erste ist, dass die Ausnahmesituation nur unvollständig juristisch verarbeitet wird. Der Jurist nutzt nicht selten unverändert die Mittel der Normalsituation – vielleicht weil er sich nach dieser Situation zurücksehnt, vielleicht weil das die Situation ist, die er am besten beherrscht, oder vielleicht auch einfach, weil sich aus der Perspektive seiner eigenen Kompetenz und Rationalität das Problem als nicht so gravierend darstellt wie für andere. Das ist indes fatal. Gerade weil das Recht in Zeiten der Krise so wichtig ist, muss es, um relevant und gleichzeitig hilfreich zu sein, die Situation der Krise einarbeiten,²⁰ muss flexibel sein, um nicht irrelevant zu werden. Das Recht der Normalsituation ist auf die Ausnahmesituation nicht ohne Anpassung anwendbar.

Das zweite ist die Selbstsicherheit der Jurist*innen im Angesicht der Krise.²¹ Naturwissenschaftler formulieren, zumal in der Krise, vorläufige Erkenntnisse, immer offen für Falsifikation durch neue, bessere Einsichten. Wenn aufgrund der Krise die Faktenlage unklar ist und die Voraussetzungen der für den Normalfall formulierten Rechtsregeln nur teilweise weiterbestehen, würde man sich von der Rechtswissenschaft dieselbe Vorläufigkeit und Flexibilität wünschen, die wir auch bei den Naturwissenschaftlern im Moment erkennen können. Unsicherheit und Vorläufigkeit liegen uns deutschen Jurist*innen – anders als Naturwissenschaftler*innen – weniger als die Subsumtion und das Finden der richtigen rechtlichen Lösung; die zu Beginn des Gutachtens gestellte Frage muss am Ende gelöst sein. Ergebnisoffenheit des Rechts erscheint regelmäßig als Legitimationsdefizit, auch wenn sie hier helfen würde.

²⁰ Siehe den Einwurf von *Armin Steinbach* Krisenmanagement für Jurist_innen, Verfblog, 5.4.2020, https://verfassungsblog.de/krisenmanagement-fuer-jurist_innen/.

²¹ *Julian Krüper* Nix wissen macht nix: unsere fiebrige Lust am Pandemic Turn, Verfblog, 2.4.2020, <https://verfassungsblog.de/nix-wissen-macht-nix-unsere-fiebrige-lust-am-pandemic-turn/>.

Das dritte Problem schließlich ist die relative Unfähigkeit des Rechts, bei der Eingriffsintensität den Faktor Zeit einzubeziehen und zwischen vorläufigen und langfristigen Regelungen zu unterscheiden. Rechtsregeln in der Krise sind Experimente; sie lassen sich anpassen, zurücknehmen. Ein solcher Prozess muss in einer Situation der Unsicherheit möglich sein. Das Recht sollte den Prozess nicht unmöglich machen, wenn im Gegenzug die Regelungen den Charakter der Vorläufigkeit behalten.

Hybris zeigt sich auch bei einem zweiten Beispiel, der Triage. Angesichts der Knappheit von Behandlungsmöglichkeiten für Schwersterkrankte stellt sich als ganz reale Frage, was über Jahrzehnte in Ethikseminaren eher hypothetisch gelehrt wurde: Wie sollen Ärzt*innen auswählen, wer behandelt werden soll und wen man sterben lassen soll?²² In Italien gab es eine Regelung, die das Alter des Kranken als Kriterium miteinbezog,²³ aus Frankreich wurde berichtet, dass alte Menschen teilweise nicht behandelt wurden, damit Plätze für Jüngere freigehalten werden können. In Deutschland hat der Ethikrat Grundsätze herausgegeben, die sowohl den Prozess (Vieraugenprinzip) als auch die Kriterien (klinische Erfolgsaussichten) sehr plausibel auflisten.²⁴ Indes droht dem entscheidenden Arzt weiterhin Bestrafung, wenn er nicht „eine Gewissensentscheidung trifft, die ethisch begründbar ist und transparenten – etwa von medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten – Kriterien folgt.“²⁵ Was nun die richtige ethische Begründung ist, und insbesondere, ob das Alter ein Kriterium sein kann, darüber gehen die Meinungen auseinander: In der Frankfurter Allgemeinen Zeitung etwa entwickelte sich ein Streit zwischen der (jungen) Leipziger Strafrechtlerin *Eva Hoven* und der (ebenfalls jungen) utilitaristischen Medizinethikerin *Bettina Schöfe-Seifert* einerseits, die auch das Alter als Entscheidungskriterium berücksichtigen wollen,²⁶ und dem (gerade siebzig Jahre alt gewordenen) Strafrechtsprofessor und Mitglied der Ethikkommission *Reinhard Merkel*, der eine solche Einbeziehung für mit dem Recht unvereinbar erklärt.²⁷

²² *Alexander Brech*, Triage und Recht – Patientenauswahl beim Massenansturm Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin (2008); *Jochen Taupitz* Infektionsschutzrechtliche „Triage“: Wer darf überleben? – Zur Verteilung knapper medizinischer Güter aus juristischer Sicht, in Kloepfer, Fn. 2, 103–126; *Witte*, Fn. 2.

²³ Kritisch dazu *Weya Lübbe* Corona-Triage, VerfBlog, 15.3.2020, <https://verfassungsblog.de/corona-triage/>.

²⁴ *Deutscher Ethikrat* Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 27.3.2020, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>.

²⁵ Ebd., 4.

²⁶ *Elisa Hoven* Auch auf das Alter kommt es an, FAZ, 31.3.2020; *Bettina Schöne-Seifert* Wen soll man sterben lassen?, FAZ, 31.3.2020.

²⁷ *Reinhard Merkel* Eine Frage von Recht und Ethik, FAZ, 4.4.2020.

Wer recht hat, ist hier nicht entscheidend. Wiederum fällt zweierlei auf. Erstens ist *Merkels* Ansicht, im Konflikt zwischen Ethik und Recht müsse das Recht sich bewahren, aus Sicht des (nachnaturrechtlichen) Rechts plausibel, aus Sicht der Ethik und Politik aber jedenfalls zweifelhaft. Muss man wirklich tragische Entscheidungen in Kauf nehmen, um die Fundamente des Rechts zu erhalten? Sollte nicht vielmehr auch das Recht fähig sein, die Tragik dieser Entscheidungslage zu berücksichtigen? Zum zweiten fragt sich jedenfalls der Nichtstrafrechtler, ob die Keule des Strafrechts hier adäquat ist. Bringt es mehr Nutzen als Schaden, wenn Ärzt*innen, auf die wir in der Extremsituation angewiesen sind, sich auch von Strafdrohungen leiten lassen? Gewiss ist die Einhaltung des Rechts wesentlich, und dazu gehört auch das Leben und die Menschenwürde. Aber glauben wir wirklich, dass Gerichte im Nachgang diese Güter besser beurteilen können als der unmittelbar mit ihnen konfrontierte Arzt? Sollte das Recht nicht statt der paternalistischen „entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung“ in der Extremlage erwägen, dass es seinerseits der Extremlage nicht besser gewachsen ist? Anders gesagt: gibt die Beobachterposition des Rechts außerhalb der konkreten Entscheidungssituation dem Juristen wirklich eine epistemische und normative Überlegenheit gegenüber dem Arzt, der in dieser Situation entscheiden muss?²⁸ Sollten nicht vielmehr weiterhin bestehende Meinungsunterschiede sogar unter Juristen zur Bescheidenheit anleiten?

2. Juristen als Superexperten

Ist die Rolle des deutschen Juristen eher die des Verweigerers, des „so nicht“, so beansprucht jedenfalls ein Teil der US-amerikanischen Juristen umgekehrt die Rolle des Superexperten. *Tocqueville* bemerkte bekanntlich schon 1835, in den Vereinigten Staaten gebe es „kaum eine politische Frage, die nicht früher oder später zu einer gerichtlichen Frage wird.“²⁹ Einerseits zwingt das zu einer Juridifizierung des gesellschaftlichen Diskurses und, wieder *Tocqueville*, zwingt „die Parteien, im täglichen Meinungsstreit ihre Gedanken und ihre Sprache dem Rechtsleben zu entleihen.“ Andererseits fühlen sich Jurist*innen nicht nur berufen zu allen Themen und Fragen etwas sagen zu können, sondern sie meinen auch, diese Fragen selbst beant-

²⁸ Kritisch aus ärztlicher Perspektive *Axel Heller, Ulrich Schuller, Barbara Schubert*, Rückhalt für Ärzte, FAZ, 15.4.2020. Vgl. auch *Joachim Hübner* u.a., Rechtsfragen der Ressourcenzuteilung in der COVID-19-Pandemie Zwischen Utilitarismus und Lebenswertindifferenz, Deutsche medizinische Wochenschrift 2020, DOI: 10.1055/a-1146-1160.

²⁹ *Alexis de Tocqueville* Über die Demokratie in Amerika, erster Teil, 1987, 405.

worten zu können. Insofern jedenfalls hat der amerikanische Rechtsrealismus mit seiner Betonung der Interdisziplinarität und der Folgenorientierung nicht nur positive Folgen gehabt. Das US-amerikanische Unbehagen an der Kraft des dogmatischen Arguments, die Entdeckung der Interdisziplinarität, die Tatsache, dass alle Juristen im College ein anderes Fach studiert und viele Rechtsprofessor*innen in einem anderen Fach promoviert haben, ist sicherlich hilfreich für ein gesellschaftsorientiertes Rechtsdenken. Sie hat aber auch dazu geführt, dass amerikanische Juristen sich und ihre Kompetenz überschätzen. *Richard Posners* selbstbewusste Aussage, er könne französisches Recht schon deshalb verstehen, weil er Jurist sei,³⁰ stößt dem Rechtsvergleicher auf,³¹ bewegt sich aber immerhin noch innerhalb des Rechts. Aber *Posner* und mit ihm viele andere US-amerikanische Juristen haben sich seit jeher als public intellectuals verstanden, die zu anderen als juristischen Fragen nicht nur Allgemeines zu sagen, sondern auch spezifische Kenntnisse hätten.

In der Coronakrise führt diese selbsternannte Expertise nun zu tiefproblematischen Konsequenzen. Hier konnte *Cass Sunstein*, Professor an der Harvard Law School, zu einem frühen Vertreter der „behavioral economics“ werden, ohne entweder Wirtschaftswissenschaften oder Psychologie in der Universität studiert zu haben (sein Fokus war Englisch, übrigens wie bei *Posner*, der auch kein wirtschaftswissenschaftliches Studium absolviert hat). Die von ihm mitentwickelte Idee des „nudging“, also einer scheinbar sanfteren Form der Regulierung durch Appell an das Unbewusste,³² hat in England zur Bildung einer „nudging unit“ geführt, die ihrerseits maßgeblich für die abwartende Politik des Vereinigten Königreichs hinsichtlich des Coronavirus verantwortlich war.³³ Nicht erst im Lichte von mittlerweile Tausenden Toten und der zwischenzeitlichen Einlieferung des Premierministers in die Intensivstation ist das heftig kritisiert worden³⁴ 600 Verhaltensforscher veröffentlichten einen Brandbrief,³⁵ die Regierung änderte ihre Politik. *Sunstein* selbst schob die Furcht vor dem Coronavirus lange Zeit auf systematische Irrationalität, nämlich die Überschätzung höchst unwahrscheinli-

³⁰ *Bodum USA, Inc. v. La Cafetiere, Inc.*, 621 F.3d 624 (7th Cir. 2010).

³¹ Etwa *Pierre Legrand* Proof of Foreign Law in US Courts: A Critique of Epistemic Hubris, *Journal of Comparative Law* (8) 2013, 343.

³² *Richard H. Thaler, Cass R. Sunstein* Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness, 2008. Der Ökonom Thaler erhielt dafür 2017 den Nobelpreis.

³³ *Tony Yates* Why is the government relying on nudge theory to fight coronavirus?, *The Guardian*, 13.3.2020.

³⁴ *Anne-Lise Sibony*, The UK COVID-19 Response: A Behavioural Irony?, *European Journal of Risk Regulation*, im Ersch., DOI: <https://doi.org/10.1017/err.2020.22>.

³⁵ Coronavirus: how the UK government is using behavioural science, *The Conversation*, 24.3.2020. Der Brief selbst findet sich im Netz unter <https://sites.google.com/view/covidopenletter/home>.

cher Ereignisse („probability negligence“).³⁶ Erst spät änderte er seine Ansicht (ohne seinen Meinungswandel selbst zu thematisieren).³⁷

Dramatischer noch ist der Fall von *Richard Epstein*, einem führenden Vertreter der ökonomischen Analyse und überzeugten Vertreter der Überlegenheit von Marktlösungen gegenüber staatlicher Regulierung. *Epstein* spekulierte in einem Mitte März veröffentlichten Artikel, am Virus würden in den USA nicht mehr als 500, weltweit nicht mehr als 50.000 Menschen sterben, die erheblichen Eingriffe in die Gesellschaft seien daher nicht gerechtfertigt.³⁸ Der Artikel war offenbar einflussreich für die abwartende Politik der US-Regierung.³⁹ Schon Mitte März war die prognostizierte Zahl von 500 eher niedrig – *Epstein* berief sich auf einen Schreibfehler und erhöhte die Zahl auf 2500,⁴⁰ später auf 5000;⁴¹ mittlerweile legt er einen „revidierte“ Form des Aufsatzes vor, in der er seine Zahlen zurückzieht, an seinem Argument aber unbeirrt festhält.⁴²

Epstein wurde heftig kritisiert.⁴³ Wissenschaftlich berief er sich auf zwei Argumente, die beide von Fachwissenschaftlern bezweifelt werden: Viren würden grundsätzlich über die Zeit milder, und Menschen passten sich über die Zeit von selbst an die Gefahr an (also das genaue Gegenteil der Voraussage der nudge unit im Vereinigten Königreich).⁴⁴ Die stärkste Kritik aber war von

³⁶ *Cass R. Sunstein* The Cognitive Bias That Makes Us Panic About Coronavirus, Bloomberg, 28.2.2020, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-02-28/coronavirus-panic-caused-by-probability-neglect>.

³⁷ *Cass R. Sunstein* This Time the Numbers Show We Can't Be Too Careful, Bloomberg, 26.3.2020, <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-03-26/coronavirus-lockdowns-look-smart-under-cost-benefit-scrutiny>.

³⁸ *Richard A. Epstein* Coronavirus Perspective, 16.3.2020, <https://www.hoover.org/research/coronavirus-pandemic>.

³⁹ *Jet Heer* All the President's Crackpots, *The Nation* 30.3.2020; *Virginia Heffernan* Column: Trump's inexcusable coronavirus failures may stem from an inexcusable source, *L.A. Times*, 2.4.2020, <https://www.latimes.com/opinion/story/2020-04-02/coronavirus-donald-trump-richard-a-epstein-isaac-chotiner-rex-douglass>.

⁴⁰ *Richard A. Epstein* Coronavirus Overreaction, 23.3.2020, <https://www.hoover.org/research/coronavirus-overreaction>.

⁴¹ *Richard A. Epstein* Coronavirus Perspective, Fn. 38 (“Correction & Addendum as of March 24, 2020”); siehe auch *Nick Gillespie* Richard Epstein Cops to a ‘Stupid Gaffe’ in Controversial Coronavirus Essay That Caught Trump Administration Attention, *Reason*, 24.3.2020, <https://reason.com/2020/03/24/richard-epstein-cops-to-a-stupid-gaffe-in-controversial-coronavirus-essay-that-caught-trump-admin-attention/>.

⁴² *Richard A. Epstein* Coronavirus Perspective – Revised, 6.4.2020, <https://www.hoover.org/research/coronavirus-perspective-revised>. Am 16. April sind für die USA über 30.000 Todesfälle gemeldet, mit stark steigender Tendenz.

⁴³ Etwa *Jonathan Chait* The Coronavirus and Conservatism's War on Science, 30.3.2020, <https://nymag.com/intelligencer/2020/03/coronavirus-trump-war-science-richard-epstein-neil-ferguson.html>.

⁴⁴ Siehe *Epsteins* Aussagen und die eingeschobenen Expertenkommentare in *Isaac Chotiner* The Contrarian Coronavirus Theory That Informed the Trump Administration, 30.3.2020, <https://www.newyorker.com/news/q-and-a/the-contrarian-coronavirus-theory>

grundsätzlicherer Art und kam von einem Statistiker.⁴⁵ *Epstein* arbeite unwissenschaftlich: er formuliere keine klare (und falsifizierbare) Frage, interessiere sich nicht wirklich für die Antwort, berufe sich nur auf Daten und Stimmen, die seine eigene Meinung unterstützten, sei nicht zur Revision seiner Theorie bereit und verliere sich in entscheidenden Aspekten in ungenauer Sprache. Insgesamt gehe es ihm nur darum, eine bereits vorhergefasste Meinung bestätigt zu sehen.

Das wären für Naturwissenschaftler*innen vernichtende Urteile. Für Anwalt*innen dagegen sind es geradezu Auszeichnungen – nur wenig verändert stellen die Vorwürfe Qualitäten dar, die im Prozess zum Sieg führen können. Der Anwalt will die vorgefasste Meinung (die Position seines Mandanten) durch den Richter bestätigt sehen. Er beruft sich daher auf das, was diese Meinung stützt. Gutachtenfragen, die er stellt, dienen nicht der Ermittlung objektiver Erkenntnis; insofern jedenfalls interessiert er sich nicht für die Antwort. Und tatsächlich beruft sich *Epstein*, im Interview nach seiner Qualifikation in Fragen der Epidemiologie befragt, ausdrücklich auf seine juristische Ausbildung:⁴⁶

I'm trained in all of these things. I've done a lot of work in these particular areas. And one of the things that is most annoying about this debate is you see all sorts of people putting up expertise on these subjects, but they won't let anybody question their particular judgment. One of the things you get as a lawyer is a skill of cross-examination. I spent an enormous amount of time over my career teaching medical people about some of this stuff, and their great strengths are procedures and diagnoses in the cases. Their great weakness is understanding general-equilibrium theory.

Mit dieser Gleichsetzung von cross-examination – genauer, der Methode des Rechtsanwalts, durch geschickt gestellte Fragen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder einer Partei zu unterminieren⁴⁷ – und der wissenschaftlichen Methode steht *Epstein* nicht allein da. *John Wigmore*, ein Doyen des US-amerikanischen Beweisrechts, bezeichnete zu Beginn des 20. Jahrhunderts, cross-examination als „beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth;“⁴⁸ der Supreme Court hat das

-that-informed-the-trump-administration. Weiterhin im Interview mit *Jane Coaston* The legal scholar who shaped Trump's coronavirus response defends his theory, 31.3.2020, <https://www.vox.com/2020/3/31/21195449/richard-epstein-trump-coronavirus-theory-pandemic>.

⁴⁵ *Rex Douglass* How to be Curious Instead of Contrarian About COVID-19: Eight Data Science Lessons From 'Coronavirus Perspective' (*Epstein* 2020), 30.3.2020, https://rexdouglass.github.io/TIGR/Douglass_2020_How_To_Be_Curious_Instead_of_Contrarian_About_Covid19.nb.html.

⁴⁶ *Chotiner*, Fn. 44.

⁴⁷ Dazu *Haimo Schack* Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2011.

⁴⁸ *John Wigmore, James Chadbourn* Evidence in trials at common law, überarbeitete Aufl., 1974 § 1367, 32. Die Idee von der Wissenschaft erscheint auch in der Praktikerlitera-

wiederholt zitiert.⁴⁹ *Rudy Giuliani*, Rechtsberater des US-Präsidenten, begründet seine Erwartung, ein bestimmtes Medikament werde gegen das Virus erfolgreich sein, ebenso mit seiner Erfahrung als Staatsanwalt:⁵⁰ “One of the things that a good litigator becomes, is you kind of become an instant expert on stuff, and then you forget about it. I don’t claim to be a doctor. I just repeat what they said.” Und in der Tat hat die Gleichsetzung von cross-examination und Wissenschaft in den USA Tradition. Indes, wie ein Kommentator zu Wigmore lakonisch hinzufügt, “truth is rarely what a trial lawyer is after.”⁵¹ Gerade im Rahmen der Naturwissenschaften hat das US-amerikanische Beweisrecht mit der civil jury und dem Instrument der cross-examination besondere Schwierigkeiten. Die Wahrheit des Prozesses und die Wahrheit der Naturwissenschaften sind eben unterschiedliche Kategorien.⁵² Die Expertise von Jurist*innen und die von Naturwissenschaftler*innen sind es auch.

III. Was weiß das Recht?

Hybris steht dem Recht also nicht an. Die Juristin weiß nicht besser als die Naturwissenschaftlerin, welche Maßnahmen gegen das Virus helfen. Sie weiß nicht besser als die Wirtschaftswissenschaftlerin, welche Maßnahmen für die Wirtschaft gut sind und welche nicht. Sie weiß nicht besser als die Politikerin, was gemacht werden soll und was nicht. Sie kennt bestimmte Werte, die im Recht niedergelegt sind – die Grundrechte, die parlamentarische Demokratie, die Vertragsfreiheit. Diese kann sie in die Diskussion einbringen. Aber sie weiß nur unvollständig, wie diese Werte gegen andere Interessen und Notwendigkeiten abgewogen werden können, die sich aus der Krise ergeben. Was also kann das Recht leisten? Wie können Jurist*innen und Rechtswissenschaftler*innen, gefangen zwischen Hybris einerseits und dem Gefühl der Irrelevanz, in der Krise helfen? Was ist das rechtliche Wissen, das in der Krise helfen kann?

tur: *Larry Pozner, Roger J. Dodd* Cross-Examination: Science and Techniques, 3. Aufl., 1993.

⁴⁹ Z.B. *California v. Green*, 399 U.S. 149, 158 (1970); *Lilly v. Virginia*, 527 U.S. 116 (1999); *Stuart v. Alabama*, 139 S.Ct. 36 (2018) U.S. (2018) (Gorsuch diss.).

⁵⁰ Trump’s Aggressive Advocacy of Malaria Drug for Treating Coronavirus Divides Medical Community, 6.4.2020, <https://www.nytimes.com/2020/04/06/us/politics/coronavirus-trump-malaria-drug.html>.

⁵¹ *David Berg* Cross-examination, 1987, *Litigation* 14 No. 1, 25.

⁵² Dazu etwa *Debra Kalmuss* Scholars in the Courtroom: Two Models of Applied Social Science, *American Sociologist* (16) 1981, 212; *Graham Burnett* Cross-Examination?, *Isis* (98) 2007, 310.

1. Rechtsstaat

Die offensichtlichste Expertise, die Jurist*innen mitbringen, betrifft maßgeblich das materielle Recht und den Rechtsstaat: Grundrechte, die durch Maßnahmen des Staates eingeschränkt werden, Verfassungsprinzipien, die der Diktatur und dem Autoritarismus entgegengesetzt werden können, die Tariffreiheit, die durch staatliche Maßnahmen nicht unterlaufen werden sollte, die Vertragsfreiheit, in die der Staat nicht eingreifen soll, und so weiter. (Es ist kein Wunder, dass die Beispiele zumeist aus den Grundrechten und dem Privatrecht kommen, beides Bereiche, die vor staatlichem Übergriff geschützt sein sollen.). Gerade in der Krise muss der Rechtsstaat hochgehalten werden, und daraus ergibt sich eine wichtige Aufgabe des Juristen.

Gerade in der Krise wird indes der Rechtsstaat in der Gesellschaft keineswegs uneingeschränkt von allen vorausgesetzt. Der (zurückgetretene oder entlassene) Direktor des *European Research Council* (ERC) etwa erhielt für seine Forderung, die Kompetenz- und Verfahrensregeln des ERC müssten im Krisenfall eben zurücktreten, recht weitreichenden Beifall.⁵³ Implizit darin ist die Idee, das Recht sei für den Normalfall da, im Extremfall müssten Maßnahmen gegen das Recht aufgrund der Notwendigkeit durchgesetzt werden. Die Antwort des ERC, der auf seine normalen Verfahren verwies, wirkte angesichts dieser Forderung seltsam blank, eben weil er nicht erklärte, warum diese Verfahren auch in der Krise gelten sollen.

Dass der Rechtsstaat gegen konkurrierende Rationalitätsansprüche bewahrt werden muss, erscheint richtig. Man kann das aber nicht seinerseits mit rechtsstaatlichen Argumenten begründen, ohne zirkulär zu argumentieren. Anders gesagt: Die Erfordernisse des geltenden Rechts, zumal des außerhalb der Krisenzeit formulierten Rechts, werden im gesellschaftlichen Diskurs gegen andere, durch die Krise in den Vordergrund geratene Erwägungen in Frage gestellt. Ob dieser Streit seinerseits durch das Recht entschieden werden kann, ist eine durchaus offene Frage. Dass Gerichte bislang Zurückhaltung dabei zeigen, gegen staatliche Maßnahmen wegen Verfassungsverstoßes vorzugehen, lässt sich vielleicht genau dadurch erklären.

Dabei kann der Jurist allerdings nicht genauso argumentieren wie außerhalb der Krise. So spricht etwa die bestehende Unsicherheit, gepaart mit dem großen gesellschaftlichen Risiko der Pandemie und der Komplexität der zu treffenden Entscheidungen dafür, jedenfalls im Moment der Krise der Regierung einen größeren Beurteilungsspielraum zu überlassen als zu

⁵³ *Mauro Ferrari* Return to the Frontlines, to the Frontier, <http://prod-upp-image-read.ft.com/65f5a27e-78dd-11ea-af44-daa3def9ae03>, auch in <https://sciencebusiness.net/news/read-all-key-statements-ferraris-resignation-erc-post>; dort auch Abdruck der Stellungnahmen des ERC und der Kommission.

anderen Zeiten, im Gegenzug für die Vorläufigkeit ihrer Regelungen.⁵⁴ Gerade wenn die Zukunft unsicher ist, muss das Recht dem Gesetzgeber relativ breiten Beurteilungsspielraum zugestehen.⁵⁵ Zur Vermeidung des „quasi grundrechtsfreien Raums“, den Christoph Möllers feststellt,⁵⁶ ist es erforderlich, dass das Recht sich an die Krise anpasst und einerseits der Politik den notwendigen Spielraum überlässt und andererseits dort Grenzen setzt, wo entweder Fundamentalinteressen bedroht sind oder aber ein Abwarten nicht möglich ist. Das bedeutet kein Nachgeben des Rechtsstaates, sondern umgekehrt ein Zeichen seiner Anpassungsfähigkeit an veränderte Situationen. Dass deutsche Gerichte es bislang fast ausnahmslos abgelehnt haben, einstweilige Maßnahmen gegen ergangene Allgemeinverfügungen zu erlassen, ist daher der Krisensituation vielleicht tendenziell angemessen. Einschränkungen der Versammlungs- und Demonstrationstfreiheit andererseits mag man wegen der Ansteckungsgefahr zu Krisenzeiten eher dulden als normalerweise, aber Demonstrationen gegen die Pandemieregulungen selbst können eben nur während der Pandemie wirksam sein und müssen deshalb im Zweifel erlaubt sein.⁵⁷

Hinzu kommt ein weiteres. Die Verteidigung des Rechtsstaates ist zwar eine wesentliche Aufgabe des Rechts. Insofern teilt die Rechtswissenschaft aber die notwendige Expertise mit anderen Disziplinen, die sich mit dem Rechtsstaat befassen, zuvörderst etwa die Politikwissenschaft, daneben aber auch etwa die Soziologie. Was der Jurist hier speziell einbringen kann, ist Erfahrung mit dem Funktionieren des Rechtsstaates.

2. Technik

Werte und materielles Recht sind also eine Expertise mit nur begrenzter Bedeutung. Ein mindestens ebenso wichtiges, aber oft unterschätztes Wissen ist das technische Wissen. Juristen wissen nicht die Abwägungsergebnisse besser als andere, aber sie kennen die Prozesse, innerhalb derer rational abgewogen werden kann. Juristen können oft wenig zum Inhalt der notwendigen Verordnungen sagen, wohl aber wissen sie, in welcher Form diese erlassen werden müssen, wie sie klar formuliert werden können und was dafür notwendig ist, dass sie durchgesetzt werden können. Dieses technische Wissen wird oft kritisiert – entweder als irrelevant (weil die eigentlichen politischen Entscheidungen anderswo getroffen werden) oder sogar als suspekt (weil damit scheinbare Neutralität suggeriert wird). Solche Kritik bleibt auch in der Krise relevant. Sie wird aber aufgewogen durch den Nutzen, den

⁵⁴ So auch *Leopoldina* Dritte Ad-hoc-Stellungnahme, Fn. 1, 11.

⁵⁵ BVerfGE 7, 377, 412.

⁵⁶ „Wir leben in einem quasi grundrechtsfreien Zustand“, Tagesspiegel 12.4.2020.

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 15.4. 2020, 1 BvR 828/20.

das technische Wissen mit sich bringt. Technisches Wissen ermöglicht es notwendige Maßnahmen schnell und erfolgreich durchzuführen, politische Entscheidungen in juristische zu überführen und gleichzeitig ihre Vereinbarkeit mit dem Recht zu beurteilen.

Tatsächlich ist es dieses technische Wissen, das die juristische Kritik an existierenden Maßnahmen am stärksten macht. Als Beispiel mag ein Beitrag von *Oliver Lepsius* dienen, der zur Verhinderung der Aushöhlung von Grundrechten auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit pocht: Er sieht „die Essentialia grundrechtlichen Denkens in kurzer Zeit zur Disposition stehen“ und meint, der Rechtsstaat sei „schwer beschmutzt.“⁵⁸ Der Beitrag ist, auch wegen seiner Ergebnisse, heftig kritisiert worden. Das wichtigste daran sind aber nicht *Lepsius*'s Resultate und nicht einmal seine Polemik, sondern seine Erinnerung daran, dass es bestimmte juristische Schritte gibt, die man einhalten muss, um auch in der Krise rational entscheiden zu können. Für die Bemessung eines Grundrechtseingriffs geht es darum, das Ziel klar zu benennen und dann die Mittel hinsichtlich der Geeignetheit, Erforderlichkeit, und Angemessenheit im engeren Sinne zu beurteilen. Diese Prüfungsschritte stellen eine juristische Technik dar, die sich indes für rationale Entscheidungen insgesamt anbietet. Nicht umsonst fordert auch die *Leopoldina* in ihrer kürzlichen Stellungnahme, in dieser Weise zu entscheiden.⁵⁹ Jurist*innen haben hier die Fähigkeit, die doch sehr allgemein gehaltenen Schritte zu konkretisieren.

Dabei mag die Krisensituation durchaus dazu führen, dass ein weniger strenger Maßstab angelegt wird als sonst, wenn genug Zeit und Wissen vorhanden sind, dass alle potentiellen mildereren Mittel durchdacht werden können. Vor allem kann die Juristin vielleicht erfolgreicher als andere auf das Erfordernis der Angemessenheit im engeren Sinne bestehen.⁶⁰ Sie kann also darauf bestehen, dass bestimmte Freiheiten nicht aufgegeben werden sollen, selbst wenn dadurch Menschenleben gefährdet werden. Die Juristin kann das deshalb besonders gut, weil für sie diese Angemessenheit im engeren Sinne nur der letzte Schritt in einem vielstufigen Prüfungsschema ist und gerade nicht als umfassendes und damit viel zu abstraktes Kriterium für Entscheidungen herhalten muss.

3. Prozesse

Das dritte wichtige Wissen, das Jurist*innen beizutragen haben, ist die Erfahrung mit Prozessen. Darin liegt der wahre Kern in *Richard Epsteins*

⁵⁸ *Oliver Lepsius* Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, *VerfBlog*, 6.4.2020, <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie>.

⁵⁹ *Leopoldina* Dritte Ad-hoc-Stellungnahme, Fn. 1, 10–12.

⁶⁰ *Alexander Somek* Die Thyrannei der Ziele. *Die Presse* 18.4.2020, <https://www.pressreader.com/austria/diepresse/20200418/282286732400923>.

Berufung auf die cross-examination als relevante Expertise. Das Recht ist daran gewöhnt, dass man erst die andere Seite gehört haben muss, bevor man einem Experten recht geben kann. Das Recht kennt Beweislastverteilungen und widerlegliche Vermutungen, um mit unvereinbaren Behauptungen umzugehen. Das Recht kann naturwissenschaftliche Thesen nicht eigenständig bestätigen oder widerlegen, es kennt aber Verfahren dazu, auch solches Wissen zu verarbeiten, dessen Richtigkeit es selbst nicht nachprüfen kann. Das ist eine Fähigkeit, die die meisten anderen Disziplinen nicht haben. Es ist gleichzeitig eine enorm wichtige Leistung, um das in Kakophonie geäußerte Wissen der Experten so zu übersetzen, dass es für Entscheidungen zur Verfügung steht. Das Recht sagt nicht selbst, was die (naturwissenschaftliche oder ökonomische) Wahrheit ist; macht aber dadurch rationale Entscheidungen möglich.⁶¹

Dem Juristen erscheint diese Expertise selbstverständlich. Dass sie es nicht ist, wird ihm oft im Austausch mit Nichtjuristen klar, die ihre Argumente durch andere Prozesse bewerten. Hier kann das Recht daher dabei helfen, unterschiedliche Positionen zu einem Ergebnis zu führen. Dass der Rechtswissenschaft als Entscheidungswissenschaft das Entscheiden unter Unsicherheit seit jeher vertraut ist, ist dafür nützlich. Und es hilft, die Rechtswissenschaft als Kunst zu verstehen, als Juris-Prudenz, die nicht in mathematischer Form die richtige Lösung herbeirechnet, sondern die Argumentation rationalisiert.

Auch hier ist indes Hybris fehl am Platze. Damit das Recht solche Prozesse wirksam zur Verfügung stellen kann, muss es sich selbst zurücknehmen, kann insofern nicht selbst Partei sein. Das bedeutet insbesondere, dass die relevanten politischen Entscheidungen zwar in rechtlich geformten Prozessen erfolgen können, dadurch aber nicht ausschließlich zu rechtlichen werden. Das Recht kann eben nicht beanspruchen, die notwendige Entscheidung selbst mit Geltung für alle zu treffen.

4. Systemdenken

Das leitet über zum vierten juristischen Wissen, das in der Krise helfen kann. Die Krise ist ein Systemproblem und erfordert systemisches, disziplinenübergreifendes Denken.⁶² Das Recht ist nicht die einzige Disziplin, die

⁶¹ Dazu etwa *Andreas Thier* Die Wahrheit und nichts als die Wahrheit – Wirklichkeitskonstruktion und Wahrheitsanspruch im Recht, *Zeitschrift für Kulturphilosophie* 2014, 247–260; *Ulfried Neumann* Wahrheit im Recht, in Thomas Fischer (Hrsg.), *Beweis*, 2019, 27–40.

⁶² *Zeynep Tufekci* It Wasn't Just Trump Who Got It Wrong, *The Atlantic*, 24.3.2020, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2020/03/what-really-doomed-americas-coronavirus-response/608596/>; *Stichweb* Fn. 5; *Leopoldina* Dritte Ad-hoc-Stellungnahme, Fn. 1, 12.

systemisch denkt und Konflikte zwischen anderen Funktionssystemen aufgrund seiner eigenen Rationalität verarbeitet. Es ist aber, in seiner Funktion der Konfliktlösung, dazu besonders geeignet.⁶³

Solches systemisches Wissen hilft zunächst einmal dabei, Einzelregelungen, von denen es gerade in der Krise viele gibt, in den Zusammenhang des Rechts als Ganzes zu stellen. Es braucht etwa Juristen mit ihrem technischen Wissen, um darzulegen, dass ungarische Verfassungsänderungen keineswegs unschuldige Anleihen aus westlichen Verfassungen sind, sondern vielmehr in ihrer Zusammenschau ein neues problematisches Konglomerat bilden – einen Frankenstate, wie *Kim Scheppele* es einmal genannt hat.⁶⁴ Systemisches Wissen hilft aber auch dabei, zwischen den unterschiedlichen Disziplinen zu vermitteln. Dazu ist das Recht, vielleicht kontraintuitiv, dann am besten in der Lage, wenn es sich selbst einer substantiellen Position enthält, weil es so die Streitschlichtung besonders gut erfüllen kann. Und systemisches Wissen hilft schließlich dabei, Konsistenz in den Maßnahmen zu erkennen und etwa zu fragen, ob das Öffnen von Schulen und Schließen von Kirchen miteinander vereinbar sind,⁶⁵ ohne dass man Juristin, Pädagogin oder Theologin sein muss.

IV. Selbstbewusstsein und Bescheidenheit

Das Ergebnis ist beruhigend. Das Recht ist nicht die Königswissenschaft, die das Wissen über die Krise an sich reißen soll, es ist aber auch nicht irrelevant. Gerade wenn es auf Hybris verzichtet, kann es eine wichtige Rolle spielen. Das Recht hat eine Doppelfunktion. Zum einen muss es seine Fachexpertise neben diejenigen der anderen Disziplinen stellen. Entscheidungen in der Krise sind nicht nur Entscheidungen der Naturwissenschaft, der Wirtschaftswissenschaft, der Politik. Sie sind auch Entscheidungen des Rechts und über das Recht und den Rechtsstaat, und sie bedürfen der rechtlichen Formulierung. Zum anderen hat das Recht eine Expertise darin, zwischen unterschiedlichen Standpunkten und Rationalitäten zu vermitteln und Streitigkeiten zu einer Lösung hinzuführen. Fähig ist das Recht dazu freilich nur, wenn es sich bescheiden gibt. Das Recht muss auf seinen Letztentscheidungsanspruch verzichten und anerkennen, dass es nur eine Stimme unter mehreren ist. Und es muss bereit sein, die Sondersituation der Krise zu erkennen und sich an diese anzupassen. Darin liegt ein Grund zum

⁶³ *Teubner*, Fn. 12.

⁶⁴ *Kim Lane Scheppele* The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work, *Governance* (26) 2013, 559.

⁶⁵ Interview mit *Christian Hillgruber*, Legal Tribune Online, 16.4.2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/religionsfreiheit-corona-gottesdienst-messe-kirchen-mo-scheen-verhaeltnismaessigkeit/>.

Selbstbewusstsein und zur Bescheidenheit zugleich – und auch die Hoffnung auf eine Selbstreflektion des Rechts, die nach dieser Krise zur nötigen Neuidentifizierung hilfreich sein mag.

Unentgeltlichkeit, Schenkung und die Dresdner Frauenkirche – Grundsatzfragen zur Entscheidung BGHZ 157, 178

CHRISTOPH G. PAULUS

Anknüpfend an die vielgestaltigen Diskussionen, die der Autor dieser Zeilen Freude und Vergnügen hatte, mit der Jubilarin bei so manch gemeinsamen Mensabesuchen zu gemeinsamer Assistentenzeit in München zu führen, soll im Folgenden eine juristische Figur beleuchtet werden, die auf den ersten Blick höchst präzise zu sein scheint, sich auf jeden weiteren Blick aber eben dieser Präzision immer weiter entzieht. Wie es sich schon bei den damaligen Gesprächen so oft ergeben hatte, kreist auch diese Freundesgabe um eine höchstrichterliche Entscheidung, die zwar nicht zum Kernbereich unserer jeweiligen Kompetenzen gehört, gleichwohl aber von grundlegendem – und daher auch schon einmal von der Jubilarin thematisierten¹ – Interesse ist.

I. Ein juristischer Terminus mit uralten sozialen Hintergründen

Die Unentgeltlichkeit kommt in Gesetzestexten relativ häufig vor. Vielleicht am Ausdrücklichsten im Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz, aber auch noch darüber hinaus in unzähligen weiteren Legislativakten – von Sozialgesetzbüchern (etwa V, VII und IX) über das Bundesbesoldungsgesetz bis hin zum Arzneimittelgesetz, der Weinverordnung oder dem Verpackungsgesetz. All diese Erscheinungen bleiben jedoch im Folgenden ausgeblendet; stattdessen soll es allein (oder doch vornehmlich) um das BGB gehen, in dem natürlich § 516 BGB eine zentrale Rolle spielt. Bekanntlich ist dies der Einleitungsparagraf für den eigens normierten Vertragstypus des Schenkungsvertrags.

Mit dem Ausdruck „Schenkungsvertrag“ ist man mit der Juridifizierung eines gesellschaftlichen Phänomens konfrontiert, das als Schenkung auf uraltes, vermutlich auf ein anthropologisch relevantes menschliches Verhalten zurückblicken kann. Losgelöst von den etymologischen Besonderheiten –

¹ *Windbichler* Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und „Geschenkverhältnis“ in FS Wiedemann, 2002, 673 ff.

das deutsche Wort „schenken“ hat einen, juristisch gesprochen, besonders schillernden Hintergrund, der sich im „einschenken“² ebenso offenbart wie im Amt des „Mundschenks“³ –, geht es bei einer Schenkung um die Einflussnahme auf das Verhalten eines anderen, sei es um Dankbarkeit auszudrücken oder auszulösen,⁴ sei es um ein schlechtes Gewissen hervorzurufen, oder sei es gar um der Sanktionierung von Fehlverhalten Willen. Was letzteres anbelangt, so gab es zumindest Ethnien, die beispielsweise mit der öffentlichen Hingabe eines besonders großen Jamsknollen aus dem eigenen Vorrat den Übeltäter beschämt haben, so dass dieser zu einer Gegengabe genötigt war, wollte er denn sein Ansehen in der Ethnie bewahren.⁵ Mit dieser Form des Austauschs von Geschenken kommt man in Gepflogenheiten so mancher Gesellschaften, die *David Daube* unter den Begriff des „gift-sale“ fasst, und die auch uns Heutigen nicht fremd sind.

Daube⁶ rekurriert auf eine Stelle im Alten Testament (1. Mose 23), in der es darum geht, dass Abraham einen Begräbnisplatz für seine Frau Sarah sucht. Der alttestamentarische Text ist konziser als die Daube'sche Darstellung, die allerdings wohl das tatsächlich erfolgte, rituelle Geschehen authentischer wiedergibt. Abraham fragt den Eigentümer Ephron, ob er den ausserkorenen Landflecken von ihm kaufen könne. Dieser schenkt ihn ihm jedoch, freilich mit dem Hinweis, dass der Platz 400 Lot Silber wert ist: „was ist das aber zwischen mir und dir?“ Diese wunderbare Geste pietätvoller Absage an merkantiles Gebaren erwidert Abraham nicht minder pietätvoll damit, dass er dem Wohltäter ein wenig später ein Geldgeschenk in Höhe just dieser 400 Lot Silber darreicht: Damit addieren sich die beiden Geschenke zu einem *gift-sale*.

Es ist genau dieser Austauschcharakter, dieses moralisch begründete und sanktionierte *do ut des* von Geschenken, der das Interesse auch der Soziologen nachhaltig interessiert hat, wobei *Marcel Mauss*⁷ mit seinem Werk

² Vgl. *Wacke* Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument, in: Zimmermann (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, 325, 331.

³ S. darüber hinaus *Pfeifer* Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, Bd. 2, 2. Aufl., Berlin 1993, 1192. Dazu v. *Finckenstein* Die Rolle des Geschenks in Mediation und Verhandlung im Spiegel historische Beispiele unter Berücksichtigung rechtlicher und steuerlicher Aspekte (Masterarbeit Frankfurt/O. / Humboldt-Universität), 2018, 1 f.

⁴ Die Motivation zu einem Geschenk kann mithin altruistisch, egoistisch oder beides zugleich sein.

⁵ Dazu etwa *Roberts* Ordnung und Konflikt. Eine Einführung in die Rechtsethnologie, 1981, 110; *Young* Fighting with Food, 1971, 125 ff.

⁶ *Daube* Studies in Biblical Law, 1947 (Neudr. 1969), 34 f.; *ders.* Money and Justiciability, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, rom. Abt. 96, 1979, 1, 2 f. S. auch *Graeber* Debt – The First 5000 Years, 2011, 21 ff. Zum heutigen sog. Doppelkauf etwa MüKo-BGB/*Emmerich* 8. Aufl. 2019, BGB § 320 Rn. 29.

⁷ Es ist mir eine nachhaltige Freude, den Autor dieses Namens in der Festschrift für die Jubilarin zitieren zu können: *Die Gabe*, dt. 1990 (Suhrkamp).

„Die Gabe“ (*Essai sur le don*) die entscheidenden Fundamente gelegt hat. Wir kennen derartige Mechanismen auch heute noch von wechselseitigen Geburtstags- oder Weihnachtsgeschenken, oder auch dem „Mitbringsel“ zu einer Einladung.⁸ Auch hierbei ertappt sich wohl jeder bei der gelegentlichen Frage, wie man mit dabei auftretenden Ungleichgewichten umgehen soll? Kann und soll man Undankbarkeit sanktionieren, also – juristisch gesprochen – wie eine Schlechtlieferung behandeln? Insbesondere § 530 BGB legt diesen Gedanken nahe,⁹ und er kann sich auf antike Vorbilder stützen.

Cicero diskutiert in seinem ethischen Hauptwerk *de officiis* wiederholt¹⁰ das Problem der Undankbarkeit, aber auch in seinen unzähligen Empfehlungsschreiben¹¹ wird das Gebot der Dankbarkeit als eine der tragenden Säulen des damaligen Sozialgefüges erkennbar. Und Seneca äußert sich nicht nur philosophisch über das heikle Gemisch aus Dankbarkeit und Undankbarkeit,¹² sondern auch höchst praxisnah, indem er – erfolgreich – ein wohl von Nero geplantes Gesetz gegen Undankbarkeit zu unterbinden verstand.¹³ Damit sollte ermöglicht werden, Freilassungen von ehemaligen Sklaven zu widerrufen, um durch diese Sanktionsmöglichkeit Dankbarkeit der Freigelassenen gegenüber dem die Freiheit schenkenden, ehemaligen Eigentümer erzwingen zu können.

II. Die juristische Seite

Im BGB kommt die Unentgeltlichkeit auch wiederholte Male vor; über den Schenkungsvertrag in den §§ 516ff. hinaus etwa in den §§ 31a und b, 330, 514, 515, 662, 690, 816, 822, 988, 1390, 2205; der Begriff der Schenkung etwa in den §§ 516, 1641, 2287, 2301, 2325 oder 2330. Es wird immer mal wieder propagiert, dass zumindest den Verträgen, denen auf der einen Seite eine unentgeltliche Leistung zugrunde liegt, eine gemeinsame Haftungsordnung übergestülpt werden sollte, doch hat sich insbesondere die Rechtsprechung¹⁴ dazu bislang nicht verstehen können.

⁸ Dazu etwa *Wacke* Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument in Zimmermann (Hrsg.) Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, 325, 329.

⁹ Dazu erst jüngst wieder BGH, Urt. v. 22.10.2019 – X ZR 48/17, JZ 2020, 419 mit Anm. v. Koch/Holle.

¹⁰ Insb. II.1 ff.

¹¹ *Ad familiares*, insbes. Buch 13.

¹² Etwa und besonders in *de beneficiis* III.1 ff.

¹³ Hierzu *Paulus*, Auf der Suche nach Unsterblichkeit – mentalitätsgeschichtliche, soziale und rechtliche Überlegungen zum römischen Testament, 2018, 53, 56 ff.

¹⁴ Nachweise insbesondere bei *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht, 27. Aufl., 2019, Rn. 369 ff.; *MüKoBGB/Koch* 2019, BGB § 521 Rn. 8. Zur Lehre s. etwa *Grundmann* Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, AcP 198, 1998, 457, 461 ff.

Eine andere Gemeinsamkeit ist dagegen sehr wohl bei den unentgeltlichen Transaktionen zu konstatieren, nämlich ihre „Schwäche“.¹⁵ Damit ist das bei vielen Rechtsverschaffungsvorgängen zu beobachtende Phänomen gemeint, dass der Erwerb auf recht unsicherem Fuß steht, wenn seine Grundlage ein unentgeltliches Geschäft gewesen sein sollte. Zu erwähnen sind hier beispielsweise unentgeltliche Verfügungen eines Nichtberechtigten, die nach § 816 Abs. 1 S. 2 einer Kondizierbarkeit ausgesetzt sind; der unentgeltlich erlangte Besitz, der nach § 988 sogar den redlichen Besitzer zur Nutzungsherausgabe verpflichtet; die Herausgabepflicht des Beschenkten nach den §§ 2287, 1390, wenn der Schenker „böslliche“¹⁶ Absichten gegenüber seinem Erben oder Ehegatten verfolgte – oder gar, wenn der Schenker nicht mehr 10 Jahre nach Schenkung am Leben bleibt, § 2329, oder einfach nur, weil er eine Schenkung und nicht ein entgeltliches Geschäft getätigt hat, § 134 InsO.

Diese bei weitem nicht erschöpfende Auflistung (s. sogleich sub C) macht bereits hinreichend deutlich, dass der Gesetzgeber des BGB unentgeltlichem Erwerb gegenüber deutlich skeptischer eingestellt ist als einem entgeltlichen. Das hinter dieser Haltung steckende Motiv wird weniger eine merkantilistisch geprägte (und als solche dann jeder Unentgeltlichkeit gegenüber misstrauende) Grundüberzeugung sein¹⁷ als vielmehr der Argwohn gegenüber den Schädigungsmöglichkeiten mittels Unentgeltlichkeit.

Geradezu paradigmatisch steht dafür die letztgenannte insolvenzrechtliche Vorschrift: Ist ein Insolvenzverfahren eröffnet worden, so kann der Insolvenzverwalter alle unentgeltlichen Leistungen des Schuldners, die dieser vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens getätigt hatte, über § 143 InsO zurückverlangen, ohne dass etwas anderes als die Unentgeltlichkeit nachgewiesen werden müsste. Es obliegt nämlich dem Anfechtungsgegner die Beweislast darüber, dass diese Leistungen länger als vier Jahre zurückliegen und somit von der Anfechtbarkeit ausgeschlossen sind! Allein die Kombination von Insolvenzverfahren und unentgeltliche Leistung genügt also für die Rückforderbarkeit, und zwar letzten Endes deswegen, weil gemäß der klassischen, römisch-rechtlichen *Maxime* niemand freigiebig sein solle, der nicht seinerseits schuldenfrei ist, *nemo liberalis nisi liberatus*.¹⁸ Es geht also um

¹⁵ So genannt nach *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht, 27. Aufl., 2019, Rn. 382 ff.

¹⁶ *Medicus/Petersen* (vorige Fn.), Rn. 386.

¹⁷ Immerhin enthält das BGB – in bewusster Abkehr früherer Vorbilder – keine Vermutungsregel gegen Unentgeltlichkeit, vgl. *Wacke*, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument, in: Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, 325, 353 ff.

¹⁸ S. etwa BGH, Urt. v. 15.4.1964 – VIII ZR 232/62 NJW 1964, 1960, 1964; BGH, Urt. v. 25.6.1992 – IX ZR 4/91 ZIP 1992, 1089, 1092. Ob dieser in seiner Sinnhaftigkeit unmittelbar einleuchtende Grundsatz bei einer Anfechtungsfrist von vier Jahren wirklich noch berechtigt ist, darf freilich bezweifelt werden.

den Schutz Dritter: Da die sich aus einer unentgeltlichen Leistung ergebende Gegenleistung der Dankbarkeit bzw. des moralisch Verpflichtet-Seins gegenüber dem Zuwendenden nicht – im Rechtssinn – übertragen lässt, muss der Empfänger der Zuwendung leisten.

III. Die Dresdner Frauenkirche

1. Der Sachverhalt

Wie schon angedeutet, setzt sich die Schwäche unentgeltlichen Erwerbs noch viel weiter fort. Ein Beleg dafür ist die in den Mittelpunkt dieser Freundesgabe gestellte Entscheidung des BGH,¹⁹ deren Sachverhalt recht einfach ist, gleichwohl aber im Instanzenzug zu widersprechenden Entscheidungen geführt hat. Gerade hieran wird die Vieldeutigkeit des hier untersuchten Begriffs besonders gut erkennbar; denn bei diesem erbrechtlich gefärbten Fall hing alles davon ab, ob eine entgeltliche oder eine unentgeltliche Leistung und damit eine Schenkung vorlag.

Der Sachverhalt betraf eine Spende des verstorbenen Vaters der Klägerin an die Stiftung, die, 1994 gegründet, den Wiederaufbau und den nachfolgenden Erhalt der Dresdner Frauenkirche durchzuführen und sicherzustellen hatte. Die Klägerin ist Alleinerbin ihres Vaters; sie erhielt als Erbin einen Betrag (ca. € 1,3 Mio), der deutlich unter dem Wert der Spende (ca. € 4,7 Mio) lag. Sie verklagte daher die Stiftung auf Zahlung nach Maßgabe der §§ 2325, 2329 BGB. Weil dies für die nachfolgenden Ausführungen bedeutsam ist, ist zum Sachverhalt noch präzisierend hinzuzufügen, dass Auslöser der Spende offenbar eine Aktion Stifterbrief gewesen ist, die dem Vater u.a. eine ideelle Zuweisung einer konkreten Turmspitze in Aussicht stellte. Die beiden ersten Instanzen, LG und OLG Dresden, wiesen die Klage ab, der BGH gab ihr statt.²⁰

Alle drei Instanzen richteten ihre Argumentationen hauptsächlich an der für das Vorliegen eines Geschenkes erforderlichen Bereicherung auf Seiten des Empfängers²¹ aus. Während die Vorinstanzen eine solche verneinten, weil eine Stiftung Spenden nur zur treuhänderischen Verwahrung entgegen-

¹⁹ Urt. v. 10.12.2003 – IV ZR 249/02 BGHZ 157, 178.

²⁰ Damit wird das Spendenwesen hierzulande eingeschränkt und steht damit im deutlichen Kontrast zu den Gepflogenheiten in den USA, wo es kein Pflichtteilsrecht gibt.

²¹ Zur historischen Wurzel dieses Erfordernisses Staudinger-*Chiusi* 2013, Vorbem zu §§ 516 ff. Rn. 2, 43.

nehme,²² widersprach der BGH und sah in der Spende ein Geschenk, also „eine Zuwendung, die den Empfänger aus dem Vermögen des Gebers bereichert und bei der beide Teile darüber einig sind, dass sie unentgeltlich erfolgt.“²³

2. Abgrenzungen

An diesem Argumentationskonflikt zwischen den Instanzen ist zunächst einmal einleuchtend, dass die oben schon angesprochene Grundproblematik des in § 516 BGB geregelten Vertragstypus⁴ die ist, zu bestimmen, wann aus dem eingangs geschilderten Sozialphänomen des Schenkens eine vertragsrechtlich relevante Aktion wird. Diese Frage spielt nicht nur bei Gefälligkeitsverhältnissen die alles entscheidende Rolle, sondern auch etwa bei § 517 BGB (Unterlassen eines Vermögenserwerbs zu Gunsten eines anderen), bei § 525 BGB (Schenkung unter einer Auflage), bei der Gratifikation, bei der bedingten, der Zweck- oder der gemischten Schenkung, bei den Zuwendungen unter Ehegatten oder an Erben bis hin zur Spende.

Der Fall der Dresdner Frauenkirche ist auch insofern höchst aufschlussreich, als er belegt, welche massiven rechtlichen Konsequenzen mit der jeweiligen Antwort einhergehen. Man bewegt sich hier zwangsläufig auf der Grenzlinie zwischen (weitgehend) rechtsfreiem²⁴ und rechtlich regeltem Bereich, dem ein dazwischen liegendes *tertium* beigegeben wird in Gestalt von „rechtsgeschäftlichen Nebenpflichten“,²⁵ die der rechtsfreien Beziehung rechtliche Schutz- und Obhutspflichten auferlegen.

3. Unentgeltlichkeit

Mit dieser einen Hybridität ist es jedoch noch nicht getan; vielmehr kommt sofort eine zweite hinzu, wenn man sich – wie der BGH im Falle der geschilderten Spende – für den Rechtsraum entscheidet; diese zweite Hybridität allerdings unterschlägt der BGH in seiner Entscheidung. Die von ihm statuierte Gleichung ‚Bereicherung liegt vor, daher also Schenkungsvertrag‘ springt zu kurz. Denn mit der Bejahung einer Bereicherung ist noch nichts über die Unentgeltlichkeit ausgesagt; auch sie muss nämlich erst einmal bejaht werden, um dann tatsächlich über § 516 BGB zu den Vorschriften des Pflichtteilsergänzungsanspruchs zu gelangen. Die Versuche,

²² OLG Dresden, Urt. v. 2.5.2002 – 7 U 29ß5/01 NJW 2002, 3181; dazu etwa *Rawert* NJW 2002, 3151.

²³ Ebenso etwa *Leipold* *Erbrecht*, 21. Aufl., 2016, Rn. 840.

²⁴ Interessant hierzu *Manchot* *Die sittliche Pflicht im Sinne von § 814 Alternative 2 BGB – ein Tor zum rechtsfreien Raum?*, 2001.

²⁵ *Canaris* JZ 2001, 499, 520; *Schulze-BGB/Schulze* 2019, Vorbem zu §§ 243–853 Rn. 27.

diese weitere Grundschwierigkeit im Schenkungsrecht in den Griff zu bekommen, sind auf abstrakter Ebene recht einleuchtend, helfen im konkreten Anwendungsfall aber nur bedingt.

Es nimmt nicht weiter wunder, dass sich die wohl intensivsten Erörterungen zur Unentgeltlichkeit in der Rechtsprechung und Kommentierung zum § 134 InsO finden; denn nachdem einmal das Anfechtungsrecht der §§ 129 ff. InsO hierzulande als optimale Masse-Anreicherungsmaterie erkannt und etabliert war,²⁶ und nachdem in dieser Materie die Anfechtbarkeit allein mit dem Nachweis der Unentgeltlichkeit bewirkt werden kann, war und ist es recht naheliegend, wie Goldschürfer hinter der Unentgeltlichkeit herzujagen.

1.) Auf der besagten, abstrakten Ebene also findet sich immer wieder die Aussage, dass Unentgeltlichkeit vorliege, wenn der vom Schenker erbrachten Leistung keinerlei Gegenleistung vom Bedachten (oder einem Dritten) an den Schenker (oder, mit dessen Einverständnis, an einen Dritten²⁷) gegenübersteht.²⁸ Die bloße Hoffnung des Schuldners auf eine Gegenleistung ändere an der Unentgeltlichkeit seiner Leistung²⁹ ebenso wenig wie sonstige einseitige Vorstellungen über mögliche wirtschaftliche Vorteile,³⁰ wohl aber unter Umständen das bloße Ausbleiben einer geschuldeten Gegenleistung.³¹ Aber selbst wenn der Bedachte eine Leistung erbringt, stelle sich immer noch die Folgefrage, ob es sich überhaupt um eine Gegenleistung im Rechtssinn handelt.³² Denn nicht jede vom Bedachten erbrachte Leistung steht in einer Wechselbezüglichkeit mit der vom Schuldner erbrachten.

Grundsätzlich ist es den involvierten Betroffenen nämlich anheimgestellt, ob sie ihre jeweiligen Leistungen in eine Wechselbezüglichkeit stellen oder nicht.³³ Wenn also eine Wechselbezüglichkeit nicht ausdrücklich vereinbart

²⁶ Kritisch dazu etwa *Paulus* Zur Auslegung anfechtungsrechtlicher Vorschriften in FS G.Fischer, 2008, 445 ff.

²⁷ BGH, Urt. v. 25.6.1992 – IX ZR 4/91 ZIP 1992, 1089, 1092; BGH, Urt. v. 4. 3. 1999 – IX ZR 63/98 NJW 1999, 1549; BGH, Urt.v. 30.3.2006 – IX ZR 84/05 NJW-RR 2006, 1136, dazu EWiR 2006, 469 (Henkel) („Cash-Pool“ – dazu gesellschaftsrechtlich *Altmep-pen* ZIP 2006, 1025; sowie umfassend *Rittscher* Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, 2007, 196 ff. insbesondere zur Anfechtung); s. auch *Kayser* WM 2007, 1.

²⁸ BGH, Urt. v. 13.8.2008 – IX ZR 117/07 MDR 2008, 882. Aufschlussreicher Überblick etwa bei *Neuberger*, Eine unentgeltliche Leistung nach § 134 InsO ist eine unentgeltliche Leistung, ZInsO 2020, 629 ff.

²⁹ OLG Celle, Urt. v. 17.10.1989 – 20 U 25/89 NJW 1990, 720 (betr sog. unbenannte Zuwendungen, die zwischen den Ehegatten selbst keine Schenkung darstellen, im Verhältnis zu Dritten dagegen doch; s. auch BGH, Urt. v. 20.7.2011 – XII ZR 149/09 NJW 2012, 523. S. überdies *Staudinger-Chiusi* § 516 Rn. 104 ff.

³⁰ BGH, Urt. v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90 NJW 1991, 560.

³¹ BGH, Urt. v. 21.1.1999 – IX ZR 429/97 ZIP 1999, 316, dazu EWiR 1999, 367 (*Gerhardt*).

³² BGH ZIP 1993, 1170, 1173.

³³ BGH, Urt. v. 13.3.1978 – VIII ZR 241/76, NJW 1978, 1326, 1327; vgl. auch RG, Urt. v. 30.6.1914 – Rep. VII 133/14, Gruchot 59 (1915), Nr. 52, 521; aA etwa *Siemon* BB 1991, 81, 83.

ist, kann eine unentgeltliche Leistung des Schuldners vorliegen, obgleich der Bedachte seinerseits eine Leistung an den Schenker³⁴⁾ oder an einen Dritten³⁵⁾ erbracht hat. Deswegen sind etwa Werbegeschenke oder Bestechungsleistungen trotz der Erbringung einer Leistung durch den Bedachten dann unentgeltliche Zuwendungen, wenn der Bedachte hinsichtlich seiner Leistung eine Auswahlfreiheit hat; so kann beispielsweise die mit einem Geschenk bedachte Erbtante zwischen Vermächtnis oder voller oder teilweiser Erbeinsetzung wählen.³⁶⁾ Bei einem einheitlichen Vertrag kann jedoch nicht unterschieden werden, dass sich das vom „Bedachten“ zu zahlende Entgelt nur auf die vom Schuldner zu erbringenden Dienstleistungen bezieht, nicht aber auch auf die aus dieser Dienstleistung resultierenden Gewinnausschüttung.³⁷⁾ Dagegen kann der Austausch von Pflichtteilsverzicht und Übertragung eines (Mit-)Eigentums(-anteils) sehr wohl dem Gegenleistungsbegriff unterfallen.³⁸⁾

Für die Festlegung, ob der wechselseitige Austausch von Leistungen zu einer Entgeltlichkeit geführt hat, bieten folgende Kriterien eine immer wieder³⁹⁾ angeführte Hilfestellung an. Danach ist die Unentgeltlichkeit ausgeschlossen, wenn die Verknüpfung der beiden ausgetauschten Leistungen synallagmatisch, konditional oder kausal ist. Hinsichtlich der synallagmatischen Verknüpfung wird auf Rechtsprechung und Literatur zu den Hauptleistungspflichten der jeweiligen Verträge verwiesen, sofern sie gesetzlich oder kautelarjuristisch ausgeformt sind⁴⁰⁾ – ansonsten auf die subjektiven Vorstellungen der Parteien darüber, welche Pflichten im einzelnen im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Hierzu ist etwa die nachträgliche Sicherheitenbestellung für einen bereits gewährten Kredit zu rechnen; sie stellt keine unentgeltliche Leistung dar.⁴¹⁾ Des weiteren bedingt die synallagmatische Verbundenheit, dass eine Entgeltlichkeit selbst dann vorliegt,

³⁴⁾ Vgl. BFH, Urt. v. 10.2.1987 – VIII R 122/84 NJW 1988, 3174, zu den Grenzen einer nachträglichen Vereinbarung der Wechselbezüglichkeit.

³⁵⁾ Dazu etwa *Kayser* WM 2007, 1, 4 f.

³⁶⁾ Beispiel nach *Siemon* BB 1991, 81, 83.

³⁷⁾ Unrichtig daher BGH WM 1991, 331, 332; zur Problematik der Scheingewinne vgl. auch OLG Köln, Urt. v. 21.2.1990 – 16 U 105/89 ZIP 1990, 461, 462, dazu *Pape* EWiR 1990, 389; OLG Nürnberg, Urt. v. 19.12.1989 – 1 U 3158/89 ZIP 1990, 463, 464.

³⁸⁾ Anders allerdings BGH ZIP 1991, 454, 455, sowie *Wagner* KTS 1991, 379; vgl. auch *Brandner* in FS Merz, 3.

³⁹⁾ Etwa *Weidenkaff* in Palandt, § 516 Rn. 8 f.; *Chiusi* in Staudinger § 516 Rn. 44 ff.; *Koch* in MüKo BGB, § 516 Rn. 27 f.; *Gehrlein* in BeckOK BGB, § 516 Rn. 7.

⁴⁰⁾ Weihnachtsgratifikationen etwa werden behandelt, als seien sie synallagmatisch mit der Arbeitsleistung verbunden, BGH, Urt. v. 12.12.1996 – IX ZR 76/96 ZIP 1997, 247, 248 (mit der Besonderheit, dass die Gratifikation von dem wirtschaftlichen Inhaber des Arbeitgebers stammte); vgl. dazu *Paulus* WuB VI B. § 32 Nr. 1 KO 1/97, 345 und (abl.) *Huber* EWiR 1997, 267.

⁴¹⁾ BGH, Urt. v. 12.7.1990 – IX ZR 245/89, BGH ZIP 1990, 1088, 1089, dazu *Gerhardt* EWiR 1990, 919.

wenn die Gegenleistung des anderen nicht erbracht wird; denn in diesen Fällen wird das Synallagma durch die Regelung der §§ 280ff BGB fortgeführt.

Eine konditionale Verknüpfung liegt vor, wenn die Leistungen durch eine ausdrückliche oder konkludent vereinbarte Bedingung i.S.d. § 158 BGB aufeinander bezogen sind. Schwierigkeiten bereitet dagegen wegen ihrer Weite die kausale Verknüpfung. Wörtlich genommen schließt sie die Unentgeltlichkeit nahezu vollkommen aus, weil psychologische, soziologische und ökonomische Untersuchungen nachgewiesen haben, dass es zweckfreie Zuwendungen so gut wie gar nicht gibt.⁴² „Unentgeltlich“ ist daher als ein normativer Begriff zu verstehen. Seine inhaltliche Konkretisierung ist primär an den Vorstellungen der Parteien auszurichten, ob der Erwerb in seiner Endgültigkeit von einer ausgleichenden Leistung oder Zuwendung abhängig ist oder nicht.⁴³ Es spielen also auch hier subjektive Komponenten eine Rolle. Da sie schwer nachzuweisen sind, kommt es zu ihrer Bestimmung regelmäßig auf Indizien an. So liegt eine kausale Verknüpfung etwa bei eigenem wirtschaftlichen Interesse des Leistenden⁴⁴ nahe – wenn also beispielsweise der Bestechende den anvisierten Auftrag erhält, oder wenn – im umgekehrten Fall – eine „belohnende Schenkung“ vorliegt.

Zu den Kriterien für die Entgeltlichkeit gehören dagegen nicht ohne weiteres die objektive Wertrelation oder die zeitliche Koinkidenz⁴⁵ zwischen den ausgetauschten Leistungen. Diesen Faktoren kommt lediglich ein indizieller Charakter zu, da das allgemeine Vermögensrecht generell weder einen „gerechten Preis“ noch eine Gegenleistungszeitspanne vorschreibt, sondern die Beurteilung, ob ein Ausgleich vorliegt, den Betroffenen überlässt.⁴⁶ Nach zutreffender Ansicht des Bundesgerichtshofs⁴⁷ gehört zu den vorgenannten Kriterien auch nicht die fehlende Personenidentität zwischen Insolvensschuldner und Empfänger der Gegenleistung; wenn zwischen beiden nur eine hinreichend enge, wirtschaftliche Verbundenheit besteht, kann eine die Unentgeltlichkeit aufhebende Wechselbezüglichkeit der Leistungen vorliegen. Das kann insbesondere bei der Erbringung der Gegenleistung an ein (anderes) Konzernmitglied eine Rolle spielen.

⁴² In diese Richtung bereits *Aden*, BB 1985, 366, 368; vgl. auch *Paulus* WuB VI B. § 32 Nr. 1 KO 1.97, 345. Zum ökonomischen Ansatz der „grants economy“ vgl. *Ebricke* Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, 50f.

⁴³ BGH, Urt. v. 24.6.1993 – IX ZR 96/92 ZIP 1993, 1170, 1173.

⁴⁴ RG, Urt. v. 10.3.1913 – Rep. VI 487/12 JW 1913, 608, 609; RG, Urt. v. 25.11.1940 – VIII 484/39 RGZ 165, 223, 225; siehe auch BGH (wie Fn. 25) ZIP 1999, 316.

⁴⁵ Der BGH beurteilt demgegenüber die Unentgeltlichkeit in dem Zeitpunkt der Vornahme der (unentgeltlichen) Leistung, ZIP 1993 (wie Fn. 42), 1170, 1173.

⁴⁶ *Mansel* in Jauernig BGB, § 516 Rn. 8.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 12.12.1996 – IX ZR 76/96, WM 1997, 277; der Schenker war Alleininhaber der Gegenleistungsempfängerin; vgl. schon BGH, Urt. v. 15.4.1964 – VIII ZR 232/62 NJW 1964, 1960; BGH, Urt. v. 25.6.1992 – IX ZR 4/91, ZIP 1992, 1089, 1092.

2.) Inwieweit helfen die vorgenannten abstrakten Kriterien zur Bestimmung einer Unentgeltlichkeit im konkreten Fall weiter? Laut der Entscheidung des BGH (und der beiden Vorinstanzen) jedenfalls nicht; denn unbeschadet der Verwendung des Wortes „unentgeltlich“ im Urteil adressiert das Gericht die Fragestellung in dem Urteil mit keinem Wort. Vielmehr konzentriert sich die Begründung allein – dabei auf dem durch die Vorinstanzen eingeschlagenen Pfad weiterschreitend⁴⁸ – auf die Hingabe des Geldes, die als Spende ausgewiesen ist und somit auch sprachlich wie eine leistungsmäßige Einbahnstraße wirkt, vom Spender hin zum Empfänger. Dabei ist in der ohnedies recht knappen Sachverhaltsdarstellung zumindest von Berufungs- und Revisionsinstanz der zuvor schon erwähnte, entscheidende Hinweis enthalten, der jedoch in der Begründung völlig unberücksichtigt bleibt – mit der Folge, dass der Fall wohl falsch entschieden worden ist. Wörtlich heißt es nämlich in der Sachverhaltsmitteilung:

„Der Erblasser wandte der Bekl. im Rahmen der so genannten Aktion Stifterbrief im April 1995 ... Mio. DM zu, wofür ihm ideell die Turmspitze des Treppenhauses A zugeordnet und ein Stifterbrief ausgestellt wurde.“

Diese Kausalität ist von entscheidender Bedeutung.⁴⁹ Dem Stifter ist bereits im Vorfeld eine Gegenleistung angeboten worden, die man unter den Begriff eines „Unsterblichkeitsmals“ fassen kann.⁵⁰ So wie ein Denkmal dazu anhalten soll, der dargestellten Person oder Allegorie zu gedenken, will ein Unsterblichkeits-mal dafür Sorge tragen, dass der Stifter selbst in der Erinnerung verhaftet bleibt – *being remembered*. Das ist Unsterblichkeit – und zwar in einer Form und Weise, wie das die Menschen buchstäblich seit Jahrtausenden tun. Wir erfahren das am Deutlichsten erneut bei Cicero, der in seinen *Tuskulanen*, ausgelöst durch den Tod seiner Tochter, unter anderem seine Gedanken zur Unsterblichkeit niederlegt; dort⁵¹ schreibt er: „Das stärkste Argument dafür (also für das Streben nach Unsterblichkeit, C.P.) liegt aber darin, dass die Natur selbst schweigend ihr Urteil über die Unsterblichkeit der Seelen fällt, weil sich ja alle sorgen, und zwar am meisten darüber, was denn nach dem Tod geschieht.“ Als Belege werden genannt, dass ein Bauer Bäume pflanzt, deren Früchte er nie wird essen können, dass Kinder gezeugt oder adoptiert werden, dass Grabmäler errichtet werden, usw.

⁴⁸ Diesen Pfad verlassen auch nicht die Kommentatoren der Entscheidung *Worm* RNotZ 2004, 163; *Kollbosser* ZEV 2004, 117; *Otte* JZ 2004, 973; *Schiffer* NJW 2004, 1565.

⁴⁹ Zur Kontextualisierung gerade von Sachverhaltsdarstellungen lesenswert *O. Lepsius* JZ 2019, 793, 797 ff.

⁵⁰ Hierzu und zum Folgenden *Paulus* Auf der Suche nach Unsterblichkeit – mentalitätsgeschichtliche, soziale und rechtliche Überlegungen zum römischen Testament, 2018, passim.

⁵¹ I,31.

Diese Überlegung eröffnet spannende Einblicke.⁵² Wenn Unsterblichkeit so verstanden wird, dass ein Eigen-Geschaffenes die individuelle Sterblichkeit überdauert und Anlass zur Erwähnung bzw. zum Gedenken nach dem eigenen Ableben wird, dann hat etwa Pharao Cheops nachhaltigen Erfolg erzielt; denn seine Pyramide ist auch heute noch, etwa 4600 Jahre nach dem Tod des Erbauers, allseits berühmt und in aller Munde. Ca. 2300 Jahre später hat ein gewisser Herostratos in dem Bestreben, unsterblichen Ruhm zu erlangen, ebenfalls vollen Erfolg, wenn auch mit einer geradezu diametral entgegengesetzten, nämlich höchst destruktiven Methode, gehabt: Er zerstörte den Artemis-Tempel in Ephesos und wurde wegen dieser Freveltat nicht nur zu Tode verurteilt, sondern sollte auch der Vergessenheit anheimfallen (*damnatio memoriae*). Und dass Autoren ihre Werke verfassen, um ein vergleichbares Pfand für die postmortale Präsenz unter den Weiterlebenden zu haben, findet sich als Motiv etwa erneut bei Cicero und vielen weiteren Schriftstellern wieder und wieder, ist aber am Prägnantesten von Horaz formuliert worden: In einer seiner Oden⁵³ findet sich die berühmte Beschreibung seines Œuvres: *Ein Monument habe ich geschaffen, dauerhafter als Erz.*⁵⁴

Auch wenn heutzutage mittels der sog. Kryonik der Wunsch nach Unsterblichkeit sehr viel handfester, nämlich in dem tatsächlich physischen (tiefgekühlten) Fortbestand angestrebt wird,⁵⁴ und auch wenn die Debatte um ein Recht auf Vergessen-Werden heute so aktuell⁵⁵ ist wie wohl nie zuvor, sind die soeben geschilderten Bestrebungen, Unsterblichkeit in jenem ideellen Sinne zu erlangen, keineswegs auf die ferne Antike beschränkt. Das liest man etwa in Isabel Allendes Roman ‚Eva Luna‘, in dem die Mutter Consuelo, auf dem Sterbebett liegend, ihrer sechsjährigen Eva sagt: „Den Tod gibt es nicht, Kind. Die Menschen sterben nur, wenn sie vergessen werden. Wenn du mich im Gedächtnis behältst, werde ich immer bei dir sein.“⁵⁶

Aber auch im ungleich alltäglicheren Gebrauch findet sich dieser Gedanke: So sind seit einiger Zeit sogar schon Tore, die ein Fußballer schießt, in den Sportreportagen solche „für die Geschichtsbücher“. Aber auch jede einzelne Parkbank etwa im Central Park in New York stellt ein Unsterblich-

⁵² In dem hinreißenden Beitrag der Jubilarin, Realitätenbesitzerswitwe, zu dem Band „Abecedarium der Sprache“ hgg. V. Fröhlich / Grötschel / Klein, 2019, 189 ff., finden sich Äußerungen zu einer Grabinschrift, die genau in diese Richtung zielen.

⁵³ 3,30.

⁵⁴ Dass auch das zu Rechtsproblemen führt, zeigt etwa *Schack* JZ 2019, 864.

⁵⁵ Jüngst etwa EuGH, Ur. v. 24.9.2019 – C-507/17 – Google RIW 2019, 748; BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 und BvR 276/17 GRUR 2020, 74. S. auch Art. 17 DS-GVO mit Kommentierung etwa von *Spindler/Dalby* in *Spindler/Schuster* (Hrsg.) *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 17 Rn. 1–29.

⁵⁶ *Allende* Eva Luna, dt. 1988, 60.

keitsmal dar; denn auf allen ist die kleine Plakette mit dem Namen des Stifters aufgebracht. Von hier ist es nicht weit zu insbesondere den US-amerikanischen Universitäten (die der Jubilarin vertraut sind wie kaum einer zweiten), in denen nicht nur die Lehrstuhlbezeichnungen das ideelle Fortdauern des Stifters sicherstellen, sondern auch nahezu jeder freie Fleck in der Bibliothek, den Hörsälen oder dem Gesamtgebäude.

3.) Die Beispiele ließen sich endlos fortsetzen; doch das soll hier nicht weiter interessieren. Die gegebenen Beispiele nämlich genügen, um das Defizit der BGH-Entscheidung zu offenbaren. Die nach der Bejahung der Bereicherung zu prüfende Frage wäre demnach gewesen, ob der Gegenwert, der dem Erblasser für seine Spende zu Gunsten des Wiederaufbaus der Frauenkirche zugesichert worden ist, eine (vertrags-)rechtlich relevante Gegenleistung darstellt. Ob also die Benennung einer bestimmten Turmspitze mit dem Namen des Spenders – und sei dies auch nur ideell –, eine Gegengabe ist, die an dem rein altruistischen Verhalten des Spenders nichts ändert, oder ob sie mitbestimmender Anlass für die Spende gewesen ist.

Diese Gegenüberstellung von purem Altruismus und eigennützigem Hintergedanken zeigt in der heutigen Zeit, in der sowohl psychologische wie ökonomische Studien im Übermaß festgestellt haben, dass die erste Kategorie, also der reine Altruismus, in der Lebenswirklichkeit wenn überhaupt, dann nur sehr selten und hauptsächlich als Hilfestellung in Notsituationen vorkommt, dass die von der Theorie vorgeschlagene Kategorie einer kausalen Verknüpfung⁵⁷ zwischen Leistung und Gegenleistung nichtssagend, weil allumfassend und damit das Geschenk als Vertragstypus eliminierend ist. Wenn man diese Kategorie jedoch beibehalten will, indem man diese Kausalität mittels mannigfacher Einschränkungen zurückstutzt,⁵⁸ dann kommt man nach dem soeben zum urmenschlichen Bestreben zur Schaffung eines Unsterblichkeitsmals Gesagten nicht umhin, eine kausale Verknüpfung zwischen Spende und ideeller Namensgebung mit Stifterbrief anzunehmen.

Es fragt sich aber auch darüber hinaus, ob es sich bei der Verknüpfung zwischen Spende und Benennung nicht um ein handfestes juristisches Synallagma handelt, also um ein *do ut des* i.S.d. § 320 BGB? Wenn der Spender, damit (nicht nur) antiken Vorbildern folgend, sich dazu entschieden hätte, für sich als Unsterblichkeitsmal eine Eloge⁵⁹ auf seine Ruhmestaten bei einem Dichter in Auftrag zu geben, wäre für jedermann klar, dass sich dies nur über einen Werkvertrag und damit mit einer im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Vergütungspflicht erreichen ließe. Wenn dem-

⁵⁷ S. oben Fn. 37.

⁵⁸ Das ist gängige Vorgehensweise der Kommentarliteratur, vgl. nur Koch in MüKo BGB, § 516 Rn. 27 (Geschäftsgrundlage, Vorleistungs- oder Veranlassungsfälle); Chiusi in Staudinger, § 516 Rn. 47ff.

⁵⁹ Elogen sind naturgemäß so etwas wie ein Klassiker der Unsterblichkeitsmale.