

Grundlehren des Bürgerlichen Rechts und Handelsrechts, Band 1 (Einleitungsteil)

3. wesentlich überarbeitete Auflage, 2004

von Prof. Dr. Harald Herrmann

I. Einleitung	1
II. Methodische Grundlegung	4
1. Funktionales Wirtschaftsrecht und privatrechtliche Steuerungsmodule.....	4
a. Wirtschaftsordnungsrecht (14)	
b. Wirtschaftslenkungs- und Wirtschaftssteuerungsrecht (7)	
c. Internationale Dimension (7)	
d. Wirtschafts- und rechtswissenschaftliche Leitbilder und Steuerungsmodule (8)	
e. Governance-Module (14)	
f. Grenzen der Ökonomisierung (nicht abgedr.)	
2. Auslegungsmethoden (nicht abgedr.)	
3. Methodenlehre der wirtschaftsrechtlichen Beratung.....	18
a. Lösung von Einzelfällen (18)	
b. Rechtliches Risikomanagement (26)	
c. Zur Methodologie (29)	
d. Ablaufschema (32)	
V. 6. Fallstudie Lieferservice plus	

I. Einleitung

Mit diesem Lehr- und Lernbuch verfolgt der Autor den Zweck, auf die unternehmerische Praxis des Wirtschaftsrechts so vorzubereiten, wie es der gegenwärtig absehbaren Ausrichtung auf international funktionsfähige Steuerungskonzepte entspricht. Als zentrale Kriterien für die Auswahl und inhaltliche Gewichtung des Stoffes werden die wirtschaftsrechtlichen Sinnbezüge des BGB, HGB und der dazugehörigen Nebengesetze herangezogen. Dabei wird das heute vorherrschende Konzept des Wirtschaftsrechts zum Ausgang genommen, das nicht die Breite der für Unternehmen relevanten Regelungsmaterien zum Wirtschaftsrecht rechnet, sondern im Kern auf den funktionellen Zusammenhang mit den Bestimmungen des deutschen und europäischen Kartell- und Lauterkeitsrechts (Wettbewerbsrecht) abstellt. Deshalb wird vor dem Einstieg in die materiellen Regeln über Rechtssubjekte, Rechtsgeschäfte und Verträge ein Überblick über die Wettbewerbstheorie

und das Kartellrecht gegeben. Dadurch sollen die Normen zur Rechtssubjektivität und zur Vertragsfreiheit der Teilnehmer des Wirtschaftsverkehrs von vornherein in ihrer wettbewerblichen Funktionsweise verdeutlicht werden.

Durch diese Akzentuierung wird der Leser an zahlreichen Stellen des Buches an die sog. ökonomischen Rechtsanalyse (ÖAR) herangeführt. Dieser Hintergrund wird im Methodenteil (II.) näher erläutert. Von vornherein sei aber gesagt, dass hier nicht bezweckt ist, ein neues Lehrbuch zur ÖAR des Privatrechts vorzulegen.¹ Die ÖAR ist im Kern eine Wirtschaftswissenschaft, die die ökonomischen Auswirkungen geltenden und geplanten Rechts untersucht und von Juristen als Hilfsmittel bei der Entscheidung über Zweifelsfragen herangezogen werden kann. Nur in einem Teilbereich hat sich die ÖAR einen festen Platz innerhalb der Rechtswissenschaft „erobert“, in der sog. Leitbildforschung.² Man untersucht, ob das Recht Zwecke verfolgt, die im Rahmen ökonomischer Leitvorstellungen interpretiert und implementiert werden können. Das Recht macht sich die wirtschaftswissenschaftlichen Konzepte sozusagen zueigen und prägt sie im Rahmen seines Systems weiter aus. Diese ökonomische Rechtsforschung ist originär rechtswissenschaftlich und für den Rechtsunterricht von Wirtschaftswissenschaftlern unverzichtbar. Die Analyse wirtschaftsrechtlicher ökonomischer Leitbilder wird deshalb zentraler Gegenstand dieses Lehrbuchs sein.

Diese ökonomisch-rechtsanalytische Sicht ist nun neuerdings besonders durch die Entdeckung der sog. Publizitätseffekte im Handels- und Privatrecht vorgebracht worden. Zwar gab es schon bisher zahlreiche Stimmen, die den Wettbewerbsbezug des Vertragsrechts im Allgemeinen³ und das AGB-Recht im Besonderen⁴ mit dem Schutz der Markttransparenz in Zusammenhang gebracht haben. Doch hat neuerdings v.a. *H. Merkt*⁵ darauf aufmerksam gemacht, dass die handelsrechtliche Register-, Firmen- und Rechnungslegungspublizität einem einheitlichen Konzept folgen, das auf informationsökonomischen Grundlagen zur (Kapital-) Marktsteuerung beruht. Diese Sicht wird im Folgenden als weiteres Leitbild der

¹ Statt dessen *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2. Aufl. 1995.

² Vgl. grundlegend *Kartte*, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, 1969; zum aktuellen Streit um das europarechtlich etablierte Leitbild mündiger und informierter Verbraucher s. *Herrmann*, ZEuP 1999, 663 ff.; näher s.u. zu II.1.

³ Vgl. – grundl. – *Köndgen/König*, ZIP 1984, 129, 137, passim.

⁴ Vgl. nur *Köndgen*, NJW 1989, 943, 950; *I. Koller*, in: F Schr. Steindorff, 1990, 667, 681 ff. *Herrmann*, DZWiR 1994, 45 f.; für die Gegenansicht ist im Zusammenhang der im Folgenden behandelten Governance-Aspekte bes. bemerkenswert *Baums*, WM Sonderbeilage 2/1987, S. 13.

⁵ *H. Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 228 ff., 244 ff.

wirtschaftsrechtlichen Steuerung berücksichtigt und – etwa mit Blick auf die Bestimmtheits- und Bestimmbarkeitsgebote oder die für AGBs geltenden Transparenzvorschriften – weitergeführt werden.

Was sich dabei ergibt, ist ein vom Handels- und Wettbewerbsrecht nur noch graduell und in Einzelanforderungen unterschiedenes, nicht aber prinzipiell abgetrenntes Wirtschaftsprivatrecht.⁶ Zuzugeben ist, dass der Wandel vom Recht privater Persönlichkeitsentfaltung⁷ zum funktionsadäquaten Wirtschaftsordnungs- und Wirtschaftssteuerungsrecht noch längst nicht abgeschlossen und nicht einmal in seinem Ausmaß vollständig eingeschätzt werden kann. Doch hindert dies nicht, die neue Richtung und wichtige Eckpunkte des Entwicklungsstandes zu kennzeichnen.⁸

Anders als herkömmliche Lehrbücher des Privatrechts, die primär auf die Ausbildung für sog. volljuristische Berufe, wie Richter und Rechtsanwälte ausgerichtet sind, kann und muss der Lehrstoff für Wirtschafts- und Sozialwissenschaftler in großem Umfang international ausgerichtet sein kann. Während deutsche Gerichte regelmäßig deutsches Recht anzuwenden haben und nur in Sonderfällen europäisches oder UN-Recht berücksichtigen müssen, sind die Manager von Großunternehmen und mittelständischen Betrieben sowie deren Unternehmens- und Steuerberater heutzutage bereits in erheblichem Umfang, wenn nicht gar überwiegend, mit internationalen Sachverhalten konfrontiert, auf die ausländisches und/oder transnationales Recht Anwendung finden kann. Rechtsvergleichende Aspekte werden deshalb in diesem Lehrbuch, soviel wie bei einem Einführungswerk nur eben möglich, angesprochen werden.

Soviel zu den rechtsdogmatischen und berufspädagogischen Absichten. Zudem sei in aller Kürze⁹ noch ein Wort über die Wissenschaftlichkeit des wirtschaftsrechtlichen Universitätsstudiums gesagt: Alles Folgende zielt in 1. Linie darauf ab, den Ökonomen für die wirtschaftsrechtliche Entscheidungspraxis im Unternehmen, als Freiberufler oder bei Verwaltungsbehörden und Verbänden, dazu befähigen, wissenschaftlich überzeugend zu argumentieren. Im Unterschied zu den meisten Fachhochschulausbildungen, die bei der neuen Ausbildung zum Wirtschaftsjuristen geradezu eine Vorreiterrolle gespielt haben, geht es in der Nürnberger Universitätsausbildung weniger um den Erwerb technokratischer Fähigkeiten als um wissenschaftliche Fundierung. Zwar ist die Vision einer politischen und wirtschaftlichen Vormachtstellung des technokratischen Mittelmanagements (techno-structure), die der

⁶ Vgl. auch die jüngste Verabschiedung des Gesamthandsmodells zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts zugunsten des bei der OHG unstr. geltenden Quasi-Rechtsfähigkeit; näher s.u. V.1b, S. 115 ff., 116.

⁷ Vgl. dazu insbes. *Hedemann*, Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, Ein Überblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz, Bd. 1 und 2, 1910-1935.

⁸ In dieser Richtung auch *H.P. Westermann*, NJW 1997, 1 ff.

⁹ Zum Problem einer Einleitungswissenschaft im Recht s. *H.Herrmann*, BGB-Allg.Teil, 1997 S. 17.

amerikanische Ökonom Kenneth Galbraith vor mehr als 40 Jahren entwickelt hat¹⁰, heute in vielem noch gültig. Nach wie vor grundlegend ist seine Darstellung einer zunehmenden Technologiebestimmtheit großer und mittlerer Organisationen in Wirtschaft und Politik; und es wundert demzufolge nicht, dass mit ihr der Bedarf an rein anwendungs- und praxisorientiert ausgebildeten Betriebswirten steigt. Aber daneben wird doch auch zunehmend erkannt, dass vor allem längerfristige strategische Führungsentscheidungen mehr voraussetzen. Der kompetente Umgang mit den wissenschaftlichen Grundlagen der betriebs- und volkswirtschaftlichen Fächer ist auch heute noch unverzichtbar, wo nachhaltig erfolgreiche Neuerungen ermöglicht werden sollen. Das gilt sowohl für die Fundamente der Betriebs- und Volkswirtschaftslehre selbst als auch für die der Nebenfächer, zu denen auch das Wirtschaftsrecht gehört. Es wird zu zeigen sein, dass ein kompetenter Umgang mit dem Wirtschaftsrecht nicht ohne Grundkenntnisse vom Wettbewerb und seiner sozialetischen Legitimation sowie von den Grenzen wettbewerblicher Verantwortungsethik möglich ist.

Examen und insbes. Fallklausuren stehen zu diesem Ziel in einer merkwürdig verquerten Beziehung: zwar ist die Fallproblematik stets auf einen konkreten Lebenssachverhalt bezogen und deshalb deutlich praxisorientiert. Aber die abgeprüften Rechtsfälle sind oft gar nicht oder zu wenig mit institutionellen Grundfragen und ökonomisch-rechtswissenschaftlichen Legitimationsproblemen verbunden. Deshalb tut der Student gut daran, das Examen als notwendiges Übel zu betrachten.¹¹

II. Methodische Grundlegung

Wissenschaftliches Arbeiten zeichnet sich wesentlich dadurch aus, dass es methodisch angeleitet ist. Bei aller Bemühung um Praxisrelevanz ist deshalb ein Methodenteil unverzichtbar, will man den vom Fachhochschulunterricht und vom Lehrbetrieb an amerikanischen Law Schools und Business Schools unterscheidenden Anspruch wissenschaftlicher Fundiertheit nicht aufgeben. Für die Einführungszwecke genügt es allerdings, sich Klarheit über Besonderheiten des Umgangs mit Recht für Wirtschaftswissenschaftler zu verschaffen sowie die Grundzüge der Technik der Rechtsanwendung und der rechtlichen Entscheidungsfindung kennenzulernen.

1. Funktionales Wirtschaftsprivatrecht und privatrechtliche Steuerungsmodulare

Der größte Teil wirtschaftswissenschaftlicher Studenten wird nach dem Examen in gewerblichen oder freiberuflichen Unternehmen tätig sein und dort – neben vielen anderen fachwissenschaftlichen Orientierungen – informiert über Vertragsgestaltungen und die

¹⁰ J.K. Galbraith, Der amerikanische Kapitalismus im Gleichgewicht der Wirtschaftskräfte, 1956.

¹¹ Auf keinen Fall darf man sich anhand einzelner Klausurergebnisse selbst als guten oder schlechten Juristen einschätzen. Fast jeder gute Jurist setzt auch mal eine Klausur in den Sand. Wichtig ist nur, dass das nicht zur Regel wird, und dass v.a. auch gelegentlich gute und sehr gute Klausurergebnisse zu verzeichnen sind.

Befolgung der dafür maßgebenden rechtlichen Rahmenbedingungen zu entscheiden haben. Demzufolge ist es naheliegend anzunehmen, dass die Stoffauswahl im Rahmen der betriebs- und volkswirtschaftlichen Fächer ausschließlich auf das Wirtschaftsrecht beschränkt werden kann und muss; denn jede weitergehende Einbeziehung von Rechtsbereichen würde eine hoffnungslose Überforderung der Studenten bedeuten.

Eine gewisse Schwierigkeit besteht allerdings zunächst schon darin, dass das, was das Wirtschaftsrecht wesentlich ausmacht, umstritten ist. Ein Teil der Lehre nimmt an, dass der Begriff des Wirtschaftsrechts auf die allein oder primär für Unternehmen geltenden Rechtsnormen zu beschränken ist¹². Die Gegenansicht stellt statt dieser inhaltlichen Sicht mehr funktionell darauf ab, dass Wirtschaftsrecht die Wirtschaft als System oder Institution normiert¹³. Der Meinungsstreit soll hier nicht näher diskutiert werden, weil die funktionelle Sicht heutzutage deutlich überwiegt.¹⁴ Allenfalls ergänzend kommt auch die unternehmensrechtliche Konzeption von Wirtschaftsrecht in Betracht. Hinzu kommt, dass es für die hier bezweckte didaktische Besinnung gar nicht auf die genaue rechtsdogmatische Abgrenzung von Privat- und Wirtschaftsrecht ankommt. Es genügt vielmehr zu erkennen, dass der Wirtschaftsrechtler weit mehr als der Justizjurist mit Rechtsregeln zu tun hat, die wesentlich von ökonomischen Zielvorstellungen und Funktions-zusammenhängen, wie dem Markt, dem Wettbewerb, dem Verbraucher- und Umweltschutz oder dem Ausgleich von Informationsasymmetrien, geprägt sind. Das Konzept inhaltlich-unternehmensbezogenen Wirtschaftsrechts wird deshalb im Folgenden zugunsten der funktionellen Sicht vernachlässigt.

a. Wirtschaftsordnungsrecht: Für das funktionale Wirtschaftsrecht ist darauf abzustellen, dass die Regelung wesentlich auf die Wirtschaft als System einwirkt. Dabei kommt es nicht allein auf die subjektiven Zwecksetzungen der Gesetzgebungsgremien, sondern auch auf die objektiven sog. Wertungszusammenhänge an, die v.a. an die ökonomischen Systemfunktionen anknüpfen. In jeder der drei genannten Hinsichten ist von der Grundeinschätzung der Wirtschaftsformenlehre auszugehen, dass das deutsche und das europäische Wirtschaftssystem eine Mischform (mixed economy)¹⁵ darstellen, die immer noch am besten als soziale Marktwirtschaft oder Wettbewerbswirtschaft gekennzeichnet werden kann.

¹² Vgl. *Koppensteiner*, Zeitschr. f. Rechtstheorie 1973, 18 ff.; krit. *L. Raiser*, ZHR 1979, 338, 339.

¹³ Vgl. *W.Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Bd. 1 1983 S.29 f., 31 ff. mit international vergleichenden Angaben.

¹⁴ Vgl. die Angaben bei *Schanze*, Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaftslehre, in: Wittmann u.a. (Hrsg.) Hwb. der Betriebswirtschaft, Teilbd. 3, 1993 Spalte 3759, 3762 f.

¹⁵ Vgl. nur *H.D.Assmann*, Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy, 1980.

Ohne auf das im Einzelnen oft sehr streitige Mischungsverhältnis von Markt- und Wettbewerbsfunktionen und sozialen Lenkungszielen näher einzugehen, ergibt sich für die Abgrenzung des Wirtschaftsrechts zunächst, dass dieses Rechtsgebiet in erster Linie die für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs erheblichen Normen umfasst, d.h. es geht zuallererst um die sog. Rahmenbedingungen wettbewerblichen Wirtschaftens. Rahmenbedingungsrecht zielt - grob vereinfacht - nicht auf eine Korrektur von Marktergebnissen, sondern hat lediglich den Zweck, die Ausübung der Wettbewerbsfreiheiten vor wettbewerbsstörendem Missbrauch zu bewahren. 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.¹⁶

Das Nähere dazu kann der Leser bei erster Lektüre getrost überspringen, da hier Vorstellungen von ganzen Rechtsgebieten vorausgesetzt werden, die teils erst im weiteren Verlauf des Buches, und teils sogar erst im Hauptstudium behandelt werden. Man wird zunächst danach zu unterscheiden haben, ob es sich um wettbewerbliche Rahmenbedingungen oder „nur“ um Verhaltensnormen handelt, für die im Wettbewerb wichtig ist, dass sie für alle Teilnehmer gleichermaßen gelten (sog. *par condiciones concurrentium*)¹⁷. Zu ersteren gehört natürlich das Wettbewerbs- und Kartellrecht, das im Grundstudium lediglich in seiner Grundkonzeption erfasst und erst im Hauptstudium des Näheren behandelt wird. Aber inwieweit auch das Bürgerliche Recht, das Handels- und Gesellschaftsrecht sowie das Arbeitsrecht Wirtschaftsrecht darstellen, hängt davon ab, ob der Wettbewerbszusammenhang objektiv oder subjektiv intendiert ist, oder lediglich dadurch bewirkt wird, dass bei Rechtsbruch wettbewerbsverzerrende Vorsprünge entstehen können. Auch hierzu muss die Angabe von Kernbereichen der Wirtschaftsrechtsausbildung genügen:

Allgemein anerkannt ist der wirtschaftsrechtliche Belang v.a. bei grundlegenden Bestimmungen des Vertragsrechts, die den engen Zusammenhang der Wettbewerbs- und Vertragsfreiheiten sowie den Schutz vor wettbewerbswidrigem Missbrauch berühren.¹⁸ Entsprechendes gilt natürlich auch und erst recht für das Handelsrecht. Deshalb ist die hierauf Bezug nehmende Ausbildung des Grundstudiums bereits genuines Wirtschaftsrecht.

¹⁶ Zum Ganzen s. den Überblick bei Hönn, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, 1982, S.30 ff.; zur wirtschaftswissenschaftlichen Orientierung s. I. Schmidt, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 7. Aufl. 2001, S. 14 ff.

¹⁷ S. näher Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, § 1 Rdn.608 u.ö.

¹⁸ Grundl. E.-J.Mestmäcker, *AcP* 1968, 235 ff.; neuerdings, wenngleich mit anderem Akzent, J. Drexl, *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 neustens gerade noch durchgehen lassen?

Soweit das Gesellschafts- und Arbeitsrecht Vertragsrecht ist, nimmt es an dieser Einordnung teil. Aber auch für das Delikts- und Bereicherungsrecht sind derartige wettbewerbliche Zusammenhänge größtenteils anerkannt, so dass etwa das Produkthaftungsrecht zwanglos zum Wirtschaftsrecht rechnet. Zum Sachenrecht sind die wettbewerblichen Bezüge weniger weitreichend, aber unverkennbar zumindest auch insoweit vorhanden, als es um Kreditsicherungszwecke und -funktionen geht, die auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in den Finanzmärkten einzuwirken bestimmt sind.¹⁹

b. Wirtschaftslenkungs- und Wirtschaftssteuerungsrecht: Außerdem werden dem Wirtschaftsrecht auch das Wirtschaftslenkungsrecht und das Wirtschaftssteuerungsrecht zugeordnet. Beide Begriffe verwendet man oft unterschiedlich, z.T. überschneiden sie sich aber auch. Steuerungswirkungen gehen über Lenkungszwecke v.a. insofern hinaus, als sie auch mittelbare Lenkungsmodi umfassen.²⁰ Aber auch hierzu kommt es wiederum nicht auf die Feinheiten der neueren Staatsaufgabenlehre, sondern nur auf konkrete Angaben zu den Kernbereichen an.

Im Privatrecht²¹ trifft man solche Lenkungsmodi vor allem bei den meisten Vorschriften zum Verbraucherschutz an, wie etwa im Recht der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff.), das weitgehend auf außerwettbewerblichen Steuerungsmodi aufbaut. Aber auch das Verbraucherkaufrecht (§§ 475 ff.) und das Verbraucherkreditrecht (§§ 491 ff.), sowie weite Teile des Gläubiger- und Minderheitenschutzes im Handels-, Bilanz-, Gesellschafts- und Konzernrecht setzen nicht wettbewerbsorientiert an, sondern zielen allenfalls auf den sog. Verkehrsschutz, Gläubigerschutz, Minderheitenschutz etc.²² 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 Wirtschaftsrecht der Erlangen-Nürnberger Ausbildung.

c. Internationale Dimension: Zugleich mit der Orientierung an wirtschaftlichem Entscheiden von Unternehmen kommen die internationalen Dimensionen des Wirtschaftsrechts in den Blick; denn die Globalisierung der Unternehmen ist ebensowenig zu übersehen wie die europäische Rechtsangleichung und die Globalisierung bestimmter Wirtschaftsaufsichtsrechte. Im Zusammenhang mit der Abgrenzung wirtschaftsrechtlicher

¹⁹ Im öffentlichen Recht stehen im Mittelpunkt die wirtschaftlich relevanten Grundrechte der Artt. 2, 9, 12, 14 GG, die Staatszielbestimmungen des Art. 20, aber auch die Vorschriften der Verfassung und des einfachen Rechts zum Föderalismus, zur Gesetzgebungskompetenz, zum Finanz- und Steuerwesen bis hin zur internationalen Rechtsgemeinschaft, soweit diese das im Prinzip staatsfreie Wirtschaften garantieren. Jedoch treten hier wohl weit mehr als im Privatrecht lenkungs- und steuerungsrechtliche Normzwecke daneben. Dazu sogleich mehr.

²⁰ Vgl. *D. Grimm*, in ders. (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994 S. 613 ff.

²¹ Im öffentlichen Recht ist natürlich in erster Linie an weite Teile des Wirtschaftsverwaltungsrechts und des Steuerrechts zu denken. Aber einschränkend muss man insoweit berücksichtigen, dass nicht jede Steuerungs- oder Lenkungswirkung für das Wirtschaftssystem als solches von erheblicher Bedeutung ist. Das gilt selbst dann, wenn die vermögenswirksamen Folgen, wie etwa bei zahlreichen Regelungen zur Einkommensteuer, gesamtwirtschaftlich ins Gewicht fallen.

²² Vgl. nur *K. Schmidt*, *Handelsrecht*, § 3; *G. Roth*, *Handels- und Gesellschaftsrecht*, 5. Aufl. 1998 S. 7 f.

Studieninhalte bedarf es wohl keiner näheren Begründung, dass die Wettbewerbsnormen und die sonstigen auf die europäische Wirtschaftsintegration abzielenden Bestimmungen des EGV sowie des sekundären Europarechts zentral sind. Auch für das europäische Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht sowie das europäische Steuer- und Verbraucherschutzrecht ergeben sich keine didaktischen Besonderheiten.

Zudem bringt es der wirtschaftssystemische Aspekt des Wirtschaftsrecht mit sich, dass das deutsche Recht mit der zunehmenden Integration der Märkte heute bereits fast überall überlagert ist durch direkt für die Marktteilnehmer geltendes Europarecht oder durch umgesetztes Richtlinienrecht, für dessen Auslegung es des Rückgriffs auf die europarechtlichen Wurzeln bedarf.²³ Nicht selten ist man bei dieser sog. europarechtskonformen Auslegung sogar darauf angewiesen, rechtsvergleichend zu arbeiten.²⁴ Das gilt überall dort, wo das europäische Recht auf dogmatische Grundlagen oder Leitbilder zurückgeht, die aus einem der Rechte der Mitgliedsländer stammen. Beispiele sind das true and fair view-Gebot des englischen Bilanzrechts, das für die Auslegung des § 264 Abs. 2 HGB viel maßgebendes enthält, oder das Widerrufsrecht des § 5a VVG, das seine Wurzeln ebenfalls im englischen Verbraucherschutzrecht für Versicherungsnehmer hat. Gerade für die wirtschaftsrechtliche Betrachtungsweise solcher Rechtsgebiete ist häufig ohne eine genauere Analyse der Rechtsmodelle der Ursprungsländer nicht auszukommen.

Das bringt zwar erheblichen didaktischen Mehraufwand mit sich. Aber die wirtschaftsrechtliche Einengung der Gegenstandsbereiche erlaubt mehr Tiefe im Hinblick auf solche Problemdimensionen. Wo die Rechtsvergleichung allerdings über punktuelle Fragen hinausgeht, bleibt aus Kapazitätsgründen nur eine Behandlung der sog. rechtsfamiliären Unterschiede und Gemeinsamkeiten²⁵.

d. Wirtschafts- und rechtswissenschaftliche Leitbilder und Steuerungsmodule: Eine weitere erhebliche Einengung des Stoffes ist mit der bereits eingangs erwähnten Fokussierung auf wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtlich anerkannte Leitbilder und Steuerungskonzepte verbunden. Beide Begriffe werden hier synonym verwendet und besagen, dass die Grundannahmen herauszuarbeiten sind, die für die durch das Wirtschaftsprivatrecht

²³ Vgl. nur *Basedow*, in: F Schr. Brandner, 1996, 651 ff.; für das Versicherungsvertragsrecht *H.Herrmann*, DSWR 1998, 282 ff.

²⁴ Vgl. auch *Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 1993; und nochmals *Herrmann*, DSWR 1998, 282 ff.

²⁵ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd.1, 2. Aufl. 1984.

bezweckten Steuerungen von Marktteilnehmern maßgebend sind. Dabei ist die Sicht nicht auf die ökonomische Theorie begrenzt, sondern es geht jeweils auch darum, was von den betreffenden ökonomischen Konzeptionselementen im Recht anerkannt worden ist.

Die Leitbildforschung wäre allerdings für eine lehrbuchartige Darstellung ungeeignet, wenn sie nicht mit einiger Breitenwirkung in beiden Wissenschaften akzeptiert und lehrmäßig aufbereitet wäre. Zum Nachweis dessen bedarf es – nochmals – einer groben Einschätzung der heute für das Verhältnis von Recht und Ökonomie ganz vorherrschenden ökonomischen Rechtsanalyse (ÖAR). Denn die Leitbildforschung scheint einerseits ein Teil der ÖAR zu sein, andererseits ist sie aber auch vom Kernbereich dieser Forschungsrichtung scharf zu trennen.

Während in den USA bereits seit Ende der 30er Jahre über die economic analysis of law diskutiert wurde²⁶, 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 Gesamtwirtschaft²⁷ – nach Kosten-/Nutzeneffekten gefragt, ohne die institutionellen Zusammenhänge innerhalb des Rechtssystems zu berücksichtigen.²⁸ Soweit Änderungen zur Auslegung geltenden Rechts oder rechtspolitischer Art gefordert wurden, blieben die Auswirkungen auf das Rechtssystem als Ganzes im Wesentlichen außer Betracht.

Beispiel²⁹: S und W betreiben auf Nachbargrundstücken eine Schafsfarm und einen Bauernhof mit Weizenanbau. Ohne Zaun zerstören die Schafe von Jahr zu Jahr einen Teil der Weizenernte.

(1) Kommt es für einen Unterlassungsanspruch des W auf die Höhe der Kosten für die Zaunerrichtung an? Sollte der Gesetzgeber künftig eine Regelung in Abhängigkeit von der Kostenhöhe treffen? Für die Beurteilung sind zu unterscheiden:

a. Zaunkosten 1000,- und Weizenschaden von 2.000,-

²⁶ Vgl. nur R. Coase, The Nature of the Firm, in: *Economica* 4 (1937), S.386 ff.

²⁷ Dazu weiterführend R. Walz, Rechtspolitik und Betriebswirtschaftslehretrage, 1995; Schanze, Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaftslehre, in: *Hwb. der Bwl.*, Bd.3, 1993, 3759, 3762 f.

²⁸ 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..

²⁹ Nach R. Coase, The Problem of Social Costs, 3 *J.L.&Econ* 1 (1960); Schäfer/Ott, a.a.O. S. 83.

b. Zaunkosten von 2.000,- und Schadenswahrscheinlichkeit von 1.000,-.

Zu 1: Ein Unterlassungsanspruch folgt aus § 1004 Abs. 1, wenn das Eigentum des W mit Wahrscheinlichkeit verletzt werden wird. Der Weizen ist Eigentum des W, und die Vorfälle der Vergangenheit legen den Schluss mit hoher Wahrscheinlichkeit nahe, dass erneut eine solche Eigentumsverletzung erfolgen wird. Auf die Höhe des voraussichtlichen Schadens kommt es nicht an, da das geltende deutsche Recht die Eigentumsverletzung als hohen ideellen Wert ansieht, der jedenfalls bei Überschreiten von Bagatellwerten³⁰ als schützenswert gilt.

Zu 2: Die ÖAR fragt nicht nach dem Sinn des Eigentumsschutzes für ein gedeihliches Zusammenwirken in einem sozialen Ganzen, wie dem Staat oder einem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis, sondern es geht allein um den größtmöglichen Nutzen der beteiligten Individuen. Dabei wird konsequenter Egoismus und volle Kenntnis erwartbarer Vor- und Nachteile unterstellt (rational egoistischer Mensch, REM-Hypothese). Auf dieser Grundlage wurde von dem Amerikaner R. Coase das heute nach ihm benannte Coase-Theorem entwickelt, das Posner weitergeführt hat. Danach kommt es zunächst im Fall a unabhängig davon zum Zaunbau, ob das Gesetz dem W ein Abwehrrecht gewährt oder nicht; denn entweder werde W sich selbst vor dem größeren Schadenseintritt schützen, indem er auf seine Kosten einen Zaun errichte, oder S werde dies tun, um dem Anspruch auf einen höheren Schadensersatz zuvorzukommen. - Bei Zaunerrichtungskosten von 2.000,- und Schadenswahrscheinlichkeit von 1.000,- werde in keinem Fall ein Zaun gebaut. W werde den Schadenseintritt lieber in Kauf nehmen, wenn er den Zaun selbst bezahlen müsse. S werde dem W lieber 1.000,- Entschädigung bezahlen, als den teureren Zaun zu finanzieren.

Wenn W in jedem Fall den Zaun auf Kosten des S verlangen kann, werden im Fall b Ressourcen verschwendet. Begrenzt man die Abwehrpflicht des S auf Fall a, so liegt es nahe, dass W über die bei ihm entstehenden Schäden falsche Angaben macht, die zu einer zu hohen Schadenseinschätzung führen. Die Kosten der objektiven Überprüfung sind also als sog. Transaktionskosten noch draufzuschlagen, wenn man Fall b vom Anspruch aus § 1004 ausnehmen will. Dennoch schlagen Coase u.a. vor, jeweils Regelungen zu treffen, wie sie bei Transaktionskosten von Null im Markt getroffen würden.³¹ Also sollte ein Abwehranspruch gewährt werden, wenn die Zaunkosten niedriger als der erwartbare Schaden sind.

Für eine solche Regelung spricht, dass keine Ressourcen für den Zweck verschwendet werden, den Eigentümer in seinem Recht auf Weizenbau zu schützen, solange damit nur geringe Erträge erzielt werden, die bei Übertritt der Schafe vernichtet würden. Im Prinzip wird derjenige vorrangig geschützt, der die höchsten Erträge erwirtschaften kann, d.h. das Grundstückseigentum wird langfristig seiner ertragreichsten Nutzung zugeführt (sog. Allokationswirkung).

³⁰ Allerdings ergibt sich aus § 1004 Abs. 2 i.V. § 906 f. eine Duldungspflicht bei Immissionen. Diese Vorschrift wird von der Rspr. in engen Grenzen analog angewendet, wenn ähnliche Störungen wie Gase, Dämpfe, Geräusche etc. auf das Nachbargrundstück einwirken, und keine Spezialregelungen in einem der Landesnachbargesetze vorliegt. Für die Analogie kommt es u.a. auf eine Interessenabwägung im Rahmen des sog. nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnisses an, wobei auch Kostenerwägungen eine Rolle spielen können. Aber der Grenzübertritt von Schafen ist nicht mit den viel schwieriger abzuwehrenden Immissionen vergleichbar.

³¹ A.a.O. S. 27; ähnlich Posner, a.a.O. S. 12 ff.; w. Nachw. b. J. Drexler, Selbstbestimmung, S.192.

Gegen diese Ansicht wird aber zu Recht eingewendet, dass die Privatautonomie, zu der auch die Eigentumsfreiheit gehört³², das Recht auf Selbstbestimmung des Eigentümers prinzipiell auch dann gewährt, wenn er sich nicht für die ökonomisch bestmögliche Nutzung entscheidet. Das Freiheitsrecht soll nicht ökonomisch instrumentiert werden, weil man davon ausgeht, dass das Recht auf Selbstbestimmung auch die Optimierung nicht-ökonomischer oder ökonomisch schwer berechenbarer Nutzenvorteile ermöglicht.³³

Das Beispiel hat ersichtliche Bedeutung für vielfältige Fragen des Umwelthaftungsrechts. Die Pflicht zur Zaunerrichtung muss dabei nur als Pflicht zum Einbau von Abgasverbrennern, Schallschutzvorrichtungen und dergl. aufgefasst werden. Noch berühmter ist aber das Beispiel zur ÖAR von Sorgfaltsstandards, das nach einem Urteil des Richters Learned Hand in der Literatur zitiert wird.³⁴

Beispiel: Die Weizenernte wird wie im vorigen Beispiel mit einem Schaden von 2.000,- zerstört, der Zaun kostet 1.000,-.

Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 setzt voraus, dass der aus der Eigentumsverletzung folgende Schaden zumindest mit einfacher Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Dafür ist nach § 276 die im Verkehr erforderliche Sorgfalt geschuldet, wobei das Gericht den Standard im Einzelfall beurteilen muss. Judge Learned Hand legte den Sorgfaltsstandard in einem ähnlichen Fall zum U.S.-amerikanischen Recht, wie folgt, fest: leicht fahrlässig handelt, wer keine Kosten in der Höhe aufwendet, die dem voraussichtlichen Schaden entsprechen, und die um die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts abdiskontiert werden. Überträgt man die sog. Hand-Formel auf deutsches Recht³⁵, so wird zwar ökonomisch unvertretbarer Vermeidungsaufwand vermieden, aber die schützenswerten Integritätsinteressen werden ausschließlich nach ökonomischen und ökonomisch messbaren Kriterien beurteilt. Das Selbstbestimmungsrecht des Nachbarn würde ebenso wie etwa die gesundheitlichen oder informationellen Selbstbestimmungsrechte in vergleichbaren Fällen ökonomisch instrumentiert.³⁶

Diese enge Sicht war aber 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 Unternehmen- und Konzernverbund oder über Markt- und Wettbewerbsbeziehungen bewirken werden. Die Entscheidung hänge davon ab, ob die sog.

³² Vgl. nur das Schaubild u. zu VI.1.

³³ Näher schon *N.Horn*, AcP 176 (1976) S. 307ff. unter Hinweis auf *E.-J. Mestmäcker*, AcP 168 (1968) S. 235ff; ausführlich neuerdings *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998 S. 481ff., 486 passim.

³⁴ *U.S. vs. Carroll Towing Co., Inc., et al.*, 159 F2s 169 (7th Cir. 1947).

³⁵ So z.B. *M.Lehmann*, Bürgerliches Recht und Handelsrecht, 1983, 87 f.

³⁶ Wie hier *Drexl*, a.a.O. S. 167.

Transaktionskosten konzernintern oder unter Marktbedingungen niedriger sind.³⁷ 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.³⁸ Jedoch wurden diese fruchtbaren Ansätze zunächst durch das Aufkommen 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 Privatrecht³⁹ mit der ökonomischen Rechtsanalyse zu verbinden.⁴⁰ Daran wird hier angeknüpft.

Ein neuerer Ansatz zur Berücksichtigung von Informationsungleichgewichten ist das Leitbild mündiger Verbraucher, das der EuGH schon 1995 entwickelt hat⁴¹ und durchaus auch in der Rspr. des BGH Entsprechungen hat. Folgender Sachverhalt lag dem BGH-Urteil zugrunde:

Der Hersteller (H) von Teigwaren aus Trockenei wirbt im Fernsehen mit Hühnergegacker. Konkurrent W klagt auf Unterlassung, weil durch das Gegacker der Eindruck erweckt werde, die Waren seien aus wesentlich teurerer Frischei hergestellt, das er für seine höherpreisigen Waren benutze.

³⁷ R. Coase, The Nature of the Firm, *Economia* 4 (1937), 386; O. Williamson, *Markets and Hierarchies*, 1975, deutsch: *Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus*, 1990.

³⁸ Vgl. nur Clark, *Towards a Concept of Workable Competition*, *AER* 30 (1940) S. 241 ff. 1940; näher s.u. IV.1.

³⁹ Vgl. die Nachweise zu F. Böhm, in ders., *Wettbewerb und Monopolkampf*, 1933 bei E.-J. Mestmäcker, *AcP* 1968, 235 ff.

⁴⁰ Vgl. nur Drexler, *Selbstbestimmung*, S. 481ff., 486 passim.

⁴¹ EuGH, Slg. 1995 I,1923 „Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe e.V. gegen Mars GmbH“; neuerdings EuGH, Slg. 2000, I-2321, 2334, 2336, Tz. 20, 28 „Darbo“.

Der BGH hat die Werbung nach § 3 UWG (heute § 5⁴²) wegen Irreführung eines wesentlichen Teils der Verbraucher verboten (BGH GRUR 1961, 544 „Eigold“). Daran ist schon zu kritisieren, dass das Gegacker keine „Angabe“ i.S. § 5 UWG ist (s. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb S. 270). Aber auch wenn man die Begleitgeräusche mit zum Erklärungsgehalt einer Werbung hinzurechnet, kann man die Ansicht des BGH damit bekämpfen, dass nur der unnachdenkliche und flüchtig wahrnehmende Verbraucher zu einem derartigen Missverständnis neigt. Deshalb kommt es darauf an, welches Verbraucherleitbild § 5 UWG zugrundeliegt. Die Rspr. lässt z.T. 10% der Verbraucher ausreichen (vgl. BGH GRUR 1979, 716, 718), was bei einer 5%-Quote von Hilfsschülern in der Gesamtbevölkerung der BRD häufig schon bedenklich in die Nähe des Vorwurfes eines Dummenschutzes kommt.⁴³ Davon hat sich aber zunächst der EuGH distanziert und ausdrücklich das Niveau eines „mündigen Verbrauchers“ postuliert.⁴⁴ Was ein solcher mündiger Verbraucher ist, wird in der Literatur seither zunehmend auch nach informationsökonomischen Kriterien untersucht. Ohne auf Einzelheiten abzustellen, kann der Suchaufwand im Fallbeispiel mit 0,- angesetzt werden, so dass keine ökonomisch relevante Irreführungsgefahr anzunehmen ist.⁴⁵

Das Beispiel zeigt, dass im Modell mündiger Verbraucher sowohl ökonomische Annahmen über die Einschätzung von Informationskosten als auch weitergehende rechtliche Wertungen enthalten sein können. Das neue Leitbild zielt auf Selbstbestimmung, ohne einen bestimmten ökonomisch für zweckmäßig gehaltenen Suchaufwand festzulegen. Es quantifiziert weder den Suchaufwand noch die Prozentzahl möglicher Missverständnisse genau, gestattet aber beispielsweise, den flüchtigen Leser oder den oberflächlichen Betrachter vom Schutzbereich des Irreführungsverbots auszunehmen. Ähnlich liegt es beim Irreführungsschutz und dem sog. Transparenzgebot im Recht Allgemeiner Geschäftsbedingungen oder bei den Instruktionspflichten der Produkthaftung.⁴⁶

Weitere Leitbilder i.S. der ökonomisch-interdisziplinären Rechtsanalyse sind die Vertragsparität⁴⁷, der relationale Vertrag⁴⁸, das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis, die werbewirtschaftliche Selbstbindung ohne Vertrag (Reziprozität)⁴⁹, etc. Auf die näheren Einzelheiten im Umgang mit solchen Leitbildern wird im Folgenden immer wieder zurückzukommen sein.

⁴² UWG i.d.F. v. 7.7.2004, BGBl. I, 1414 ff.

⁴³ Krit. *Baumb./Hefermehl*, § 3 UWG, Rdn. 32.

⁴⁴ Nochmals EuGH, Slg. 1995 I, 1923.

⁴⁵ Inzwischen hat der BGH mit Rücksicht auf den EuGH den Schutz „situationsadäquater Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers“ für maßgebend erklärt (BGH NJW-RR 2000, 1490; w.Nachw. b. *Emmerich*, Unl. Wettb., S. 266).

⁴⁶ Für höhere Schutzanforderungen bei gesetzlichen Schuldverhältnissen aber *Drexler*, a.a.O. S. 427 ff.

⁴⁷ S. insbes. *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 109 ff., passim.

⁴⁸ Grdl. *I.R. Macneil*, Relational Contract, Wisc.LR 1-3 (1985) 383 ff, näher Bd. 2 S. 177 ff.

⁴⁹ Vgl. *J. Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, dazu z.T. krit *Herrmann*, AcP 1983, 248, 253 ff.

Versucht man, die Vielzahl der im BGB und in der dazu vorhandenen Rspr. nachweisbaren Leitbilder des Wirtschaftsrechts nach Grundmodellen zu ordnen, so liegt für das hier vertretene funktionale Konzept eine Einteilung nach Steuerungsmodulen nahe.⁵⁰ Darunter versteht man Grundannahmen über die Beeinflussbarkeit wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Entscheidungsvorgänge durch zentrale Steuerungsinstanzen. Im Privatrecht hat man insofern lange Zeit lediglich die wettbewerbliche Rahmensteuerung von der sozialen Schutzregulierung unterschieden. Dem wettbewerblichen Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen unter Bedingungen des Leistungswettbewerbs trat der Schutz Schwächerer gegenüber, der teils als außerwettbewerblicher Schutz von Verbrauchern, teils als Gläubigerschutz und teils als Schutz von Minderheitsgesellschaftern ausgeprägt ist. Heute kommt noch eine dritte Dimension hinzu, die als Governance-Konzept bezeichnet werden soll. Da es hierzu bislang – neben dem Gesellschaftsrecht – kaum allgemeine privatrechtliche Untersuchungen gibt⁵¹, ist wenigstens die folgende grobe Kennzeichnung erforderlich.

e. Governance-Module: Vorab ist § 161 AktG als Grundregel geltenden Rechts zu betrachten, obgleich die Vorschrift ins Gesellschaftsrecht, also zum Stoff des Hauptstudiums gehört. An ihr wird aber das Governance-Modul in seiner Grundstruktur deutlich, so dass die Entsprechungen der Governance-Regeln des allgemeinen Privatrechts im Vergleich damit aufgezeigt werden können. Mit § 161 AktG i.d.F. des TransPublG v. 19.7. 2002⁵² wurde der Corporate Governance Kodex (CGK)⁵³ als halbstaatliches Recht börsennotierter AGs in Kraft gesetzt, der nicht nur zahlreiche Regelungen zur Unternehmensorganisation enthält, sondern auch die im deutschen Recht grundlegend neue Entsprechens-Erklärung verlangt. Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaften müssen jährlich erklären, „...dass den im BAnz. veröffentlichten Empfehlungen der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden. Die Erklärung ist den Aktionären dauerhaft zugänglich zu machen.“

Das Normenwerk des CGK enthält demzufolge zwar kein zwingendes Gesetzesrecht, doch kommt hier die Öffentlichkeitswirkung (Publizitätsfunktion) des BAnz. mit der bekannten

⁵⁰ Dazu näher *D. Grimm*, in ders. (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994 S. 613 ff.

⁵¹ S. aber *H. Merkt*, *Unternehmenspublizität*, 2001 S. 11 ff.

⁵² Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, *Transparenz und Publizität*, BGBl. I, S. 2681 f.

⁵³ I.d.F. v. 7.11.2002, abgedr. b. *Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder*, *Deutscher CGK. Kommentar*, 2003, S. 1 ff

beleuchtungspolizeilichen Wirkung⁵⁴ zur Entfaltung. Wer seinen Aktionären mitteilt, dass er dem CGK nicht folgt, wird dies plausibel zu erklären haben, will er keine spürbaren Negativreaktionen an der Börse in Kauf nehmen. Vor allem wird die Erklärung auf Erwartungen zur Steigerung des Unternehmenswertes einzugehen haben, da die börslichen Reaktionen, soweit sie überhaupt sachbezogen sind, besonders von solchen Informationen ausgehen.

Es zeigt sich also mit Blick auf § 161 AktG und den CGK eine Art wirtschaftsrechtliche Wertorientierung, die im Gesellschaftsrechts heute schon von Manchen als zentrales Steuerungsmodul angesehen wird. V.a. *Mülbert*⁵⁵ weist darauf hin, dass heutzutage auch in Deutschland eine börsen- und kapitalmarktrechtliche Ausrichtung des Gesellschaftsrechts besteht, die keineswegs mehr als „Marginalie“ bezeichnet werden kann.⁵⁶ Er sieht geradezu ein partielles Abgehen vom Konzept der Gesellschaft als verfasstem Zweckverband und eine Hinwendung zum „funktional und zugleich kapitalmarktorientierten“ Denken.⁵⁷ Mit dieser Umorientierung ist primär eine Abkehr vom Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und anderer Unternehmensinteressenten i.S. von statisch vorgegebenen Eigentums- und Persönlichkeitswertungen gemeint, die wir oben als Steuerungsmodul des Schutzes Schwächerer gekennzeichnet haben. Stattdessen geht es mit *Mülbert* primär um dynamisch-marktfunktional wirkende Anreize zur Wertsteigerung im Unternehmen und auf Unternehmensmärkten. An die Stelle des seit R. v. Jhering sprichwörtlichen „Kampfes ums Recht“⁵⁸ mit seiner meist extrem wertvernichtenden Auswirkung tritt die steuernde Ausrichtung auf wertsteigernde Rechtsgestaltung.⁵⁹

Zugleich wird das Grundanliegen der CG-Compliance deutlich. Es wird nicht durch zwingendes Gesetzesrecht reguliert, sondern dem Normadressaten werden lediglich Musterregeln vor Augen geführt, die er ganz oder teilweise für sich verbindlich erklären kann. Es bleiben vielfältige Möglichkeiten der Nichtbefolgung, doch müssen diese dem Anlegerpublikum, dessen Beratern und den Rating-Agenturen bekannt gemacht werden

⁵⁴ Vgl. das Wort von Justice Brandeis „...*electric light is the most efficient policeman on earth*“; ders., *Other People's Money – and How the Bankers Use it*, 1914, Nachdruck 1967, S. 62, zit. n. *H. Merkt*, *Unternehmenspublizität*, 2001, S. 1.

⁵⁵ Vgl. *Mülbert*, in *Fschr. P. Ulmer*, 2003, 433 ff.; weiterführend *H. Herrmann*, *UGR I*, S. 22 f., *passim*.

⁵⁶ *Mülbert*, a.a.O. S. 438; Belege bei *Herrmann*, *UGR I*, S. 22 Fn. 26; a.A. noch *K. Schmidt*, *GesR*, § 1 II.2d, S. 13.

⁵⁷ *Mülbert*, a.a.O. S. 439.

⁵⁸ *Jhering*, *Kampf ums Recht*, 1872; dazu *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 451.

⁵⁹ Vgl. *H. Herrmann*, *Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages 2004*, i. Erscheinen, vorläufig S. R 307 ff.

(comply or explain). Wem dies – mit oder ohne Begründung⁶⁰ – nicht überzeugend gelingt, der läuft Gefahr, durch Abschlüge des Marktwerts seiner Aktien an der Börse abgestraft zu werden.⁶¹ Präventiv wird erwartet, dass Abweichungen vom Kodex nur in sachlich begründeten Fällen erfolgen.

Z.T. wird die Ansicht vertreten, dass § 161 AktG letztlich darauf abzielt, den Inhalt des Kodex allgemein durchzusetzen.⁶² Sehr viel wettbewerbsoffener ist aber die Vorstellung, dass das Gesetz lediglich eine Art „Überbietungswettbewerb“ der Unternehmen intendiert⁶³, so dass § 161 AktG und der CGK nicht für sich in Anspruch nehmen, die für jede börsennotierte AG richtige Governance gefunden zu haben, sondern mit der Vorgabe der Leitidee nur für eine Art Wettbewerbsintensivierung sorgen wollen. In diese Richtung zielt auch die Vorstellung von *Ringlieb*, der den CGK lediglich als Empfehlung charakterisiert, um damit von verfassungsrechtlichen Demokratisierungsvorgaben loszukommen.⁶⁴ Auch wenn diese Sicht hier im Hinblick auf die fehlende Normwirkung nicht geteilt wird, so scheint doch die Offenheit i.S. eines wettbewerblichen Entdeckungsverfahrens⁶⁵ richtig getroffen. Festgelegt scheint lediglich, dass es nicht um eine institutionelle Sicht, sondern um die Offenlegung im Wettbewerb der Governance-Regime geht. Da wirtschaftlicher Wettbewerb stets auf Entdeckung von Chancen zur Wertsteigerung gerichtet ist, scheint auch insoweit der Wandel zur Wertorientierung des Gesellschaftsrechts bestätigt.

Die Aspekte der Wertorientierung und des Governance-Moduls der Compliance-Erklärung sind weit über das Recht der börsennotierten AG hinaus von Bedeutung. Das gilt zunächst anerkannter Maßen für nicht börsennotierte Kapitalgesellschaften⁶⁶, also v.a. die einfache AG und die GmbH, soweit es sich um Publikumsgesellschaften handelt.⁶⁷ Das muss dann aber auch für die Personen-Publikumsgesellschaften verallgemeinert werden⁶⁸; und zahlreiche ausländische Vorbilder zeigen, dass das Governance-Modul auch für gemeinnützige Vereinen⁶⁹ und bei Freiberufskammern verbreitet herangezogen worden ist.⁷⁰

⁶⁰ 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.

⁶¹ Näher v. *Werder*, in *Hommelhoff et al.*, Hdb. CG

⁶² Bes. deutlich *Hommelhoff*, a.a.O. S. 59: „durch die Zwänge des Marktes zum allgemeinen Standard avancieren“; ähnlich S. 69.

⁶³ Vgl. *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel, NZG 2004, 1, 4:

⁶⁴ *Ringlieb*, in: ders. u.a. CCGG-Komm., 2003, Vorbem. Rdn. 49 ff.; näher s.u. zu I.2b.

⁶⁵ Grundl. v. *Hayeck*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren; *Hoppmann*, zit. n. I. Schmidt, Lb. Wettbewerbstheorie und –politik.

⁶⁶ Vgl. nur *Schulze-Osterloh*, ZIP 2001, 1433, 1434; z.T. krit. Zöllner, in *Baumb./Hueck*, GmbHG-Kommentar, 17. Aufl. 2000, Rdn. 11 vor § 35 m.w.Nachw.

⁶⁷ Näher s. *Herrmann*, UGR I, S. 36, 163 ff.

⁶⁸ Näher s. *Herrmann*, UGR I, 197 ff.

⁶⁹ In Belgien hat die Fédération des Entreprises de Belgique in 2001 recommandations on „Corporate Governance Dans Les Sociétés Non Cotées“ veröffentlicht, download unter www.feb.be.

⁷⁰ Näher *Herrmann*, NWiR 2004, 16 ff., 22 ff.

Viel genereller wird dieses Steuerungsmodul zudem neuerdings bei den allgemeinen Formen „prozeduraler Regulierung“ eingeordnet und im Zusammenhang mit vielfältigen europarechtlichen Vorschriften des allgemeinen Privatrechts gesehen.⁷¹ Schließlich ist auch – und vor allem – der neuartige Ansatz von *H. Merkt*⁷² über die Unternehmenspublizität hierher zu rechnen. *Merkt* unterscheidet Publizitäts- und Transparenzgebote und stellt, trotz der Trennung, Überschneidungsbereiche fest. 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.⁷³ Hinzu kommt die Handelsregisterpublizität gem. §§ 15, 25 Abs. 2 und weiteren Vorschriften des HGB.⁷⁴

Im Folgenden werden deshalb sowohl das Handelsregister- und Firmenrecht als auch die AGB-Transparenzgebote als typische Governance-Module analysiert. Folgende Leitgesichtspunkte seien vorab mitgeteilt: Wenn § 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, so wird 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 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 Öffentlichkeitswirkung⁷⁵ 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 erläutert (comply or explain).

⁷¹ Vgl. *H.U.Schmid*, Die Instrumentierung des Privatrechts durch die EU, Ms. 2004, S. 78 ff., 522 ff. (betr. Produkthaftung), 577 ff. (betr. Verbraucherschutz).

⁷² *H.Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001, S. 11 f., passim.

⁷³ A.a.O. S. 13.

⁷⁴ Vgl. *Merkt*, aa.O. S. 207 ff., 467 ff.; näher s.u. zu V.1d.

⁷⁵ 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.u. VII.5).

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; 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.

e. Grenzen der Ökonomisierung: s. Lehrbuch S. 34 ff.

2. Auslegungsmethoden (s. Lehrbuch S. 39 ff.)

3. Methodenlehre der wirtschaftsrechtlichen Beratung

Ziele: Die Beratungsmethoden des Wirtschaftsrechts müssen auf die Unterschiede zur justizjuristischen Methodik der Falllösung umgedacht werden. Hier soll deshalb ein neuartiges Methodenkonzept des rechtlichen Risikomanagements vorgestellt und didaktisch kleingearbeitet werden. Der Student wird in die Lage versetzt, Klausuren mit Aufgaben der Lösung von Einzelfällen von solchen zum Rechtsmanagement zu unterscheiden und nach unterschiedlichen Prüfungsabläufen zu bearbeiten.

a. Lösung von Einzelfällen

(1) Interpretation der Fragestellung: Für die Lösung von Fällen ist stets von der Fallfrage auszugehen. D.h. der Bearbeiter muss bei solchen Aufgaben immer noch wie ein Richter den gestellten Sachverhalt daraufhin absuchen, welcher Entscheidungsantrag genau gestellt ist; denn was im Zivilprozess von den Parteien nicht beantragt ist (Fragestellung), darf vom Gericht nicht entschieden werden. Meist ergibt sich die Fragestellung aus dem Wortlaut des letzten Satzes der Aufgabenstellung, der etwa lautet: „Kann V von K die Zahlung des Kaufpreises verlangen?“ Ist die Frage nicht ausdrücklich gestellt, so muss man sie durch Auslegung ermitteln. Die dafür geltenden Auslegungsgrundsätze sind ähnlich denen der Gesetzesauslegung. Jedoch besteht meist kein Anlass, die Auslegung der Fallfrage ausführlicher zu problematisieren. Es heisst schlicht: „V verlangt von K die Zahlung des Kaufpreises“.

Sodann muss der Bearbeiter stets als erstes die Rechtsgrundlage benennen, die für die Fallfrage von Bedeutung ist. Wird, wie meist, nach einem Anspruch gefragt, so handelt es sich um die Prüfung einer Anspruchsgrundlage. Die Standardformulierung lautet: „Als Anspruchsgrundlage dafür kommt § 433 Abs. 2 in Betracht“. Nunmehr müssen diese

Anspruchsgrundlagen sowie die dazugehörigen anspruchsbegründende Normen ausgelegt werden. Für die Auslegung des geltenden Gesetzesrechts sind die bereits erörterten vier Methoden anerkannt: die grammatikalische Auslegung, die historische Auslegung, die systematische Auslegung und die teleologische Auslegung.

Ist die Auslegung des Gesetzes oder die Begründung einer Analogie abgeschlossen, so beginnt die Subsumtionsarbeit. Diese beruht auf folgendem logischen Gedankenfortgang:

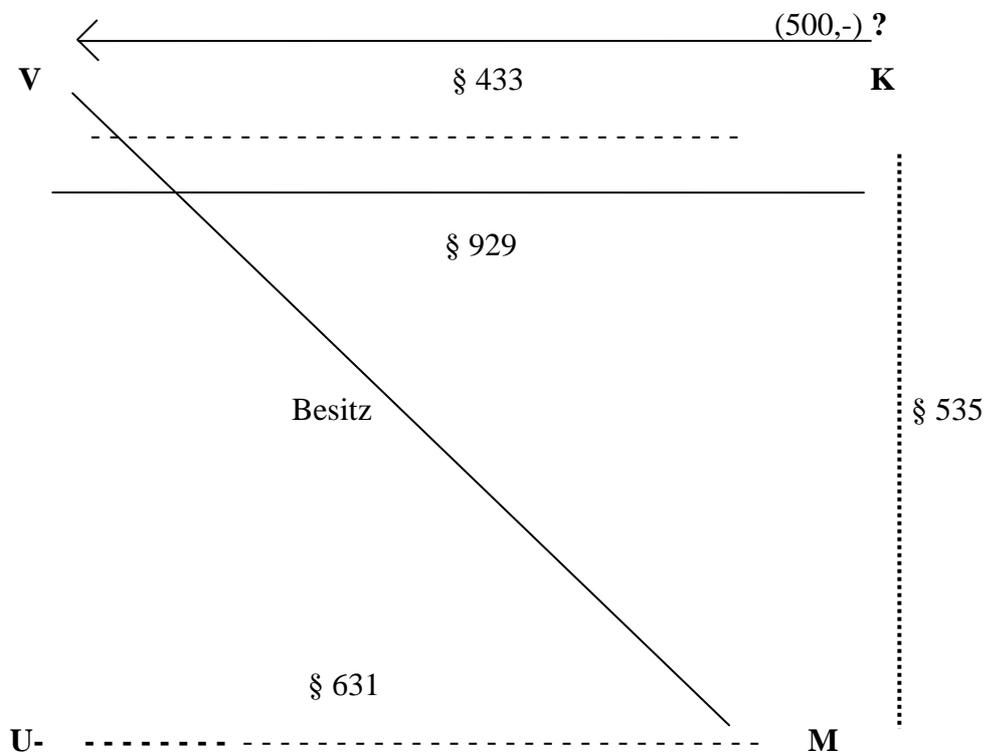
- Der Käufer hat den Kaufpreis zu zahlen (Obersatz);
- K ist ein Käufer (Untersatz);
- also hat K den Kaufpreis zu zahlen (Folgerung).

Für den Obersatz bedarf es, wie gesagt der Auslegung, d.h. es muss geprüft werden, welche Anforderungen sich zum Abschluss und zur Rechtsnatur eines Kaufvertrages aus dem Gesetz per Auslegung ergeben. Geht es etwa um die Abgrenzung von Kauf und Leasing, so wird auf die vorrangige Absicht zur Eigentumsübertragung oder zur Nutzungsüberlassung abzustellen sein. Für den Untersatz ist sodann festzustellen, ob die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirklich primär Übereignungs- oder Nutzungsüberlassungszwecke verfolgt haben. Ist ersteres der Fall, so ergibt sich die Folgerung, dass K den Kaufpreis zu zahlen hat. Andernfalls scheidet § 433 Abs. 2 als mögliche Anspruchsgrundlage aus und es ist des weiteren zu prüfen, ob sich ein entsprechender Zahlungsanspruch etwa aus § 535 ergibt.

(2) Arbeit am Sachverhalt: Zunächst geht es um das richtige Erfassen der tatsächlichen Vorgänge. Dafür hat es sich als nützlich erwiesen, stets dann sog. Graphen aufzuzeichnen, wenn der Sachverhalt mehr als zwei Personen betrifft. Allzu leicht übersieht man sonst eine der genannten Personen oder es wird die tatsächliche und damit auch die rechtliche Zuordnung der Beteiligten zueinander zu wenig plastisch, wenn man nicht die Unterstützung eines Schaubildes hinzuzieht.

Alle genannten Personen werden mit großen Buchstaben aufgeschrieben und in der Form von Dreiecken oder Vierecken zueinander ins Verhältnis gesetzt. Schuldrechtliche Beziehungen werden durch gestrichelte Linien zwischen den Beteiligten gekennzeichnet. Erfüllungshandlungen oder dingliche Rechtsbeziehungen sonstiger Art werden mit einem durchgezogenen Strich zwischen den Beteiligten markiert. Ansprüche oder fragliche Ansprüche kann man dadurch bezeichnen, dass ein Pfeil vom Gläubiger zum Schuldner aufgezeigt wird.

Beispiel: K kauft am 1.2.2002 von V einen Wohnzimmerschrank für 1000,- Euro und lässt ihn am 1.3. an seinen Mieter M direkt in die Wohnung liefern. Mit der Zeit lösten sich die Türscharniere des Schrankes, so dass Reparaturarbeiten für den Preis von 500,- Euro anfielen. Diese hatte M beim Reparaturunternehmer U am 15.4. in Auftrag gegeben, nachdem er den K zuvor vergeblich dazu aufgefordert hatte, die Reparatur bis zum 1.4. durchführen zu lassen. Nach langen Verhandlungen verlangt K von V am 2.3.2004 eine teilweise Rückzahlung des Kaufpreises von 500,- Euro, zu Recht?



Der Sachverhalt bietet Anlass, mögliche Rechtskonflikte in vielfältiger Hinsicht zu überprüfen. Aber die Fallfrage ist nur auf einen Anspruch des K gegen V wegen Minderung des Kaufpreises und diesbezüglicher Rückzahlung gerichtet. Es wäre also ein schwerer Fehler, würde etwa ein Anspruch des U gegen den M wegen Zahlung des Werklohnes von 500,- geprüft. Die Fragestellung hätte auch lauten können: "Von wem kann U den Reparaturpreis von 500,- verlangen?" Dann wäre in der Tat zunächst die Vertragsbeziehung zwischen U und M zu überprüfen und ein Anspruch des U gegen M zu bejahen. Danach müsste die Prüfung auf einen Anspruch des U gegen K mit dem Ergebnis bezogen werden, dass zwischen diesen beiden Parteien keine Vertragsbeziehung besteht. Weitere Ansprüche außervertraglicher Art wären sodann zu prüfen (§§ 677, 670 - aber letztlich abzulehnen, da das Geschäft nicht dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des K entsprach).

Auch kann danach gefragt sein, wer Eigentümer des Schrankes geworden ist. Dann wäre nach § 929 zu prüfen, ob es für die Eigentumsübertragung ausreicht, dass der Erwerber (K) bloß den mittelbaren Besitz erhält. Dies ist zu bejahen, da V seinen bisherigen unmittelbaren Besitz vollständig aufgibt.

Alle erwähnten Fragen sind kumulativ zu prüfen, wenn die Fallfrage lediglich heißt: "Wie ist die Rechtslage?"

Manchmal kann es sich auch empfehlen, dass der Klausurbearbeiter sich eine Zeittabelle erstellt. Auf einer Zeitstrecke werden dann die im Sachverhalt genannten Daten der Reihe nach eingetragen. Zum Beispielsfall ergibt sich eine Eintragung für den 1.2.2002 als Zeitpunkt des Vertragsschlusses, für den 1.3.2002 als Zeitpunkt der Lieferung des Schrankes an M und schließlich der 2.3.2004 als Zeitpunkt des Kaufpreis-Rückzahlungsverlangens des K gegenüber V. Unschwer ist zu erkennen, dass für den Kaufpreisrückzahlungsanspruch Verjährung nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 eingetreten sein könnte, da 2 Jahre nach Lieferung verstrichen sind. Allerdings schweben Verhandlungen, so dass der Ablauf der Verjährung nach § 203 gehemmt ist (näher s.u. zu V.4, S. 162).

Hat der Sachverhalt noch eine Alternative, so wird geraten, die Problematik nicht sogleich in die Zeichnung des Schaubildes oder der Zeittabelle mit einzubeziehen. Heißt es etwa im Beispielsfall: "Wie wäre es, wenn M erst am 1.4. in die Wohnung einzieht, obgleich ihm die Wohnungsschlüssel schon übergeben waren?" Hier wäre erst bei der Prüfung der Alternativfrage eine neue Zeittabelle zu erstellen oder die alte zu ergänzen, indem der 1.4. als Einzugszeitpunkt eingetragen würde. Rechtserheblich ist dieser Zeitpunkt insofern, als die Verjährung nach § 438 Abs. 2 erst mit dem Zeitpunkt der Ablieferung der Kaufsache beginnt. Die Anlieferung in eine vom Mieter noch nicht in Besitz genommene Wohnung kann weder als Lieferung an M noch als Lieferung an den ebenfalls besitzlosen K angesehen werden. Die Verjährungsfrist beginnt also erst am 1.4. zu laufen, so dass sie am 2.3.2004 noch nicht verstrichen ist.

(3) Normauswahl und Normgliederung: Hat man die Verschiedenartigkeit der Fragestellungen erkannt, so stellt sich die weitere Frage, in welcher Reihenfolge die Prüfung vorzunehmen ist. Für diesen Zweck muss man zunächst alle möglichen und nicht zu entfernt in Betracht

kommenden Anspruchsgrundlagen auffinden und diese sodann in eine sinnvolle Reihenfolge der Prüfung bringen. Der Normfindung und -auswahl folgt die Normgliederung.

Für die Normfindung ist streng auf die begehrte Rechtsfolge zu achten. Das ist verhältnismäßig einfach, wenn lediglich nach Zahlungsansprüchen gefragt ist. Dem Gläubiger wird es regelmäßig egal sein, ob die betreffende Zahlung als Leistung einer vertraglich ausbedungenen Vergütung oder als vertraglicher oder gesetzlicher Schadensersatzanspruch in Betracht kommt. Ist allerdings nach einem Schadensersatzanspruch gefragt, so ist nicht immer ganz sicher, ob auch andere Geldzahlungsansprüche mit zu prüfen sind.

Beispiel: K kauft von V eine Hobelmaschine, die nach Besichtigung des Betriebes des K durch den V eine genau vereinbarte Abmessung haben soll, so dass sie in den dafür vorgesehenen Werksraum des K hineinpasst. Als sich nach Lieferung der Hobelmaschine herausstellt, dass die Abmessungen doch nicht stimmen, gibt K die Maschine zurück und kauft bei L eine passende Hobelmaschine. Da K an V den Kaufpreis von 100.000,- Euro bereits bezahlt hatte, die Maschine bei L aber 120.000,- Euro gekostet hat, verlangt K von V nunmehr Zahlung von 120.000,- Euro. Zu Recht?

Das volle Zahlungsbegehren erscheint nur dann berechtigt, wenn K einen Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Abs. 1 Nr. 3, 280 Abs. 1 hat, für den ein Verschulden des V zu begründen ist.⁷⁶ Deshalb ist selbstverständlich mit der Prüfung dieses Anspruchs zu beginnen. Fraglich ist aber, ob auch der Rücktrittsanspruch aus §§ 437 Nr. 2, 346 als zweiter Teil des Gutachtens mit einzubeziehen ist. Immerhin spräche man dem K den größten Teil des begehrten Zahlungsbetrages auch dann zu, wenn ein Verschulden abzulehnen wäre. Meistens wird deshalb die Einbeziehung dieses Anspruchs zu bejahen sein, da im Kern Zahlung begehrt ist, und die rechtliche Qualifikation als Schadensersatzanspruch demgegenüber in den Hintergrund tritt. Es kann aber ausnahmsweise einmal anders sein, wenn der Gläubiger die rechtliche Qualifikation seines Zahlungsbegehrens besonders in den Vordergrund stellt. Im Beispielsfall ist dies jedoch nicht gegeben.

Wird Herausgabe einer Sache begehrt, so kommen niemals Zahlungsansprüche, sondern stets nur Ansprüche auf Besitzübertragung und manchmal auf Eigentumsübertragung in Betracht. Neben vertragliche Ansprüche, wie etwa die des Vermieters auf Herausgabe der gemieteten Sache nach Beendigung des Mietvertrages (§ 546) treten Ansprüche aus § 985 oder § 812 Abs. 1, die ebenfalls das Nicht-Mehr-Bestehen des Mietvertrages voraussetzen. Weitere Herausgabeansprüche sind die §§ 667, 675 i.V. § 667; § 681 i.V. § 667; § 861, § 1007, § 2018, § 2130 Abs. 1.

⁷⁶ Wobei dem K die mit der Negativformulierung ausgedrückte Vermutung des § 280 Abs. 1 S.2 hilft.

Wieder anders sind Ansprüche qualifiziert, mit denen ein bestimmtes sonstiges Tun oder Unterlassen begehrt werden kann. Stets ist zunächst ein Anspruch zu prüfen, der genau das Begehrte zum Anspruchsinhalt hat. Ob sich der Gläubiger notfalls auch mit Ersatzhandlungen oder -zahlungen begnügen würde, hängt von der Auslegung der Fallfrage ab. Selbstverständlich begehrt der Käufer zunächst Lieferung der gekauften Sache. Ist aber nach den Rechten des Käufers gefragt, so ist selbstverständlich auch mit zu prüfen, ob ihm nach Fristsetzung und Ablehnungsandrohung ein Schadensersatzanspruch wegen zu vertretender Unmöglichkeit gem. § 283 zusteht. Aber es darf eben nicht mit der Prüfung des Ersatzanspruches begonnen und damit etwa das konkret beehrte Leistungsziel übergangen werden. Entsprechendes gilt für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche (z.B. § 1004). Regelmäßig will der Gläubiger hier den Eintritt von Schäden verhindern, also vorbeugend Ansprüche stellen. Es wäre deshalb ein schwerer Fehler, mit der Prüfung eines Schadensersatzanspruches zu beginnen, der aus der Verletzung eines absoluten Rechts etwa aus § 823 Abs. 1 folgen könnte.

Bei Mehrheit von Anspruchszielen wird oft einige Phantasie vom Klausurbearbeiter erwartet. Typische Formulierungen sind: "Was ist dem G zu raten?"; "Was kann G von S verlangen?" Wenn so gefragt ist, kommen selbstverständlich sowohl Herausgabe- als auch Zahlungsansprüche in Betracht. Meist wird in erster Linie nach Ansprüchen zu suchen sein, die ein positives Tun oder Unterlassen zum Inhalt haben. Nur unter besonderen Umständen kann davon ausgegangen werden, dass der Gläubiger lieber Geld haben will als eine konkrete Herausgabe oder Verhaltensweise seines Schuldners zu verlangen.

In der Klausurbearbeitung empfiehlt es sich, bei Mehrheit von in Betracht kommenden Ansprüchen diese zunächst mehr oder weniger wahllos nebeneinander aufzuschreiben. Erst im Anschluss daran kann man nach der Art des Anspruchsziels Streichungen vornehmen und unter den verbleibenden Ansprüchen eine Reihenfolge herstellen. Zur Reihenfolge ist zu unterscheiden, ob es sich um eine 2-Personen-Beziehung oder um eine Mehr-Personen-Beziehung handelt.

Bei 2-Personen-Beziehungen wird die Prüfungsreihenfolge ausschließlich nach der Rechtsnatur der Anspruchsgrundlagen, wie folgt, vorgenommen:

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">- Vertrag- CIC (§ 311a, s.u.) |
|--|

- GoA (§ 677)
- Dingliche Ansprüche (§§ 985 ff., 1004)
- § 812/§ 823 (ohne zwingende Reihenfolge)

Beispiel: Der Anlageberater A versendet einen Prospekt zum Kauf von KG-Anteilen der G-GmbH & Co. KG. Die KG soll künftig neuartige Produkte fertigen, für die - so der Prospekt – die Absatzbeziehungen über ein führendes Warenhaus bereits gefestigt seien. Tatsächlich hat nur ein einziges Gespräch mit dem Geschäftsführer der Warenhaus-AG stattgefunden. Zahnarzt Z, der schon früher mit A zusammengearbeitet hatte, hat 100 000,- Euro in die G-KG investiert und verlangt diesen Betrag von A, als die G-KG in die Insolvenz fällt. Zu Recht?

Zunächst kommt die Prüfung eines Beratungsvertrages mit dem Anspruch aus § 280 Abs. 1 in Betracht. Daneben kann aber, bei Ablehnung einer Vertragsbeziehung, auch die Verletzung eines quasi-vertraglichen Vertrauensverhältnisses (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 oder Abs. 3, sog. culpa in contrahendo, cic.) sowie die Prüfung eines Ersatzanspruches aus §§ 823 Abs. 1, 826 in die gutachterliche Prüfung einbezogen werden. Der Vorrang der vertraglichen Prüfung ergibt sich daraus, dass die Parteien privatautonom das Pflichtenbündel ihrer Vertragsbeziehung festlegen können. Die Haftung für vorvertragliche oder deliktische Pflichtverletzungen kann dadurch mit bindender Wirkung ausgeschlossen oder begrenzt sein. Im Beispielsfall könnte sich eine solche Begrenzung implizit daraus ergeben, dass Anlageberater regelmäßig bei Spekulationsgeschäften keine Haftung für den Anlageerfolg übernehmen. Dennoch haften sie aber für die Verletzung von Überprüfungspflichten. Obgleich der BGH bei der Annahme einer Vertragsbeziehung in solchen Fällen recht weit geht⁷⁷, ist die bloße Prospektversendung nicht ausreichend. Deshalb kommt die Haftung aus cic. in zweiter Linie in Betracht. Da sich hier kein Spekulationsrisiko verwirklicht hat, sondern ein Schaden wegen fahrlässig ungeprüfter Falschinformation entstanden ist, kann der Anspruch aus cic. bejaht werden (sog. Sachwalterhaftung aus § 311 Abs. 3).⁷⁸

Noch deutlicher als der Vorrang vertraglicher vor den quasi-vertraglichen Ansprüchen ist der Vorrang vor den Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung i.S.d. §§ 812 ff. Das Bereicherungsrecht setzt ein Fehlen des Rechtsgrundes voraus, so dass bei möglicher Vertragsbeziehung stets die Frage zu prüfen wäre, ob ein wirksamer Vertrag vorgelegen hat. Diese Prüfung gehört aber systematisch weit besser in die vertragsrechtlichen Ausführungen des Gutachtens. Bei der Prüfung des Bereicherungsanspruchs kann dann auf die früheren Ausführungen im vertragsrechtlichen Teil verwiesen werden. Entsprechendes gilt für die Prüfung deliktischer Ansprüche. Regelmäßig muss bei etwa auch bestehenden vertraglichen Rechtsbeziehungen geprüft werden, ob die betreffende schadensersatzbegründende Verhaltensweise rechtmäßig oder rechtswidrig war. Dafür ergibt sich oft Entscheidendes aus den vertraglichen Rechtsbeziehungen. Außerdem können Haftungsbegrenzungen oder -

⁷⁷ Vgl. nur BGH NJW 1993, 1455, 1456; näher s. den Übungsfall Bd. 2 Nr. 8, S. 284 ff.

⁷⁸ Einzelheiten zur Sachwalterhaftung werden unten zu VI.5 (S. 219 f.) behandelt.

ausschlüsse vertraglicher Art auf die deliktische Beziehung durchschlagen, so dass auch deshalb eine vorgezogene Prüfung der vertraglichen Ansprüche sinnvoll erscheint.

Die Prüfungsreihenfolge bei dinglichen Ansprüchen ist dadurch begründet, dass etwa konkurrierende Ansprüche gem. §§ 812 ff., 823 ff., nicht aber solche aus Vertrag, regelmäßig ausgeschlossen sind, wenn ein sog. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gegeben ist. Die Einzelheiten dazu gehören in das Sachenrechtsstudium fortgeschrittener Semester. Sie sind zudem großenteils heftig umstritten. Hier muss deshalb der Hinweis genügen, dass vertragliche Rechtsbeziehungen zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer zur Besitzberechtigung i.S.d. § 986 führen können. Ist also etwa im Fall ein Mietvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner des Herausgabeanspruchs zu bejahen, so scheidet ein Anspruch aus § 985 an der Besitzberechtigung i.S.d. § 986. Sinnvollerweise ist über die vertragsrechtliche Beziehung im Zusammenhang etwaiger vertraglicher Ansprüche zu rasonieren, so dass sich der Vorrang der vertragsrechtlichen Prüfung versteht. Der Nachrang von Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Deliktsrecht ergibt sich aus der genannten möglichen Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses.

Beispiel: M schließt mit dem V und dessen Hausbank B einen Leasingvertrag über einen 525er BMW-Touring. Als M erstmals mit der dritten Leasingrate zu 1/10 in Verzug gerät, kündigt B den Leasingvertrag fristlos und verlangt sofortige Herausgabe des BMW. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der B sehen die Kündigungsmöglichkeit vor, wenn der Leasingnehmer das vertragsmäßig geschuldete Entgelt "ganz oder teilweise" nicht zum jeweils ersten Kalendertag des Monats zahlt. Wie ist die Rechtslage?

Zunächst ist der Anspruch auf Rückgabe gem. § 546, also der vertragsrechtliche Anspruch, zu prüfen; denn dazu gehört die Prüfung der Kündigungsmöglichkeit wegen Zahlungsverzugs gem. § 543 Abs. 2 Nr.3a. M ist nur mit einer Leasingrate in Verzug geraten. § 543 verlangt aber die zweimalige Säumigkeit⁷⁹, so dass die Kündigung unrechtmäßig war. Deshalb kann der Anspruch aus § 546 keinen Erfolg haben. Die gleiche Prüfung hätte man auch zum Anspruch aus § 985 vornehmen können, indem man das Recht zum Besitz i.S.d. § 986 entsprechend problematisiert. Das muss in einem Gutachten auch geschehen, aber die Prüfung erfolgt erst im Anschluss an das Vertragsrecht und verweist dann sinnvoll auf die obigen Ausführungen.

Es gibt noch eine Fülle weiterer Regeln bei Mehrheit von Ansprüchen innerhalb derselben Anspruchsart sowie zur Prüfungsfolge innerhalb bestimmter Tatbestände. Insoweit sei hier aber auf die Spezialliteratur verwiesen, da schon vieles vorausgesetzt wird, was der Student erst in späteren Semestern lernt.

⁷⁹ Durch AGB wegen § 307 Abs.2 Nr.1 nicht abdingbar (näher s.u. zu VIII.3).

Es bleibt noch ein Wort zur Prüfungsreihenfolge bei Mehr-Personen-Beziehungen: Dafür sei noch einmal zurückgekommen auf das obige Beispiel der Schrankreparatur. Ist hier bloß nach der Rechtslage gefragt, so kommt, wie gezeigt, eine Fülle ganz unterschiedlicher Ansprüche in Betracht, die zwischen den vier Beteiligten entstanden sein können. Sinnvollerweise beginnt man mit demjenigen Anspruch, der am wenigsten voraussetzungsvoll ist und deshalb am einfachsten durchschaut werden kann. Das ist der Anspruch des U gegen M. Ist dieser gegeben, so fragt sich, wie M etwa bei K Rückgriff nehmen kann und dieser sich wiederum bei V schadlos halten darf. Würde man sogleich mit dem Anspruch des K gegen den V beginnen, so wäre zuviel an Vorfragen vorausgesetzt. Der Minderungsbetrag hinge von einem Anspruch des M und/oder des U in Höhe von 500,- Euro gegen den K ab. Die gutachterliche Untersuchung würde allzusehr verschachtelt. Der Leser wäre mehr als nötig in Komplikationen versetzt. Die leichte Lesbarkeit des Gutachtens ist aber allgemein das oberste Gebot einer jeden Klausurtechnik. Deshalb sei mit dieser Bemerkung auch darauf hingewiesen, dass sich zu allem Vorherigen eine abweichende Prüfungsreihenfolge ergeben kann, wenn diese ausnahmsweise zur besseren Verständlichkeit beim Leser beizutragen geeignet erscheint.

b. Rechtliches Risikomanagement: Die Methodik der Fallbearbeitung ist herkömmlich justizorientiert, d.h. der Student lernt in erster Linie, wie ein Richter sinnvoller Weise mit dem Rechtsstoff umgeht, wenn er einen Fall zur Beurteilung auf den Schreibtisch bekommt. Dabei muss auch noch revisionsrichterliche Tätigkeit unterstellt werden, weil der tatsächliche Hergang der Lebensvorgänge als fester Sachverhalt vorgegeben ist. Dies hat Vor- und Nachteile, die hier nicht näher zu erörtern sind.

Außer der richterlichen Fallmethodik gibt es vor allem noch die der beratenden Rechtsanwälte und Notare sowie die der juristischen Unternehmensberater, zu denen selbstverständlich auch die Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsmanager und die neuen Diplom-Wirtschaftsjuristen gehören.⁸⁰ Folgende Hauptunterschiede des Wirtschafts- und Justizrechts sind bei derartiger Risikovorsorge – auch Risikomanagement genannt – wichtig:

⁸⁰ Zu den Berufsgruppen näher Bd. 2 Anhang 2 Nr.3, S.261 ff.

- Der Wirtschaftsjurist will und braucht keinen Richter und ökonomischen Laien zu überzeugen, sondern er ist um eine einvernehmliche Lösung mit seinem Vertragspartner bemüht⁸¹;
- dabei wird das Hauptaugenmerk nicht primär auf verfahrensmäßige Verkürzungen des Konfliktstoffes⁸², sondern darauf gelenkt, wie das wirtschaftliche, meist im materiellen Recht geregelte Problem bewältigt werden kann;
- nicht die – verfahrensmäßige oder materielle – Gerechtigkeitsfrage steht im Vordergrund, sondern beide Parteien wollen ihre wirtschaftliche Situation verbessern, indem sie nach gemeinsamen Gewinnsituationen suchen, anstatt sich im „Kampf ums Recht“⁸³ beiderseits zu verschlechtern.
- Es geht nicht um die Lösung eines Einzelfalles, sondern um massenhaft oder zumindest wiederkehrend auftretende Geschäftssituationen mit Rechtsrisiken.

Insgesamt gehört die präventive Beratung über Rechtsrisiken in die Bereiche der Risikoökonomik und des Risiko-Management mit deren interdisziplinären Bezügen. Schon aus der älteren ökonomischen Rechtsanalyse ist das Argument gesamtwirtschaftlich optimaler Risikobeherrschung bekannt.⁸⁴ Man nahm an, das Recht solle dazu beitragen, dass das Risiko dahin zugewiesen wird, wo es am kostengünstigsten getragen werden kann. Dabei wurde hauptsächlich zwischen der Risikovermeidung, Risikokompensation (Diversifikation, Versicherbarkeit) und Risikotransfer (Verkauf, Abwälzbarkeit über Preissteigerungen, etc.) unterschieden. Beispielsweise befürwortete man die Produzentenhaftung anstelle der Risikotragung durch den geschädigten Verbraucher, weil der Hersteller besser in der Lage sei, das Risiko über Preisanhebungen an die Gesamtheit der Marktteilnehmer weiterzugeben. Die Versicherungsmöglichkeit durch den Endabnehmer sei demgegenüber nachteilig, weil sie nicht produktspezifisch abgeschlossen und damit nicht risikoadäquat kalkuliert werden könne. Allerdings handelte es sich bei diesen Forschungen nicht um Ansätze einzelwirtschaftlicher Wirtschaftsrechtsberatung, sondern um gesamtwirtschaftliche Modelle der sog. Wohlfahrtökonomik.

Die einzelwirtschaftliche Sicht wurde erst mit dem Aufkommen der Corporate-governance-Lehren (CG) und der Compliance-Konzepte eröffnet. Nachdem das KonTraG von 1998 allen deutschen Aktiengesellschaften, also auch den nicht börsennotierten, ein Risikomanagement vorgeschrieben hat (§ 91 Abs. 2 AktG), und dieses bei Börsenlistung auch der Wirtschaftsprüfung unterworfen worden ist (§ 317 Abs. 4 HGB), sind die wirtschafts- und

⁸¹ Der richterlichen Freiheit in der Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO und der weitgehenden Haftungsbefreiung mit vielfältigen Folgen der Richtermacht stehen die Privatautonomie und etwaige Ungleichgewichte wirtschaftlicher Macht der Konfliktparteien gegenüber.

⁸² Vgl. nur *R. Lautmann*, Justiz - die stille Gewalt, 1972.

⁸³ So die berühmte Formulierung von *R.v.Ihering*, Kampf ums Recht, 1886.

⁸⁴ Vgl. *R. Posner*, Economic Analysis of Law; 5. Aufl. 1998; *Hans-Leo Weyers*, Unfallschäden, 1971, S. 481 ff..

rechtswissenschaftlichen Methodenlehren auf diesem Gebiet sprunghaft vorangekommen.⁸⁵ Obgleich das Gesetz eigentlich nur Überwachungssysteme für Risiken verlangt, die den Fortbestand des Unternehmens gefährden, werden zumeist auch nicht existenzbedrohliche Situationen mit in den Blick genommen. Zudem werden den Risiken zugleich auch die Chancen gegenübergestellt, damit eine sinnvolle ökonomische Einschätzung möglich ist.⁸⁶ Generell unterscheidet man zwischen Analysen des Ist- und des Sollzustandes. Zu Ersterem gehören die Risikoerkennung als allgemeine Bestandsaufnahme mit mehr oder weniger genauer Risikomessung⁸⁷, die wirtschaftliche „Risikoidentifikation“ mit Bildung von Risikotypen⁸⁸ und die rechtliche „Risikodefinition“⁸⁹ mit Einordnung in bestehende oder bevorstehende Rechtsverhältnisse, wie Vertrag, Delikt und quasi-vertragliche Vertrauensverhältnisse. Zur anschließenden „Risikoprüfung“ tauchen die aus der älteren Lehre vertrauten Begriffe der Abwälzung, Diversifikation etc. wieder auf⁹⁰, so dass hierauf verwiesen werden kann.

Von Seiten der Compliance-Forschung wird besonders auf die frühzeitige Berücksichtigung der unternehmensinternen Zuständigkeitsordnung verwiesen, damit nicht etwa wegen Verletzung formaler Kompetenzen von Anfang an Widerstände gegen die Findung und Durchsetzung von Risikoverbesserungen aufgebaut werden.⁹¹ Zudem wird allseits erkannt, dass das Risikomanagement mit der Risikoentscheidung nicht beendet ist, sondern dass es auf Nachbearbeitungsmaßnahmen entscheidend ankommt. Dazu gehören zunächst die Dokumentation aller bisher genannten Daten der Bestandsaufnahme und Entscheidungen, die unternehmensinterne Kontrolle, die externe Überprüfung durch den Wirtschaftsprüfer – soweit gesetzlich erfordert oder freiwillig durchgeführt – und die Auswertung für eine öffentlich zugängliche Evaluation (rating).

⁸⁵ Vgl. IdW-HFA, Entwurf IdW Prüfungsstandard: Die Prüfung des Früherkennungssystems nach § 317 Abs. 4 HGB, WpG 1998, 927; w.Nachw. bei Hüffer, AktG-Komm. § 91 vor Rn. 1.

⁸⁶ S. den Internet-Text der Fa. Benten Consulting von Heussen/Ketterl/Jäckel in www.benten.de/csg/pub/f2030_de.html: „Entscheiden ist...nicht das Nachdenken über den und das Antizipieren des „worst case“, sondern vielmehr das frühzeitige Erkennen rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten, die sowohl Risiken als auch Chancen gleichermaßen beinhalten“.

⁸⁷ Hierzu wird der bedeutendste Fortschritt der Risikoforschung notiert, da das bereitstehende Datenmaterial und dessen Bearbeitung aufgrund der modernen EDV-mäßigen Möglichkeiten so stark erweitert bzw. verbessert worden seien; vgl. M. Krall, Risikomanagement als Instrument der strategischen Unternehmensführung, in Hungenberg/Meffert (Hrsg.), Hdb. Strategisches Management, 2003, S. 285, 293.

⁸⁸ M. Krall, a.a.O., S. 285, 291.

⁸⁹ Vgl. nochmals Heussen/Ketterl/Jäckel, a.a.O.

⁹⁰ Vgl. nochmals Krall, a.a.O. S. 293.

⁹¹ Vgl. Ch. Parker, The Open Corporation, 2002, S. 245 ff., passim.

c. Zur Methodologie: Zur wirtschaftsrechtlichen Methodendiskussion besteht zunächst überwiegend Einigkeit darin, dass die genannten Wesensunterschiede gegenüber der justizjuristischen Einzelfallentscheidung eine prospektive anstatt ex post gerichtete Sicht erfordert, und dass dabei auch Erkenntnisse der ökonomischen Rechtsanalyse, soweit vorhanden, berücksichtigt werden müssen. Weniger Aufmerksamkeit haben allerdings in diesem Zusammenhang die Beiträge der CG-Forschung und der Compliance-Konzepte gefunden; und v.a. fehlt eine der justizjuristischen Methodenlehre ebenbürtige wirtschaftsjuristische Meta-Theorie fast völlig.⁹²

Bezeichnend für die Rückständigkeit gegenüber den nachbarwissenschaftlichen Risikoforschungen ist es, dass nicht einmal die Frage geklärt ist, ob von dem herkömmlich justizjuristischen Denkansatz Abschied genommen werden soll, wonach jede juristische Problemlösung mit der Anspruchs- oder Rechtsgrundlage zu beginnen hat. Immerhin ist hierzu aber aufgefallen, dass die Anspruchsmethode den Nachteil hat, die Beteiligten in ein „Gegeneinander“ zu bringen, obgleich das Recht „in erster Linie eine Ordnung des Miteinander“ sei.⁹³ M.a.W. das aus der Tradition des römischen Rechts stammende Aktionendenken blendet die Möglichkeiten außerprozessualer Einigung auf Positionen mit beiderseitiger Gewinnerzielung (win-win-positions/Wertorientierung) zu stark aus.⁹⁴ Auch wird an der Anspruchsmethode ein gewisses „Einzwängen“ des Stoffes bemängelt⁹⁵, was in unserem Zusammenhang ein zu starkes Ausblenden der ökonomischen Steuerungsmoduln betreffen könnte.

Die Gegenansicht betont, die Anspruchsmethode gehe auf das römische Aktionenkonzept zurück – wenngleich die Institutionen Justinians kein besonderes Gewicht auf die Behandlung der actiones gelegt haben⁹⁶ - und sie schule „das juristische Denken zu einer zielgerichteten und strengen Arbeitsdisziplin“.⁹⁷ Auch müsse man sogar bei bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten stets die Ausgangssituation prüfen, wofür der „gewöhnliche

⁹² Rechtssoziologische Ansätze aber bei *Parker*, a.a.O. S. 245 ff.

⁹³ Vgl. die Kritik von *Großfeld* (NJW 1985, 1577, 1578; ders., JZ 1992, 22, 25.) an *Medicus*, Bürgerliches Recht; Replik 19. Aufl. 2002 S. V, 1 f.

⁹⁴ Zur Wertorientierung des Gesellschaftsrechts in diesem Sinne s. *Mülbert*, F Schr. P Ulmer, 2003, 433 ff.

⁹⁵ *Meincke*, JZ 1988, 1095, 1101; weitergehend, aber kennzeichnend, spricht *Ross* von „Fassadenlegitimation“ und „Rechtfertigkeit“ in: Über Recht und Rechtfertigkeit, 1953, S. 179, zit. n. *Strömholm*, Zur Frage nach der juristischen Argumentationstechnik, ARSP 50 (1972), 337.

⁹⁶ Dazu s. nochmals *Meincke*, a.a.O. S. 1101: „Die Institutionen legen den Akzent nicht auf die Rechtsdurchsetzung“.

⁹⁷ *Ranieri*, JZ 1997, 801, 813; zustimmend *Medicus*, a.a.O. S. 1.

Anspruchsaufbau“ nach wie vor am besten geeignet sei.⁹⁸ Auch wird der Anspruch als inneres Gestaltungsprinzip des BGB propagiert, was nur dadurch verdeckt worden sei, dass die Ausgliederung von Regelungen in den AT und in das allgemeine Schuldrecht logisch Verallgemeinerbares, aber sachlich Nachrangiges nach dem schon erwähnten Klammerkonzept des BGB gliederungsmäßig vor die Klammer gezogen habe.⁹⁹ Letztlich habe sich aber im BGB die aus der Interessenjurisprudenz stammende Konfliktsicht des aktionenrechtlichen Denkens durchgesetzt.¹⁰⁰

Unbestritten ist zunächst, dass die wirtschaftsrechtliche Betrachtung in erster Linie wertorientiert und nicht konfliktfokussiert sein muss. Auch wird die Notwendigkeit eines streng methodisch angeleiteten Denkens von keiner Seite in Frage gestellt. Damit ist zumindest die Richtung der weiteren Diskussion außer Streit. Es geht um ein ausgewogenes Verhältnis von tatbestandsorientierter Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit i.S. der o. (zu II. 1 f., S. 37 f.) erörterten rechtsphilosophischen Wertetrias.

Gegen die Anspruchslehre spricht aber entscheidend, dass sie unnötig vom Kern der rechtlichen Risikoverteilung (Sitz des Problems) ablenkt und damit den Parteien die Einsicht in die ökonomischen und wirtschaftsjuristischen Kernprobleme versperrt. Der Hinweis auf die historischen Wurzeln in der Interessenjurisprudenz¹⁰¹ ist v.a. dadurch zu korrigieren, dass diese Schulenrichtung schon in den 50er Jahren durch die sog. Wertungsjurisprudenz wesentlich korrigiert worden ist.¹⁰² Während *Heck* noch davon ausging, dass die gesetzliche Regelung und insbes. die Anspruchsnorm direkt („kausal“) von den Interessen motiviert ist, die denen der am Zivilprozess Beteiligten entsprechen, sahen *H. Westermann* u.a. stärker auf die im systematischen Zusammenhang des Gesetzes zum Ausdruck gelangenden Interessenabwägungen, die sich bei Kollision verschiedener Interessen als ein Vorziehen oder Zurücksetzen im Wertungszusammenhang des Gesetzes abzeichnen.¹⁰³

⁹⁸ *Medicus*, a.a.O. S. 13 f.

⁹⁹ *S. Schapp*, JuS 1992, 537, 543.

¹⁰⁰ Zu dieser Herkunft vgl. nochmals *Schapp*, a.a.O. S. 538.

¹⁰¹ Begründer ist *Philip Heck* mit seiner Schrift *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914; dazu *F.v. Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S.574 ff.

¹⁰² Vgl. *Harry Westermann*, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilprozess*, 1955, 14 ff.; ähnlich *Kronstein*, *Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht*, 1957; dazu *K.Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl. 1983, S. 117 f.

¹⁰³ *Schapp* hat gleichwohl versucht, ein „inneres“ Anspruchssystem des BGB nachzuweisen, indem er die weitgehende Abkoppelung von Anspruchgrundlagen und Rechtsverhältnissen mit dem sog. Klammerprinzip des BGB erklärt (*J. Schapp*, JuS 1992, 537, 543). Das BGB hat nämlich vielfach die für mehrere Rechtsverhältnisse gleich geltenden Regeln in das 1. Buch zum Allgemeinen Teil und in das 2. Buch zum Allgemeinen Schuldrecht vorverlegt, also sozusagen vor die Klammer gezogen (näher s.u. zu III.3). Dabei ist

Beispiel: Wie sehr diese wertungsjuristische Sicht vom gesetzlichen Aktionendenken abstrahiert, lässt sich am Anspruch auf Vertragsanpassung wegen des sog. Wegfalls der Geschäftsgrundlage veranschaulichen. Bis 2002 war dieser Anspruch nicht einmal im Gesetz ausdrücklich geregelt, sondern musste aus dem allgemeinen Gebot von Treu und Glauben in § 242 hergeleitet werden.¹⁰⁴ Dennoch lässt sich in den gesetzlichen Regelungen der §§ 433 ff nachweisen, dass das Risiko für veränderte wirtschaftliche Grundlagen im Beschaffungsbereich prinzipiell der Verkäufer zu tragen hat, während es im Absatzbereich und hinsichtlich der Verwendungsfähigkeit des Kaufgegenstandes beim Käufer liegen soll.¹⁰⁵ – Ähnlich liegt es bei der Risikotragung für Irrtümer. Ist etwa das Risiko für Motivirrtümer gem. §§ 119 ff. dem Käufer zugewiesen, und wird hierzu zwischen Preisirrtum und Irrtum über wertbildende Eigenschaften unterschieden, so ist der Sitz des Problems im Anfechtungsrecht und nicht im Bereicherungsrecht zu sehen, obgleich die Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1 ist. Letztlich geht es dabei um Steuerungseffekte der wettbewerblichen Risikoverteilung, die im Bereicherungsrecht allenfalls verdeckt und im Zusammenhang mit gänzlich heterogenen Fragestellungen erkennbar sind.

Allerdings ist mit dem Hinweis auf die Wertungsjurisprudenz noch nicht der Schritt zur weitaus jüngeren ökonomischen Rechtsanalyse und den in ihrem Lichte deutlich werdenden Steuerungsprinzipien des Privatrechts getan. Auch hierfür kann man aber weit mehr aus dem Rechtsverhältnis als aus der Anspruchsnorm herleiten, da sich aus ihm die institutionelle Verankerung ablesen lässt, die für die moderne Risikoanalyse ausschlaggebend ist. Um dies zu verdeutlichen, muss kurz erläutert werden, was unter der institutionenökonomischen Rechtsanalyse zu verstehen ist, und wie der ökonomische Institutionenbegriff zur Rechtsinstitution steht. Stark vereinfachend zielt die Institutionenökonomik darauf ab, die Annahmen der älteren wohlfahrtstheoretischen Rechtsanalyse zur vollständigen Informiertheit der Rechtsadressaten zu relativieren, indem deren institutionelle Entscheidungs- und Informationsbedingungen berücksichtigt werden.¹⁰⁶

Historisch bestimmend für diese Sicht ist das Principal-agent-Modell¹⁰⁷ geworden, wonach asymmetrische Informationsverteilung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten besteht, so dass die Gefahr rational eigensüchtigen Verhaltens des Letzteren groß ist. Es hat also keinen Sinn, etwa dem Vorstand eines Unternehmens die Wahrung der Belange der Anteilseigner (Aktionäre) vorzuschreiben und bei schuldhafter Verletzung der Interessenwahrungspflicht eine Schadensersatzhaftung zu regeln. Vielmehr muss zudem für eine Veränderung der institutionellen Informationsverteilung gesorgt werden, indem z.B. die

natürlich die Nähe zum Sitz des Problems im Rechtsverhältnis weitgehend verloren gegangen. Doch zeigt sich gerade an der Abstrahierbarkeit der Ansprüche, dass sie zum Kern der rechtlichen Risikoverteilung wenig inneren Beitrag leisten.

¹⁰⁴ Heute s. § 313 Abs. 1.

¹⁰⁵ Vgl. – grundlegend – *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörungen im Schuldverhältnis, 1969; näher s.u. VIII.5c.

¹⁰⁶ Näher s. *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 1996 S. 2 f.; zur älteren Lehre ebd. S. 38 ff.

¹⁰⁷ Vgl. *Richter/Furubotn*, a.a.O., S. 163 ff.

Transparenz der Vorstandsentscheidungen und/oder die Überwachung durch den Aufsichtsrat verbessert wird.¹⁰⁸ Ähnliche Informationsasymmetrien herrschen etwa beim Verkauf von sog. Erfahrungs- und Vertrauensgütern, wie Gebrauchtfahrzeugen und Anwaltsrat, bei denen im Unterschied zu Suchgütern der Kunde nicht von vornherein die Qualität und deren Preisrelation einschätzen kann.¹⁰⁹ Auch insofern wäre es also sinnlos dem Anbieter Qualitätsstandards vorzuschreiben, ohne zugleich die Informationssituation des Kunden zu verbessern, indem etwa Signale über die Qualifikation und Seriosität des Anbieters veranlasst werden.

Der institutionelle Zusammenhang solcher Regeln würde durch die Verabsolutierung richterrechtlichen Anspruchsdenkens im Privatwirtschaftsrecht zu sehr verzerrt. Deshalb muss man allerdings nicht etwa vollends in die vor der Anspruchsmethodik herrschende sog. historische Methode¹¹⁰ zurückverfallen. Doch bleibt gar nichts anderes übrig, als stets zunächst eine zumindest grobe ökonomische Identifikation des Risikos und dessen institutionelle Einordnung vorzunehmen, um sodann das dafür rechtserhebliche Schuldverhältnis auszuwählen, in dem der Sitz des Rechtsproblems verortet werden kann. Dafür wird man die Rechtsbeziehungen der Parteien zunächst im chronologischen Ablauf ihrer Begründung auf ihren Vertragstyp hin oder nach ihrer sonstigen Rechtsnatur zu untersuchen haben. Dabei bleibt das anspruchorientierte Denken nur insofern erheblich, als allein solche Rechtsbeziehungen für die Untersuchung herangezogen werden, die für Rechtsrisiken von Bedeutung sein können. Das betrifft natürlich weitgehend Ansprüche und dazu zu erhebende Einwendungen oder vorsorgende Gestaltungsmöglichkeiten. Die genaue Kenntnis der Anspruchsgrundlagen ist also erforderlich, aber nicht als Einengung des Problems zu begreifen.¹¹¹ Von da aus arbeitet man sich an den rechtlichen Sitz des Problems heran, um die Streit- oder Gestaltungsfrage aus dem Gesetz heraus entscheiden zu können. Der wertungsjuristische Blick wird nach dieser Methode eindeutig besser angeleitet als nach der reinen Anspruchsmethode.

d. Ablaufschema: Im Einzelnen ergibt sich daraus und aus der Orientierung an den Forschungen zum Risiko-Management folgender Prüfungsablauf¹¹²:

¹⁰⁸ Vgl. die Regeln des Corporate Governance Kodex unter www.corporate-governance-code.de; dazu v. Werder, in: Hommelhoff u.a. (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, S. 3 ff.

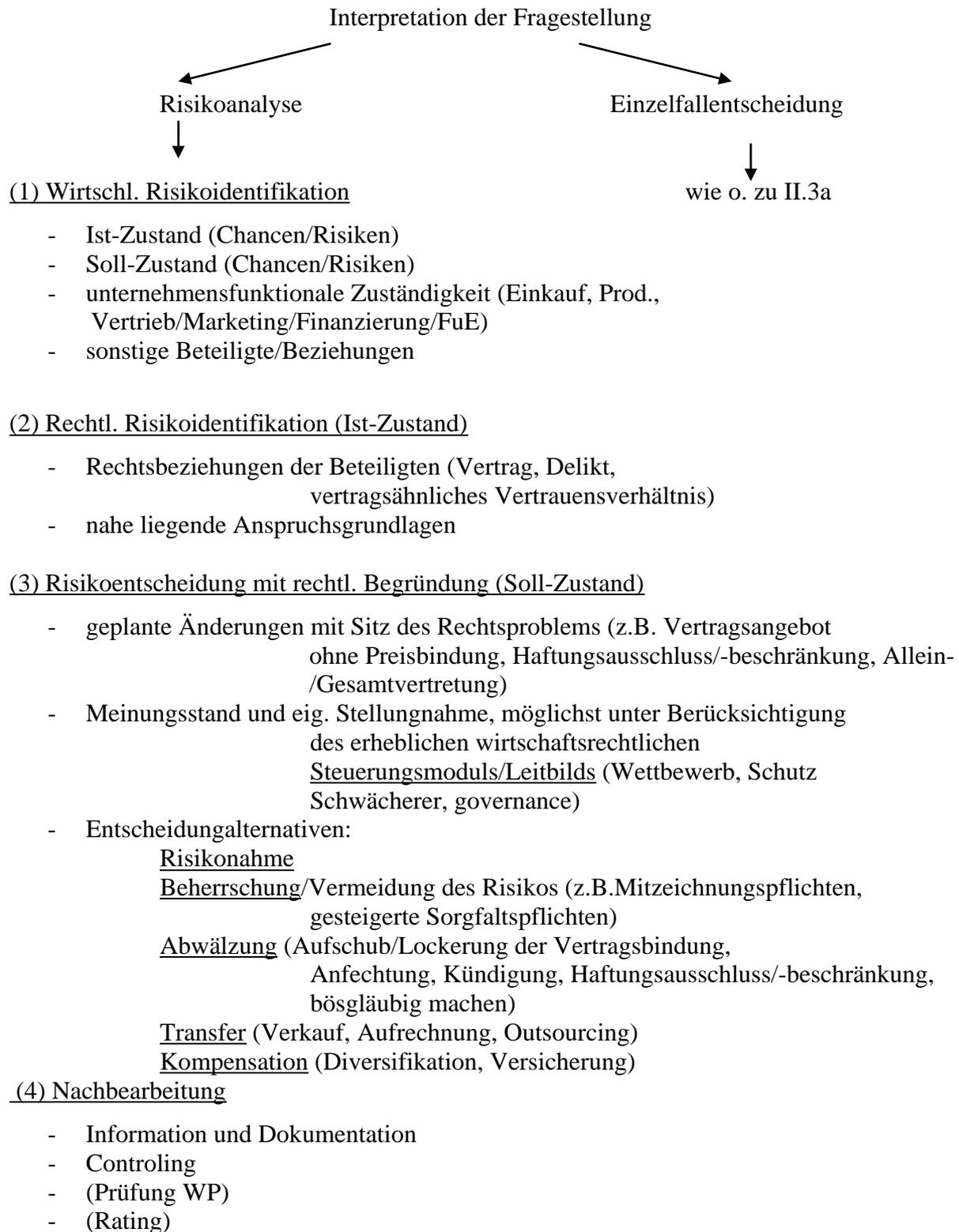
¹⁰⁹ Zur theoretischen Bedeutung der Signal-Theorie s. – grundlegend Akerlof, Markets for Lemons, Qu.J.Ec. 1970, 488 ff; H. Merkt, Unternehmenspublizität, 2001, S. 213 ff.

¹¹⁰ Vgl. Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. 1991, S.5.

¹¹¹ Hinzu kommt, dass die modernen EDV-Hilfen zum Wirtschaftsrecht vornehmlich aus Anwaltshand stammen und deshalb von der Anspruchsmethode geprägt sind (vgl. nur Firmenwissen.de; dazu Handelsblatt v. 1.10.2004 Anzeige; Anwalt-Suchservice.de). Will der nach diesem Buch ausgebildete Wirtschaftsjurist solche Suchsysteme effizient nutzen, so muss er die Grundzüge der Anspruchsmethode kennen und diese eben nur ergänzen i.S. der hier begründeten Rechtsrisiko-Methode.

¹¹² Muster für Fallstudien s.u. V.6, S. 171 ff.; VI.6, S. 224 ff.; VII.7 und VII.7, S. 254 ff..

Prüfungsschema



Zur näheren Kommentierung des Ablaufschemas darf zunächst auf die generellen Angaben o. zu b sowie darauf hingewiesen werden, dass es sich um eine weitgehend neuartige Vorgehensweise handelt, die zwar in der Beratungspraxis bereits eine gewisse Anerkennung

gefunden hat, aber methodologisch sowohl in der Betriebswirtschaftslehre als auch in der Rechtswissenschaft noch kaum untersucht ist. Wenn gleichwohl hier und im Unterricht des Verf. der Versuch gemacht wird, auf diese Praxismethoden vorzubereiten, so geschieht das nicht in der Überzeugung, dass dies die einzig richtige Vorgehensweise sei.¹¹³ Es soll vielmehr lediglich gezeigt werden, dass es auch so geht, und dass dabei das Alte alt und das Neue neu wird.

Im Einzelnen ist Folgendes hervorzuheben:

(1) Zur wirtschaftlichen Kurzkennzeichnung des Ist-Zustandes sollte v.a. die meist in der Fragestellung des Mandanten bzw. des diese simulierenden Aufgabentextes der Klausur ausgedrückte Beanstandung der bisherigen Praxis zusammenfassend dargestellt werden. Dabei geht es nicht um deren betriebswirtschaftliche Bewertung oder Bemessung, so dass – wenn Zweifel bestehen – diese allenfalls beiläufig erwähnt werden dürfen. Herr des Geschäfts ist der Mandant, und gefragt ist der rechtstechnische Sachverstand, der der Geschäftsidee (mit) zum Erfolg verhilft. Demzufolge ist auch die Erwähnung von Chancen und Risiken nicht als eigene Beurteilung des Bearbeiters aufzufassen, sondern nur als ökonomisch greifbarer Ausgangspunkt der Analyse zu fassen, damit die juristische Untersuchung nicht an einem Laienphänomen laboriert.¹¹⁴ Insoweit ist es ähnlich wie beim Arzt, der vom „Bauchkrebs“ des Patienten hört und ein „Dickdarm-Karzinom“ mit näherer Fachkennzeichnung identifiziert. - Entsprechendes gilt für die Kurz-Charakterisierung des Soll-Zustandes. Auch hier wird dem Wunsch des Auftraggebers (in der Klausur: des Aufgabenstellers) streng gefolgt, aber, soweit erforderlich, eine fachliche Präzisierung angestrebt.

Es folgt die Bestimmung der unternehmensinternen Zuständigkeit. Da diese heutzutage meist funktional organisiert ist, folgt man dem. Einige wichtige Unternehmensfunktionen/-abteilungen sind beispielhaft genannt. Ist das auftraggebende Unternehmen divisional oder in sonstiger Weise organisiert, so ist die Zuständigkeit anhand dieser Organisationsstruktur zu bestimmen.

¹¹³ Zudem folgen die meisten im Folgenden aufgeführten Beispielfälle noch dem Anspruchsaufbau, da dieser auch nach der hier befürworteten Methode nicht etwa wertlos geworden ist, sondern der Selektion der für die Beratung über Rechtsrisiken dient (s.o. zu II.3b(2), S. 68.

¹¹⁴ Denn das Gutachten ist ebenso wenig darauf gerichtet, einen Richter im Prozess oder sonst den wirtschaftlichen Laien zu überzeugen, sondern die allgemeinen ökonomischen Kenntnisse zum Wirtschaftsrecht dürfen und müssen vorausgesetzt werden.

Weitere Beteiligte müssen schon deshalb mindestens aufgelistet und nach der Art ihrer Betroffenheit kurz charakterisiert werden, damit niemand übersehen wird. Auch dabei geht es noch nicht um die rechtliche Einordnung, sondern nur um die darauf hinarbeitende präzise Erfassung der in der Praxis gegebenen wirtschaftlichen Situation unter Hervorhebung der wesentlichen Beziehungsaspekte. Soweit beim Soll-Zustand neue Beteiligte ins Spiel kommen sollen, sind auch diese aufzulisten und kurz zu kennzeichnen. Meist empfiehlt sich eine graphische Darstellung, die in der Klausur natürlich eine grobe Skizze sein kann.

(2) Es folgt die rechtliche Risikoidentifikation, wobei nach der modifizierten historischen Methode vorgegangen wird. D.h. man folgt der zeitlichen Reihenfolge der Entstehung der betr. Rechtsbeziehung und wählt dafür nur solche aus, die für die Begründung von Rechtsrisiken von Bedeutung sein können.¹¹⁵ Die Einordnung erfolgt zunächst nach der groben Dreiteilung in Vertrag, Delikt und vertragsähnliches Schuldverhältnis, wird dann aber auch so genau wie möglich nach den Paragraphen des BGB gekennzeichnet. Ist die rechtliche Qualifikation problematisch, oder stellt sie sogar ein wesentliches Problem dar, so umreißt man zunächst die zwei oder drei nahe liegendsten Alternativen, um die definitive Zuordnung dann im Folgenden beim Sitz des Problems vorzunehmen.¹¹⁶

Zunächst werden aber nahe liegende Anspruchgrundlagen zum Ist-Zustand überprüft. Was nahe liegt, beurteilt sich nicht nur nach der Erheblichkeit für das oder die Kernrisiken des geschäftlichen Ist-Zustandes, sondern auch schon mit Blick auf die geplanten Veränderungen.

(3) Zur Risikoentscheidung geht man dann in der Reihenfolge der o. zu (2) geprüften Rechtsbeziehungen vor und konzentriert sich auf die Tatbestandsvoraussetzungen des/der durch die geplante Geschäftsänderung drohenden Kernrisikos/en. Soweit sich Auslegungsprobleme ergeben, kennzeichnet man den Meinungsstand in Rspr. und Literatur.

Die eigene Stellungnahme beginnt anschließend meist mit der Analyse des wirtschaftsrechtlichen Steuerungsmoduls, soweit dieses für das zuvor herausgearbeitete Auslegungsproblem von Bedeutung ist. Sind mehrere Risikobereiche zu behandeln, so wird sich meist eine Zusammenfassung des Meinungsstandes mit der dazu erarbeiteten eigenen Stellungnahme empfehlen.

¹¹⁵ Noch nicht begründete, aber künftig mögliche und relevante Rechtsverhältnisse sind am Schluss mit aufzuführen, sofern es nicht aus Gründen der leichteren Lesbarkeit nahegelegt ist, das Nötige im Zusammenhang mit einer anderen, bereits in der Zeitfolge berücksichtigten Beteiligung mit zu behandeln.

¹¹⁶ Meist empfiehlt es sich, den schon in Abschnitt 1 angefertigten Graphen mit Linien und §§-Bezeichnungen zu versehen, wie bereits oben im Kap. II.3a, S. 48 dargestellt.

Es folgt die Entscheidung zwischen den vier Alternativen der Risikoentscheidung: Beherrschung/Vermeidung, Abwälzung, Kompensation und Transfer. Die Kennzeichnung des Entscheidungsvorschlags kann insoweit kurz ausfallen, weil die genannte Typik im Wesentlichen als bekannt vorausgesetzt werden darf; denn auch hier gilt, dass nicht der juristische und ökonomische Laie überzeugt werden muss, sondern dass das Gutachten sich an den mit den allgemeinen Kenntnissen des Wirtschaftsrechts vertrauten Fachmann richtet.

Unter dem Stichwort der Risikonahme entscheidet man sich für eine im Wesentlichen unveränderte Tragung des herausgearbeiteten Risikos, wenn nur dies eine volle Ausschöpfung der beabsichtigten Geschäftschancen erwarten lässt. Drohen etwa Haftungsrisiken, so kann man diese u.U. in Kauf nehmen, wenn die Wahrscheinlichkeit der Gefahrverwirklichung gering und der erwartbare Schadensaufwand verhältnismäßig niedrig ist. Drohen allerdings Gefahren für Leib und Leben, so wird diese Alternative regelmäßig nicht in Betracht kommen.

Mit Beherrschung“ des Risikos ist v.a. die tatsächliche Gefahrenvorsorge gemeint, d.h. ob das beratene Unternehmen faktisch in der Lage ist, die Gefahrverwirklichung zu vermeiden, wobei etwa dafür gesorgt werden kann, dass in der zuständigen Unternehmensabteilung verstärkte Sorgfaltsanstrengungen angeordnet und angeregt, oder weitere Abteilungen zur Mitzeichnung bei den relevanten Entscheidungen veranlasst werden. Wird vorgeschlagen, das Risiko abzuwälzen, so kann dies durch verschiedenste Maßnahmen, wie Aufschub oder Modifikation der Vertragsbindung durch Freibleibens- oder Selbstbelieferungsklauseln bei Preisvereinbarungen erfolgen. In diesem Fall übernimmt der Verkäufer nicht das Risiko etwa gestiegener Beschaffungspreise, so dass man von einer Abwälzung auf den Käufer sprechen kann. Ähnlich liegt es bei der Anfechtung oder Kündigung, da der Inhaber des Gestaltungsrechts Nachteilsgefahren vermeidet und eine dementsprechende Risikoverlagerung auf den Vertragspartner herbeiführt. Auch Vertragsanpassungen, seien sie einseitig durch Leistungsvorbehalt gem. § 315 oder durch Vereinbarung im Wege der Vertragsfreiheit ermöglicht, stellen Risikoabwälzungen dar, wobei hier allerdings die Abgrenzung zum Risikotransfer zu beachten ist. Bleibt der Vertragspartner vollkommen frei, in die Risikoverlagerung einzuwilligen, so handelt es sich nicht mehr um eine Abwälzung sondern um einen meist durch eine Gegenleistung abgegoltenen Transfer. Schließlich bleiben die Alternativen der Kompensation, d.h. der Diversifikation durch Risikomischung beim beratenen Unternehmen selbst sowie der Versicherung durch einen Dritten.

(4) Für die Ausführungen zur Nachbearbeitung ist es beinahe eine Selbstverständlichkeit, dass der beste Vorschlag einer Risikoverbesserung nichts wert ist, wenn seine Durchsetzung im Unternehmen nicht längerfristig gesichert werden kann. Dabei geht es zunächst um die Verbreitung und die Nachhaltigkeit der Informationen über die geänderten Sorgfaltspflichten, Haftungsregeln, etc. Auch ist bei erforderlichen Mitteilungen nach außen wie der Herbeiführung der Bösgläubigkeit von potentiellen Vertragspartnern dafür Sorge zu tragen, dass die Information nachweislich bei der richtigen Stelle eingeht.¹¹⁷ Dazu und zu allen anderen Risikoentscheidungen bedarf es meist bestimmter innerbetrieblicher Überprüfungen im Zeitablauf, wobei etwaige typische oder im Sachverhalt eigens mitgeteilten Schwächen des Controlling zu berücksichtigen und Abhilfemöglichkeiten zu erwägen sind.

Eigentlich gehört auch die externe Prüfung durch den Wirtschaftsprüfer zur wirtschaftsrechtlichen Risikoanalyse mit hinzu. Doch muss dies im Anfängerunterricht ausgespart bleiben, weil die hierfür vorauszusetzenden Kenntnisse in der Rechnungslegung und im Prüfungsrecht typischer Weise erst in spätere Ausbildungsabschnitte gehören. So wird etwa das die Prüfungspflicht des Wirtschaftsprüfers zum Risikomanagement gem. § 91 Abs. 2 AktG i.V. § 317 Abs. 4 HGB erst im gesellschaftsrechtlichen Wahlpflichtfach des Hauptstudiums gelehrt. Entsprechendes gilt für die Möglichkeit einer freiwilligen Bilanzprüfung und der dafür maßgebenden Rechtsregeln¹¹⁸ sowie partiell auch für das Rating. Zum Rating ist klar, dass es bei dieser Analyse nicht um eine exakte Einordnung der empfohlenen wirtschaftsrechtlichen Maßnahme in ein bestimmtes System einer der drei führenden Rating-Anbieter¹¹⁹ gehen kann, zumal hierüber gar keine allgemein publizierten Informationen zugänglich sind. Demzufolge sind quantifizierende Berechnungen ausgeschlossen, zumal sie ohnehin nicht ins Wirtschaftsrecht, sondern in Spezialveranstaltungen zur Risikoökonomik gehören. Aber das schließt es nicht aus, Überlegungen über die generelle Eignung für ein verbessertes Rating anzustellen. Denn letztlich werden die modernen Governance-Wirkungen durch die Antizipation des Rating-Erfolgs und seiner Kapitalmarkteffekte erzielt. Soweit der Aufgabentext Anhaltspunkte für die Erörterung solcher Rating-Aspekte enthält, muss man darauf auch eingehen. Allerdings

¹¹⁷ Zur Empfangsvertretung s. § 164 Abs. 3; näher s.u. zu V.4b, S. 70 mit Fn. 156.

¹¹⁸ S. BGH ZIP 1991, 1427; näher Baumb./Hopt/Merkt, HGB-Komm., § 316, Rdn. 5.

¹¹⁹ Standard&Poors (S&P), Moody und Fitch; zum neusten Verhaltenskodex von S&P s. Handelsblatt v. 27.9.2004 S. 19.

gilt auch insoweit, dass nur die für die erwähnte wirtschaftsrechtliche Steuerungswirkung erheblichen Gesichtspunkte im Betracht kommen.

V. 6. Fallstudie Lieferservice plus

U betreibt – neben einer abhängigen Beschäftigung mit 50.000,-€ Jahreseinkommen – ein nicht im Handelsregister eingetragenes einzelkaufmännisches Familienunternehmen des Einzelhandels mit einem Jahresumsatz von etwas unter 100.000,- €. Seine Ehefrau E und der einzige Sohn S arbeiten im Geschäft mit, ohne dass förmliche Arbeitsverträge mit ihnen geschlossen sind. Nur S erhält eine Vergütung (Fixum v. 6.000,- plus umsatzabhängiger Bonus). U plant, zur besseren werblichen Selbstdarstellung unter der Geschäftsbezeichnung „U&Söhne, Lieferservice plus“ aufzutreten. Dafür sollen 10.000 Briefbögen gedruckt, die Internet-Adresse geändert, einige großflächige Hausanstriche an den Mietshäusern seines Geschäftssitzes und einer Vorstadt-Filiale vorgenommen und 10 Planwagen-Anhänger mit dieser Werbeaufschrift auf Parkplätzen der Stadt postiert werden. Insges. werden für diese Maßnahmen etwas über 10.000,- € (inclus. Beraterhonorar) veranschlagt. U bittet Sie als Wirtschaftsberater W um ein Kurzgutachten zum Risikomanagement dieser Aktion.

I. Interpretation der Fragestellung: Es geht dem U um eine über den Einzelfall hinausgehende Wirtschaftsrechtsberatung, da nicht nach der Lösung eines bereits entstandenen Konflikts in einem konkreten Einzelfall, sondern nach allgemeinen rechtlichen Riskoveränderungen gefragt ist.

(1) Wirtschaftliche Risikoidentifikation: Der Ist-Zustand geht dahin, dass U bislang Einzelunternehmer mit zwei abhängig tätigen Beschäftigten aus seinem Familienkreis ist. Dadurch ist sein Lohnkostenrisiko relativ gering, zumal die E unentgeltlich tätig wird. Das Fixum für den S beträgt 6.000 p.a., d.h. 6% vom Umsatz, so dass der Familie selbst bei hoch veranschlagtem Jahresgewinn von 25% nach Steuern noch 19 %, d.h. 19.000,-€ Jahreseinkommen verbleiben. Da Einkommen aus abhängiger Arbeit vorhanden ist, geht es nicht um Existenzfragen.

Die geplante Maßnahme soll den Bekanntheitsgrad des Unternehmens in der Stadt und im Vorstadtbereich steigern, um mehr Umsätze zu erzielen. Bedenken wegen etwaiger Überauslastung des derzeitigen Mitarbeiterstandes sind im Gutachtenauftrag nicht mitgeteilt. Das Lohnkostenrisiko soll also wohl nicht durch Neueinstellungen familienfremder Mitarbeiter verändert werden.

Die förmliche Zuständigkeit für die zu begutachtende Maßnahme liegt allein bei U, da beide Mitarbeiter in weisungsgebundener Stellung tätig werden und tätig bleiben sollen und keine

formale Aufgabenteilung organisiert ist. Informell ist aber mit erheblicher Mitsprache von E und S zu rechnen.

Beteiligte sind der U mit seinen Angehörigen E und S sowie die aktuellen und potentiellen Vertragspartner des Einzelhandels mit Lieferservice, die Vermieter der Geschäftslokale und die Inhaber der Parkplatzflächen.

(2) Rechtl. Ist-Risiko/Rechtsbeziehungen: U hat mit S und E formlose Arbeitsverträge i.S. § 611 BGB abgeschlossen. Mit Blick auf die Hauswandwerbung geht es um mietvertragliche Beziehungen zu den Vermietern i.S. §§ 535 ff. und um Werkverträge i.S. §§ 631 ff. mit den zu betrauenden Malern bzw. Kfz-Lackierwerkstätten. Soweit die geparkten Fahrzeuge Kfz.-Verkehrsriskien begründen, handelt es sich um deliktische Beziehungen gem. §§ 7 StVG, 823 Abs. 1 und 2 BGB.

Aufgrund der Arbeitsverträge besteht für E und S derzeit keine persönliche Haftung für vertraglich Ansprüche der Käufer, Vermieter und Werkunternehmer, die im Auftrag des U als Einzelunternehmer tätig werden. Auch soweit die E und S zur Erfüllung vertraglicher Pflichten eingesetzt sind, kommt nach § 278 nur die Haftung des Prinzipals, nicht die des Erfüllungsgehilfen in Betracht. Mit Bezug auf die Straßenverkehrsriskien kommt neben der Stellung als Verrichtungsgehilfe für eine Haftung des U auch eine Eigenhaftung der E und des S in Betracht, soweit sie selbst tatbestandsgemäß i.S. der §§ 823 Abs. 1 BGB, 7 StVG handeln.

(3) Risikoentscheidung/Soll-Zustand:

Sitz des hauptsächlichen Rechtsproblems ist die mögliche Scheinkaufmanns-Eigenschaft des U, die zur persönlichen Mithaftung der E und des S aufgrund § 128 Abs. 1 HGB führen könnte, soweit es sich um vertragliche Ansprüche Dritter handelt.¹²⁰ Rechtsgrundlage dafür könnte nach st.Rspr. sein, dass U sich wie ein Kaufmann gerieren und dabei zudem zum Ausdruck bringen würde, dass er kein Einzelunternehmen ist, sondern eine OHG betreibt. Nach Rspr. und h.L.¹²¹ ist dies unter folgenden Voraussetzungen möglich: (Katalog wie o.).

U könnte sich bei Durchführung der geplanten Maßnahmen dadurch als Kaufmann und OHG gerieren, dass er mit der Geschäftsbezeichnung „...&Söhne“ auf eine gesellschaftsrechtliche

¹²⁰ Im Deliktsrecht gibt es dagegen keinen Vertrauensschutz, vgl. *K.Schmidt*, Handelsrecht, S.333.

¹²¹ Vgl. nochmals BGHZ 17, 13, 15 f.=NJW 1955, 985; Heymann-Emmerich, § 5 HGB, Rdn. 16.

und zugleich kaufmännische Zusammenarbeit mit Familienangehörigen hinweist. Dafür genügt aber nicht der Kooperationsanschein als solcher, da dieser auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts hinweisen würde, für die es keine Rechtsscheinhaftung gibt. Solange die erhoffte Umsatzsteigerung nicht bis mindestens zur Höhe von 200.000 bis 250.000,- € realisiert ist, ist U kein Ist-Kaufmann, so dass auch eine vorgetäuschte Gesellschaft keine OHG-Haftung auslösen könnte. Für die Zukunft muss aber diese Umsatzschwelle beachtet werden, weil dann auch unabhängig von den im Folgenden zu erörternden Rechtsscheinsfragen eine persönliche Haftung der E und des S begründet werden könnte.

Schon vorher könnte durch die Geschäftsbezeichnung „...&Söhne“ ein Kaufmannsanschein begründet werden. In Rspr. und Lehre bejaht man z.T. bei ähnlichen Konstellationen die Anwendung des Scheinkaufmannsrechts. Problematisch sind v.a. die Fälle, in denen ein in Wahrheit nicht vorhandener Gesellschafter durch fehlerhafte Angaben vorgetäuscht, oder auch nur fälschlich ein Vertrauen darein erweckt wird, dass neben dem Geschäftsinhaber noch weitere persönlich haftende Personen im Geschäft mitwirken.¹²² Auch ein Auftreten als Gesellschafter durch bloße Äußerungen im Geschäftskontakt kann die Scheinkaufmannseigenschaft und die Haftung als Schein-OHG ist begründen.¹²³ Von da aus liegt es durchaus nicht fern, anzunehmen, dass die Nennung mitarbeitender Familienmitglieder an derart hervorragender Stelle der Außenwerbung ein Vertrauen in deren Mithaftung als Gesellschafter erzeuge.

Für die eigene Ansicht ist, wie gezeigt, davon auszugehen, dass das Scheinkaufmannsrecht auf verkehrsschützende Steuerungszwecke abzielt, die professionelle Standards kaufmännischen Verhaltens sichern. Demzufolge kommt es weniger auf Vertrauensaspekte als vielmehr auf die Gefahr einer Verfälschung der Aussagekraft echter OHG-Firmenbezeichnungen an. Durch die Verbindung der Sachbezeichnung mit „U&Söhne“ wird eine dem Firmenrecht extrem ähnliche Kombination von Kern- und Zusatzbezeichnung geschaffen. Zwar fehlt es an der gesetzlich an sich vorgeschriebenen Bezeichnung als „offene Handelsgesellschaft“, doch genügen schon nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 HGB allgemein verständliche Abkürzungen wie „offene HG“ oder „A&Co.OHG“¹²⁴ Hiermit scheint „...&Söhne“ zumindest für den juristischen Laien durchaus verwechselbar.

¹²² Vgl. BGH NJW 1991, 2627; 1996, 2645; Baumb./Hopt, § 5 HGB Rdn. 10, der allerdings die bloß irreführende firmenähnliche Bezeichnung nicht ausreichen lassen will.

¹²³ Vgl. BGHZ 17, 13, 15 f.; Heymann/Emmerich, § 5 HGB, Rdn. 16.

¹²⁴ Vgl. die Beisp. b. Baumb./Hopt, § 19 Rdn. 12.

Für die Beurteilung der Entscheidungsalternativen wird davon ausgegangen, dass keine Gesellschaftsgründung und keine persönliche Haftung der E und des S gewollt sind. Das Risiko kann dann v.a. dadurch beherrscht werden, dass die Geschäftsbezeichnung weniger an die überkommen Firmensystematik angelehnt wird. Es kann etwa heißen: Lieferservice plus U-Team, U's Lieferservice Team plus oder U-Team Lieferservice plus.

(4) Nachbearbeitung: Wird der hier ausgesprochenen Empfehlung gefolgt, die Werbeaktion frei von einem Kaufmannsanschein zu halten, so sind insoweit keine Dokumentations- oder Controlling-Aktivitäten erforderlich. Allenfalls sollte darauf geachtet werden, dass sich nicht doch noch Bezeichnungspraktiken einschleichen, die dem hier bekämpften Konzept entsprechen.

Vorsichtshalber könnte es sich deshalb empfehlen, die Hauptaspekte dieser Expertise auf einer Versammlung der – derzeit oder später – für die Außendarstellung mit Vertretungsmacht tätigen Mitarbeiter vorzustellen. Denn nach h.M. kann die Scheinkaufmannseigenschaft nur durch vertretungsbefugte Mitarbeiter ausgelöst werden. Als Dokumentation genügt die Aufbewahrung dieser Expertise und ggfls. der Einladung zu dieser Veranstaltung.