

# **Wirtschafts- und Finanzmarktrecht der Postmoderne**

*Philosophische Betrachtungen und Grundnormen zur  
neuen Menschlichkeit in der Wirtschaft*

Harald Herrmann



## Vorwort

Philosophisches – und sogar Theologisches – im Recht zu bedenken, entspricht immer mehr dem Verlangen der Öffentlichkeit nach einem Mindestmaß an Menschlichkeit im Wirtschafts- und Finanzmarktrecht. Die Wurzeln solchen Denkens liegen aber viel tiefer; denn es gibt einen allgemeinen Trend zur Rückbesinnung auf Sinnfragen im Leben, der hinter die „Moderne“ zurückgreift. Mehr Menschliches heißt die Parole.

Aber was heißt das, und wie geht das? Zwar soll eigennütziger und kapitalistischer Wettbewerb trotz der skandalösen Erfahrungen der Finanzkrisen im Prinzip bleiben, aber Kollisionen mit Grundvoraussetzungen menschenwürdigen Lebens seien nicht länger hinnehmbar. Drängende Fragen zur Kulturtradition des Wettbewerbs werden damit verbunden. Sie sollen hier im Anschluss an Forschungen der sog. Postmoderne näher beleuchtet werden. Denn wie es scheint, ist die Zeit der Moderne vorbei, in der Religionskritiker und Säkularfanatiker sich mit ihrem angeblichen Wissen vom „Tode Gottes“ und von der Überwindung jeglicher Jenseitigkeitsvorstellung brüsteten, und es beginnt sich eine geläuterte Sicht kulturbewussten Grundlagendenkens durchzusetzen, die von Leitbildern bloßer ökonomischer Funktionsautomatismen absieht und statt dessen tiefere Wurzeln in Konzepten der Mitmenschlichkeit einfordert.

Obgleich schon diese Sichtweise dem geschätzten Leser einiges abverlangt, begnügt sich das Folgende nicht mit Regulierungsfragen, sondern es wird zudem versucht, die Spuren der Kulturtradition in großer Breite des geltenden Wirtschafts- und Finanzmarktrechts aufzuweisen. Wir bleiben in Bereichen, in denen ich mich leidlich auskenne. Von Haus aus bin ich Wirtschaftsjurist, nicht nur als Hochschullehrer und Forscher, sondern auch als praktizierender Rechtsanwalt mit Spezialisierungen im Bank- und Versicherungsrecht. Auch habe ich, „...ach, studiert mit eifrigem Bemühen...“ Theologie, Philosophie und einige Sozialwissenschaften, die mit Bindestrichen zum Recht ausgestattet sind – dazu gehörig vor allem die Rechts-Soziologie, Rechts-Ökonomik, Rechts-Geschichte bis hin zur Rechts-Psychologie und zum Neuro-Marketing.

Der Leser wird schnell bemerken, dass kein Universalgelehrter zu ihnen spricht. Die Zeit der Universalgelehrsamkeit ist unumkehrbar vorbei. Aber es gibt statt dessen mehr und mehr Bindestrich-Wissenschaften. Ja, es scheint sogar so zu sein, dass die wichtigsten Entdeckungen unserer Zeit im Fachübergreifenden gemacht werden. Ich teile diesen Optimismus gern, auch wenn es im Folgenden weniger um die Entdeckung von Neuem als um die Einordnung von Bekanntem geht.

Dank zu sagen ist nicht nur den Nahe-Stehenden und den vielen Förderern meines wissenschaftlichen Lebensweges, denen lange schon und immer wieder Dank gebührt – Allen voran meiner geliebten Frau Ingrid mit ihrer Duldung und Skepsis und meinem lieben Bruder Wolfgang, der mir ebenfalls ein ständiger Ansprechpartner und Kritiker bei der Entstehung dieses Buches gewesen ist. Anlass zu Dank besteht aber zudem auch den Partnern meines spät berufenen Wirkens als Rechtsanwalt in der Kanzlei THORWART Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Nürnberg, die mich nicht nur hartnäckig an die Nüchternheit der Rechtspraxis erin-

nernt haben, sondern auch in meinem Anliegen kultureller Besinnung bestätigt haben. Last, not least danke ich auch dem Verband „Neue Soziale Marktwirtschaft“ für die großzügige Unterstützung meiner Arbeit und beim Druck dieses Bandes. Mögen die Ergebnisse der Untersuchung auch dem weiteren Wirken dieser Vereinigung von Nutzen sein.

## Inhaltsübersicht

<b>I. Einführung: Postmodernes Wirtschaftsrecht für den Menschen .....</b>	<b>11</b>
1. Wettbewerbliche und wohlfahrtsökonomische Funktionen der Vertragsfreiheit.....	11
2. Informationsmodelle und Schutz von Freiheitswerten.....	23
3. Rechtsethische Aspekte.....	29

### **II. Kartellrecht Versicherungen und Banken (in Bearbeitung)**

1. Allgemeine Kartell- und Missbrauchsverbote im Überblick
2. Deregulierung und Freistellungsverordnung Versicherungen
3. Freistellungsverordnung Banken im Überblick

### **III. Rechtssubjekte und privatautonome Firmengründung.....33**

1. Rechtsfähigkeit und Quasi- Rechtsfähigkeit als kulturübergreifende Fiktionen.....33
2. Kaufmannsbegriffe und Publizität des Handelsregisters.....38

*Ende der zugriffsfreien Internetversion in [www.assuranced.de](http://www.assuranced.de)*

### **IV. Zustandekommen von Verträgen und Wirksamkeitserfordernisse.....**

1. Problemstellung und Grundregeln.....
2. Pflichten bei Vertragsanbahnung durch Werbung.....
3. Angebot, Annahme und Übereilungsschutz .....
4. Vertragsauslegung und -ergänzung .....
5. Elektronische Form und Textform
6. Stellvertretung, Offenheitsprinzip und Publizität .....
7. Verstoß gegen Verbotsgesetze, gute Sitten und Diskriminierungsverbot .....
8. Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen.....

### **V. Vertragserfüllung: Das Kaufrecht als Musterbeispiel (in Bearbeitung)**

1. Sach- und Rechtskauf
2. Erfüllung und Erfüllungsstörungen
3. Sach- und Rechtsmängel
4. Kaufpreiszahlung: gesetzliche Regelung und Abzahlungskauf .....
5. Zum internationalen Kaufrecht.....

### **VI. Ausgesuchte Themen zum Bank- und Versicherungsvertragsrecht (in Bearbeitung)**

1. Grundzüge des Bankvertragsrechts
2. Vertrauenshaftung im Anlagegeschäft
3. Versicherungsvertragsrecht nach der VVG-Reform 2008 in Grundzügen
4. Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch staatliche Preiskontrollen
5. Exkurs: Boni, Abfindungen und Poison Pills.....
6. Zins- und Prämienklauseln.....
7. Überschussbeteiligung in der Lebensversicherung.....
8. Zusammenfassung und Ausblick.....

### **VII. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (in Bearbeitung)**

1. Einleitung
2. Risikomanagement nach dem AktG und der MaRisk .....
3. Reformen und Chancen der Beteiligung von Arbeitnehmern.....
4. Neue Regeln zum Quasi-Eigenkapital.....
5. Kick-Backs und Zinswetten .....
6. Folgerungen .....

### **VII. Sachen- und Kreditsicherungsrecht (in Bearbeitung)**

1. Unterschiede des Schuld- und Sachenrechts

2. Eigentum, Besitz und Störungsformen
3. Übereignung von Grundstücken\*
4. Kreditsicherungsformen und Immobiliarsicherheiten
5. Übereignung beweglicher Sachen und Eigentumsvorbehalt\*
6. Zum Pfandrecht an beweglichen Sachen
7. Sicherungsübereignung\*
8. EU-Harmonisierungsvorschläge

## Inhalt

<b>I. Einführung: Postmodernes Wirtschaftsrecht für den Menschen .....</b>	<b>11</b>
1. Wettbewerbliche und wohlfahrtsökonomische Funktionen der Vertragsfreiheit.....	11
a. Grundmodell, funktionsfähiger Wettbewerb und ökonomische Rechtsanalyse (11)	
b. Zur Hand-Theologie im Alten Testament und seit <i>Adam Smith's</i> moralphilosophischer Wettbewerbslehre (15)	
c. Aktuelle Gefahren der Wissensanmaßung wettbewerblicher Gefahrensteuerung (19)	
d. Kulturpostulate der Freiheit seit Beginn der Aufklärung (21)	
2. Informationsmodelle und Schutz von Freiheitswerten.....	23
a. Governance statt Government (23)	
b. Werte als Kulturelemente und als Grundlagen moderner Entscheidungslogik (26)	
3. Rechtsethische Aspekte.....	29
a. Governance Ethik (30)	
b. Naturrecht im Wandel (30)	
<b>II. Kartellrecht Versicherungen und Banken (in Bearbeitung)</b>	
1. Allgemeine Kartell- und Missbrauchsverbote im Überblick	
a. Horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen	
b. Unternehmen, Vertrag und abgestimmte Verhaltensweisen	
c. Markteinfluss und Markterheblichkeit	
d. Allgemeine Freistellungstatbestände	
e. Missbrauch von Marktmacht	
f. Fusionskontrolle	
2. Deregulierung und Freistellungsverordnung Versicherungen	
a. Entstehungsgeschichte	
b. Gemeinsame Berechnungen, Tabellen und Studien	
c. Freistellungsausnahmen	
d. AVB-Muster und Modelle zur Überschussbeteiligung	
e. Gemeinsame Deckung von Risiken	
f. Sicherheitsvorkehrungen	
g. Entzug der Freistellung	
3. Freistellungsverordnung Banken im Überblick	
<b>III. Rechtssubjekte und privatautonome Firmengründung .....</b>	<b>33</b>
1. Rechtsfähigkeit und Quasi- Rechtsfähigkeit als kulturübergreifende Fiktion.....	33
a. Überblick (33)	
b. Zu Systemgefahren durch Unternehmensgrößenwettbewerb (36)	
2. Kaufmannsbegriffe und Publizität des Handelsregisters.....	38
a. Ist-Kaufmann, Kann-Kaufmann und Scheinkaufmann (38)	
b. Handelsregister und Firmenpublizität (44)	
c. Zum interkulturellen Vergleich handelsrechtlicher Publizitätsnormen (49)	

***Ende der zugriffsfreien Internetversion in [www.assuranced.de](http://www.assuranced.de)***

<b>IV. Zustandekommen von Verträgen und Wirksamkeitserfordernisse</b>	
1. Problemstellung und Grundregeln	
2. Pflichten bei Vertragsanbahnung durch Werbung	
3. Angebot, Annahme und Übereilungsschutz	
a. Unveränderte Grundlagen ()	
b. Haustür- und Fernabsatzgeschäfte ()	
4. Vertragsauslegung und -ergänzung	
a. Empfängerhorizont, konkludente Erklärungen und Stillschweigen ()	
b. Ergänzende Vertragsauslegung und hypothetischer Parteiwille im Wettbewerb ()	
c. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Aushangpublizität ()	
d. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben ()	
5. Elektronische Form und Textform	
6. Stellvertretung, Offenheitsprinzip und Publizität	
a. Vollmachtserteilung und Vollmachtswiderruf ()	
b. Vertreter ohne Vertretungsmacht ()	
c. Duldungs- und Anscheinsvollmacht ()	
7. Verstoß gegen Verbotsgesetze, gute Sitten und Diskriminierungsverbot	
8. Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen	

- a. Überrumpelungsverbot und Inhaltskontrolle ()
- b. Transparenzgebot und Unklarheitenregel ()

## **V. Vertragserfüllung: Das Kaufrecht als Musterbeispiel (in Bearbeitung)**

1. Sach- und Rechtskauf
2. Erfüllung und Erfüllungsstörungen
  - a. Erfüllungsort und -zeit
  - b. Tilgungswirkung und Übereignung beweglicher Sachen
  - c. Unmöglichkeitformen
  - d. Schuldner- und Gläubigerverzug
  - e. Schlechtleistungen und positive Vertragsverletzung
3. Sach- und Rechtsmängel
  - a. Mangelbegriffe, Recht auf mangelfreie Erfüllung und Verjährung
  - b. Nachforderung, Nachbesserung, Rücktritt und Minderung
  - c. Mangel-, Mangelfolgeschaden und Produkthaftung
  - d. Besonderheiten beim Handelskauf
4. Kaufpreiszahlung: gesetzliche Regelung und Abzahlungskauf
5. Zum internationalen Kaufrecht

## **VI. Ausgesuchte Themen zum Bank- und Versicherungsvertragsrecht (in Bearbeitung)**

1. Grundzüge des Bankvertragsrechts
2. Vertrauenshaftung im Anlagegeschäft
3. Versicherungsvertragsrecht nach der VVG-Reform 2008 in Grundzügen
  - a. Marktteilnehmer
  - b. Vertragsbindung und Cooling-off-Periode
  - c. Vertragserfüllung und Vertragsdauer
  - d. Versicherungsprämie und Vertragsanpassung
  - e. Regress und Mehrheit von Versicherern
  - f. Verjährung und Verwirkung
4. Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch staatliche Preiskontrollen
5. Exkurs: Boni, Abfindungen und Poison Pills
6. Zins- und Prämienklauseln
  - a. Zillmerungs-, Wertstellungs- und Vorfälligkeitsklauseln im Vergleich
  - b. Rechtsprechungsstand zur Transparenz- und Inhaltskontrolle
  - c. Entgeltcharakter des Mindestrückkaufwertes
  - d. Zum Wettbewerbsschutz für den Menschen ()
7. Überschussbeteiligung in der Lebensversicherung
  - a. Nochmals: Modellrechnung und Verursachungsorientierung
  - b. Aktuelle Transparenzprobleme
  - c. Lösungsvorschläge
8. Zusammenfassung und Ausblick

## **VII. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht .....(in Bearbeitung)**

1. Einleitung
2. Risikomanagement nach dem AktG und der MaRisk
  - a. Rechtsgrundlagen ()
  - b. Prinzipienabwägung und Stakeholder-Modell ();
  - c. Entsprechungen des bilanziellen Niederwertprinzips ()
3. Reformen und Chancen der Beteiligung von Arbeitnehmern.....
  - a. Zum Kodex für die Aktiengesellschaft ()
  - b. Mitbestimmung und neuere Untersuchungen zur Internal Governance ()
4. Neue Regeln zum Quasi-Eigenkapital.....
  - a. Pflicht-Wandelanleihen
  - b. Additional Tier Basel III ()
5. Kick-Backs und Zinswetten .....
  - a. Missbrauchsvorwürfe und Meinungsstand ()
  - b. Zur Schutzgesetzzeigenschaft der WpHG-Novelle 2012 ()
  - c. Verbote oder Offenlegung von Interessenkonflikten ()
6. Folgerungen .....

## **VIII. Sachen- und Kreditsicherungsrecht .....(in Bearbeitung)**

1. Unterschiede des Schuld- und Sachenrechts



2. Eigentum, Besitz und Störungsformen
  - a. Eigentum als Freiheitsrecht und unternehmerische Sozialpflichtigkeit
  - b. Besitzherausgabe und Sonderverhältnis Eigentümer-Besitzer
  - c. Besitzformen, insbes. mittelbarer Besitz
  - d. Störungsabwehr und nachbarschaftliches Gemeinschaftsverhältnis
3. Übereignung von Grundstücken\*
  - a. Auflassung und Auflassungsvormerkung
  - b. Eigentumseintragung im Grundbuch und gutgläubiger Erwerb
4. Kreditsicherungsformen und Immobiliarsicherheiten
  - a. Real- und Personalsicherheiten
  - b. Akzessorische und nicht-akzessorische Sicherheiten
  - c. Zur Hypothek und Grundschuld
5. Übereignung beweglicher Sachen und Eigentumsvorbehalt\*
  - a. Einigung, Übergabe und Besitzpublizität
  - b. Übergabeersatz und gutgläubiger Erwerb
  - c. Einfacher Eigentumsvorbehalt
  - d. Kontokorrent- und Konzernvorbehalt
  - e. Erweiterter Eigentumsvorbehalt
6. Zum Pfandrecht an beweglichen Sachen
  - a. Vertragliches und gesetzliches Sachpfand: wirtschaftliche Bedeutung
  - b. Gesicherte Forderung
  - c. Pfandrechtsgegenstand und -bestellung
  - d. Rang und Verwertung
7. Sicherungsübereignung\*
  - a. Regelungsstruktur und Gestaltungsformen
  - b. AGB-gesetzliche Beurteilung, insbes. Verfallsklauseln
  - c. Begründung durch Besitzkonstitut
  - d. Verwertung und Freigabeanspruch
  - e. Insolvenzzrechtliche Stellung
8. EU-Harmonisierungsvorschläge
  - a. Stand der Reformbemühungen
  - b. Beibehaltung des einfachen Eigentumsvorbehalts
  - c. Registerpublizität versus Besitzpublizität?



**I. Einführung: Postmodernes Wirtschaftsrecht für den Menschen**

Das Wirtschaftsrecht ist mehr als andere Gebiete der Rechtsordnung mit den Funktionen der Marktwirtschaft und des Wettbewerbs verbunden und hat deshalb in jüngster Vergangenheit einen rapiden Wandel durchgemacht. Auch wenn es sich nicht um einen Bruch mit der Tradition einer prinzipiell dezentral gesteuerten und nicht staatswirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung handelt<sup>1</sup>, so kann man doch von einer Neubesinnung auf die Humanitätsanforderungen<sup>2</sup> und die kulturellen Werte ökonomischer Freiheit<sup>3</sup> sprechen. Für die Entwicklung genügt es nicht, die gewohnten Feindbilder der Kapitalismuskritik aufzugreifen, sondern es bedarf der Auseinandersetzung mit viel tiefer gehenden und weit älteren Traditionen, die dem postmodernen Kulturdenken<sup>4</sup> entsprechen und bis auf biblische Überlieferungen des Alten Testaments zurückgehen. Denn der Aufruf zum Schutz von Mindestanforderungen mitmenschlichen Handelns im Wettbewerb läuft Gefahr, als populistische Schablone einer krisenbedingten Regulierungshysterie zu verschallen. Wenn demgegenüber hier auf christliches Kulturgut abgestellt wird, so geschieht dies in der Erwartung, dass Glaubensstraditionen trotz der fundamentalen Kritik der Moderne wieder ihren Stellenwert in der Sinnsuche menschlichen Wesens finden, auch wenn ihnen selbstverständlich weder eine Rechtsverbindlichkeit noch eine Alleinstellung im rechtsethischen Diskurs zukommt.

### 1. Wettbewerbliche und wohlfahrtsökonomische Funktionen der Vertragsfreiheit

**a. Grundmodell, funktionsfähiger Wettbewerb und ökonomische Rechtsanalyse.** Zunächst aber zu den Funktionsmechanismen: Wenigstens heuristische Bedeutung hat immer noch die folgende Graphik<sup>5</sup>:

---

<sup>1</sup> Vgl. nur – grdl. – *K. Hopt*, in ders./Wohlmannstätter, Hdb. Corporate Governance der Banken, 2011, zu I. Der Aufsichtsrat der Bank, beck-online download v. 5.11.2012 m.w.Nachw.

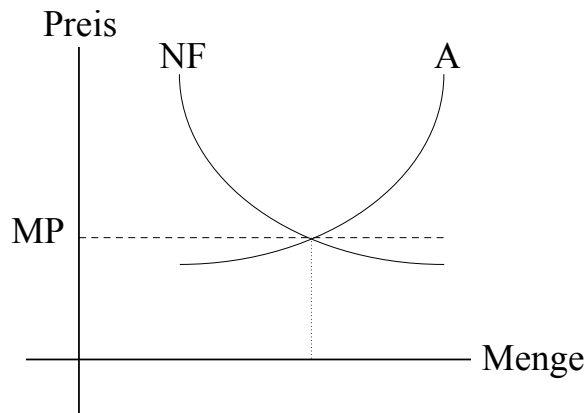
<sup>2</sup> Vgl. nur – grdl. – *A. Sen*, Ökonomie für den Menschen, 5. Aufl. 2011, S. 139 f.

<sup>3</sup> Vgl. nur – grdl. – *U. Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005, S. 13 mit Hinweis auf die Humanistische Tradition, passim; zur kulturphil. Kapitalismuskritik ebd. S. 40 f., 51 f.; S. 98: „Mit unseren...Kommunikationen machen wir die Funktionssysteme erst lebendig“ (!), jeweils m.w.Nachw. (zu Besonderheiten anthropol.-funktionalen Kulturdenkens s. nochmals Di Fabio, ebd. S. 2, 19, 21 ff.

<sup>4</sup> Zur Modernismus-Kritik mit Ankündigungen einer „Postmoderne“ vgl. nur *W. Welsch*, Unsere postmoderne Moderne, 3. Aufl. 1991; *R. Spaemann*, in: P. Koslowski/ders./R.Löw (Hrsg.), Moderne oder Postmoderne?, 1986; *H. Küng*, Das Christentum, 5. Aufl. 2006, S. 876 ff., 895 mit Abgrenzung zur Gott-ist-tot-Philosophie Nietzsches und dessen Proklamation der Verwirklichung des Menschen als „Wille zur Macht“: „...die grundsätzliche Frage ist: Warum soll der Mensch...sich nicht bestialisch, rein triebhaft, sondern menschlich, wahrhaft menschlich also human benehmen?“

<sup>5</sup> Vgl. nur *P. Samuelson*, VWL in deutscher Übersetzung, Bd. 1, 5. Aufl. 1972, S. 92; zum Offer/Demand-Diagramm mit den englischen Fachbegriffen, s. *Herrmann*, in ders. u.a., European Law of Finance, 2010, 191 ff., 221.

### Preismodell bei atomistischer Konkurrenz



A=Angebot; MP=Marktpreis, NF=Nachfrage

Die Preisfunktion sorgt zugleich für hinreichende Angebotsmengen, Markträumung, gerechte Einkommensverteilung und bestmögliche Versorgung der Verbraucher. Sogar für optimale Innovation und Dissemination von Fortschritt soll gesorgt sein, wenn nur wettbewerbliche Anreize gegeben sind, erzielte Gewinne u.a. für die Sicherung und den Ausbau der Marktposition zu verwenden.<sup>6</sup> Für die Fortentwicklung der Wettbewerbstheorie in diese Richtung bedurfte es allerdings weiterer Entwicklungen, die zwar über *A. Smith's* Entdeckungen erheblich hinaus gingen, aber dessen Grundkonzept der Gemeinnutzfunktion von eigennütziger Vorteilssuche der Marktteilnehmer treu blieb.<sup>7</sup> Da die Kenntnis dieser Zusammenhänge wesentlich von der ordoliberalen Freiburger Schule um *Walter Eucken*, *Franz Böhm* und übrigens auch den Nürnberger Wettbewerbswissenschaftler und –politiker *Ludwig Erhardt* beeinflusst ist, spricht man insoweit auch passend vom Wirtschaftsordnungsrecht.<sup>8</sup> *Smith* hatte nicht gesehen, dass zu starke Liberalisierung unweigerlich zur Macht des Stärkeren führt, eine Einsicht, die nicht erst der globalen Erfahrungen der Marktzusammenbrüche von 2008 bedurfte, sondern bereits mit den Finanzkrisen der sog. Gründerzeit Ende des 19. Jahrhunderts verbunden war. Man begann, wenngleich noch recht unvollständig, wettbewerbliche Rahmenbedingungen zu entwickeln, die der missbräuchlichen Machtausübung entgegen wirken sollten. *Böhm* fasste diese Bemühungen in seinem epochemachenden Werk zum Wettbewerb und Monopolkampf von 1933 zusammen und begründete damals schon ein Wirtschaftsrecht, das den ganz entgegen gesetzten Entwicklungen der

<sup>6</sup> Zusammenfassend und mit Nachw. zur Entdeckung des sog. dynamischen Innovationswettbewerbs bei workable competition durch *Clark*, 1940, *Ingo Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl. 2005, S. 2 ff.

<sup>7</sup> Vgl. nochmals die Nachw. b. *Ingo Schmidt*, Wettbewerbspolitik a.a.O., S. 2 ff., Überblicksgraphik S. 25.

<sup>8</sup> Zum Ganzen s. den Überblick bei *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 30 ff.; zur wirtschaftswissenschaftlichen Orientierung s. *I. Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, a.a.O. S. 14 ff.

nationalsozialistischen Epoche hätte entgegen wirken sollen. Dazu kam es aber erst nach dem 2. Weltkrieg, als der spätere Wirtschaftsminister und Bundeskanzler *Erhardt* von der amerikanischen Besatzungsmacht damit beauftragt wurde, zum Wiederaufbau der Wirtschaft durch Konzepte marktwirtschaftlicher Ordnung beizutragen. Zunächst wurde in der amerikanisch besetzten Zone durch schlichten Verordnungsakt der U.S.-Sherman Act eingeführt, der in den USA schon seit 1889 gegolten hatte und interessanter Weise dort vor zentralwirtschaftlichen Bestrebungen der 30er Jahre durch höchstrichterliches Verdikt gegen den sog. new deal bewahrt worden war. Nach der Gründung der BRD dauerte es noch bis 1957 bis der deutsche Gesetzgeber das GWB erließ, das bis heute das Ordnungsrecht der Wettbewerbswirtschaft im Wesentlichen bestimmt.<sup>9</sup>

Allgemein anerkannt ist aber, dass hierzu auch die grundlegenden Bestimmungen des Vertragsrechts gehören, die den engen Zusammenhang der Wettbewerbs- und Vertragsfreiheiten sowie den Schutz vor wettbewerbswidrigem Missbrauch berühren.<sup>10</sup> Entsprechendes gilt natürlich auch und erst recht für das Handelsrecht. Dagegen gelten als wettbewerbssubstituierend nach verbreiteter Ansicht die meisten Vorschriften zum Verbraucherschutz, wie etwa im Recht der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff.). Aber auch das Verbraucherkaufrecht (§§ 475 ff.) und das Verbraucherkreditrecht (§§ 491 ff.) sowie weite Teile des Gläubiger- und Minderheitenschutzes im Handels-, Bilanz-, Gesellschafts- und Konzernrecht setzten nach h.M. zumindest bis zur partiellen Anpassung an das U.S.-amerikanische Bilanzrecht der Generally Accepted Principles (GAP) und der International Financial Reporting Standards (IFRS) nicht wettbewerbsorientiert an, sondern zielen allenfalls auf den sog. Verkehrsschutz, Gläubigerschutz, Minderheitenschutz etc.<sup>11</sup> Das Wirtschaftssystem ist gleichwohl jedenfalls immer dann erheblich betroffen, wenn die betr. Regelung wettbewerbswirksame Vertrags- und Gestaltungsfreiheiten wesentlich modifiziert oder einschränkt. Deswegen gehören die genannten Problem- und Rechtsbereiche zwanglos zum hier zu untersuchenden Wirtschaftsrecht. Weitere Leitbilder i.S. der ökonomisch-interdisziplinären Rechtsanalyse sind die Vertragsparität<sup>12</sup>, der relationale Vertrag<sup>13</sup>, das nachbarschaftliche

---

<sup>9</sup> GWB v. 27.7.1957, BGBl. I S. 1081; geltende Fassung v. 13.7.2005, BGBl. I S. 2114, ber. 2009 S. 3850.

<sup>10</sup> Grndl. *E.-J.Mestmäcker*, AcP 1968, 235 ff.; neuerdings, wengleich mit anderem Akzent, *J. Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 106 ff. m.w.Nachw. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei gesagt, dass vertragsrechtlicher Unterricht keineswegs primär auf die wettbewerbsfunktionalen Folgen abstellt, auf die sich die Wettbewerbstheorie hauptsächlich stützt (z.B. Faktorallokation, Innovation und Nachahmung etc., vgl. *I. Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 32). Denn das ist Gegenstand der volkswirtschaftlichen und kartellrechtlichen Veranstaltungen. Vielmehr geht es darum, die im wettbewerblichen Massengeschäft eröffneten Abschlussfreiheiten und Gestaltungsspielräume zu erkennen und die hierzu in der Praxis gefundenen Vertragsmuster vorzustellen. Welche Vertragstypen mit welcher Risikoverteilung werden vom dispositiven Gesetzesrecht bereitgestellt? Welche AGB-Klauseln haben sich in der Praxis bewährt? Nicht: was hat der BGH trotz § 307 neuestens gerade noch durchgehen lassen?

<sup>11</sup> Vgl. nur *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 3; *G. Roth*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 7 f.

<sup>12</sup> S. insbes. *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 109 ff., passim.

<sup>13</sup> Grdl. *I.R. Macneil*, Relational Contract, Wisc.LR 1-3 (1985) 383 ff, näher Bd. 2 S. 177 ff.

Gemeinschaftsverhältnis, die werbewirtschaftliche Selbstbindung ohne Vertrag (Reziprozität)<sup>14</sup>, etc. Auch auf die näheren Einzelheiten im Umgang mit solchen Leitbildern wird im Folgenden immer wieder zurückzukommen sein.

Viel näher an der erwähnten ordoliberalen Wettbewerbsorientierung des Privatrechts setzt die ökonomische Rechtsanalyse (ÖAR) an. Während in den USA bereits seit Ende der 30er Jahre über die economic analysis of law diskutiert wurde<sup>15</sup>, sind vergleichbare Forschungen in Deutschland und in Europa erst seit Mitte der 70er Jahre bekannt, als das Buch von *R. Posner* über die Economic Analysis of Law berühmt wurde. Mit *Posner* verstand man unter ökonomischer Rechtsanalyse, dass v.a. Volkswirte mit den Methoden ihrer Wissenschaft erklärten, welche Folgen die eine oder andere rechtliche Regelung für die Gesamtwirtschaft hat (welfare economics, Wohlfahrtsökonomie). D.h. es wurde ausschließlich aus der Sicht der Wirtschaftswissenschaft – und hier zudem noch in der Einengung auf die der BWL weitgehend fremde Sicht der Gesamtwirtschaft<sup>16</sup> – nach Kosten-/Nutzeneffekten gefragt, ohne die institutionellen Zusammenhänge innerhalb des Rechtssystems zu berücksichtigen.<sup>17</sup> Soweit Änderungen zur Auslegung geltenden Rechts oder rechtspolitischer Art gefordert wurden, blieben die Auswirkungen auf das Rechtssystem als Ganzes im Wesentlichen außer Betracht.

Diese Sicht war allerdings in Deutschland, aber auch in den USA schon lange vor *Posner* bei einem Teil der Lehre überwunden. Am bekanntesten ist der Ansatz von *Coase* von 1937 und – ihm insoweit folgend – von *Williamson* von 1975, die nachwiesen, dass die Unternehmen ökonomisch effiziente Formen der Zusammenarbeit entweder über Organisationsverbesserungen im Unternehmens- und Konzernverbund oder über Markt- und Wettbewerbsbeziehungen bewirken werden. Die Entscheidung hänge davon ab, ob die sog. Transaktionskosten konzernintern oder unter Marktbedingungen niedriger sind.<sup>18</sup> In diesen Forschungen wurde nicht etwa angenommen, dass das Wettbewerbsrecht generell so zu regeln und auszulegen sei, dass keine oder möglichst niedrige Transaktionskosten entstehen, sondern man sah, dass die im klassischen Wettbewerbsmodell vorherrschende Annahme, die Marktteilnehmer seien über sämtliche Marktbedingungen vollständig informiert und könnten ihre Ausbringungsmengen jederzeit anpassen, nicht zu halten ist.

Daraus leitete *Clark* das Modell unvollständigen Wettbewerbs ab, bei dem Informationsvorsprünge und ein gewisses Ausmaß von Marktmacht notwendig sind, um die sog. dynamischen Wettbewerbsfunktionen der Innovation und Anpassung zu bewirken.<sup>19</sup> Jedoch wurden diese fruchtbaren Ansätze zunächst durch das Aufkom-

<sup>14</sup> Vgl. *J. Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, dazu z.T. krit *Herrmann*, AcP 1983, 248, 253 ff.

<sup>15</sup> Vgl. nur *R. Coase*, The Nature of the Firm, in: *Economica* 4 (1937), S. 386 ff.

<sup>16</sup> Dazu weiterführend *R. Walz*, Rechtspolitik und Betriebswirtschaftslehre, 1995; *Schanze*, Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaftslehre, in: Hwb. der Bwl., Bd. 3, 1993, 3759, 3762 f.

<sup>17</sup> Krit. schon *Herrmann*, in Horn u.a. (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. 1, 1977, S. 151 ff.; auch *Schmidtchen*, in Schäfer/Ott (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 1991, 316 ff.

<sup>18</sup> *R. Coase*, The Nature of the Firm, *Economica* 4 (1937), 386; *O. Williamson*, Markets and Hierarchies, 1975, deutsch: Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, 1990.

<sup>19</sup> Vgl. nur *Clark*, Towards a Concept of Workable Competition, *AER* 30 (1940) S. 241 ff.; näher s.u. IV.1.

men der U.S.-amerikanisch geprägten ÖAR zurückgedrängt. Das änderte sich mit größerer Breitenwirkung erst durch die Entdeckung der ökonomisch-institutionellen Zusammenhänge im Wettbewerb auf der einen Seite und im Unternehmen und Konzern auf der anderen. Zuerst war es Williamson, der die im klassischen Wettbewerbsmodell wie in der Wohlfahrtsökonomik grundlegende Annahme aufgab, die Marktteilnehmer seien über sämtliche Marktbedingungen und Produkteigenschaften vollständig. Erst dadurch wurde es möglich, die in Deutschland ebenfalls seit den 30er Jahren geführte Diskussion über das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Privatrecht<sup>20</sup> mit der ökonomischen Rechtsanalyse zu verbinden.<sup>21</sup> Daran wird auch hier angeknüpft.

Jedoch muss zusätzlich berücksichtigt werden, dass die Modelle atomistischen und dynamischen Wettbewerbs in letzter Zeit entscheidend abgewandelt sind. Mehr als bisher geht es um Steuerungsmodi, die nicht mehr allein auf Gewinnmaximierung allein, sondern auch und vor allem auf die Achtung von Freiheitswerten beider Marktseiten und auf Kooperation statt bedingungsloser Rivalität ausgerichtet sind.<sup>22</sup> In manchem ähnlich haben andere Forscher zur „Neuen sozialen Marktwirtschaft“ beizutragen versucht.<sup>23</sup> Darauf wird zurück zu kommen sein, wenn die geistesgeschichtlichen und kulturwissenschaftlichen Wurzeln der Wettbewerbslehren wenigstens in ersten Ansätzen näher erläutert sind.

**b. Zur Hand-Theologie im Alten Testament und seit *Adam Smith's moralphilosophischer Wettbewerbslehre.*** Die Entdeckungen von *Adam Smith* zum Wettbewerb gehen zurück auf sein Buch über *Wealth of Nations* v. 1776.<sup>24</sup> Die hier analysierten Wohlfahrtsgewinne der Rivalität von Anbietern im Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage werden verbreitet als unsichtbare Hand des Wettbewerbs bezeichnet.<sup>25</sup> Auch *Smith* hat das gelegentlich getan<sup>26</sup> und damit – getreu dem Geist seiner Zeit - auf die alttestamentlichen Bekenntnisse der Segnung durch die Hand Gottes (*iad Jahwe*) Bezug genommen. Diese Tradition blieb lange Zeit unberücksichtigt, weil die Epigonen sehr bald nach *Smith* dazu übergingen, in der Wettbewerbswirtschaft eine reine Sozialmaschinerie zu sehen, die auf der Basis radi-

---

<sup>20</sup> Vgl. die Nachweise zu *F. Böhm*, in ders., *Wettbewerb und Monopolkampf*, 1933, und bei *E.-J. Mestmäcker*, *AcP* 1968, 235 ff.

<sup>21</sup> Vgl. nur *Drexler*, *Selbstbestimmung*, S. 481ff., 486 passim.

<sup>22</sup> Vgl. – grdl. *A. Sen*, *Ökonomie für den Menschen*, 5. Aufl. 2011, S. 139 f., der trotz aller Kritik gegenüber den z.Zt. herrschenden Wettbewerbsmodellen die Marktwirtschaft als solche bejaht, s. S. 143: Hayeks Vorwurf gegen den Sozialismus als „Weg zur Knechtschaft“ sei „durchaus zutreffend“; entsprechend zu *A. Smith*, ebd., S. 150; *A.-K. Achleitner*, *Do CG Motives Drive Hedge Fund and Private Equity Fund Activities*, in: *European Financial Management*, 2010, 805 ff.

<sup>23</sup> Die Organisation „Neue soziale Marktwirtschaft“ sieht sich zwar in der Nachfolge Ludwig Erhardts, stellt aber die soziale Dimension der Marktwirtschaft i.S. der hier angezogenen Forschungen stärker heraus, s. [www.Wikipedia.de](http://www.Wikipedia.de) Stichwort „Neue Soziale Marktwirtschaft“ (download 22.12.2012). *Achleitner* (wie o., vorige Fn.) schloss sich 2009 der Organisation an.

<sup>24</sup> Nachdruck Chicago u.a. 1952, S. 55, passim.

<sup>25</sup> Zur Geschichte in der biblischen UND außerbiblischen Tradition s. *Th. Sedláček*, *Die Ökonomie von Gut und Böse*, 2013, S. 321 ff., passim.

<sup>26</sup> *A. Smith*, *Der Wohlstand der Nationen*, Erstveröffl. 1869, DTV 7. Aufl. 1996, S. 17; *ders.*, *Theorie der ethischen Gefühle*, 1853er Erstveröffl., Neudruck dt. 2010, S. 296 f.

kal egoistischer und rationalistischer Handlungsfreiheit beruhte.<sup>27</sup> Auch war bei *Smith* unstr. keine volle Bezugnahme auf die Gnadenlehre der Richter- und Königszeit gemeint, die mit der Vorstellung von der segnenden Hand *Jahwe's* verbunden ist. Denn nirgends wird bei *Smith* vorausgesetzt, dass die Volksgemeinschaft dem einen Gott zu dienen hat, damit die segnende Hand nicht von ihr genommen wird und Wettbewerb in der Folge dessen aufhört, segensreiche Früchte zu bringen.<sup>28</sup> Doch wird zu zeigen sein, dass die christliche Moralphilosophie schon nach *Adam Smith* das Streben des Menschen nach Eigennutz für vereinbar mit göttlicher Zuwendung gehalten hat<sup>29</sup>, und dass man damals<sup>30</sup> wie heute<sup>31</sup> nicht ohne Mindestannahmen zum Schutz der Humanität im wettbewerblichen Marktgeschehen auskam. Für die historische Herkunft interessiert v.a., ob die handtheologische Vorstellung, die *A. Smith* mit seiner Lehre von der invisible hand aufgegriffen hat, zumindest entfernt ähnliche Steuerungselemente<sup>32</sup> enthält wie die anreizfunktionale Wettbewerbstheorie. Die Fragestellung ist bisher hauptsächlich in Abwandlung aus der Sicht der Governance-Ethik untersucht worden, da hier die Anreizstruktur in einem noch viel allgemeineren Sinn maßgebend ist. Dabei hat sich herausgestellt, dass die Steuerungsformen der governance als Folgen- und Verantwortungsethik<sup>33</sup> den Erscheinungsformen der Gewissensethik<sup>34</sup> gegenüber gestellt werden können und insofern vielfältigen Konzepten der Sozialethik vergleichbar sind.<sup>35</sup> Ein prinzipieller Gegensatz zu den auf menschliches Miteinander abzielenden Philosophieschulen<sup>36</sup> besteht deshalb ebenso wenig wie zu denen der christlichen Theologietraditionen.

---

<sup>27</sup> Zu den Missverständnissen der historischen Zuordnung vgl. v.a. auch den Hinweis von *Th. Sedláček*, *Die Ökonomie von Gut und Böse*, a.a.O. S. 256 auf den Gegensatz zu *Hume's* utilitaristische und *darwinistische* Grundannahme vom unsozialen Vernichtungskampf der Wettbewerber: „Smith baut seine Sozialethik auf dem Prinzip der gegenseitigen Sympathie auf. Der Mensch ist ein soziales Wesen; seine Natur ist in dem Bedürfnis verwurzelt, **Empathie** zu empfinden“ (Hervorhebung hinzugefügt, dazu s.u. I.2b am Ende); zur Gegenansicht vgl. nur *H. Todt*, *Freiheit und Utilitarismus*, in *Ott/Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Probleme des Zivilrechts*, 1991 S. 1, 3.

<sup>28</sup> Man denke nur an die Zurücknahme der Handsegnung gegenüber *Saul* im Buch der Richter des AT, nachdem dieser das Orakel bei der Hexe von Endor eingeholt und damit das monotheistische Glaubensgebot verletzt hatte.

<sup>29</sup> Vgl. die moderne fundamentaltheologische Begründung eines „unverkürzten Daseindürfens des Menschen“ bei *J. Werbick*, *Den Glauben verantworten*, 2010, S. 76 ff., 79 in Auseinandersetzung mit der systemtheoretisch-funktionalistischen Religionssoziologie.

<sup>30</sup> Näher s. *Th. Sedláček*, *Die Ökonomie von Gut und Böse*, a.a.O. S. 242 ff. unter besond. Hinweis auf durchgängige soteriologische Traditionselemente des AT und des NT zur Heilswendung rechtfertigungsbedürftigen menschlichen Verhaltens.

<sup>31</sup> Vgl. vorerst nur *A. Sen*, a.a.O., Fn. 2.

<sup>32</sup> Zur rechtsethischen Bedeutung von Entsprechungen von Grundstrukturen rechtlicher und moralischer Wertungen s.u. am Ende diesen Abschnitts und zu 1c.

<sup>33</sup> Vgl. – grdl. – *H. Jonas*, *Das Prinzip Verantwortung*, 1979.

<sup>34</sup> Vgl. – grdl. – *I. Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, Wiederabdr. De Gruyter 1968; zur Bedeutung für die phil. Ethik s. *Vorländer*, *Geschichte der Philosophie*, Bd. 2, 9. Aufl. 1955, S. 387; zur Bedeutung des kategorischen Imperativs für das Wirtschaftsrecht vgl. schon *H. Herrmann*, *Wirtschaftsprivatrecht BGB/HGB für Bachelor-Studiengänge*, Bd. 1, 2007, S. 13 ff.

<sup>35</sup> Vgl. nur *Wieland*, *Die Ethik der Governance*, 2. Aufl., 2000, S. 71, passim.

<sup>36</sup> Dazu gehört auch der Kantianismus bis in die neuste Zeit, da dessen Rechtlehre nicht mehr auf die formale Rechtsgleichheit beschränkt gesehen wird, sondern auch die Verwirklichung von Chancengleichheit mit umfasse, vgl. *K. Kühn*, *Freiheitliche Rechtsphilosophie*, 2008, S.53 m.w.Nachw.



Doch zunächst zur Hand-Theologie des Alten Testaments. Allgemein bekannt ist, dass sie auf der Vorstellung eines Bundesschlusses des allmächtigen Gottes *Jahwe* mit seinem Volk beruht, der Erlösung und ewiges Glück verspricht, aber mit brennender Eifersucht reagiert, wenn der Bundespartner abtrünnig wird und einem anderen Gott dient. Berühmtestes Beispiel dafür ist die Einleitung der Dekalog-Erzählung vom Abstieg *Mose's* vom Berg Sinai, die mit den Worten beginnt: „...denn ich bin ein eifersüchtiger Gott...“, der die Sünden der „...Väter bestraft an den Kindern bis ins dritte und vierte Glied“.<sup>37</sup> Wie es damals um den Abfall vom Bund mit *Jahwe* durch Anbetung des goldenen Kalbes ging, so war im Falle des Saul der schon erwähnt Gang zur Hexe von Endor zu beklagen.<sup>38</sup> Der Gott des *Saul's*chen Israel nahm daraufhin die segnende Hand vom Herrscher seines Volkes mit der Folge, dass dieser alsbald abzutreten hatte. Nicht ganz das gleiche Schicksal wiederholte sich sodann bei *David*, als dieser zur Durchsetzung eines Liebesabenteurers den Vater der begehrten *Bathseba* durch militärische Frontorder zu Tode kommen ließ und dafür zusammen mit anderen schweren Verfehlungen büßen musste.<sup>39</sup> Es kam zu der Bußwahl Davids, lieber in die „Hand des Herrn“ zu fallen als in die der Menschen, da er aus Gottes Hand doch noch letzte Barmherzigkeit erwarten durfte und erhielt.<sup>40</sup>

M.a.W. es gab eine damals noch völlig ungeteilte polit-religiöse Verantwortungsethik der Herrscher *Mose* bis *Saul* und *David*, deren Anreizstruktur durch den Bundesschluss im Wettbewerb *Jahwe's* mit der konkurrierenden Halbgottheit und die Hand-Segnung geprägt war. Die persönlichen und gesamtpolitischen Vorteile der Segnung durch die (unsichtbare) Hand Gottes dauerten so lange, wie der Gesegnete sich an den Bundesschluss hielt und keiner fremden Gottheit diente oder sich durch sonstige Schwerstdelikte am menschlichen Miteinander in der Glaubensgemeinschaft versündigte.<sup>41</sup> Schaut man etwas genauer zu, so sind natürlich erhebliche Unterschiede im Einzelnen erkennbar. Besonders interessant ist das Aufkommen messianischer Bunde-traditionen in den *Davidischen* Geschichten<sup>42</sup>, weil sich darin die weitere Überlieferung im Neuen Testament abzeichnet. Einige grob vereinfachende Angaben müssen genügen:

---

<sup>37</sup> 2. Mose 20,

<sup>38</sup> 1. Sam. 28.

<sup>39</sup> 2. Sam. 11 und 12, 9.

<sup>40</sup> 2. Sam. 24, 14-17.

<sup>41</sup> Die Liebesintrige des *David* wird letztlich deshalb erzählt, weil die Hand-Theologie zusammen mit dem Gnadenakt Gottes dazu führt, dass Jerusalem verschont blieb und das Königtum *Salomons*, des Sohnes der *Bathseba*, auf diese Weise erklärt werden konnte.

<sup>42</sup> Zum Folgenden vgl. *G. v. Rad*, Theologie des AT, 1962, II. Hauptteil, C.2, S. 320 ff., 330 f.; *A. Nitsche*, König David, 2002, 218 ff.; *E. Würthwein*, Die Erzählung von der Thronfolge Davids, 1975; *W. Dietrich*, David, Saul und die Propheten, 1987; *E.J. Waschke*, Das Verhältnis alttestamentlicher Überlieferungen im Schnittpunkt der Dynastiezusage und die Dynastiezusage im Spiegel alttestamentlicher Überlieferungen, in: Zeitschrift für die alttestamentliche Wissenschaft 99, 1987, S. 157–179; *W. H. Schmidt*, Alttestamentlicher Glaube in seiner Geschichte. Neukirchener Verlag, 9. Aufl., S.207-215, m.w.Nachw.; dazu gehört als weiteres Beispiel auch die *David-Goliath*-Geschichte, die besonders deutlich mit der Vorstellung von der (unsichtbaren) Hand Gottes verbunden ist; vgl. die traditionsgeschichtl. Angaben bei *A. Nitsche*, a.a.O., 2002, S. 15 ff.; zur „Macht des Versprechens und Verzeihens“, S. 281 ff.

Es handelt sich im 2. Buch Samuel nicht um historische Angaben i.S. eines modernen Geschichtsbegriffs, sondern um eine „theologische Geschichtsschreibung“, die aufzeigen will, wie die alles zum Guten lenkende Hand Gottes schon in längst vergangener Vorzeit wirksam geworden ist.<sup>43</sup> In der Thronnachfolge  *Davids* erweist sich, wie trotz der allzu menschlichen Verhaltensweisen des Gesalbten eine Wendung zum Heil erfolgt, indem der „Vorhang göttlichen Zorns“ durch das Erbarmen *Jahwes* durchbrochen wird. König *David* hatte schwere Schuld auf sich geladen, indem er mit seinen Verfehlungen eine „sakrale Ordnung“ verletzt hatte; und doch wird ihm die Auswahl unter verschiedenen Strafsanktionen belassen und letztlich die volle Strenge göttlichen Zorns erlassen. Auf irgendwelche Gewissensmotive des Bundesbruches kam es dabei nicht an, und es wurden vor wie nach dem Glaubensbruch Folgen herbeigeführt, die für die Gesamtheit der Gläubigen erheblich waren. Vor allem aber war es die bloße Gnade bzw. der reine Zorn Gottes, der die Bestrafungsfolgen bedingte, nicht die Kausalität nützlicher Handlungen. Gottes Hand war entscheidend, und diese war einerseits unsichtbar, andererseits durch Selbst-Offenbarung *Jahwe* 's bekannt.<sup>44</sup>

Die geistesgeschichtlichen Zusammenhänge sind in der alttestamentlichen Forschung zur messianischen Tradition der Salbung  *Davids* und  *Salomons* und den berühmten Ankündigungen eines Messias vertieft worden.<sup>45</sup> Ohne hierauf direkt einzugehen, hat unlängst  *Sedláček* aufgezeigt, wie das wettbewerblichen Anreizdenken bis zu  *A. Smith* auf Überlieferungen des sog. Neuen Bundes durch Jesu Opfertod und dessen Heilslehre zurückgeht.<sup>46</sup> Dafür wird auf den extremen Gegensatz zwischen der Hinrichtung Jesu und der Beendigung seiner Predigertätigkeit auf der einen Seite und dem gerade dadurch bewirkten Rechtfertigungsgeschehen abgestellt, das dem der Bundesuntreue und der göttlichen Barmherzigkeit des AT entspricht. Es soll sich um den gleichen Widerspruch handeln wie zwischen dem Eigen- und Gemeinschaftsnutzen der  *Smith'schen* invisible hand und der dahinter stehenden Hand-Theologie.

Neu ist aber, dass es im Neuen Bund  *Jesu* nicht mehr um die als allzu sklavisch empfundene Gesetzesbefolgung des Volkes Israel geht, sondern um eine verbotsarme Bußbotschaft mit dem Aufruf zur Umkehr vor dem nahen Ende im jüngsten Gericht.<sup>47</sup> Gemeinsamkeiten mit der Hand-Theologie des Alten sind dennoch erhalten geblieben, und zwar v.a. insofern, als es die unbedingte Gnade Gottes ist, die die Segnung unter dem Anschein des Gegenteils herbeiführt. Der sündige Mensch mit seinem eigennützigem Vorteilsstreben wird durch den erlösenden Opfertod Jesu zum

---

<sup>43</sup>  *Von Rad*, a.a.O., S. 329 f. mit Vergleich zur Segnungslehre der „Führungsgeschichte“ in den Josephserzählungen, die mit der Vergebung  *Josephs* für seine Brüder in Gen. 45, 5 ff., 50, 20 ebenfalls darauf hinauslaufen, dass unter der Führung *Jahwes* letztlich Alles zum Guten gelenkt wird, auch wenn es sich um noch so „dunkle Menschlichkeiten“ handelt, die der Geschichtsschreiber über seine Vatergestalten zu erzählen hat ( *v. Rad*, a.a.O., B II., S. 186).

<sup>44</sup> Zur Theologietradition autonomen und unbedingten Offenbarungsgeschehens s. näher  *J. Werbick*, Den Glauben verantworten, 2010, S. 297 ff.

<sup>45</sup> S. die Nachw. o. vorvorige Fn.

<sup>46</sup> Zum Folgenden vgl. nochmals  *Sedláček*, a.a.O., S. 170 ff., 184 ff.

<sup>47</sup> Vgl. nur  *J. Ratzinger*, Jesus von Nazareth, Teil 1-3, o.J. (2006-2012); zur zentralen Bußbotschaft der Bergpredigt s. I. Teil, S. 93 ff.

Heil geführt, und zwar keineswegs zu einer bloß jenseitigen Glückseligkeit, sondern zu einem Reich Gottes, das schon in diesem Leben „mitten unter uns“ sein soll. Denn es gehört nach den Erkenntnissen der neueren Leben-Jesu-Forschung zu den zentralen Glaubensbotschaften Jesu, dass die sog. Nah-Erwartung des Endreiches nicht als bloße Vorhersage eines Weltuntergangs zu verstehen war, sondern als eschatologische Verkündigung bereits mit der Ankündigung und dem Bußgeschehen Realität erreichen könne.<sup>48</sup> Auch hierzu müssen die Einzelheiten hier natürlich unerwähnt bleiben. Aber schon die Grobkennzeichnung macht deutlich, dass auch die neue Bundestradiation auf Segnungsannahmen beruht, die die Unsichtbarkeitsvorstellung der alttestamentlichen Handsegnung übernehmen.

Zu diesem Befund passt es, dass dann auch die großen unlängst Wirtschaftstheologien und -philosophien des Mittelalters bis zur Neuzeit und über die Aufklärung hinaus auf die Traditionen des Alten und Neuen Testaments zur Gnaden- und Rechtfertigungslehre Bezug genommen haben. Das gilt nicht nur von *Augustinus* und *Thomas von Aquin*<sup>49</sup>, sondern eben auch für *A. Smith*, der auch ohne Nennung der „invisible hand“ den Widerspruch von eigennützigem Individualwillen und gemeinnützlichen Funktionen für die Gesamtwirtschaft als eine jenseits der geläufigen Kausalvorstellungen liegende Wirklichkeit aufgefasst hat. Die im menschlichen Willen unbezweckte Umwandlung von Handlungen und Geschehensabläufen zum Heil des Menschen sei etwa auch in der Erzählung vom Sündenfall, von der Arche Noah<sup>50</sup> und Paradiesvertreibung ausgedrückt<sup>51</sup>, in den Gleichnissen *Jesu*<sup>52</sup> oder in den vielfältigen Erlösungsvorstellungen enthalten, die den (geistlich) Armen reich machen, den Schwachen und Unterdrückten gegenüber ihren weltlichen Machthabern aufhelfen u.v.a.m.<sup>53</sup> Zwar wird die Abgrenzung vom Wunderdenken mit den hierfür geläufigen system-externen Wirkungszusammenhängen nicht näher nachgegangen, aber die Übergänge sind offenbar fließend. Die Rede vom „Wirtschaftswunder“ kam dann erst mit dem Aufschwung der Nachkriegswirtschaft der BRD unter dem Einfluss der US-amerikanischen Wettbewerbswirtschaft auf und hält bis heute etwa für das Aufblühen der indischen und chinesischen Wirtschaftssysteme an. Auf die auch in der Hand- und Wundertheologie meist wenig unterscheidbar zugrunde liegenden Traditionselemente wird im Folgenden v.a. deshalb immer wieder zurück zu kommen sein, weil die Anmaßung von Wissen auch in den modernen Regulierungskonzepten nach den Finanzkrisen unausrottbar zu sein scheint.

**c. Aktuelle Gefahren der Wissensanmaßung wettbewerblicher Gefahrensteuerung.** Auch die neuere wettbewerbstheoretische Forschung nimmt an, dass eine ungebrochene Tradition dieser Lehren bis hin zur Wettbewerbskonzeption eines *Adam Smith* führt. Besonders hervorhebenswert ist dazu die Ansicht der *Hoppmann-*

---

<sup>48</sup> Dazu nochmals *Ratzinger*, a.a.O. Teil I, S. 73 ff., 87; s. auch zu den Gleichnissen, S. 222 ff. unter bes. Bezugnahme auf die Forschungen zur „realisierten Endzeiterwartung“ bei *Jeremias* und *Dodd*.

<sup>49</sup> Vgl. *Sedláček*, a.a.O., S. 188 (*Augustinus*), S. 193, 198 ff. (*Thomas v. Aquin*), dazu S. 156 (*Aristoteles*), passim.

<sup>50</sup> Ebd. S. 33 ff., 84 f. mit vergleichenden Aspekten zur älteren Tradition des Gilgamesch Epos.

<sup>51</sup> A.a.O., S. 78 ff., 83.

<sup>52</sup> Ebd. S. 170 ff.

<sup>53</sup> Vgl. zum Nahen des Reiches Gottes, ebd. S. 179 ff.

Schule der 70er Jahre, die zwar nicht theologisch argumentiert, wohl aber philosophisch erkenntniskritisch darauf abgestellt hat, dass wettbewerbsbedingte Marktergebnisse nicht konkret vorhersagbar sind, und insofern „unsichtbar“ bleiben müssen. Insbesondere könne man nicht wissen, wie der Markt auf bestimmte Begrenzungen der Handlungsfreiheit reagiert, wie sie von der damaligen Kooperationsfibel vorgeschlagen und dann sogar in einigen Vorschriften zur Freistellung von Kartellabreden gesetzlich geregelt wurden. Berief man sich dafür auf Theorien dynamischen und funktionsfähigen Wettbewerbs (sog. *workable competition*), so erhoben die Gegner dieser Forschungsrichtung den Vorwurf der Wissensanmaßung und bezogen sich hierfür auf die erkenntnistheoretische Position von *F.C. von Hayek*. Schlagwortartig und bewusst pejorativ war von „verwaltetem Wettbewerb“ und von Instrumentierungen der wettbewerblichen Handlungsfreiheit die Rede.<sup>54</sup> Mit den instrumentierenden Annahmen seien nicht nur unvorhersehbare Zusammenhänge behauptet, die prognostisch nicht belegbar seien, sondern es werde auch der freiheitsphilosophische Hintergrund unbemerkt verlassen, den man, soweit ersichtlich, mehr in der Herkunft vom kategorischen Imperativ *Kant's* und deren vom ökonomischen Vorteil prinzipiell unabhängigen Begründung sah als in christlicher Gnadenlehre. Bei *Smith* sind hingegen utilitaristische Grundlagen evident, die denen der kantischen Freiheitslehre diametral entgegen gesetzt sind. Indessen ist wirtschaftsphilosophisch der Vorwurf der Wissensanmaßung von bleibender Bedeutung.

Daran hat auch die neuere Forschungsrichtung der sog. Wettbewerbsökonomik nichts Grundlegendes verändert, die in Deutschland seit den 80er Jahren zunehmend Beachtung fand. Zwar gelang es, durch Anwendung verfeinerter Methoden der empirischen Sozialforschung Zusammenhänge typischer Wettbewerbsstrukturen mit dem Eintritt von Marktfolgen in der Vergangenheit zu korrelieren und daraus Verallgemeinerungen für entsprechende Vorgänge in der Zukunft herzuleiten. Beispielsweise wurden die Häufigkeiten von Patentanmeldungen als Indikatoren für Innovationseffizienz genommen und mit unterschiedlichen Strukturen der Marktkonzentration verglichen, um allgemeine Aussagen über Innovationsfunktionen weiter Oligopole herzuleiten. Auch nicht-tarifliche Marktzutrittsschranken, wie hoher Werbeaufwand oder Unter-Einstandspreise mit Abschreckungseffekten für outsiders, wurden mit der Eintrittshäufigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen korreliert, oder im Zusammenhang mit Preisentwicklungen über längere Zeitspannen hinweg beobachtet. Weit reichende wettbewerbspolitische Folgerungen schienen daraus herleitbar und waren es wohl oft auch.

Jedoch blieb vielfach unerkannt, wie die tatsächliche Entwicklung dann in der Folgezeit verlaufen ist, und welche unvorhergesehenen Einflussfaktoren mit ursächlich wurden. V.a. aber versagten die Methoden der Wettbewerbsökonomik bei der Einschätzung, wie groß die Gefahren übermäßiger Risikobereitschaft von Finanzinstituten und deren Sondervermögen und Zweckgesellschaften auf den internationalen Kapitalmärkten waren. Sowohl die Blasenbildungen auf unterschiedlichen Spekulationsmärkten als auch die zahlreichen Manipulationen von Zinsentwicklungen blieben viel zu lange unerkannt. Auch andere Strukturvoraussetzungen für Preis- und

---

<sup>54</sup> *E.-J. Mestmäcker*, *Der verwaltete Wettbewerb*, 1982; *U. Immenga*, *Instrumentierung*.

Konditionenmissbräuche auf Gütermärkten konnten offenbar trotz der verbesserten Methoden und des erweiterten Datenmaterials nicht hinreichend erfasst und prognostisch analysiert werden, da die Vielfalt der möglichen Marktentwicklungen sich immer wieder als zu groß erwies.

Im Zusammenhang der humanistisch-theologischen und erkenntniskritischen Tradition lässt sich deshalb nur feststellen: auch die Wettbewerbsökonomik führt nicht grundlegend an der Einsicht in die Unvorhersehbarkeit wettbewerblicher Marktergebnisse vorbei. Zwar sind heute die Metaphern der Systemtheorie (black box) geläufiger als die der unsichtbaren Hand Gottes, aber das Phänomen ist in Vielem<sup>55</sup> wesensgleich.<sup>56</sup>

**c. Kulturpostulate der Freiheit seit Beginn der Aufklärung.** Warum ist es wichtig, die Überlieferungsgeschichte zur invisible hand des Wettbewerbs zu kennen? Allem voran wird man mit ihr Erwägungen zur „Kultur der Freiheit“ i.S. wettbewerblicher Handlungsfreiheit verbinden können, wie sie unlängst in viel allgemeinerer Hinsicht von *U. DiFabio*<sup>57</sup> in Anlehnung an die sog. Erinnerungskultur i.S. der anthropologischen Forschung kultureller Identitätsbildung<sup>58</sup> entwickelt worden sind. Die Weiterentwicklung identitätsstiftender Traditionen einer Kulturgemeinschaft, wie der des „Westens“, kann danach auch bei tiefgreifender Erneuerung bewirkt werden, wenn wenigstens noch Wiedererkennung der Herkunftsbeziehung erfolgt. Jedenfalls bei *Smith* ist die Bezugnahme auf theologische Traditionen freiheitlichen Menschsein-Dürfens explizit; und auch den modernen Lehren liegen tiefgreifende anthropologische Freiheitskonzepte, wie die zur Uninstrumentierbarkeit wettbewerblicher Handlungsfreiheiten zugrunde, an die angeknüpft werden kann, wenn man Sinnverwirklichung in freiheitlichem Wettbewerbshandeln philosophisch anspruchsvoll und kulturell weiterführend begründen will.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass schon bei Begründung der Aufklärungslehre von der Trennung von Recht und Religion sehr deutlich betont worden ist, es gehe nicht um eine Isolierung, sondern lediglich um abweichende Autoritätsgrundlagen in der Glaubenstradition einerseits und in der Willensbildung weltlicher Hoheitsträger andererseits. So hat insbes. *Ch. Thomasius*, der Vater der deutschen Aufklärung und namhafte Gegner der Hexenverbrennung, immer wieder gefordert, es müsse möglichst darauf geachtet werden, dass sich die Grundwerte von Recht und Moral entsprechen. Denn „...die Gottes-Geheimnisse sind zwar über den menschlichen Verstand, aber sie sind demselben nicht zuwider, sondern Gott hat in seinem heiligen Wort, sich so viel möglich nach uns Menschen accomodiert“.<sup>59</sup> Daraus wurde v.a. hergeleitet, dass Toleranz in Glaubensfragen herrscht und in Entsprechung

---

<sup>55</sup> Zur Gegenüberstellung von Traditionen des extra nos s. *Werbick*, a.a.O., S. 62 ff.

<sup>56</sup> Zur Relativierung der Selbstreferenz in der Autopoiesis offener Systeme s. *Luhmann*, a.a.O.; vgl. *G. Teubner*, ...Autopoietische Systeme...mit Blick auf die Überwindung der Systemgrenzen zum Recht.

<sup>57</sup> *Di Fabio*, a.a.O. Fn. 3, S. 2, 19, 21.

<sup>58</sup> *J. Assmann*, Das kulturelle Gedächtnis, 6. Aufl. 2007, S. 9, passim.

<sup>59</sup> *Ch. Thomasius*, Einleitung zu der Vernunftlehre, 4. Aufl. 1711, I. Hauptstück N. 22 ff., 28 f., zit. b. *H.Herrmann*, Das Verhältnis von Recht und pietistischer Theologie bei Ch. Thomasius, Diss. Kiel 1971, S. 99.

dazu keine hoheitliche Ketzerverfolgung, Folter und Hexenfeuer zugelassen wird.<sup>60</sup> Die darin zum Ausdruck kommende Freiheitslehre hatte aber keineswegs nur Bedeutung für das Strafrecht der damaligen Zeit, sondern auch für andere Rechtsgebiete, auch wenn es damals noch kein Wirtschaftsrecht im heutigen Sinne und schon gar kein Kartell- und Wettbewerbsrecht gab. Auch zur Eigentumslehre stellt *Thomasius* im Ausgangspunkt auf seine freiheitliche Anthropologie ab und folgert aus ihr: „Nun folget die unzertrennliche Gemeinschaft alles Vermögens...als die Bezeugung, dass nunmehr die vernünftige Liebe ihre Vollkommenheit erlanget“.<sup>61</sup> Aber ebenso wie die Standesgrenzen so wird auch das Eigentum nicht aufgelöst, sondern nur relativiert, da Beides als „absonderliche Liebe“ innerhalb der Grenzen sozialer Gruppen und Stände geboten erscheine und dennoch ständig übergreifend und überbrückend gehandhabt werden müsse.<sup>62</sup>

Dem entsprechend ist auch für die *kantische* Freiheitslehre in der modernen Kant-Forschung anerkannt, dass Freiheit und Gleichheit nicht als selbständige Prinzipien unverbunden nebeneinander zu sehen sind, sondern dass die Gleichheit sich vielmehr „...auf die Freiheit beziehen und deren Inhalt dahin präzisieren (müsse), dass sie Freiheit für jedermann bedeutet“ und sogar die „Schaffung der Verwirklichungsbedingungen der Freiheit im gesellschaftlichen, insbes. im wirtschaftlichen Raum“ dazu gehöre.<sup>63</sup> *Höffe* hat aus diesem Zusammenhang sogar gefolgert, ein „freiheitlicher Sozialstaat“ sei bei *Kant* mit dem allgemeinen Rechtsgesetz als Freiheitsgesetz vereinbar.<sup>64</sup>

Trotz diesen Befundes beruft sich die wohl immer noch ungebrochene Kapitalismuskritik gern auf die Gleichniserzählung *Jesu* vom Kamel und dem Reichen und erinnert an die kommunismusartige Wirtschaftsorganisation der urchristlichen Gemeinden.<sup>65</sup> Beides ist jedoch von einer Naherwartung geprägt, die mit der Botschaft *Jesu* von der Mitte der Zeit<sup>66</sup> wenig gemein hat, und konnte deshalb als organisatorisches Postulat nicht in die spätere Überlieferung eingehen. Denn der unbedingte Verzicht auf materielle Güter war nicht als dauerhafte Wirtschaftsverfassung verstanden, sondern nur auf der Grundlage des unmittelbar bevorstehenden Weltuntergangs<sup>67</sup> konsequent. Richtig ist nur, dass aus der biblischen Tradition auch bei strengster Bibelgläubigkeit keine bestimmte Wirtschaftsverfassung herleitbar ist. Es kann lediglich gefolgert werden, dass menschliches Vorteilstreben auch im Zu-

---

<sup>60</sup> Vgl. nur *Thomasius*, Vom Recht evangelischer Fürsten gegen die Ketzler, in: Außerlesene und in Deutsch noch nie gedruckte Schriften, 1705, Zugabe N. 11, S. 353: „Daß man einen Ketzler im Lande neben sich duldet, ist nicht mal so viel als ein Officium humanitatis“; weitere Belege b. *Herrmann*, a.a.O., vorige Fn., S. 26 ff., 33 ff.

<sup>61</sup> Einleitung in die Sittenlehre, VI. Hauptstück N. 82, S. 300.

<sup>62</sup> Ebd., S. 202, N.7; dazu *Herrmann*, a.a.O., S. 38.

<sup>63</sup> Vgl. nur *K. Kühl*, Freiheitliche Rechtsphilosophie, 2008, S. 52 f. m.w. Nachw.

<sup>64</sup> *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, in: *Studia Philosophica*, 1979, S. 107, 127; *ders.*, in *Schwartzländer* (Hrsg.), Menschenrechte und Demokratie, 1981, 241, 255; zust. *K. Kühl*, a.a.O., vorige Fn. S. 54.

<sup>65</sup> Apg. 2, 44-4, 35; dazu *Sedláček*, a.a.O., S. 195 ff.

<sup>66</sup> Lk. 17, 21; Mk. 1,15; Mt. 12,28; dazu oben mit *Ratzinger*, *Jesus*, a.a.O.

<sup>67</sup> Zur Naherwartung des historischen *Jesus* i.S. der Entmythologisierungsforschung vgl. nur *R. Bultmann*, Das Verhältnis der urchristlichen Christusbotschaft zum historischen *Jesus*, 1960, S. 12; daran ändert natürlich auch die Deutung der *jesuanischen* Verkündigung i.S. der kanonischen Jesusforschung nichts, wie sie von *Ratzinger*, a.a.O. Teil II., S. 237 ff. vorgelegt hat.

sammenhang höchster Segnungsvorgänge und theologischer Anreizkonzepte durchaus geläufig war. Wer davor die Augen verschließt, muss sich den Vorwurf billiger Verteufelung gefallen lassen.

Vielleicht noch wichtiger ist, dass aus der Freiheitstradition der invisible hand gefolgert werden kann, dass Wettbewerb ebenso wenig auf der Grundlage radikalen und kompromisslosen Eigennutzes basiert, wie er als strenge Moralitätslehre missverstanden werden darf. Auf das erstgenannte Extrem wurden zwar zahlreiche Lehren der Chicago-Schule und der älteren ökonomischen Rechtsanalyse mit der berühmten REM-Hypothese gestützt.<sup>68</sup> Aber fehlende Rücksichtnahme auf menschliche Lebensbedingungen Anderer und auf die Funktionsbedingungen des Marktsystems als Ganzem hat sich spätestens seit den Finanzkrisen von 2008 nicht nur als extrem schädlich erwiesen, sondern es passt auch konzeptionell nicht mit der Erkenntnis zusammen, dass die gesamtwirtschaftlichen Nutzenfunktionen auf unerklärbaren Umwandlungen menschlicher Einzelzwecke beruhen. Nicht Stolz und Überheblichkeit, sondern dankbare Entgegennahme von Marktvorteilen und Wohlstandsmehrung sind sozialpsychologisch angesagt, wenn man die Wettbewerbsergebnisse aus „unsichtbarer Hand“ empfängt.

Ebenso wenig ist Wettbewerb als strenger Abrechnungszusammenhang wohlthätiger moralischer Leistungen und Gegenleistungen misszuverstehen. Das braucht nicht besonders begründet zu werden, wenn die konkurrierende Vorteilssuche als dasjenige verstanden wird, was sie unverändert ist und auch unter Bedingungen humaner Prinzipienabwägung immer noch bleiben sein soll: dem Konkurrenten wird Nachfrage entzogen und die Interessen der Marktgegenseite werden begrenzt, indem das Angebot unter Wettbewerbsbedingungen realisiert wird. Aber das Gegeneinander wird als Verfahrensbedingung zugelassen, wenn freies Entscheiden selbständiger und eigenverantwortlich Wettbewerbsteilnehmer zur Entfaltung gelangen soll. Die sozialen Gemeinwohlfunktionen sind damit nicht im Sinne individueller Gewissensethik verknüpft, sondern durch sozialetische Funktionszusammenhänge vermittelt.

**2. Informationsmodelle und Schutz von Freiheitswerten.** Des Weiteren gibt es moderne Formen der Sozialsteuerung von Unternehmen, die als Deregulierung staatlicher Aufgabenwahrnehmung begriffen werden können und neuerdings treffend dem Informationsmodell allgemeinen Vertragsrechts zugerechnet werden. Dabei wird nicht verkannt, dass es sich im Ansatz um ein Anreizmodell wettbewerblicher Art handelt. Doch gibt es erhebliche zusätzliche Steuerungselemente, die Funktionsdefizite bloßer Wettbewerbssteuerung überwinden sollen.

**a. Governance statt Government.** In der Rechtswissenschaft hat sich das Informationsmodell bereits in den 70er Jahren durch die Untersuchungen von *Hopt* zum Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken<sup>69</sup> und zum US-Rechtsvergleich der kapitalmarktrechtlichen Besonderheiten des Handelsbilanzrechts<sup>70</sup> entwickelt. Seit Mitte

---

<sup>68</sup> Sog. RAM-Hypothese, vgl. *Schäfer/Ott*, Lb. ökon. Rechtsanalyse,...

<sup>69</sup> *Hopt*, Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975.

<sup>70</sup> *Hopt*, ZHR 140 (1976), 201; 141 (1977), 389; weiterführend *Pellens/Fülbier*, ZGR 29 (2000), 572 ff.

80er<sup>71</sup> und verstärkt seit Mitte der 90er Jahre<sup>72</sup> erlangte es dann weit über den kapitalmarktrechtlichen Anwendungsbereich hinausgehende Bedeutung und wurde in allgemeiner rechtlicher Funktion des Verbraucherschutzes als Förderung der Selbstbestimmung des Verbrauchers gefasst.<sup>73</sup>

Zum Informationsmodell wird treffend auch der Neuansatz von *Merkt* zur Unternehmenspublizität<sup>74</sup> gerechnet.<sup>75</sup> Dabei geht es nicht nur um Rechtsfolgen, die aufgrund von Veröffentlichungen in Registern und dergl. oder aufgrund unterbliebener/fehlerhafter Registerangaben angeordnet werden,<sup>76</sup> sondern *Merkt* stellt auf ökonomische und andere außer-rechtliche Wirkungen ab, die von Informationspflichten durch rechtliche Anordnung mittelbar abhängig gemacht werden. Der Informationsadressat soll also nicht (nur) selbst informationell besser gestellt werden, sondern die Auswirkung auf (Kapital-) Marktveränderungen kommt in den Blick.

Ein besonders wichtiges und prägendes Anwendungsfeld wurde die corporate governance<sup>77</sup>, die am anschaulichsten in § 161 AktG Anerkennung gefunden hat. Danach wird gute Unternehmensorganisation nicht durch zwingendes Gesetzesrecht reguliert, sondern dem Normadressaten werden lediglich Musterregeln einer privatrechtlich organisierten Expertenkommission veröffentlicht, die durch die Satzungen der AG ganz oder teilweise für verbindlich erklären können. Es bleiben vielfältige Möglichkeiten der Nichtbefolgung, aber diese müssen den Aktionären – mit oder ohne Begründung<sup>78</sup> - bekannt gemacht werden (comply or explain). Diese selbst, v.a. aber die potentiellen Aktienanleger, deren Berater und die Rating-Agenturen werden auf die veröffentlichten Informationen reagieren. Gelingt die Überzeugung von der Richtigkeit der Kodexabweichungen nicht überzeugend, so läuft die AG Gefahr, durch Abschlüsse des Marktwerts ihren Aktien an der Börse abgestraft zu werden.<sup>79</sup> Präventiv wird erwartet, dass Abweichungen vom Kodex nur in sachlich begründeten Fällen erfolgen.

Verallgemeinernd versteht man unter governance im Unterschied zu government die „Gesamtheit der kollektiven Einflüsse auf ein soziales System“<sup>80</sup>, wobei die Steuerungswirkung typischer Weise auf der inneren Dynamik einer Institution wie

---

<sup>71</sup> Vgl. schon *Köndgen/König*, ZIP 1984, 129 ff.; *Herrmann*, WM 1987, 1029 ff., 1057 ff.

<sup>72</sup> Vgl. insbes. aus der Hopt-Schule *Grundmann*, JZ 2000, 1133 ff.; *ders.*, NJW 2000, 14 ff.; 17 ff.; *Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001; aber auch *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rdn. 33 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001; zust. *Schön*, F Schr. Canaris, S. 1191, 1195 ff.

<sup>73</sup> *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 193 ff., passim.

<sup>74</sup> *H. Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001.

<sup>75</sup> Vgl. *Schön*, F Schr. Canaris, S. 1191, 1195 ff.

<sup>76</sup> Dazu s. § 15 HGB und unten, III.3e zu (1).

<sup>77</sup> Schon früh *Teubner*, ZGR 1984, 470 ff.; Ringlieb u.a. (Hrsg.), Deutscher CG-Kodex, 2003; die Beiträge von und in *Hommelhoff/Hopt/v. Werder* (Hrsg.), Hdb. CG, 2003, S. 3 ff., 29 ff., 51 ff.

<sup>78</sup> Nach britischem Recht ist sogar eine Pflicht zur Begründung von Kodex-Abweichungen geregelt, s. *Hommelhoff*, in: *ders.* u.a. (Hrsg.), Hdb. CG, 2003, 51, 58 m.w.Nachw.

<sup>79</sup> Näher v. *Werder*, in *Hommelhoff et al.*, Hdb. CG

<sup>80</sup> *Köndgen*, ebd. Im Anschluss an *Hill/Hupe*, Implementierung Public Policy, 2002, S. 13.



Märkten, Hierarchien oder auch nur den Verträgen<sup>81</sup> selbst beruhen soll.<sup>82</sup> Auch wird die deregulierende Funktion der private governance betont, da sie eine „Antwort auf Politik-, Staats- und Rechtsversagen“ sei.<sup>83</sup> Insofern gehe es um den „Wechsel zu einem anderen und grundsätzlich freiheitsfreundlicheren Steuerungsmodus“.<sup>84</sup>

Die Anwendungsfelder der governance in diesem erweiterten Sinne sind vielfältig. So kam es etwa zur Publizität des Handelsregisters alsbald zu ähnlichen, insbes. informationsökonomisch fundierten Entdeckungen, die neben der Firmenpublizität als solcher auch die Öffentlichkeitswirkungen von Haftungsausschlüssen bei Firmenfortführung und dergl. informationsökonomisch problematisierten.<sup>85</sup> Sogar vor Fragen des handels- und zivilrechtlichen Rechtsscheins und Vertrauensschutzes machte die Übernahme rechtsökonomischer Informationskonzepte nicht halt, so dass etwa die Vertrauens- und Anscheinsvollmacht oder das Recht des Scheinkaufmanns<sup>86</sup> davon erfasst wurden.<sup>87</sup>

Noch allgemeinere Bedeutung hat es, dass auch das Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGBs) mit den Transparenzgeboten des § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2 BGB nach neueren Forschungen der kooperativen governance zugerechnet worden ist. Während die Publizitätsvorschriften auf Öffentlichkeitswirkungen abzielen, ist mit Transparenz zunächst allgemein die Durchschaubarkeit eines Vertragswerks für die Beteiligten als Einzelpersonen gemeint. Als Beispiel für den Überschneidungsbereich wird die Einbeziehungskontrolle des § 305 Abs. 2 genannt, soweit es hier um „Transparenz durch Aushang“ geht.<sup>88</sup> Eine Art private governance<sup>89</sup> soll insofern vorliegen, als der Gebrauch der AGBs durch Verbände im Wege von Verbandsempfehlungen organisiert und verbreitet wird. Zwar ist insoweit keine Registerpublizität gegeben, da Verbandsempfehlungen nicht einmal dann der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglich sind, wenn sie wegen der früher benötigten Kartellfreistellung beim Bundeskartellamt angemeldet worden sind. Aber innerhalb der Verbände wird für Breitenwirkung gesorgt, so dass von hier eine Befolgungsdynamik ausgeht.<sup>90</sup> Hinzu kommt, dass § 305 Abs. 2 für die vom dispositiven Gesetzesrecht abweichenden Vertragsbestimmungen im Kleingedruckten (AGB) verlangt, dass sie bei praktisch unpassender Beigabe auf Packzetteln und dergl. am Ort des Vertragsschlusses für jedermann einsehbar auszuhängen sind. Damit nicht nur auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch jeden einzelnen aktuellen Vertragspartner, sondern zugleich auch darauf abgezielt, dass potentielle Kunden Kenntnis nehmen können, um ihre Kaufentscheidung vor Vertragsschluss durch Marktinformationen zu fundieren. Das

---

<sup>81</sup> Z.B. bei Langzeitverträgen, wo die Parteien bei Konflikten nicht einfach kündigen, da sie darin wegen hoher Investitionen wirtschaftliche Nachteile sehen, und statt dessen die Vertragsbeziehung durch Nachverhandlungen zu retten versuchen; vgl. nochmals Köndgen, a.a.O. S. 514; zur governance im relational contract vgl. – grdl. – *I.R. Macneil*, Relational Contract, Wisc.LR 1-3 (1985) 383 ff.

<sup>82</sup> Vgl. – grdl. – *Williamson*, The Mechanisms of Governance, 1996, S. 4 ff.

<sup>83</sup> *Köndgen*, a.a.O. S. 511, 515 ff. i. Anschluss an *Mertens*, AG 1982, 29, 35.

<sup>84</sup> *Köndgen*, S. 516 (Hervorhebung im Original).

<sup>85</sup> Vgl. nur *Merkt*, Unternehmenspublizität, a.a.O., S. 33 ff., 133 ff.

<sup>86</sup> Vgl. *Herrmann*, Grundlehren BGB/HGB, Bd. 1, 2006, S. 26 ff., 72 ff., 85 ff., 153 ff.

<sup>87</sup> Vgl. *Lb.* a.a.O. (Fn.8), S. 188 ff.

<sup>88</sup> *H. Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001, S. 13.

<sup>89</sup> *Köndgen*, a.a.O. S. 479 ff.

<sup>90</sup> *S. Köndgen*, ebd. S. 481.

geschieht zwar meist nicht in der Weise, dass der einzelne Kaufinteressent die AGB liest, doch genügt die erwähnte marktpolizeiliche Wirkung. Die Öffentlichkeit ist informiert, so dass Medien und Marktforschungseinrichtungen jederzeit darüber berichten könnten. Es handelt sich also um eine sehr ähnliche Öffentlichkeitswirkung<sup>91</sup> wie bei der Compliance-Erklärung nach § 161 AktG. Wer vom Kodex bzw. vom dispositiven bürgerlichen Recht abweicht, muss dies vor der Öffentlichkeit kundtun und nachvollziehbar erläutern (comply or explain).

Entsprechendes gilt ohne weiteres auch für die weiteren Transparenzgebote des AGB-Rechts, insbes. also für das Überraschungsverbot des § 305c Abs.1 und das Transparenzgebot i.e.S. gem. § 307 Abs. 1 S. 2. Auch insoweit geht es nach verbreiteter Ansicht um den Schutz der Markttransparenz<sup>92</sup>; und unter dem Aspekt der Aushangpublizität kommt hinzu, dass die bezweckte Öffentlichkeitswirkung gerade auch auf die AGB-Inhalte gerichtet ist, die schwer zu durchschauen sind. Deshalb wird im Folgenden immer wieder darauf zurückzukommen sein.

### **b. Werte als Kulturelemente und Grundlagen moderner Entscheidungslogik.**

Die derzeit neuste Fortentwicklung wirtschaftsprivatrechtlicher Steuerungsmodul ist durch die eingangs bereits erwähnten Theorien sozialetisch gebundener Wettbewerbsfreiheit angestoßen worden. Sie sind allerdings bisher im Privatrecht, soweit ersichtlich, noch nahezu unbeachtet gebliebenen.<sup>93</sup> Immerhin lässt sich aber der Grundansatz kennzeichnen, um sodann zu versuchen, zumindest einige der Defizite der Privatrechtslehre in dieser Hinsicht zu beheben.

Nicht Ausgangspunkt, aber herausragender Grund für die Verbreitung der neuen Lehren sind die Beobachtungen des Wettbewerbsversagens auf den Finanzmärkten herauszubilden. Die (andauernde) Finanzkrise hat die Grundfragen einer neuen Wirtschaftskultur sozial verantwortlichen Wettbewerbshandelns wieder in den Vordergrund der Entwicklungsdynamik treten lassen. Treffend spricht man von einer neuen Bankenkultur, neuer Kultur der Kapitalmärkte, Kultur der Freiheit in vielerlei Fassetten<sup>94</sup>, ja sogar von Gefahren eines cultural clash und deren Bewältigung.<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> Nur scheinbar Verschiedenes ergibt sich zu § 305 Abs. 2, „Aushänge“ via Internet sind bislang nur bei Internet-Vertragsabschlüssen erfordert werden (s. OLG Hamburg, WM 2003, 581; Palandt/Heinrichs, § 305 Rdn. 38 m.w.Nachw.). Doch geht die Erwartung des Durchschnittskunden vielfach schon heute dahin, die AGBs auf der allgemein zugänglichen Internet-Seite des Verkäufers zu finden, so dass sich die Aushangs- und Marktpublizität weitgehend überschneiden (näher s.o. IV.5d).

<sup>92</sup> Nachw. S. o. zu V.2.b.

<sup>93</sup> Anders aber im Aktienrecht, s. Hopt in ders./Wohlmannstätter, Hdb. Corporate Governance der Banken, 2011, zu I. Der Aufsichtsrat der Bank, beck-online download v. 5.11.2012 m.w.Nachw.

<sup>94</sup> Vgl. nur Di Fabio, a.a.O., Fn. 1, 2005, S. VII, passim; zu Besonderheiten anthropol.-funktionalen Kulturdenkens s. nochmals Di Fabio, ebd. S. 2, 19, 21 ff.; näher J. Assmann, Das kulturelle Gedächtnis, 6. Aufl. 2007, S. 9, passim); krit. zum Kulturanliegen der Moderne – allerdings mit schwerwiegender Fehleinschätzung der von ihm sog. Überwindung spiritueller Grundlagen – Sloterdijk, Du mußt dein Leben ändern, 2009, S. 13 ff., 15 „Hyperpopanz ‚Kultur‘“; z.T. aber ders., ebd. S. 17, 53 mit z.T. treffenden Ausführungen zur italienischen Renaissance des 15. Jahrhunderts; dazu s. nochmals Di Fabio, a.a.O. S. 13 unter Hinweis auf Picodola Mirandola, Oratio, 1486.

<sup>95</sup> S. Huntington, Der Kampf der Kulturen, 5. Aufl., 1997, S. 60; zur Gegenbewegung i.S. einer „Vereinheitlichung der Kulturen“ s. nochmals Di Fabio, a.a.O., S. 5 ff.

Neue Kulturelemente sollen in die Konzepte sozialverträglichen Wettbewerbs eingebunden werden übertriebener Gewinnmaximierung entgegen wirken.

Bei dieser Problemweite wundert es nicht, dass tiefe Wurzeln feststellbar sind. Werte i.S. der neuen ökonomischen Wertorientierung des Wettbewerbs sind keine bloßen moralischen Handlungsanleitungen, auch wenn diese gut begründet sind auf ethikphilosophischen Erkenntnissen, sondern es geht um Fixierungen, die sich „zweckrational nüchterner Abwägung“ entziehen.<sup>96</sup> Auch sind sie andererseits nicht vollständig definiert durch wirtschaftliche Fakten und Entwicklungen, wie es die unzähligen materialistischen Ansichten annehmen, sondern das hier in Bezug genommene und zugrunde gelegte Werteverständnis ist durch geistige und materielle Identitätsmerkmale einer Kulturtradition im Wandel geprägt. Das ist, wie schon hervorgehoben, höchst aktuell, aber keineswegs neu. Zu Recht wird in der Literatur dazu betont, dass Ursprünge dafür in der frühen Renaissance zu sehen sind<sup>97</sup> und selbst bei dem späteren Begründer marktwirtschaftlichen Modelldenken, Adam Smith, als religiös verankerte Sozialethik verstanden wurde.<sup>98</sup> Für die Forschungen dazu muss allerdings auf die rechtsethische Literatur verwiesen werden.<sup>99</sup>

In rechtlicher Hinsicht geht es zunächst darum, gegen welche Art von Systemgefahr der begehrte Krisenschutz eigentlich gerichtet werden soll. Ist es die Gefährdung systemischer Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte und ihrer rechtlichen Organisation, die wenn nicht um ihrer selbst willen, so doch um der Erhaltung und Vermehrung von Wohlstand zu verteidigen ist; oder geht es um mehr menschliches Miteinander im Wirtschaftsverkehr, das nicht als Überlebenskampf des Stärkeren, sondern als chancengleiche Freiheitsverwirklichung begriffen wird?

Den Antworten auf solche Fragen sind fachübergreifend zu suchen und nicht nur deshalb immer noch äußerst kontrovers. Auch für das Recht kann man ihnen nicht ausweichen, zumal der Wandel vom Recht privatautonomer Willensbildung im 19. Jahrhundert<sup>100</sup> zu Konzepten marktgesteuerter Funktionalität trotz der erwähnten Korrekturen zum Schwächerenschutz in Ausnahmefällen noch bis weit ins erste Jahrzehnt dieses Jahrhunderts unverkennbar war. Doch kann man schon in den zuvor angesprochenen Governance-Lehren eine Fortentwicklung und spätestens seit der Finanzkrise ab 2008 geradezu den schon eingangs erwähnten Paradigmenwandel verzeichnen. Das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Märkte und in ein Rechtssystem, das lediglich Rahmenbedingungen für Marktfunktionen bereitstellt, ist zerstört und einem verstärkt marktkritischen Denken gewichen; und dennoch scheinen die Rufe nach Re-Regulierung und Beseitigung der Liberalisierungsbemühungen der 90er Jahre auf den europäischen Finanzmärkten heute schon wieder zu verstummen.

Wie es scheint, zeichnet sich eine mittlere Linie zwischen dem ordoliberalen Rechtsdenken und der Re-Regulierung ab. Einerseits sollen die Grundregeln der Marktordnungen aufrecht erhalten werden, andererseits aber Kontrollmechanismen

---

<sup>96</sup> Di Fabio, a.a.O., S. 63 f., 66.

<sup>97</sup> S. DiFabio, a.a.O. Fn. 10 mit Verweis auf Picodola Mirandola, Oratio, 1486.

<sup>98</sup> Vgl. nur Sen, a.a.O., S. 150; zur theologischen Begründbarkeit s. Huber, Von der Freiheit, 2012, S.122 mit Fn. 117; auch Di Fabio, a.a.O., S. 24 f., 26.

<sup>99</sup> Näher H.Herrmann, NWiR Heft 1, update 2012.

<sup>100</sup> Hedemann, Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, passim.

mit Hilfe moderner Compliance-Methoden verstärkt zum Einsatz kommen. Man setzt auf Erneuerungen, die zur Relativierung von Marktfreiheiten führen sollen, anstatt auf deren Abschaffung zu sinnen. Verfeinerung marktlicher Steuerungsnormen und verbesserte Normüberwachung sind gefragt, nicht Rückkehr in alte Zeiten staatlich gelenkter Märkte. Plakativ gesagt: es geht im modernen Wirtschaftsrecht nicht mehr so sehr um den Schutz individueller Persönlichkeitsentfaltung und auch nicht um den staatlicher Lenkungssysteme oder ordoliberaler Marktorganisationen, sondern um menschliches Wirtschaften und den Schutz des Menschen im System, ein System, das ein vernünftiges Zusammenwirken individuellen und sozial gebundenen Freiheitshandelns ermöglicht und zugleich kontrollierter als bisher zur Entfaltung gelangen lässt.

Die bereits erörterte Diskussion finanzmarktrechtlichen Wettbewerbsversagens gründet nicht nur auf den genannten Bemühungen, eine „Kultur“ der Wettbewerbsfreiheit im System sozialer Marktwirtschaft herauszuarbeiten, sondern sie wurde auch spezifisch wirtschaftswissenschaftlich begründet.<sup>102</sup> Auch dies kann hier natürlich mangels wissenschaftlicher Kompetenz des Verf. nur in Ansätzen referiert werden. Für die Fortentwicklung der ökonomischen Rechtsanalyse und der CG-Lehren ist die entscheidungslogische Argumentation besonders hervorhebenswert.

Die oben (zu I.2a) behandelte wohlfahrtsökonomische Analyse des Rechts wurde, soweit sie auf der rational choice Lehre von Pareto<sup>106</sup> basierte, grundlegend durch Arrow's Unmöglichkeitstheorem<sup>107</sup> in Frage gestellt. Danach lässt sich Pareto's Prinzip wirtschaftspolitischer Präferenz bei Nutzensteigerung ohne überwiegende Nachteile Anderer nicht halten, da Abwägungen subjektiver Nutzen bei Einbeziehung von mehr als einem Interessenträger unmöglich seien. Die insbes. von A. Sen begründete Korrektur besagt: Unmöglichkeitannahme ist nur bei Betrachtung ökonomischer Einzelnutzen zutreffend, gehe aber fehl, soweit es sich um die Abwägung von generellen Prinzipien handele. Dabei gehe es u.a. um die Freiheit, „Güterkörbe“ zu wählen und die „Verwirklichungschancen...wahrzunehmen“<sup>108</sup> Nicht die bloße Zahl der verfügbaren Wahlmöglichkeiten, sondern deren „Attraktivität“ sei in Anschlag zu bringen. Unter diesen Voraussetzungen könne sich sogar ein Optimum i.S. eines „Marktgleichgewichts“ in dem Punkt ergeben, in dem „niemandes Freiheit vergrößert werden kann, wenn zugleich die Freiheit aller anderen ungeschmälert bleibt“.<sup>109</sup> Man könne deshalb nach wie vor gutes Wirtschaften auf Steuerungsfunktionen des Wettbewerbs zurückführen, wenn zugleich humanitäre Freiheitsprinzipien gewahrt bleiben.

Entsprechendes lässt sich auch für die Kritik der sog. deskriptiven Entscheidungstheorie zeigen. Hier wird seit Langem bekannt, dass nicht allein die normative Logik des Handelns für die Beurteilung präferablen Wirtschaftens entscheidend ist, sondern man habe zugleich das tatsächliche Entscheidungsverhalten in Rechnung zu stel-

---

<sup>102</sup> Vgl. nur A. Sen, *Ökonomie für den Menschen*, 5. Aufl. 2011, S. 89 ff. mit Betonung der „Vielseitigkeit“ des Ansatzes, S. 156 ff.; ähnlich J.P. Thommen/ A.-K. Achleitner, *Allg. BWL*, 6. Aufl. 2009; Achleitner u.a., in: *European Fin. Management*, Bd. 16, Nr. 5, Nov. 2010, S. 805 ff.

<sup>106</sup> V. Pareto, *Cours d'economie politique*, 1897.

<sup>107</sup> J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, 3. Aufl. 1966.

<sup>108</sup> Vgl. nur Sen, a.a.O., S. 146.

<sup>109</sup> Alles ebd., m.w.Nachw.

len.<sup>110</sup> Das betrifft zwar nicht nur Pareto's Präferenzmodell, sondern auch das von Sen u.a. Man denke nur an die bekannten Korrekturen der rational choice durch kognitive Dissonanzen, aber auch an weitere empirisch gestützte Theoreme zum Anspruchsniveauverhalten i.S. psychologisch begründeter Verhaltensmuster. Diesen Lehren kommt ebenfalls eine kritische Bedeutung gegenüber Pareto's Entscheidungslogik zu, doch widerlegen sie nicht den logischen Kern der Entscheidung als Präferenzbildung mit Folgenabwägung; und diese ist eben mit Sen u.a. und entgegen Arrow möglich, soweit es um Freiheitswerte geht.

Aufgrund dieser ökonomischen und kulturwissenschaftlichen Anforderungen für eine Neuorientierung des Wirtschaftsprivatrecht wird im Folgenden der überkommene Lehrstoff zum BGB/HGB auf seinen wirtschaftsfunktionellen Inhalt i.S. humane freiheitlicher Verkehrsteilnahme hin gesichtet. Dabei wird durchweg zu prüfen sein, welche Korrekturen im Wege der Auslegung geltenden Rechts angebracht erscheinen und inwiefern rechtspolitische Änderungsvorschläge gemacht werden müssen, um das Recht mehr als bisher als Rahmenordnung einer humanitären Marktwirtschaft zu fassen.

**3. Rechtsethische Aspekte.** Die rechtsethische Aufbereitung der genannten Forschungsansätze scheint noch immer nicht sehr weit über das hinausgelangt zu sein, was aus den Lehren der überkommenen ökonomischen Rechtsanalyse zum Schutz Schwächerer und Vertragsparität bekannt ist.<sup>111</sup> Für das Privatrecht ist zwar die Abwägung von Wertprinzipien auf der Grundlage von Interessen verschiedener Parteien schon seit der Begründung der Interessen- und der Wertungsjurisprudenz durch R.v.Jhering und Ph. Heck<sup>112</sup> geläufig. Auch soweit es um Wertungen aus dem GG geht, ist die Güterabwägung nach Übermaßverbot mit den Elementen der Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes schonendsten Mitteleinsatzes (GsM) etabliert<sup>113</sup>, eine Methode, die sich insbes. im Europarecht für die Berücksichtigung der ökonomischen Rechtsanalyse bewährt hat<sup>114</sup>; und schließlich ist natürlich die bahnbrechende Anerkennung der prinzipienabwägenden Steuerungslehren der corporate governance in § 161 AktG zu nennen. Aber eine allgemeine Theorie wirtschaftsrechtlicher (De-) Regulierung unter Einbeziehung der Anreizsteuerung und Prinzipienabwägung fehlt immer noch. Bausteine dazu können durch das Folgende und durch die weitere Arbeit im Rahmen der NWiR hinzu kommen.

**a. Governance-Ethik.** Für die neuste Entwicklung der Rechtsethik ist nachzutragen, dass sich neben den genannten Prinzipienlehren der Ökonomie „für den Menschen“<sup>115</sup> inzwischen längst eine Forschungsrichtung der Governance-Ethik entwickelt hat. Diese setzt nicht individuelleethisch i.S. der sog. Gewissensethik an, sondern fragt primär institutionenethisch

---

<sup>110</sup> Zum Wertungsbeitrag des Sein und der Bedeutung der Entscheidungssoziologie für das Recht s. *H. Herrmann*, ZGR 1976, S. 203 ff.

<sup>111</sup> S. die Belege o. zu *Rawls*, *Schäfer/Ott* und *Hönn*.

<sup>112</sup> Vgl. *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 574 ff.

<sup>113</sup> Vgl. nur *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.

<sup>114</sup> S. vor allem EuGH im Fall *Cipolla*, da hier die ökon. Rechtsanalyse besonders deutlich anerkannt und juristisch weiterentwickelt worden ist, EuGH, 5. 12. 2006 – verb. Rs. C-94/04 und C-202/04, *Cipolla*, Slg.2006, I-11421, EurR 2007, 82 ff., EWS 2007, 25 und 169.

<sup>115</sup> S. den Titel seines Buches, a.a.O.

Funktionen im System der Wirtschaft und Gesellschaft. Dafür kommt es darauf an, ob eine Steuerung durch ökonomische Anreize zu kooperativem Verhalten erfolgt, anstatt auf das Gewissen des Normadressaten einzuwirken. „Individuelle Tugenden mutieren ... zu organisatorischen Kompetenzen“.<sup>116</sup> Allerdings wird Ethik durch diesen Ansatz notwendig in gewissem Umfang für ökonomische Zwecke instrumentiert, indem auf die Vorteile gelungener Kooperation abgestellt wird. Das heißt, dass der Primat der Gewissensorientierung und die Hierarchie der Entscheidungslogik individueller Tugendverwirklichung aufgegeben werden. Es gibt keinen letzten „Eigenwert einsehbarer moralischer Pflichten“, wie aus der Sicht der Gegner vom Philosophen *Ulrich* angemerkt worden ist.<sup>117</sup>

Ob daraus allerdings zu folgern ist, dass „bedingte Ethik ... keine Ethik“ ist<sup>118</sup>, ist bestritten. *Wieland* hat dem entgegen gehalten worden, dass die Governance-Ethik keine einseitige Instrumentierung bezweckt, die sozusagen Alles in den Dienst ökonomischen Vorteilsstrebens stellen würde. Vielmehr handele es sich um eine Gleichstellung ökonomischer Folgenerwartungen der Kooperation mit anderen ethischen Argumenten.<sup>119</sup> Ergebe sich beispielsweise ein Konflikt zwischen Vertrauensschutz und Gewinnstreben, soll abzuwägen und danach zu entscheiden sein, was kurz- oder langfristig überwiegend vorteilhaft ist. Ein dauerhafter Vorrang ökonomisch schädlicher Wertpräferenzen komme allerdings als Luxus feudaler Zeiten nicht mehr in Betracht. Er habe sich in „funktional differenzierten Gesellschaften endgültig als irrig erwiesen“.<sup>120</sup>

**b. Naturrecht im Wandel** Verf. hat sich dem weitgehend angeschlossen, weil auch spezifisch rechtsethische Entwicklungen für eine stärkere Berücksichtigung ökonomischer Zweckmäßigkeit in Abwägung mit Werten der Tugendethik, wie Rechtsstaatlichkeit und sozialer Gerechtigkeit sprechen.<sup>121</sup> Insbes. kommen dafür die Lehren vom gemäßigten Wertrelativismus und vom relativen Naturrecht in Betracht. Verbreitet wird die von *Radbruch* begründete Wertetrias befürwortet, die dahin geht, dass Abweichungen aufgrund des Rechtsstaatsgebots oder des Prinzips der Zweckmäßigkeit des Rechts berechtigt sein können, aber nur bis zur Grenze verhältnismäßiger Abwägung im Rahmen der Wertetrias<sup>122</sup> hinzunehmen sind. Auch im Meinungslager der Naturrechtler findet sich eine Öffnung für relativierende Entwicklungen im Ablauf der Ethiktraditionen, auch wenn oberste Grundsätze davon unberührt bleiben. Man spricht hier vom relativen Naturrecht, das gegen Realitätsferne durch

---

<sup>116</sup> *Wieland*, Die Ethik der Governance, 2. Aufl., 2000, S. 71.

<sup>117</sup> *Ulrich*, Integrative Wirtschaftsethik, 1997, 420; krit. *Wieland*, a.a.O. (vorige Fn.) S. 82 f.

<sup>118</sup> *Ulrich*, a.a.O.

<sup>119</sup> *Wieland*, ebd. S. 84 f.

<sup>120</sup> Ebd. S. 85.

<sup>121</sup> Vgl. nur H. Herrmann, AnwBl. 2009, 812.

<sup>122</sup> Dazu rechnen, wie im Text zugrunde gelegt: Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit; vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie...; z.T. zustimmend mit Argumenten „Naturrechts mit wechselndem Inhalt“, *Zipelius*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1994, § 21; *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2011, Rdn. 382.

Konkretisierung in sozialwissenschaftlicher Wirklichkeitsanalyse abzusichern ist<sup>123</sup> und zu einer vorsichtigen Re-Ethisierung des (Wirtschafts-) Privatrechts beitragen kann.<sup>124</sup>

Governance-Ethik ist damit nicht unvereinbar, wenn und soweit Präferenzgrenzen ökonomischer Nützlichkeit anerkannt werden. Genau dies wurde von Befürwortern einer wettbewerbsfunktionalen Re-Ethisierung des Privatrechts – wenn auch nicht mit gleichem wettbewerbswissenschaftlichem Hintergrund – schon seit Langem gefordert<sup>125</sup> und wird nun in der modernen Entwicklung einer Ökonomie für den Menschen weiter entwickelt. Der Fortschritt der modernen Neuerungen besteht dabei v.a. darin, dass sehr viel detaillierter als bisher vorgeschrieben wird, wie die Abwägung zwischen den kollidierenden Prinzipien konkret zu erfolgen hat. Während bisher generelle Regeln zum Verhältnis von Regel und Ausnahme für Eingriffe in den nicht hinreichend funktionsfähigen Wettbewerb befürwortet wurden<sup>126</sup> und im Übrigen auf die Entwicklung case by case durch die Rspr. gesetzt wurde, geht man jetzt daran, mit Hilfe der prinzipienorientierten ökonomischen Rechtsanalyse der corporate governance allgemeinere Abwägungskriterien zu entwickeln.

Immer noch bleibt es aber dabei, dass derartige Anreizmuster lediglich für typische Entscheidungsbereiche der Unternehmen veröffentlicht werden, wie für das risk management der Banken und Versicherungen in der MaRisk, oder für die corporate governance im CG-Kodex der CG-Kommission; und auch dabei bleibt es noch den Unternehmen weitgehend überlassen, wie die empfohlenen Muster bei Bedarf an ihre Besonderheiten anpassen wollen. Auch soweit es sich um über die CG hinausgehende Steuerungsmodule handelt, die zum allgemeinen Privatrecht gehören und etwa Transparenzanforderungen für allgemeine Geschäftsbedingungen von Banken und Versicherungen betreffen, ist zu bedenken, dass es um Anreizmechanismen geht, und dass für solche Anreize keineswegs einseitig egoistische Motivationsstrukturen erheblich sein müssen. Oben (zu I.2) wurde gezeigt, dass es sich dabei durchaus auch um empathische Wirkungsmechanismen handeln kann, die auf individueller Ebene kooperativ motiviert sind und überindividuelle wettbewerbliche Funktionalität haben. Einzelheiten dazu sind allerdings weder in der CG-Ethik noch in der modernen Wettbewerbstheorie näher ausgearbeitet, so dass dafür auf die konkreten rechtswissenschaftlichen Problemstellungen im Folgenden verwiesen werden muss.<sup>127</sup>

Abschließend sei nochmals hervorgehoben, dass sowohl die Befürworter der neuen sozialen Marktwirtschaft als auch die entscheidungstheoretischen Literaturmeinungen um *A. Sen* auf eben diese Grenzbestimmung ausgerichtet sind. Sogar für die Bewegungen neuen ökonomischen Denkens und der Wall-Street-Besetzer haben wir Übereinstimmungen zum sozialen Anliegen und zu den Staatsaufgaben demokratischen Gleichheitsschutzes festgestellt, die die

---

<sup>123</sup> Vgl. schon *K.Kühl*, in Köbler/Heinze/Schapp, Geschichtliche Rechtswissenschaft, 1990, S. 345; ders., Freiheitliche Rechtsphilosophie, 2008, S. 172; zusammenfassende Beurteilung durch *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 2011 Rdn. 381 m.w.Nachw.

<sup>124</sup> Vgl. *D. Reuter*, DZWIR 1993, 45, 46, 50 mit bes. Hinweisen auf die Entlastungsfunktion des Privatrechts von sozialpolitischen Verteilungskämpfen und die Grundvorstellung von der unsichtbaren Hand i.S. von *A. Smith* vs. sichtbare Hand i.S. *E. Mestmäcker*, in Recht und ökonomisches Gesetz, 1978, 100, 114 ff.: Korrekturen durch das Privatrecht nicht, soweit möglich, wohl aber, soweit „nötig“.

<sup>125</sup> S. nochmals *D. Reuter*, a.a.O., vorige Fn. mit besonders interessanten Hinweisen zu den Wohlverhaltenspflichten für Anlagevermittler, ebd. S. 51 ff.; näher s.u. zu IV.3.

<sup>126</sup> Vgl. nur *D. Reuter*, a.a.O., vorvorige Fn.

<sup>127</sup> S. zur MaRisk, CGK und zur internal governance s. Herrmann/Roth, Gesellschafts- und Finanzmarktrecht, in diesem II/III.

Gegensätze zwischen den Marktkritikern um *Sandel* und –befürwortern um *Shiller* relativieren.



## II. Kartellrecht Versicherungen und Banken (in Bearbeitung)

## III. Rechtssubjekte und privatautonome Firmengründung

Do Americans want a government of the people by the people for the people, one conceived in liberty and dedicated to the proposition that all men are created equal? Or do Americans want a government of the corporations by the corporations for the corporations, one dedicated to the proposition that the rich are better than everyone else?

L.-W. Gerad, Int'l Pres. Of United Steelworkers (18.6.2012)

**1. Rechtsfähigkeit und Quasi-Rechtsfähigkeit als kulturübergreifende Fiktionen.** Die Regelungen dieses Abschnitts haben ebenso erstrangige Bedeutung für das Wirtschaften überhaupt wie für das Neue Wirtschaftsrecht im Besonderen. Die Fähigkeit, eigenständig am Geschäftsleben teilzunehmen, begünstigt das Unternehmensgrößenwachstum, so dass Entwicklungen wie die im Einführungszitat angeprangerten möglich werden. Das gilt v.a. für die Rechtsfähigkeit als Personifizierung von international verflochtenen Aktiengesellschaften, für deren Zweckgesellschaften, Holding-Gesellschaften. Es lohnt sich also durchaus zu fragen, ob die Rechtsregeln zur Entstehung von rechtsfähigen Organisationen den Anforderungen an ein neues Wirtschaftsrecht gewachsen sind.

Belege für Missbräuche von Großunternehmen gibt es in der Rechtsgeschichte zu hauf. Schon der englische Bubbles Act v. 1720<sup>128</sup> hatte in der Folge der Schwindelgründungen der South Sea Bubbles die damaligen Korporationen als staatsgefährdend bekämpft und solche mit übertragbaren Anteilen schlicht verboten, um aktuellen Systemgefährdungen dieser Zeit zu bewältigen. Auf deutschem Boden hob zwar später das preußische AktG v. 1843 ein damals bestehendes AG-Verbot mit Genehmigungszwang auf und machte die Gründung seither nur noch von zwingenden organisationsinternen Voraussetzungen abhängig (sog. System der Normativbestimmungen). Doch führte die Finanzkrise der Gründerzeit nach der Reichsgründung v. 1871 zu einer Verschärfung der reichsgesetzliche Vorgaben von 1884, die über das HGB v. 1897 ins heutige AktG übernommen wurden. Für Vereine und Interessenverbände sah man die Staatsgefährdung noch weit dringlicher und führte ein „verschleiertes“ Konzessionssystem<sup>129</sup> noch bis 1918 fort, als es durch die Vereinigungsfreiheit gem. Art. 124 Abs.2 S. 2 WRV ins Normativsystem überführt wurde. Immer noch blieb aber die Möglichkeit der örtlich zuständigen Verwaltungsbehörde, Vereinseintragungen aus politischen Gründen zu untersagen. Erst das Grundgesetz hat dann in Art. 9 Abs. 1 die Vereinigungsfreiheit dahin gehend ausgeformt, dass die behördlichen Untersagungsbefugnisse beseitigt wurden. Heute muss man sich für das neue Wirtschaftsrecht der Frage stellen, ob die Liberalisierungen des Aktien- und Vereinsrechts noch zeitgemäß sind oder modifiziert werden müssen.

**a. Überblick.** Worum geht es bei der Rechtsfähigkeit im Kern? Sie ist nach allgemeiner Meinung die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, d.h. sie ordnet bestehende Rechte den Rechtssubjekten zu, anstatt eigenständig Rechte zu begründen. § 1 legt den Beginn der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen auf die

<sup>128</sup> vgl. F. Kübler, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 6.

<sup>129</sup>

Vollendung der Geburt. Dadurch wird die Leibesfrucht von der Rechtsfähigkeit grundsätzlich ausgenommen, eine Regelung, die außerhalb des Wirtschaftsrechts problematisch erscheinen mag, aber nicht auf ökonomische Zwecke abzielt.

Die juristische Personifizierung von Personengesamtheiten, wie Vereinen (§§ 21 ff.) und Gesellschaften (§ 1 AktG) ist eine rechtstechnische Erfindung, die bereits im klassischen römischen Recht anzutreffen war und bis heute aus ganz praktischen Gründen unverzichtbar ist.

Beispielsweise braucht nicht die Vielzahl der Aktionäre einer Aktiengesellschaft im Grundbuch eingetragen zu werden. Vielmehr genügt es, wenn das Grundbuch den Namen der Aktiengesellschaft als juristische Person ausweist. Je größer eine Personenvereinigung werden kann, umso notwendiger erscheint es, ihr juristische Personenqualität zuzuerkennen, weil es unpraktisch wäre, stets auf viele Gesellschafter abzustellen.

Folgende Rechtsformen lassen sich, geordnet nach den maßgebenden Rechtsquellen, unterscheiden:

### Gesellschaften/Vereine – Überblick

Rechtsformen	Rechtsquellen
eV	§§ 21 ff BGB
GbR	§ 705 ff BGB
Stiftung	§ 80 BGB
OHG	§ 105 II HGB, 705 ff BGB
KG	§ 161 HGB
(GmbH & Co KG)	§§ 161 II, 105 ff HGB, 705 ff BGB
PartG	PartGG
GmbH	GmbHG
AG	AktG
KGaA	§§ 278 ff AktG
Gen	GenG
VVaG	§§ 15 ff VAG
Anstalten Körperschaften Stiftungen	öffentliches Recht, §§ 80 ff. BGB

Hinzu kommen noch die Rechtsformen nach dem Europarecht, insbes. die Societas Europaea (SE), die nach einer EU-Verordnung auch für Deutschland vorgeschrieben wurde und so dann durch das Gesetz zur Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft v. 29.12.2004<sup>130</sup> in näheren Einzelheiten geregelt wurde, soweit die EU-Verordnung dafür einen Spielraum enthielt. In ähnlicher Weise wurde die Europäische GmbH als mögliche Rechtsform geregelt. Die SE hat insbes. für internationale Großunternehmen Bedeutung (s. Allianz-SE).

Während die SE, AG, GmbHs, KGaA, Gen., VVaG Neben, der eV mit ihrer Eintragung im Handelsregister und die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen

---

<sup>130</sup> (BGBl. I, 3675).

öffentlichen Rechts mit ihrer Gründung in vollem Umfang Rechtsfähigkeit erlangen, gibt es noch die sog. quasi-Rechtsfähigkeit für die handelsrechtlichen Personengesellschaften der OHG und der KG und sogar neuerdings auch für die GbR. Diese ist noch nicht sehr alt und wurde vom BGH erst 2001 angenommen sowie auf ausländische Personengesellschaften erstreckt.<sup>131</sup> Im Hinblick auf die grundsätzliche Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, ergibt sich heute kein großer Unterschied mehr zu den voll rechtsfähigen Kapitalgesellschaften.

Einzelheiten gehören ins Gesellschaftsrecht. Folgende rechtliche Fähigkeiten werden auch den quasi-rechtsfähigen GbRs zuerkannt:

zulässig	nicht zulässig
GbR ist Vertragspartner im Außenverhältnis und aktiv parteifähig	aber keine Grundbuchfähigkeit
Namensrecht, Inhaberin einer Marke	aber keine Organhaftung (str.; z. T. abw. Verf./Roth, GesR, Kap. 2, III. 3)
Umwandlung aus OHG/KG/ GmbH	aber nicht, wenn nur 1 Gesellschafter verbleiben würde
Scheck- u. Wechselfähigkeit Insolvenzfähigkeit	keine Erbfähigkeit (str.)
Gesellschafter in Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften	aber keine 1-Mann-GbR (a. A. Verfasser, GesR, a.a.O.)
Offen: Zuzug ausländischer Kapitalgesellschaft (BGH BB 2002, 2031)	z. T. abw. EuGH Inspire Art, s. ebd.
	Keine Ausnahme vom Verbraucherschutz nach § 14 Abs. 2 BGB

Hinzu kommen heute die ausländischen Kapitalgesellschaften aus dem EU-Raum, da diese im Inland als solche tätig ebenso werden können wie inländische Rechtspersonen. Diese Möglichkeit wurde erst vor wenigen Jahren vor dem EuGH erkämpft. In der berühmten Centros-Entscheidung<sup>132</sup> von 1999 bejahte das Gericht die Frage, ob ein dänisches Handelsregister eine englische limited liability company auf Antrag eintragen müsse. Inzwischen hat auch noch das UmwG es in § 122b Abs. 1 möglich gemacht, ausländische Kapitalgesellschaften innerhalb der EU mit solchen des Inlandes zu verschmelzen. Da es hierfür eine EU-Richtlinie gibt, sind die übrigen Mitgliedstaaten der EU ähnlich verfahren. Kapitalgesellschaften können also jetzt

<sup>131</sup> BGHZ 146, 341; dazu Herrmann/Roth, Gesellschaftsrecht, a.a.O., S. 74 ff.

<sup>132</sup> EuGH Slg. 1999 I, 1459=NJW 1999, 2027 - Centros.

ohne Zerschlagung, d.h. ohne Verlust ihrer Rechtsfähigkeit, über die Grenzen ihres Landes ein- und auswandern. Das hat natürlich in erster Linie den Vorteil, dass keine auflösungsbedingten Steuern und andere Sonderkosten anfallen. Aber auch dadurch werden die Flexibilität der Unternehmen und deren internationale Einflussmöglichkeiten erheblich gesteigert.

**b. Zu Systemgefahren durch Unternehmensgrößenwettbewerb.** Vielfach wird angenommen, dass die juristische Personifizierung der Verkehrsteilnehmer zu eigenständigen Rechtssubjekten wesentlicher Entstehungsgrund für anonyme Marktbeziehungen und damit für überlokale, internationale und globale Märkte sei. Das traf schon auf die Fernhandelsbeziehungen des römischen Reiches und später gewiss auch auf die ostindischen Handelskolonien der Niederländer<sup>133</sup> zu. Es gilt erst recht für die modernen weltweiten Vertragsbeziehungen und Vernetzungen von Handel und Industrie. Besonders gut ist dieser Aspekt von sozialhistorischer Seite mit rechtsvergleichendem Blick auf die corporations der USA und die deutsche AG ausgearbeitet und sozialhistorisch belegt.<sup>134</sup>

Aber auch im Recht freier Berufe wird man fündig; und hier wird der Aspekt humaner Verantwortlichkeit besonders deutlich: bis heute dauert ein schon lang anhaltender Kampf gegen Sozietäts- und Rechtsformverbote an. Seitens der Berufsorganisationen wird immer wieder betont, bei Zulassung von anonymen und selbständig rechtsfähigen Kooperationsformen werde ein inhumaner Kapitalismus auch bei den freien Berufen Einzug halten. In erster Linie seien Ärzte und andere Heilberufler mit ihren Patienten davor zu bewahren. Aber auch Juristen, Architekten und Künstler, um nur einige zu nennen, seien in erster Linie ihrer Berufung und nicht der Gewinnmaximierung verpflichtet. In Kapitalgesellschaften regiere aber das Geld und die Gesetze des Wettbewerbs und zudem noch die des Unternehmensgrößenwettbewerbs mit der Folge dass riesige Praxisverbände und internationale Großkanzleien auch in Deutschland aufkommen könnten, wie dies in den USA schon längst und mit höchst bedauerlichen Folgen für die Standesethik der Fall sei. Die überkommene Freiberufskultur werde bedroht, wenn man die freiberufliche Kooperation mit eigener Rechtspersönlichkeit zulasse.<sup>135</sup> Dennoch ließ sich der Trend zur Öffnung für konzessionsfreie Körperschaftsbildung nicht aufhalten. Heute sind auch bei den meisten Freiberufen GmbHs und AGs ebenso zugelassen wie in England und in den USA.<sup>136</sup>

Auf die damit zusammenhängenden Fragen kann hier nicht näher eingegangen werden. Es geht lediglich darum, die Parallelen zur Diskussion von neuen Wettbe-

---

<sup>133</sup> (Britisch-) Ostindische Handelskompagnie v. 1600, niederländisch-ostindische Kompagnie v. 1602, vgl. F. Kübler, Gesellschaftsrecht, a.a.O., S. 5.

<sup>134</sup> S. die Beiträge in N. Horn/Kocka (Hrsg.), Die Entstehung von Großunternehmen, 1976.

<sup>135</sup> Inzwischen ist als eine Art Kompromiss die Partnerschaftsgesellschaft eingeführt worden, die der OHG ähnelt. Z.T. wurden auch Freiberufs-GmbHs und sogar AGs zugelassen, teils aber auch von Genehmigungsvoraussetzungen abhängig gemacht, wie nach dem alten Konzessionssystem für gewerbliche AGs (s.o. vor a); zum Entwicklungsstand s. Römermann, AmwBl. 2009, 681 ff.; zum EU-Recht s. H.Herrmann, in DWS (Hrsg.), Fremdbesitzverbot im Recht der Steuerberater und anderer Freier Berufe, 2010, 71 ff.

<sup>136</sup> Zum int. Rechtsvergleich s. H. Herrmann, Recht der Kammern und Verbände freier Berufe, 1996, S. 243 ff., 272 ff.; ders., wie vorige Fn.

werbsfunktionen auf Märkten mit systemrelevanten Rieseninstituten der Finanzwirtschaft aufzuzeigen. Hier wie dort wurde der ungehinderte Erwerb der Rechtsfähigkeit aufgrund der vollen bzw. teilweisen Einführung des Systems der Normativbedingungen schon in der Vergangenheit kritisiert. Aber zugleich deutet die historische Erfahrung darauf hin, dass eine Rückkehr zum Konzessionssystem oder zu einem „verdeckten Konzessionssystem“ auf Dauer nicht erfolgreich sein kann. Vielmehr haben sich eher Verfeinerungen zu den Vorgaben des Normativsystems als weit mehr erfolgreich erwiesen.

In die gleiche Richtung weisen auch aktienrechtliche Vergleichsforschungen zur Entstehung von Großunternehmen und über die dabei mitwirkenden juristischen Organisationsregeln in der westlichen Welt und in Asien. Denn seit dem ausgehenden 19. Jh. sind in Deutschland und in den USA weitgehend übereinstimmende Vorgänge zur Herausbildung großer Industrieunternehmen und integrierter Konzerne festzustellen, die konstituierend auf ähnliche Grundstrukturen des Kapitalgesellschaftsrechts angewiesen waren.<sup>137</sup> Neuere Arbeiten haben diesen Befund auch für Rechtssysteme in Ostasien erhärtet und mit der Einschätzung verbunden, es handele sich um eine Art interkulturell kompatiblen Vorgang.<sup>138</sup> Die Angleichungsbereitschaft östlicher und westlicher Aktienrechtssysteme zeige, dass insoweit kein unüberwindlicher Kulturkonflikt drohe.<sup>139</sup> Offenbar ist der Bedarf an anonymen organisatorischer Verselbständigung von Privatrechtssubjekten mit der Entwicklung von arbeitsteiligen Wirtschaftssystemen überhaupt verbunden und weder auf die Ausbreitung kapitalistischer Systeme, Noch auf die altliberaler Wettbewerbsmodelle zurück zu führen.

Immerhin lassen die rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Befunde den Schluss zu, dass die Regelungen des BGB zur Rechtsfähigkeit von Personenzusammenschlüssen und Kapitalgesellschaften nicht nur konstituierend für ein arbeitsteiliges Wirtschaften sind, sondern auch zur Entstehung industrieller Großunternehmen nachweislich in ähnlicher Weise beigetragen haben, wie das weltweit der Fall gewesen ist. Auch ist nicht zu übersehen, dass die Normativsysteme in Deutschland und anderen Ländern es ermöglicht haben, für nahezu jeden Zweck sog. Zweckgesellschaften zu gründen. Solche Gründungen stehen seit der Finanzkrise von 2008 ganz besonders in der Kritik. Verbreitet wird gefordert, Zweckgesellschaften schlicht zu verbieten. Nochmals muss betont werden, dass solche Forderungen viel zu weit gehen. Sie wären nach deutschem nicht einmal verfassungsfest und auch mit dem Europarecht nicht zu vereinbaren. Anders ist es nur, wenn solche Gesellschaften von vornherein zu gesetzlich verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken gegründet werden sollen. Denn dann sind die Gründungsbeschlüsse der Gesellschaft als privatrechtliche Rechtsgeschäfte nach §§ 134, 138 BGB nichtig.

Hierzu kommt dem für alle juristischen Personen geltenden Registerzwang und der für das Handelsregister noch zu erörternden Publizität wesentliche Bedeutung zu. Mit den Registeranträgen sind die Gesellschaftszwecke anzugeben und in den Satzungen festzuhalten, so dass sie sich für die Leser und potentiellen Leser der

---

<sup>137</sup> S. die Beiträge in N. Horn/Kocka (Hrsg.), Die Entstehung von Großunternehmen, , a.a.O

<sup>138</sup> Vgl. etwa M. Siems, *Convergence in Shareholder Law*, 2008.

<sup>139</sup> Vgl. nochmals Siems, a.a.O. in Auseinandersetzung mit der eingangs erläuterten These Huntington zum Kulturkampf, s. Huntington, *Der Kampf der Kulturen*, 1997, a.a.O.

Handelsregister<sup>140</sup> relativ leicht feststellen lassen. Zudem wird der über die Eintragung entscheidende Registerbeamte hierauf aufmerksam und kann bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der angegebenen Ziele die Sache dem zuständigen Richter vorlegen. Zwar darf das Registergericht die Eintragung einer AG, GmbH oder eines Vereins nicht deshalb ablehnen, weil die angegebenen Zwecke nicht opportun erscheinen. Aber das ist natürlich anders, wenn die Gründungsbeschlüsse nichtig sind.

Diesem Umstand kann man durchaus auch unter dem Aspekt neuen Wirtschaftsrechts Gewicht beilegen. Die Hypothese liegt nahe, dass die Personifizierung als solche systemneutral, aber notwendige Voraussetzung einer entwickelten Verkehrswirtschaft ist. Kapitalgesellschaften sind nicht durch ihre anonyme Personifizierung sondern allenfalls durch die Möglichkeit von Anteilsverbriefung und bestimmte Formen der shareholders'-Kontrolle konstitutiv. Aber das bleibt Gegenstand der Gesellschaftsrechtsforschung.

**2. Kaufmannsbegriffe und Publizität des Handelsregisters.** Der Kaufmannsbegriff ist Geltungsvoraussetzung der HGB-Normen, die speziell für einen verlässlichen und fungiblen Verkehr von Wirtschaftsunternehmen geregelt sind. Doch stammt das HGB von 1897 und geht in wesentlichen Teilen auf das ältere preußische Handelsrecht zurück. Da die deutsche Entwicklung zu einer Wettbewerbswirtschaft erst Ende des 19. Jahrhunderts einsetzte und vor dem Erlass des GWB im Jahr 1957 nicht wirklich zum Durchbruch kam, kann man schon aus historischen Gründen keinen konstitutiven Zusammenhang zwischen diesem Rechtsgebiet und der wettbewerblichen Organisation der Märkte annehmen.

**a. Ist-Kaufmann, Kann-Kaufmann und Scheinkaufmann.** Allerdings wurde das HGB durch Gesetzesnovelle vom 1.7.1998 sehr weitgehend geändert worden und insbes. zum Kaufmannsbegriff wesentlich modifiziert. Hierfür kann natürlich Anderes gelten als für die ursprüngliche Konzeption dieses Gesetzes. Deshalb wird zunächst auf die gesetzliche Neuregelung näher eingegangen.

Nach § 1 Abs. 1 HGB „ist“ Kaufmann, wer ein „Handelsgewerbe“ betreibt (sog. Ist-Kaufmann). Nach Abs. 2 der Vorschrift ist zunächst der Begriff des Gewerbes oder des Gewerbebetriebes vorausgesetzt. Dieser ist nicht im HGB definiert, sondern ergibt sich aus der Rechtsprechung. Danach wird als Gewerbe „jede selbständige, berufsmäßige Tätigkeit (mit dauerhafter Gewinnerzielungsabsicht)“ verstanden (BGHZ 49, 258, 260; 83, 382, 386). Durch das Definitionsmerkmal der Selbständigkeit werden vor allem Arbeitnehmer vom Kaufmannsbegriff ausgegrenzt, soweit diese für einen Arbeitgeber tätig werden; denn insoweit unterliegen sie dem arbeitsvertraglichen Weisungsrecht des Arbeitgebers (auch sog. Direktionsrecht) und sind deshalb nicht selbständig. Anderes gilt für die arbeitnehmerähnlichen Handelsvertreter i.S. § 84 Abs. 1 HGB. Dort findet sich auch eine Definition der Selbständigkeit: „Selbständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“. Die z.T. engeren Bestimmungen des Gesetzes über die Scheinselbständigkeit kommen insoweit nicht zur Anwendung. Sie dienen steuer-

---

<sup>140</sup> Zur Publizitätsausweitung durch das elektronische Handelsregister s. Herrmann/Roth, Gesellschaftsrecht, a.a.O., S. 45 ff. m.w.Nachw.

rechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Zwecken, so dass ihre Einbeziehung in die Fragen der Kaufmannseigenschaft nicht sachgerecht wäre.

Das Definitionsmerkmal der Berufsmäßigkeit erfordert zunächst nicht, dass die betreffende Tätigkeit hauptsächlich der Erzielung des Lebensunterhaltes dient. Es genügt, wenn nur Nebenzwecke darauf gerichtet sind. Aber die Einkommenserzielung muss doch die Professionalität zumindest auch kennzeichnen. Dadurch soll zunächst ausgeschlossen werden, dass die bloße Verwaltung des Privatvermögens als gewerblich angesehen wird. Hat also ein privater Eigentümer mehrere Eigentumswohnungen, die er vermietet, so wird er dadurch nicht berufsmäßig und gewerblich tätig. Anders kann es nur sein, wenn das verwaltete Privatvermögen etwa eine Anlage von Eigentumswohnungen betrifft, die wie ein Hotel geführt wird. Außerdem kann es so sein, dass die Anlage in der Form einer Personengesellschaft betrieben wird, dann greift § 105 Abs. 2 HGB mit der Folge ein, dass die Personengesellschaft als OHG, also kaufmännisch behandelt wird.

Das Merkmal der dauerhaften Gewinnerzielungsabsicht kommt nach der überkommenen Auffassung noch hinzu. Jedoch wird dies in neuerer Zeit zunehmend bestritten. Vielfach nahm man an, dass freie Berufe, also Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Architekten etc., keine Kaufleute sein sollten. Ihnen war deshalb z.B. die Möglichkeit versperrt, sich in GmbH&Co. KGs zu gemeinsamer Berufsausübung zusammenzuschließen, ein Umstand, der den Gesetzgeber etwa für die Agrarwirtschaft dazu bewogen hat, den § 3 HGB eigens für die Land- und Forstwirtschaft zu schaffen. Streitig war natürlich in diesem Zusammenhang auch, ob die Gewinnerzielungsabsicht wirklich bei den Freiberufen fehlt.

Aber all dies braucht hier nicht mehr näher erörtert zu werden. Denn ein Teil des Streits ist heute hinfällig geworden, nachdem das Gesetz über die Partnerschaftsgesellschaften für freie Berufe seit 1994 verbindlich regelt, dass diese keine Kaufleute sind und deshalb keine KG oder GmbH&Co.KG gründen können, sondern dass für sie nur die Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft in Betracht kommt.

Durch das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht wurden nach der früher h.M. vor allem auch öffentliche Unternehmen vom Gewerbe- und Kaufmannsbegriff ausgeklammert, da diese nach den betreffenden Vorschriften des öffentlichen Rechts häufig keine Gewinne erzielen dürfen, sondern auf bloße Kostendeckung wirtschaften müssen. Diese Bindung bringt es mit sich, dass auch die Rechnungslegungspflichten nicht nach §§ 238 ff., 264 ff. HGB mit voller Publizitätswirkung geregelt sind. Man stelle sich nur vor, dass die Bundeswehr für die Fragen der Beschaffung von Panzern und Flugzeugen oder von Ersatzteilen den Bestimmungen der Rechnungslegungspublizität gemäß §§ 325 ff. HGB unterliegen würden. Dies aber wäre die logische, aber sinnlose Konsequenz, wenn man nicht das Merkmal der dauerhaften Gewinnerzielungsabsicht in die Definition des Gewerbebetriebs aufnehmen würde.

Jedoch kann man zu diesem Ergebnis auch gelangen, wenn man öffentliche Unternehmen als Kaufleute gelten lässt und lediglich die unpassenden Bestimmungen zur Rechnungslegung und dergl. teleologisch reduziert.<sup>141</sup> Man erhält dadurch einen

---

<sup>141</sup> Darunter versteht man eine einengende Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm (näher s. Bd. 2, Kap. 5 I.2.

weiten Kaufmannsbegriff, der v.a. den Vorteil größerer Übereinstimmungen mit dem im Wirtschaftsprivatrecht sonst geläufigen Unternehmensbegriff<sup>142</sup> hat. Man sollte deshalb nicht länger daran festhalten, für die Kaufmannseigenschaft eine dauerhafte Gewinnerzielungsabsicht zu verlangen.

Außerdem ist für den Kaufmannsbegriff nach § 1 Abs. 2 HGB vorausgesetzt, dass der Gewerbebetrieb ein Handelsgewerbe umfasst.

Bis zur erwähnten Gesetzesnovelle vom 1.7.1998 war die Rechtslage insoweit recht kompliziert, weil im § 1 Abs. 2 a.F. einige Berufe aufgezählt waren, aber wichtige gewerbliche Tätigkeiten davon nicht umfasst wurden. Das galt vor allem für die Urproduktion (Steinbruch, Bergwerk etc.) und das Bauhandwerk, aber auch für andere wichtige Dienstleistungen, soweit sie nicht als Banken, Kommissionäre etc. ausdrücklich in § 1 a.F. erwähnt wurden. Dann konnte nur § 2 eingreifen, wonach solche Tätigkeiten unter der Voraussetzung kaufmännisch wurden, dass die Unternehmen im Handelsregister eingetragen wurden (Kaufmann kraft Eintragung). Sie waren also auch dann keine Kaufleute, wenn sie zwar einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderten, aber nicht oder noch nicht im Handelsregister eingetragen worden waren.

Diese Rechtslage hat sich nun geändert. Zunächst sind alle Unternehmen kaufmännisch, die nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (Ist- oder Muss-Kaufmann).<sup>143</sup> Hierfür ist zunächst zwischen qualitativen und quantitativen Merkmalen zu unterscheiden. Der Art nach ist ein Gewerbe dann kaufmännisch, wenn typischerweise auch Kreditgeschäfte getätigt werden, sei es, dass Bankkredite hereingenommen werden, sei es, dass es sich um Lieferantenkredite auf der Ein- oder Verkaufsseite des Unternehmens handelt. Es ist klar, dass in solchen Fällen der Gläubigerschutz des kaufmännischen Rechnungslegungsrechts der §§ 238 ff., 264 ff. HGB Anwendung finden muss. Deshalb ist die Kaufmannseigenschaft nach § 1 Abs. 1 HGB in solchen Fällen zu bejahen.

Nach wie vor wird die bisherige Unterscheidung zwischen industrieller und handwerklicher Produktion Bedeutung haben, weil die qualitative Abgrenzung des kaufmännischen Geschäftsbetriebs hierdurch bestimmt wird. Industrieproduktion erfordert im Regelfall einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb. Die Abgrenzung zwischen industriell und handwerklich ist eine typisierende, d.h. bei mehreren Kriterien müssen nicht alle, sondern nur mehrere, diese aber erheblich ausgeprägt sein. Folgende Merkmale sprechen für handwerkliche Produktion:

- persönliche Mitarbeit des Inhabers;
- vorwiegend ausgebildete Arbeitnehmer sind beschäftigt;
- örtlich eng begrenzter Kundenkreis;
- Produktion auf Bestellung anstatt auf Vorrat.

In quantitativer Hinsicht kommt es vor allem auf das jährliche Umsatzvolumen an, das auf längere Sicht für das betreffende Unternehmen prognostizierbar ist. Eine

---

<sup>142</sup> Vgl. nur § 1 GWB, §§ 15 ff., 293 ff. AktG. Zur wettbewerbsfunktionellen Auslegung des Unternehmensbegriffs vgl. *V. Emmerich*, Kartellrecht, S. 14 ff.

<sup>143</sup> Aus Beweisgründen formuliert § 1 Abs. 2 „es sei denn...Art oder Umfang“. Positiv gewendet müssen also das qualitative und das quantitative Merkmal erfüllt sein.



absolute Größenangabe lässt sich dazu nicht machen. Die Rechtsprechung zeigt aber schon seit einiger Zeit, dass ab 250-350.000,- Euro Jahresumsatz in aller Regel die Kaufmannseigenschaft bejaht wird. Ausnahmen kommen zwar vor, sind aber selten.<sup>144</sup> In einem Fall des OLG Celle handelte es sich um einen Kantinenwirt mit beträchtlichem Jahresumsatz, der aber nur Geschäfte über den Tresen und mit Bargeldzahlung tätigte. Die Kaufmannseigenschaft wurde verneint (OLG Celle, BB 1983, 658, 659).

Liegt keine nach Art und Umfang erforderliche kaufmännische Betriebsführung vor, so kann sich der Geschäftsinhaber dennoch im Handelsregister eintragen lassen. Er muss es aber nicht (§ 2 S. 2 HGB). Ist er eingetragen, so wird seine Kaufmannseigenschaft aufgrund der Eintragung fingiert (Kann-Kaufmann).

§ 2 HGB ist Ausfluss der Privatautonomie.<sup>145</sup> Es bleibt dem Kleingewerbetreibenden selbst überlassen, ob er aufgrund einer Eintragung Kaufmann sein will oder nicht. Lässt er sich aber eintragen, so kommt er nicht nur in den Genuss der Vorzüge des HGB – wie Prokura, Handlungsvollmacht i.S. §§ 48, 54 HGB oder KG-Haftungsbeschränkung gem §§ 161 ff. HGB – , sondern er muss sich auch dem rigor<sup>146</sup> des Handelsrechts beugen, d.h. der Rügepflicht des § 377 HGB genügen, Jahresabschlüsse gem. §§ 238 HGB erstellen, den zwingenden Vorschriften zur OHG gem. §§ 105 ff. HGB entsprechen, soweit er als Personengesellschaft organisiert ist, etc. Die Geltung von Rechtsregeln ist von einer weitgehend freien Entscheidung des Normadressaten abhängig gemacht, die lediglich an die Publizität des Handelsregisters gebunden ist.

Darin liegt eine gewisse Entsprechung zur Öffentlichkeitswirkung des Corporate Governance Kodex (CGK) i.S. § 161 AktG. Die AG braucht dem CGK nicht Folge zu leisten, muss sich aber den Aktionären und damit mittelbar der Öffentlichkeit gegenüber dazu erklären. Ein wichtiger Unterschied zur CG liegt allerdings darin, dass der CGK kein staatliches Recht ist, sondern von einer halb-staatlichen Regierungskommission erlassen ist. Auch wird der Kleingewerbetreibende, der sich nicht ins Handelsregister eintragen lässt, nicht vom Kapitalmarkt abgestraft, weil er sich nicht dem rigor des Handelsrechts unterwirft. Aber die der governance des CGK entsprechende Wirkung liegt darin, dass die erwähnten Vorteile des HGB<sup>147</sup> ohne die öffentlich wirkende Eintragung nicht zugänglich werden.

Nach § 5 führt die Eintragung der Firma im Handelsregister ebenfalls dazu, dass nicht mehr geltend gemacht werden kann, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei (sog. Kaufmann kraft Eintragung).<sup>148</sup> Das war vor der Handelsrechtsreform wichtig, weil der eingetragene sog. Minderkaufmann von einem Teil der handelsrechtlichen Regeln ausgenommen war. Das Gesetz sagt in § 2 HGB aber jetzt, dass das Gewerbe als Handelsgewerbe „gilt“. Die so umschriebene Fiktion führt dazu, dass § 5 HGB weitgehend leerläuft. § 2 ist aber nicht anwendbar,

<sup>144</sup> Nachw. z.B. bei Heymann/Emmerich zu § 2 HGB.

<sup>145</sup> Canaris, Handelsrecht, S. 40, Rdn. 21; allg. zur Privatautonomie s.u. IV.1.

<sup>146</sup> Lateinisch: Strenge.

<sup>147</sup> S. §§ 48, 54, 161 HGB.

<sup>148</sup> Das gilt aber nicht im Strafrecht, so dass sich der irrtümlich eingetragene Nicht-Kaufmann nicht nach § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB strafbar macht, wenn er keine doppelte Buchführung gem. §§ 238 ff. HGB hat.

wenn der eingetragene Betrieb kein „gewerbliches Unternehmen“ ist.<sup>149</sup> § 5 HGB führt dann dazu, dass der Eingetragene z.B. die Folgen einer unterbliebenen Mängelrüge gem. § 377 HGB nicht unter Hinweis auf seine fehlende Kaufmannseigenschaft vermeiden kann.

Nach wie vor große praktische Bedeutung hat dagegen der sog. Formkaufmann. § 6 Abs. 1 HGB erklärt die handelsrechtlichen Vorschriften pauschal für anwendbar, wenn eine „Handelsgesellschaft“ entstanden ist. Daneben regeln die Gesellschaftsrechte z.T., dass mit der Eintragung der betreffenden Gesellschaft im Handelsregister deren Eigenschaft als Handelsgesellschaft fingiert wird (vgl. nur § 13 Abs. 3 GmbHG, § 3 AktG). Bei der OHG und KG ist es etwas komplizierter, weil die §§ 105 Abs. 2, 123 Abs. 2 HGB Sondervorschriften enthalten, die die Kaufmannseigenschaft auch bereits vor der Eintragung begründen, wenn der Geschäftsbetrieb schon aufgenommen worden ist und eine kaufmännische Einrichtung erfordert. Einzelheiten dazu gehören ins Gesellschaftsrecht.

Schon bisher wurden Nicht-Kaufleute, die sich wie Kaufleute verhielten, analog § 5 HGB als Scheinkaufleute in der Rechtsprechung behandelt, obgleich keine Eintragung vorlag. Dabei soll es nach einhelliger Ansicht der Literatur auch bleiben, nachdem § 5 keine eigenständige Bedeutung mehr hat (vgl. nur *K. Schmidt*, NJW 1998, 2161, 2165; *Bülow*, a.a.O. S. 28 ff). Dem wird man zustimmen müssen, da es sich bei § 5 um eine Rechtscheinsvorschrift handelt, während § 2 eine gesetzliche Fiktion darstellt, die für die gleich zu behandelnden Fälle keine rechte Analogiegrundlage geben kann.

Im Scheinkaufmannsrecht wird die Grundstruktur der handelsrechtlichen Rechtscheinhaltung zwar in Umrissen deutlich, doch sind sowohl der Zusammenhang mit den wirtschaftsrechtlichen Steuerungsmodi der Privatautonomie als auch des Vertrauensschutzes seit langem heftig umstritten. Einigkeit besteht aber immerhin darin, dass es um eine Art Verkehrsschutz geht, der vom Schutz einzelner Personengruppen, wie Gläubigern, Verbrauchern, Arbeitnehmern etc., sowie vor inhaltlich bestimmten Gefahren zu unterscheiden ist. In Wahrheit wird aber auch nicht der Verkehr als solcher geschützt, so als wäre der Handelsverkehr ein Selbstzweck. Stattdessen geht es darum, bestimmte Verhaltensstandards und die dazu gehörigen Risikoverteilungen, die im kaufmännischen Geschäftsverkehr normiert sind, vor Verfälschungen zu bewahren. Nachdem bis heute zweifelhaft ist, ob es sich insoweit um einen vertypten Vertrauensschutz<sup>150</sup>, um eine Verkehrsschutzlehre<sup>151</sup>, um ökonomisch effiziente Risikoabsorption<sup>152</sup> oder um eine Art Selbstbindung ohne Vertrag<sup>153</sup> handelt, sollte nicht länger an einer durchgängigen Einheitserklärung festgehalten werden. Für das Scheinkaufmannsrecht weiterführend scheinen die rollensoziologi-

<sup>149</sup> So MünchKomm/*Lieb*, § 5 HGB Rdn. 4 und 5; a. A. *Bülow*, Handelsrecht, 3. Aufl. 1999, S. 26.

<sup>150</sup> Vgl. nur *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 151 ff., 232 ff.

<sup>151</sup> Vgl. nur *K. Schmidt*, Handelsrecht, S. 326 ff.

<sup>152</sup> Vgl. *I. Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, S. 77 ff.

<sup>153</sup> Vgl. *J. Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, S. 103 f., 114; z.T. ähnlich *Stolls* Lehre vom „einseitigen Leistungsversprechen“ als „vertragsähnliche“ Bindung ohne rechtsgeschäftlichen Bindungswillen, ders., F Schr. Flume, 741, 754.

schen<sup>154</sup> und informationstheoretischen<sup>155</sup> Ansätze, die den Haftungsgrund in einem Informationsverhalten im Geschäftsverkehr ohne privatautonomen Bindungswillen sehen. Von da aus ist es nicht mehr weit, den Rigor des Scheinkaufmannsrechts als eine moderne Form der Wirtschaftssteuerung zu begreifen, die Einiges mit der Corporate Governance gemein hat.

Früher sah man die Grundlage für die meisten handelsrechtlichen Wertungen und für das Scheinkaufmannsrecht in überkommenen Ehrvorstellungen der Kaufleute, so dass der ehrbare Kaufmann etwa unverzüglich zu rügen hatte, sich auf Verjährung nicht berief etc. Nach und nach wurde aus dem „ehrbaren“ ein „ordentlicher“ Kaufmann (z.B. in § 32a GmbHG i.V. §§ 129a, 172a HGB), wodurch bereits ein gewisses ordnungsrechtliches Denken anklingt. Der Scheinkaufmann unterliegt dem Rigor des Handelsrechts, weil jedermann im Handelsverkehr bestimmte Ordnungsstandards erwarten können soll. Ausgangspunkt der modernen Überlegungen zum Governance-Modul ist nun, dass dem Handelsrecht an der Förderung des Güterumsatzes besonders liegt<sup>156</sup> und deshalb Anreize zum Schutz des Verkehrs geschaffen werden sollen.<sup>157</sup> Damit lässt sich erklären, weshalb für die Scheinkaufmannshaftung keine privatautonome Willenserklärung mit rechtsgeschäftlichem Bindungswillen oder ein Verschulden auf Seiten des Scheinkaufmanns<sup>158</sup> verlangt wird, sondern die objektive Zurechenbarkeit eines veranlassten Rechtsscheins im Handelsverkehr ausreicht. Deshalb wird z.B. bei Rechtsscheinhandlungen in fremdem Namen nach h.M. vorausgesetzt, dass der Handelnde mit Vertretungsmacht ausgestattet sein muss.<sup>159</sup> Der Nichtkaufmann wird also aufgrund seines bloßen Kommunikationsverhaltens zwingend zu seinem Nachteil dem Handelsrecht unterstellt.<sup>160</sup> Es hätte ihm freigestanden, sich anders zu entscheiden. Aber dafür hätte es einer Erläuterung gegenüber einem unbestimmten Personenkreis künftiger möglicher Vertragspartner<sup>161</sup> bedurft (comply or explain). Die Lehre vom traditionsbedingt ehrenhaften Kaufmann ist in die einer anreizbedingten professional governance<sup>162</sup> eingemündet.

---

<sup>154</sup> Vgl. *J. Limbach*, ZHR 134 (1970), 289 ff.; daran z.T. anschließend *J. Köndgen*, Selbstbindung, 103 f., 359 ff.

<sup>155</sup> Vgl. insbes. *H. Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001, S. 231 ff., der allerdings die Registerpublizität untersucht und die Rechtsscheinhaftung nicht zum zentralen Thema macht, weil insoweit keine Funktionen allgemeiner Öffentlichkeit berührt seien (s. zur Entgegensetzung von Transparenz und Publizität ebd., S. 11 ff.).

<sup>156</sup> So schon *V. Ehrenberg*, Handbuch des gesamten Handelsrechts, 1913, S. 10 ff.

<sup>157</sup> Vgl. *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB-Komm., 5. Aufl., § 15 Rdn. 3b; zust. *Merkt*, a.a.O. S. 239 m.w.Nachw.

<sup>158</sup> Nur Pflichtwidrigkeit bei Rechtsschein durch Unterlassen, vgl. *Baumb./Hopt*, § 5 HGB, Rdn. 11.

<sup>159</sup> Vgl. BGH NJW 1962, 2196; *K. Schmidt*, a.a.O. S. 329, wonach auch Duldungs- oder Anscheinsvollmacht ausreicht (dazu s.u. VI.4d); *Baumb./Hopt*, HGB-Komm., § 5 Rdn. 11.

<sup>160</sup> Ähnlich *Köndgen*, a.a.O., der allerdings scharf zwischen „Handlungs- und Symbolvertrauen“ unterscheidet, S. 102.

<sup>161</sup> Die Unterscheidung dieses Personenkreises von der allgemeinen Öffentlichkeit oder der Öffentlichkeit von Kapitalmärkten veranlasst *Merkt*, außerhalb des Handelsregisters keine Funktionen der Unternehmenspublizität anzunehmen (*ders.*, Unternehmenspublizität, S. 1 ff.), doch ist dies keine Frage der Öffentlichkeit, sondern der sachlichen Marktabgrenzung.

<sup>162</sup> Vgl. – mit Bezug zur Freiberufsethik – *Herrmann*, NWiR 2004, Heft 2, www.nwir.de; *ders.*, in: *Ehlermann* (Hrsg.), European Competition Law Annual 2004, 2006, S. 101 ff..

## b. Handelsregister und Firmenpublizität

**aa. Eintragungspflicht und Privatautonomie.** § 29 HGB statuiert eine Anmeldepflicht für den Kaufmann zur Handelsregistereintragung. Das gilt für den Ist-Kaufmann, der auch ohne Eintragung bereits Kaufmann i.S. § 29 HGB ist (§ 1 HGB). Ist der Unternehmer aber mangels Eintragung kein Kaufmann, so kommt, wie bereits erörtert<sup>163</sup>, § 2 S. 2 HGB in Betracht, wonach der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung im Handelsregister herbeizuführen. Diese Berechtigung folgt rechtssystematisch aus der Privatautonomie<sup>164</sup>, so dass insbes. deren Einschränkung für den Ist-Kaufmann (auch sog. Muss-Kaufmann) einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Dafür wird v.a. der Schutz potentieller Gläubiger vor Eingehung von Verträgen mit kreditgeschäftlichen Bestandteilen herangezogen (z.B. mit Lieferantenkredit durch Vorleistung). Da der künftige Vertragspartner durch den Wettbewerb nicht veranlasst wird, die Nachfrager vorab über seine Kreditwürdigkeit zu informieren, legt das Firmenrecht ein Mindestmaß solcher Informationen fest.

In der ökonomischen Rechtsanalyse ist schon seit Längerem aufgefallen, dass die Eintragungspflicht eine weitreichende Transparenz des Haftungsstatuts mit sich bringt, und dass es insoweit zugleich um Informationen für die Öffentlichkeit geht.<sup>165</sup> Neuerdings hat *Merkt* diese Publizitätswirkung im Rahmen der viel allgemeineren Unternehmenspublizität untersucht und damit den Anschluss an die wirtschaftsrechtliche Diskussion handelsrechtlicher Governance-Module hergestellt. Darauf wird zurückzukommen sein (s.u. zu c.)

**bb. Firmenrechtliche Grundsätze.** Im Handelsregister ist die Firma als Name des kaufmännischen Unternehmens einzutragen (§§ 17, 29 HGB). Man unterscheidet den Firmenkern und den Firmenzusatz (z.B. „Hans Martinsen“ = Kern, „Kohlenhandlung“ = Zusatz; oder „Bosch“ = Kern, „GmbH“ = Zusatz). Beides muss nach § 18 Abs. 1 HGB zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und hinreichende Unterscheidungskraft besitzen (sog. Firmenausschließlichkeit). Es gibt also keinen Grundsatz mehr, wonach der Einzelunternehmer seinen persönlichen Namen für die Firma benutzen muss und die Personengesellschaft den persönlichen Namen mindestens eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters enthalten müsste (so noch § 19 Abs. 1 HGB a.F.). Vielmehr hat die HGB-Reform v. 1998 (BGBl. I, 1474) dem Drängen der Werbewirtschaft nachgegeben, auch die phantasievollsten Bezeichnungen zuzulassen, wenn nur die nötige Unterscheidungskraft gegeben ist (Beispiel: „60 na und?!, OHG“ für ein Unternehmen, das Modenschauen für ältere Damen veranstaltet).

Zur Firmenwahrheit ordnet § 18 Abs. 2 HGB an, dass die Firma keine Angaben enthalten darf, die die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich irreführen geeignet wären. Das betrifft nicht nur die Unterscheidungskraft, sondern z.B. auch die

---

<sup>163</sup> S. o. zu III.2a.

<sup>164</sup> S. nochmals *Canaris*, Handelsrecht, S. 40,ö Rdn. 21.

<sup>165</sup> Insbes. mit Transparenz des Haftungsstatuts, vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl. 2000, S. 534 f.

Haftungsverhältnisse, die Eigenkapitalausstattung etc. Demzufolge darf ein Einzelkaufmann, der mit Industrierohstoffen handelt, sich nicht „INDROHAG“ nennen, weil damit die Rechtsform der AG vorgetäuscht wird, die eine Ausstattung mit einem Mindest-Eigenkapital von 50.000 Euro vorgibt (BGHZ 22, 88). Eine Sondervorschrift enthält § 19 Abs. 2, wonach die GmbH&Co. KG eine Bezeichnung enthalten muss, die die mit dieser Rechtsform verbundene Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der GmbH kennzeichnet.<sup>166</sup> Nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 HGB müssen neuerdings auch alle anderen Gesellschaftsformen mit allgemein verständlichen Abkürzungen versehen werden (OHG, KG, nicht bloß &Co. oder Cies). Die dafür geltende Frist ist gem. Art. 38 Abs. 1 EGHGB am 31.3.2003 abgelaufen.

Nach § 30 HGB wird die Unterscheidungskraft für eine neue Firma auf die bereits bestehenden und ins Register eingetragenen Firmen „in derselben Gemeinde“ begrenzt. Das ist bei einer über die kommunalen und sogar über die nationalen Grenzen hinausgehenden Wirtschaft vollkommen unzureichend. Aber nach § 5 Abs. 2 MarkenG ist ebenfalls die Firma als Unternehmenskennzeichen geschützt; und daraus ergibt sich i.V.m. § 15 Abs. 4 und 5 MarkenG für jeden Inhaber einer Firma ein Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch gegen den Benutzer einer im Geschäftsverkehr verwechselungsfähigen Firma. Dafür kommt es nicht auf die kommunalen Grenzen, sondern auf die sachliche und räumliche Marktabgrenzung ebenso an wie im UWG und im GWB. Deshalb ist hier nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept zu urteilen, so dass aus der Sicht des durchschnittlichen Nachfragers zu fragen ist, ob diese bei ihrer Entscheidung beide konkurrierende Firmen verwechseln können.

Dennoch hat der Firmenschutz nach §§ 17 ff. HGB eigenständige Bedeutung, zumal hierzu nicht nur ein eigenständiger Unterlassungsanspruch (§ 37 Abs. 2 HGB) geregelt, sondern auch eine behördliche Zuständigkeit begründet worden ist, den Verletzer eines bestehenden Firmenrechts zur Unterlassung aufzufordern und notfalls durch Festsetzung eines Bußgeldes zu zwingen (Abs. 1). Der berechtigte Firmeninhaber wird sich also zur Vermeidung von Prozesskosten zuerst immer an die zuständige Handelsregisterbehörde beim Amtsgericht seines Firmensitzes wenden.

Das Verbot der Leerübertragung (§ 23 HGB) ist gegen Missbräuche beim sog. Mantelkauf gerichtet. Beispielsweise wird das Unternehmen einer GmbH aufgegeben, aber die Löschung im Handelsregister nicht vorgenommen, um die Firma an den Gründer eines anderen Unternehmens zu verkaufen. Dadurch wird v.a. vermieden, dass das Registergericht die Mindest-Kapitalausstattung nach § 7 Abs. 2 GmbHG überprüft. Insbesondere bei Einbringung von Sachwerten statt Barkapital kann dies zu erheblichen Irreführungen bei künftigen Gläubigern des Unternehmens führen, da Sacheinlagen bei GmbH-Ersteintragungen voll erbracht werden müssen und nicht unterbewertet dürfen.

Ein weiteres Problem des Firmenschutzes besteht darin, dass einerseits die unverwechselbare Einzigartigkeit der Geschäftsbezeichnung gewährleistet, andererseits aber auch die Möglichkeit gegeben werden soll, dass Geschäftserwerber die Firma fortführen können, wenn das im Markt aufgebaute Image dies sinnvoll erscheinen

---

<sup>166</sup> Nicht mehr zulässig ist auch, der bisherigen Namensfirma „K.&Co.“ den Zusatz „GmbH&Co.KG“ anzuhängen, BGH NJW 1981, 342; f. w. Beisp. S. *Hübner*, Handelsrecht, Rdn. 216.

lässt. Die §§ 21 f., 24 HGB erlauben die Firmenfortführung, so dass insoweit der Grundsatz der Firmenwahrheit erheblich eingeschränkt ist. Deshalb kann man im Zweifel nur anraten, das Handelsregister einzusehen, was nach § 9 Abs. 1 HGB „jedem zu Informationszwecken“ gestattet ist, also kein berechtigtes oder gar rechtliches Interesse voraussetzt. Aber der Übernehmer haftet für die Altverbindlichkeiten, wenn er keinen Haftungsausschluss in das Handelsregister eintragen lassen hat (§ 25 f. HGB). Entsprechendes gilt für die Erbenhaftung und bei Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns (§§ 27 f. HGB).<sup>167</sup>

**cc. Zur Unternehmenspublizität als Governance-Modul.** Der Überblick über das Kaufmanns-, Firmen- und Handelsregisterrecht soll nicht abgeschlossen werden, ohne nochmals<sup>168</sup> das wirtschaftsrechtliche Steuerungsmodul der Publizitäts-Governance zu unterstreichen. Nachdem im Handelsrecht lange Zeit das Vertrauensschutzdenken - also eine hier zum Modul des Schwächerenschutzes<sup>169</sup> gerechnete Vorstellung - dominiert hat<sup>170</sup>, wird heute zunehmend erkannt, dass zumindest im Bereich des Register- und Firmenrechts Verkehrsschutzzwecke überwiegen. Auch dazu ist oben (III.1b(2)) bereits Einiges gesagt. Hier bleibt nur der Versuch von Hanno Merkt zu vertiefen, den Verkehrsschutzgedanken als informationsökonomisch fundiertes Gesamtkonzept der handelsrechtlichen Publizitätsvorschriften zu interpretieren.<sup>171</sup> Die dazu gehörenden Normen der Registerpublizität (§ 15 HGB), der Firmenpublizität (§§ 17 ff. HGB) und der Rechnungslegungspublizität (§§ 325 ff. HGB) werden als Teilbereiche eines „umfassenden Publizitätsprinzips“ aufgefasst<sup>172</sup>, das v.a. durch die Merkmale der Offenlegung, des Verkehrsschutzes und der Anreizsteuerung (statt Straf- und Vollstreckungszwang) geprägt ist. Merkt selbst geht nicht so weit, darin den noch weiter gespannten Zusammenhang zur Governance-Lehre auszuweisen, doch ist dies v.a. zur Rechnungslegungspublizität besonders naheliegend.<sup>173</sup> Im Übrigen ist vorerst nur auf die allgemeine Literatur zur Verallgemeinerbarkeit der Corporate-Governance-Lehren für die nicht börsennotierten AGs, Publikums-GmbHs, Publikums-Personengesellschaften, Interessenverbände und Freiberufskammern zu verweisen.<sup>174</sup> Nur wenige Einzelheiten dazu gehören in ein Lehrbuch, scheinen aber dann auch unverzichtbar, wenn das wirtschaftliche Steuerungskonzept deutlich werden soll.

(1) Registerpublizität: Zur Öffentlichkeitswirkung des Handelsregisters ist rechtstechnisch zwischen der positiven und negativen Publizität gem. § 15 HGB zu unterscheiden. Als positiv bezeichnet man Wirkungen, die von einer tatsächlich vor-

<sup>167</sup> Zur Publizität des Handelsregisters s.u. IV.7e (Prokura).

<sup>168</sup> S. zunächst die allgemeinen Angaben o. I.1 und Anhang 1.

<sup>169</sup> S.u. Anh. 1 zu 2.

<sup>170</sup> Vgl. – grundlegend – *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971.

<sup>171</sup> *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 208 ff., 229 ff.

<sup>172</sup> Ebd. S. 239 Fn. 61.

<sup>173</sup> Vgl. nur *Baetge/Lutter* (Hrsg.), Abschlussprüfung und Corporate Governance, 2003, S. 7 ff.; s. auch die Beiträge von *E. Scheffler* und *Hommelhoff/Mattheus* in: Hommelhoff u.a. (Hrsg.), Hdb. Corporate Governance, 2003, S. 625 ff, 639 ff.

<sup>174</sup> S. die Nachw. o. zu I.2.

genommen Registereintragung ausgehen, während als „negativ“ die Regeln gelten, die von einer eintragungspflichtigen, aber nicht eingetragenen Tatsache ausgehen. Für den letzteren Fall bestimmt § 15 Abs. 1 HGB, dass sich der Betroffene ohne Eintragung nicht von Rechts wegen auf die betr. Tatsache berufen kann. Scheidet also etwa ein OHGist aus der Gesellschaft aus, so kann er sich bei persönlicher Inanspruchnahme für Schulden der OHG gem. § 128 Abs. 1 HGB nicht damit zur Wehr setzen, die Forderung sei nach seinem Ausscheiden begründet worden.<sup>175</sup> Denn „in seiner Angelegenheit“ war die Austrittstatsache einzutragen (§ 143 Abs. 2 HGB). Fortgeltende Richtigkeit wird also unterstellt, solange der Dritte keine positive Kenntnis vom Austritt des Gesellschafters hat. Fahrlässige und nicht einmal grob fahrlässige Unkenntnis schaden nicht. – Ist die Tatsache (positiv) eingetragen und bekannt gemacht, so muss ein Dritter sie nach 15 Tagen gegen sich gelten lassen, wenn er nicht unverschuldet in Unkenntnis war. Ist in unserem Beispiel eine Bank der Forderungsinhaber und hat sie es versäumt, die amtlichen Bekanntmachungen über das Handelsregister zu lesen, so entfällt die Haftung des Ausgeschiedenen nach 2 Wochen nach der betr. Veröffentlichung.

Beide Publizitätsregeln sind bisher teils als Schutz des Vertrauens der Verkehrspartner in die Richtigkeit des Handelsregisters<sup>176</sup>, teils als Folgen bloßen Rechtsscheins<sup>177</sup> interpretiert worden. Dem gegenüber versucht Merkt, eine „allgemeine funktionsorientierte Theorie der Unternehmenspublizität zu formulieren, die an der Marktbezogenheit der Publizität ausgerichtet ist“.<sup>178</sup> Es gehe um Verkehrerschutz, da Vertrauensschutzerwägungen allenfalls eine untergeordnete Rolle spielen könnten, wenn zu § 15 Abs. 1 HGB nicht einmal grobe Fahrlässigkeit schadet<sup>179</sup> und zu § 15 Abs. 2 immerhin noch die Beweislast für Fehlen leichter Fahrlässigkeit umgekehrt ist.<sup>180</sup> Der Regelung des § 15 HGB komme eine „wichtige Entlastungsfunktion zu, die dem Unternehmer...aufwendige anderweitige Informationsmaßnahmen erspart“.<sup>181</sup> Demzufolge gehe es um Anreize, den Kaufmann, um dessen Angelegenheiten es bei der Eintragung geht, zur richtigstellenden Korrektur zu veranlassen und ihm nicht etwa durch Übertreibungen des Vertrauensschutzes funktionswidrige Vorteile zu gewähren. Aus diesem Grund wird etwa die Ansicht bekämpft, wonach § 15 Abs. 1 HGB sogar bei fehlender Voreintragung greife.<sup>182</sup>

---

<sup>175</sup> Unabhängig davon läuft eine Verjährungsfrist von 5 Jahren für Altverbindlichkeiten, § 160 Abs. 1 HGB.

<sup>176</sup> Vgl. – grdl. – *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 151 ff.; *ders.*, Handelsrecht, S. 50 ff.

<sup>177</sup> *John*, ZHR 140 (1976), 236, 240: typisiertes Vertrauen; GroßKomm HGB/*Hüffer*, § 15 HGB Rdn. 24: generalisiertes bzw. formalisiertes Vertrauen; *Schilken*, AcP 187 (1987), 6; MünchKomm/*Lieb*, § 15 HGB, Rdn. 31: abstraktes Vertrauen.

<sup>178</sup> A.a.O., S. 228, 229 ff., 240 ff. mit Parallelen zur Publizität des Grundbuchs.

<sup>179</sup> Vgl. § 892 Abs.1 S. 1 BGB, wofür ebenfalls Verkehrsschutzzwecke maßgebend sind; näher Bd. 2 S. 54 f.

<sup>180</sup> Dazu *Merkt*, a.a.O. S. 232; in Anlehnung an *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB, 5. Aufl. § 15 HGB, Rdn. 2 ff.; GroßKomm HGB/*Hüffer*, § 15 HGB Rdn. 24, 44 ff.

<sup>181</sup> Ebd. S. 235 mit MünchKomm/*Lieb*, § 15 HGB, Rdn. 10.

<sup>182</sup> Vgl. nur MünchKomm/*Lieb*, § 15 HGB, Rdn. 20 ff.; dagegen *Merkt*, a.a.O. S. 236 f.; ähnlich restriktiv auch zur sog. Rosintheorie, ebd. S. 234; dafür aber *John*, ZHR 140 (1976), 236, 254; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 14 II.4.

Fragt man noch weitergehend, ob Ähnlichkeiten zur *governance* i.S. der CG bestehen, so fällt in erster Linie auf, dass es auch hier – wie beim Kann-Kaufmann<sup>183</sup> – der Privatautonomie des Begünstigten anheim gestellt ist, ob er sich auf die Publizitätswirkungen i.S. § 15 HGB berufen will. Jedoch wirkt etwa die kurze 15-Tagesfrist des § 15 Abs. 2 HGB dahingehend, dass der Betroffene, in dessen Angelegenheit die Eintragung vorzunehmen ist, veranlasst wird, alsbald für Richtigstellung des Registers zu sorgen.

(2) Firmenpublizität: Auch im Firmenrecht haben Merkt u.a. verallgemeinerbare Publizitätsregeln nachgewiesen, die in ein Gesamtkonzept der Unternehmenspublizität und damit zu den *Governance*-Lehren passen.<sup>184</sup> Es gehe nicht nur um die Offenlegung der Haftungsverhältnisse zum Schutz der Gläubiger<sup>185</sup>, sondern um die Bewahrung des „Goodwill“ mit Informations- und Orientierungsfunktionen auf den Güter- und Kapitalmärkten.<sup>186</sup> Wegen näherer Einzelheiten muss auf die zitierte Literatur verwiesen werden.

Wichtiger scheint der Umstand, dass sich das hier sog. *Governance*-Modul sogar auch in den Vorschriften zum Haftungsausschluss bei Firmenfortführung nachweisen lässt. Will der Erwerber eines kaufmännischen Unternehmens entgegen § 25 Abs. 1 HGB nicht für die „gekauften“ Altverbindlichkeiten haften, obgleich er sich die Vorteile der Firmenfortführung zu Nutze macht, so muss er diesen Haftungsausschluss, wie bereits erörtert, gem. § 25 Abs. 2 HGB öffentlich kundtun, indem er im Handelsregister eine entsprechende Eintragung vornehmen lässt, die mit den amtlichen Bekanntmachungen in den dafür vorgesehenen Medien der Allgemeinheit mitgeteilt wird. Daneben genügt zwar auch die Individualmitteilung, aber wegen der Unabsehbarkeit der Gläubigervielfalt des Altinhabers hilft praktisch allein der Handelsregistereintrag weiter. Verzichtet der Unternehmenskäufer nämlich darauf, den Betrag der Altverbindlichkeiten vom Kaufpreis abzuziehen, so muss er weitgehende Sicherheit haben, nicht doch noch von einem übersehenen oder versteckten Gläubiger in Anspruch genommen zu werden. Das kann erreicht werden, wenn die Eintragung des Haftungsausschlusses erfolgt, bekannt gemacht ist und danach 15 Tage verstrichen sind, ohne dass der Gläubiger davon Kenntnis erlangt hat oder hätte Kenntnis erlangen müssen (§ 15 Abs. 2 S. 2 HGB).

Der Sinn der Regelung besteht aber trotz der Risikoverbesserung für den Käufer nicht primär im Schutz seiner Erwerberposition; denn dessen Interesse wäre mit einem abdiskontierten Schätzungsbetrag und entsprechender Kaufpreisminderung ebenso gedient. Vielmehr wird die Leichtgängigkeit des Verkehrs und damit letztlich der Markt für Unternehmensverkäufe gefördert, indem der vom früheren Inhaber aufgebaute Goodwill des Unternehmens übertragbar gemacht und zudem dafür gesorgt wird, dass der Erwerber die damit übernommene Verantwortung nicht zurückweisen kann, wenn er dies nicht zuvor öffentlich erklärt. Die Regelung

---

<sup>183</sup> S.o. zu III.2a.

<sup>184</sup> Merkt, a.a.O. S. 244 ff.; im Ansatz ähnlich Weber, Das Prinzip der Firmenwahrheit im HGB und die Bekämpfung irreführender Firmen nach dem UWG, 1984.

<sup>185</sup> Vgl. nur § 25 Abs. 2 HGB zum eintragungspflichtigen Haftungsausschluss bei Firmenfortführung.

<sup>186</sup> S. 247 im Anschluss an Weber, Firmenwahrheit, a.a.O. S. 27 f. und an den HGB-Reformentwurf der Bund-Länderkommission, ZIP 1994, 1407 ff.



kommt, wie die meisten Governance-Module, fast ohne Zwang aus und setzt den Erwerber lediglich unter den bekannten Compliance-Druck, bei Nichtbefolgung öffentlich erklären zu müssen (comply or explain).

**c. Zum interkulturellen Vergleich handelsrechtlicher Publizitätsnormen.** Der Kaufmannsbegriff ist im internationalen Vergleich ein deutsches und österreichisches Unicum. Anders ist es jedoch bis zu einem gewissen Grade um die registerrechtliche Publizität bestellt. Sowohl das französische als auch das englische und U.S.-amerikanische Recht kennen Unternehmensregister. Auch wenn dort kein Äquivalent für die feinen Unterschiede zwischen positiver und negativer Publizität i.S. § 15 HGB feststellbar ist, gibt es die wirtschaftlichen Öffentlichkeitswirkungen der Registrierung, die hier als Registerpublizität interpretiert wurden. Oben (zu II.3) ist schon bemerkt, dass insoweit Steuerungseffekte in mehrerer Hinsicht intendiert und bewirkt werden. Zusammenfassend gehen diese dahin, dass

- die etwa persönlich haftenden Inhaber und Gesellschafter leicht feststellbar sind, insbes. auch durch die Einführung des elektronischen Handelsregisters;
- Sitz und Zweigstellen ausfindig gemacht werden können, um die Haftung von Gesellschaften mit Haftungsbeschränkung zu verwirklichen;
- die verantwortlichen Geschäftsführer namentlich zu kennen;
- Jahresabschlüsse selbst einzusehen und im Ernstfall schlechter Unternehmensführung einem immer drohenden Zugriff der Medien und der allgemeinen Öffentlichkeit auszusetzen (präventive Überwachungsfunktion);
- Zumindest bei Einleitung von Insolvenzverfahren informiert zu sein.

Im Gegensatz zur CG i.S. § 161 AktG ist damit zwar nicht verbunden, dass die Befolgung bestimmter über die Bilanzierungsgrundsätze (GoB) hinausgehende Prinzipien der Unternehmensführung öffentlich erklärt wird. Aber allein registerrechtliche die Bilanzpublizität für kaufmännische Unternehmen hat Steuerungswirkung. Diese steht nach der HGB-Reform von 1998 jedem gewerblichen Unternehmen offen und dürfte damit eine Erweiterung erfahren haben. Man kann darin einen positiven Beitrag zur Entwicklung einer verantwortungsgesteuerten Wettbewerbswirtschaft sehen.

*Ende der zugriffsfreien Internetversion in [www.assuranced.de](http://www.assuranced.de)*