



**FRIEDRICH - ALEXANDER - UNIVERSITÄT
ERLANGEN - NÜRNBERG**
Prof. em. Dr. jur. Harald Herrmann

Online-Forum Neues Wirtschaftsrecht (NWIR)/New Economy Law*

Die hier veröffentlichten Informationsmaterialien und Untersuchungen haben hauptsächlich diejenigen Besonderheiten zum Ziel, die schon auf der Internet-Eingangsseite von NWIR plakatiert sind: neuartige Öffentlichkeits- und **Vernetzungsfunktionen** im Wirtschaftsrecht (I.); rechtsprägende **Online-Funktionen** in Wissenschaft (II.) und **Beratungspraxis** (III.); sowie „Fortschritte“ des **globalen Verkehrsschutzes** in rechts- und wirtschaftsethischer Hinsicht (IV). Folgende weitere Stichworte kennzeichnen das Anliegen, wie folgt:

- im Hinblick auf das Neue von NWIR geht es um eine Perspektive im Wirtschaftsrecht, die sich in erster Linie auf die publizitären *Vernetzungswirkungen* und die öffentlichen Zwecke des Wirtschaftsrechts richtet. Obgleich rechtliche Publizitäts- und Vernetzungseffekte und entsprechende Normzwecke keineswegs erst in der jüngsten Vergangenheit festzustellen sind¹, scheint sich doch das grundlegend Neue erst im Vergleich zum 19. Jahrhundert zu zeigen und in vorsichtig begrenztem Umfang sogar als Fortschritt herauszustellen. - Es gibt, soweit ersichtlich, keine juristische Zeitschrift und schon gar keine Internet-Zeitschrift, die sich auf solche Fragen spezialisiert hat.²
- Als *Online-Forum* kann NWIR kurzfristiger agieren und reagieren als die Printmedien, so dass wir in der Lage sind, viel aktuelleren Informations- und Praxisbedarf zu versorgen. Diese Sicht gewinnt durch die stets zunehmende Internetwirtschaft auf regionalen und internationalen Märkten immer mehr an Bedeutung. Mit dem Aufkommen der sog. new economy wurde das Neue des Wirtschaftens betont, doch ist die neuartige Dimension des Wirtschaftsrechts auch nach dem Scheitern dieser Bewegung nicht überwunden, sondern sogar fortschreitend verstärkt worden.
- Sogar ein gewisser Bezug zur *Beratungspraxis* kann hergestellt werden, sofern verallgemeinerbare Fragestellungen aufgeworfen sind. Es handelt sich insoweit um eine neue Form anwaltlicher Informationswerbung, die der Gesetzgeber in § 43b BRAO nicht nur zugelassen, sondern für die gesamte Freiberufspraxis besonders nahe gelegt hat.
- Besonders bevorzugt werden in NWIR Beiträge berücksichtigt, die sich mit international beachteten Weiterentwicklungen der Rspr., Beratungspraxis und Lehre bis hin zu echten rechtspolitischen Neuansätzen und Rechtsfortbildungen befassen. Neues Wirtschaftsrecht bedeutet insofern Schutz des grenzübergreifenden und *globalen Geschäftsverkehrs* und dessen rechtsethische Sozialfunktionen.

Im Hinblick auf den letzten Punkt kann ein spezifischer Aspekt zur Stadt Nürnberg hervorgehoben werden; denn bei den Nürnberger Prozessen ging es keineswegs nur um erste Ansätze deutscher Vergangenheitsbewältigung nach dem 2. Weltkrieg, sondern um einen

* Nach wie vor lesenswerte Quellen bleiben unverändert zitiert.

¹ Vgl. nur den Überblick bei *Leßmann*, Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen von Wirtschaftsverbänden, 1976, S. 220 ff.; *Herrmann*, Interessenverbände und Wettbewerbsrecht, 1984, S. 36 ff, 62 ff.

² Vgl. allerdings zu Fragen des Datenschutzes, Computer- und Internet-Recht die CR, CRInt, MMR, etc. Aber es fehlt an online-Publikationsformen (s. allerdings jetzt das Online Forum der Humboldt-Univ. Berlin; zum Medienrecht jetzt die Zeitschrift Deutsches und Internationales Parteienrecht und Parteienforschung an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (PRuF)), und – vielleicht noch wichtiger – wird nicht auf das spezifisch wirtschaftsrechtlich Neue abgestellt. Diese Sichtweise ist zwar inzwischen seit Gründung der NWIR in 2001 etwas besser erschlossen, doch fehlt es immer noch an spezifischen Publikationsorganen für das inhaltlich Neue des Wirtschaftsrechts und dessen Auswirkungen in der auf mittelständische Unternehmen als Mandanten spezialisierten Anwaltschaft.

humanistischen Neuansatz mit kaum zu überbietender Öffentlichkeitswirkung und mit einer das Kriegsvölkerrecht übergreifenden globalen Öffnung für das Marktwirtschaftsrecht. Schon deshalb und aufgrund vielerlei Entscheidungen der Siegermächte ist es durchaus kein Zufall, dass auch diese wirtschaftliche Nachkriegsentwicklung für Deutschland wesentlich von Nürnberg ausging und auf den Nürnberger Wissenschaftler und späteren Bundeswirtschaftsminister Ludwig Erhard zurück zu führen ist. Man geht deshalb wohl nicht zu weit, wenn man die globale Bedeutung der sozialen Marktwirtschaft mit dem ebenfalls in Nürnberg beheimateten Humanismus des 16. und 17. Jahrhunderts ³ vergleicht. Auch dazu passt es nicht nur vordergründig, dass die NWiR in erster Linie gerade von Nürnberg aus betreut wird.

Alle genannten Ziele sollen im Folgenden so kurz und konkret wie möglich skizziert werden.

Inhalt: I. Öffentlichkeitsfunktionen neuen Wirtschaftsrechts (2) 1. Traditionelles und funktionales Wirtschaftsrecht (S. 2) 2. Publizität, Governance und hoheitliche Steuerung (S. 4) 3. Schwerpunkte im Recht der Finanzdienstleistungen und Versicherungsrecht (S. 9) 4. Neuerungen der Langzeit- und Netzwerkverträge (S. 11) II. Zur Online-Dynamik (S. 16) 1. Technisches (S. 19) 2. New Economy und NWiR (S.19) 3. Rechtsimmanente Entwicklungen (S. 19) III. Feed Back als Konsequenz publizitären Rechtsdenkens (S. 21) 1. Vernetzter Wissenschaftstransfer (S. 21) 2. Einzelfallbezug ohne Mandatswerbung (S. 23) IV. Ethikphilosophische Aspekte und praktische Folgerungen (S. 24) 1. Zur Rechts- und Wirtschaftsethik (S. 24) 2. Ausblick (S.31).

I. Öffentlichkeitsfunktionen neuen Wirtschaftsrechts

Als Internet-Publikation hat NWiR nicht nur den Vorteil, dass keine Zeit mit dem Hin- und Hersenden von Manuskripten, dem Bedrucken von Papier und dem tonnenschweren Transport zum Fachhandel verschwendet werden muss. Sondern es kommt auch noch die weit bedeutendere Publizitätsfunktion hinzu. Zum Verständnis der neuartigen Trends muss zunächst der Kern des Herkömmlichen beleuchtet werden. Was ist Wirtschaftsrecht im überkommenen Sinne; und worin kann sich demgemäß das Neue des Wirtschaftsrechts als eigentlich neu erweisen? Da bis heute noch nicht auf ein allgemeines Verständnis vom Wesen des Wirtschaftsrechts zurückgegriffen werden kann, sei der Meinungsstand kurz, wie folgt, skizziert:

1. Traditionelles und funktionales Wirtschaftsrecht. In der älteren Diskussion war streitig, ob der Begriff des Wirtschaftsrechts auf die allein oder primär für Unternehmen geltenden

³ Herausragend *Melanchthon* (1497-1560) für die Philosophie und Pädagogik und *Dürer* (1471- 1528) für die Malerei und Ästhetik.

Rechtsnormen zu beschränken ist⁴, also inhaltlich abgegrenzt werden kann, oder ob man mehr funktionell darauf abzustellen hat, dass Wirtschaftsrecht wesentlich auf Funktionen der Wirtschaft als System oder als Institution einwirkt⁵. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich jedenfalls im Ansatz die funktionelle Sicht durchgesetzt hat.⁶ Lediglich ergänzend kommt auch die unternehmensrechtliche Konzeption von Wirtschaftsrecht in Betracht. Sie wird deshalb im NWiR weitgehend vernachlässigt.

Wie gesagt, ist darauf abzustellen, dass die Regelung wesentlich auf die Wirtschaft als System einwirkt, dies in einem institutionellen Zusammenhang mit dem Rechtssystem steht. 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 Hinsicht ist von der Grundeinschätzung der Wirtschaftsformenlehre auszugehen, wonach das deutsche und das europäische Wirtschaftssystem eine Mischform (mixed economy)⁷ darstellen, die immer noch am besten als soziale Marktwirtschaft oder Wettbewerbswirtschaft gekennzeichnet werden kann. Ohne auf das im einzelnen oft sehr streitige Mischungsverhältnis von Markt- und Wettbewerbsfunktionen einerseits und sozialen Lenkungszielen andererseits 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 ab, 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 Eucken und Böhm beeinflusst ist, spricht man insoweit auch passend vom Wirtschaftsordnungsrecht.⁸

Des Weiteren ist danach zu unterscheiden, ob es sich um wettbewerbliche Rahmenbedingungen oder „nur“ um die sog. *par condicio concurrentium* handelt, bei deren Verletzung nicht nur individuelle Vor- und Nachteile entstehen, sondern auch der Wettbewerb

⁴ Vgl. Koppensteiner, Zeitschr. f. Rechtstheorie 1973, 18 ff.; krit. L. Raiser, ZHR 1979, 338, 339.

⁵ Vgl. W.Fikentscher, Wirtschaftsrecht, Bd. 1 1983 S.29 f., 31 ff. mit international vergleichenden Angaben; zum Zusammenhang mit der Institutionenökonomie s. nur R. Cooter, *The Structural Approach to Decentralizing Law: A Theory of Games and Norms*, in: Buxbaum/Hertig/Hirsch/Hopt (Hrsg.), *European Economic and Business Law*, 1996, S. 341 ff.

⁶ Vgl. die Angaben bei Schanze, *Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaftslehre*, in: Wittmann u.a. (Hrsg.) *Hwb. der Betriebswirtschaft*, Teilbd. 3, 1993 Sp. 3759, 3762 f.

⁷ Vgl. nur H.D.Assmann, *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*, 1980; zum Konzept einer „neuen“ sozialen Marktwirtschaft vgl. nur www.chancenfueralle.de

⁸ Zum Ganzen s. den Überblick bei Hönn, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, 1982, S.30 ff.

funktionell verzerrt wird, weil die Gleichheit der Ausgangsbedingungen gestört erscheint⁹. Zum ersteren Bereich gehört natürlich das Wettbewerbs- und Kartellrecht. Inwieweit auch das Bürgerliche Schuldrecht, das Sachen- und Kreditsicherungsrecht, das Handels-, Gesellschafts- und Arbeitsrecht genuines Wirtschaftsrecht darstellen, hängt davon ab, ob der Wettbewerbszusammenhang objektiv oder subjektiv intendiert ist, oder auch nur dadurch bewirkt wird, dass bei Rechtsbruch wettbewerbsverzerrende Vorsprünge entstehen können.

Nur einige Angaben zu Kernbereichen mögen 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.¹⁰ Entsprechendes gilt auch für viele Verträge des Sachen- und Kreditsicherungsrechts¹¹ und selbstverständlich auch für die vertragsrechtlichen Bestimmungen des Handels- und Gesellschaftsrechts. Sogar das Deliktsrecht und die organisationsrechtlichen Bestimmungen des Handels- und Gesellschaftsrechts können von wettbewerbslichen Steuerungsmodi wesentlich bestimmt sein. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang nur die Beschränkung des allgemeinen deliktischen Schadensersatzes durch das Verschuldensprinzip und auf die Verletzung absoluter, im Wettbewerb der Unternehmen relevanter Rechtsgüter.¹²

2. Publizität, Governance und hoheitliche Steuerung. Die bisher dargestellten Merkmale des Wirtschaftsrechts sind zwar nach wie vor hoch aktuell. Aber sie sind doch auch in gewisser Hinsicht bereits schon wieder alt, weil sie von vielfältigen Neuansätzen von Öffentlichkeitsfunktionen im Recht und sogar im Wirtschaftsprivatrecht sowie von der new economy-Bewegung mit einem enormen Tempo überholt werden. Das ist sogleich näher vorzustellen. Vorab sei aber noch einmal betont: die gekennzeichnete Sicht des Wirtschaftsrechts wird durch das Neue nicht etwa überflüssig, sondern es zeigt sich nur umso deutlicher, wie dringend nötig die funktionelle Wirtschaftsrechtsforschung und -lehre sind; denn wenn auch die Neuansätze der Publizitätsforschung im Recht und in den Wirtschaftswissenschaften wieder ein halbes Jahrhundert benötigen, bis sie sich in den

⁹ S. näher Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 20. Aufl. 1998 § 1 Rdn.608 u.ö.

¹⁰ 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.

¹¹ Umfängliche Nachweise bei Herrmann, Privatrecht für Bachelor-Studiengänge BWL/VWL, Bd. 2, 2009, S. 18 ff., passim.

¹² Vgl. nur Herrmann, BB 1985, 1801; ders. GRUR 1985, 896.

herrschenden Meinungen des Rechtssystem etablieren, dann könnte der Schaden für die gesamte Rechtskultur allmählich irreversibel werden.¹³

a. Im Ausgangspunkt sind umfassende Öffentlichkeitsfunktionen bereits im modernen Wettbewerbs- und Kartellrecht verankert und hier vielleicht sogar bis heute am weitesten gehend anerkannt. Die Ansätze reichen zurück mindestens in die Zeit vor dem 2. Weltkrieg, ohne dass der Entwicklung der Odem des Nationalsozialistischen anhaftet.¹⁴ In neuerer Zeit gehören etwa die Umorientierungen des Kartellrechts zum neuen Leitbild funktionsfähigen Wettbewerbs¹⁵ sowie – großenteils – die sog. Vorfeldlehren, die die Verbote sittenwidrigen bzw. unlauteren Wettbewerbs gem. dem heutigen § 3 Abs.1 UWG nach den Wertungen der Kartell- und Mißbrauchstatbestände des GWB auslegen wollen.¹⁶

b. Zum Gesellschaftsrecht ist v.a. die moderne, aber schon seit längerem vorbereitete Entwicklung hervorzuheben, die auf kapitalmarktfunktionale Steuerungen abzielt und in US-amerikanischer Vergleichssicht gern als corporate governance-Bewegung bezeichnet wird.¹⁷ Deshalb kann man es für die Zwecke dieser Zeitschrift genügen lassen, wenn und soweit es um Steuerungsfunktionen i.S. der corporate governance (corp.gov.), oder der professional bzw. private governance (prof.gov/priv.gov.) verbunden sind.

Zunächst zur corp.gov.¹⁸: Sie hat am anschaulichsten zunächst in § 161 AktG Anerkennung gefunden. Danach wird gute Unternehmensorganisation nicht durch zwingendes Gesetzesrecht reguliert, sondern dem Normadressaten werden lediglich Musterregeln einer privatrechtlich organisierten Expertenkommission veröffentlicht, die durch die Satzungen der AG ganz oder teilweise für verbindlich erklären können. Es bleiben vielfältige Möglichkeiten

¹³ Schon heute gibt es Forschungen und ernstzunehmende populärwissenschaftliche Literatur, die nach Kräften darauf abzielt, die Bewältigung von gesellschaftlichen und juristischen Konflikten aus den „falschen Händen“ der Justiz zu befreien; vgl. nur die älteren rechtssoziologischen Arbeiten zu den sog. Alternativen zur Justiz. Überblick bei Th. Raiser, *Das lebende Recht*, 2. Aufl. 1995 S. 305; zur neueren amerikanischen Diskussion s. Edward Siegel, *How to Avoid Lawyers*, 1989; für interdisziplinäre Rechtsforschung, die nicht zu stark von rechtssystemischen Anforderungen abstrahiert, s. aber schon H. Herrmann, ZGR 1976, 203, 214.

¹⁴ Vgl. nur Baumbach, *Wen schützt das Wettbewerbsrecht*, MuW 1931, 5ff.

¹⁵ Vgl. – grundlegend – Kantzenbach, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 2. Aufl. 1967; M. Lehmann, GRUR 1979, 368 ff.; gegen Kantzenbach allerdings Hoppmann, JNS 1967, 251 ff.

¹⁶ Vgl. schon P. Ulmer, GRUR 1977, 565, 577; insofern weitgehend übereinstimmend auch Möschel, *Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz*, 1978, S.131 ff.; näher zu den Öffentlichkeitsfunktionen dieser Richtung Herrmann, *Interessenverbände und Wettbewerbsrecht*, 1984, S. 407 ff., passim.

¹⁷ Vgl. – grundlegend – Hopt, ZHR 1976, 201 ff.; 1977, 389 ff., passim; Hinweise bereits bei Mestmäcker, JuS 1963, 417, 421; ähnlich Horn, AG 1977, 281, 297 ff.; Assmann, *Prospekthaftung*, 1985, 213 ff.; Herrmann, ZGR 1989, 273, 284 ff.; ausführlich neuerdings Mülbart, *Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt*, 2. Aufl 1996; Herrmann/Roth, *Gesellschafts- und Konzernrecht für Wirtschaftsjuristen*, 2008, S. 39 ff., passim; Hopt, ZGR 2000, 779 ff. m. ausführl. neueren Nachw.; zur näheren Unterscheidung zwischen „Verhaltenskontrollen“ und funktionaler „Vermögensordnung“ durch Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht vgl. den Überblick b. Eckenga, *Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt*, 1998 S. 28 ff., 30 ff.

¹⁸ Schon früh Teubner, ZGR 1984, 470 ff.; Ringlieb u.a. (Hrsg.), *Deutscher CG-Kodex*, 2003; die Beiträge von und in Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.), *Hdb. CG*, 2003, S. 3 ff., 29 ff., 51 ff.

der Nichtbefolgung, aber diese müssen den Aktionären – mit oder ohne Begründung¹⁹ - bekannt gemacht werden (comply or explain). Diese selbst, v.a. aber die potentiellen Aktienanleger, deren Berater und die Rating-Agenturen werden auf die veröffentlichten Informationen reagieren. Gelingt die Überzeugung von der Richtigkeit der Kodesabweichungen nicht überzeugend, so läuft die AG Gefahr, durch Abschlüsse des Marktwerts ihren Aktien an der Börse abgestraft zu werden.²⁰ Präventiv wird erwartet, dass Abweichungen vom Kodex nur in sachlich begründeten Fällen erfolgen.

c. Verallgemeinernd versteht man unter governance im Unterschied zu government die „Gesamtheit der kollektiven Einflüsse auf ein soziales System“²¹, wobei die Steuerungswirkung typischer Weise auf der inneren Dynamik einer Institution wie Märkten, Hierarchien oder auch nur den Verträgen²² selbst beruhen soll.²³ Auch wird die deregulierende Funktion der private governance betont, da sie eine „Antwort auf Politik-, Staats- und Rechtsversagen“ sei.²⁴ Insofern gehe es um den „Wechsel zu einem anderen und grundsätzlich freiheitsfreundlicheren Steuerungsmodus“.²⁵ Die Lehre vom traditionsbedingt ehrenhaften Kaufmann ist sogar in die einer anreizbedingten professional governance²⁶ eingemündet.

Die Anwendungsfelder der governance in diesem erweiterten Sinne sind vielfältig. So kam es etwa zur Publizität des Handelsregisters alsbald zu ähnlichen, insbes. informationsökonomisch fundierten Entdeckungen, die neben der Firmenpublizität als solcher auch die Öffentlichkeitswirkungen von Haftungsausschlüssen bei Firmenfortführung und dergl. informationsökonomisch problematisierten.²⁷ Sogar vor Fragen des handels- und zivilrechtlichen Rechtsscheins und Vertrauensschutzes machte die Übernahme rechtsökonomischer Informationskonzepte nicht halt, so dass etwa die Vertrauens- und Anscheinsvollmacht oder das Recht des Scheinkaufmanns²⁸ davon erfasst wurden.²⁹

¹⁹ 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.

²⁰ Näher v. Werder, in Hommelhoff et al., Hdb. CG, 2003, S. 3 ff.

²¹ Köndgen, AcP 206 (2006), 477, 514 ff. im Anschluss an Hill/Hupe, Implementierung Public Policy, 2002, S. 13.

²² Z.B. bei Langzeitverträgen, wo die Parteien bei Konflikten nicht einfach kündigen, da sie darin wegen hoher Investitionen wirtschaftliche Nachteile sehen, und statt dessen die Vertragsbeziehung durch Nachverhandlungen zu retten versuchen; vgl. nochmals Köndgen, a.a.O. S. 514; zur governance im relational contract vgl. – grdl. – I.R. Macneil, Relational Contract, Wisc.LR 1-3 (1985) 383 ff.

²³ Vgl. – grdl. – Williamson, The Mechanisms of Governance, 1996, S. 4 ff.

²⁴ Köndgen, a.a.O. S. 511, 515 ff. i. Anschluss an Mertens, AG 1982, 29, 35.

²⁵ Köndgen, S. 516 (Hervorhebung im Original).

²⁶ Vgl. – mit Bezug zur Freiberufsethik – Herrmann, NWiR 2004, Heft 2, www.nwir.de; ders., in: Ehlermann (Hrsg.), European Competition Law Annual 2004, 2006, S. 101 ff..

²⁷ Vgl. nur Merkt, Unternehmenspublizität, a.a.O., S. 33 ff., 133 ff.

²⁸ Vgl. Herrmann, Grundlehren BGB/HGB, Bd. 1, 2006, S. 26 ff., 72 ff., 85 ff., 153 ff.

²⁹ Vgl. Lb. a.a.O. (Fn.8), S. 188 ff.

d. Noch allgemeinere Bedeutung hat es, dass auch das Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGBs) mit den Transparenzgeboten des § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S.2 BGB nach neueren Forschungen der kooperativen governance zugerechnet worden ist. Während die Publizitätsvorschriften auf Öffentlichkeitswirkungen abzielen, ist mit Transparenz zunächst allgemein die Durchschaubarkeit eines Vertragswerks für die Beteiligten als Einzelpersonen gemeint. Als Beispiel für den Überschneidungsbereich wird die Einbeziehungskontrolle des § 305 Abs. 2 genannt, soweit es hier um „Transparenz durch Aushang“ geht.³⁰ Eine Art private governance³¹ soll insofern vorliegen, als der Gebrauch der AGBs durch Verbände im Wege von Verbandsempfehlungen organisiert und verbreitet wird. Zwar ist insoweit keine Registerpublizität gegeben, da Verbandsempfehlungen nicht einmal dann der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglich sind, wenn sie wegen der früher benötigten Kartellfreistellung beim Bundeskartellamt angemeldet worden sind. Aber innerhalb der Verbände wird für Breitenwirkung gesorgt, so dass von hier eine Befolgungsdynamik ausgeht.³² Hinzu kommt, dass § 305 Abs. 2 für die vom dispositiven Gesetzesrecht abweichenden Vertragsbestimmungen im Kleingedruckten (AGB) verlangt, dass sie bei praktisch unpassender Beigabe auf Packzetteln und dergl. am Ort des Vertragsschlusses für jedermann einsehbar auszuhängen sind. Damit nicht nur auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch jeden einzelnen aktuellen Vertragspartner, sondern zugleich auch darauf abgezielt, dass potentielle Kunden Kenntnis nehmen können, um ihre Kaufentscheidung vor Vertragsschluss durch Marktinformationen zu fundieren. Das 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 Öffentlichkeitswirkung³³ 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).

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

³⁰ H. Merkt, Unternehmenspublizität, 2001, S. 13.

³¹ Köndgen, a.a.O. S. 479 ff.

³² S. Köndgen, ebd. S. 481.

³³ 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 Herrmann, BGB/HGB, a.a.O. unter IV.5d).

der Markttransparenz³⁴; und unter dem Aspekt der Aushangpublizität kommt hinzu, dass die bezweckte Öffentlichkeitswirkung gerade auch auf die AGB-Inhalte gerichtet ist, die schwer zu durchschauen sind. Deshalb wird in NWiR immer wieder darauf zurückzukommen sein,.

e. Im Arbeitsrecht wird man dagegen derzeit allenfalls Spezialgebiete, wie etwa das Recht der erfolgsabhängigen Arbeits- und Managementvergütung³⁵ zu dieser Art von Wirtschaftsrecht rechnen können. Doch wird in NWiR natürlich auch auf weitere Entwicklungen in dieser Richtung besonderes Augenmerk gelegt.

f. Außerdem werden dem Wirtschaftsrecht auch das Wirtschaftsverfassungsrecht, das Wirtschaftslenkungsrecht und das Wirtschaftssteuerungsrecht zugeordnet. Das Wirtschaftsverfassungsrecht betrifft die Vorgaben, die das Grundgesetz und/oder die Landesverfassungsrechte für die einfach-gesetzlichen Regulierungen der Wirtschaft enthalten. Dabei geht die h.M. dahin, dass nicht das Wirtschaftssystem als solches verfassungsrechtlich festgeschrieben ist, sondern nur grundrechtliche Vorgaben wie der Eigentumsschutz, die Berufsfreiheit, etc. bestehen.³⁶ Auch dabei ist noch der sog. Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu beachten, der sowohl die tatsächliche Einschätzung wirtschaftlicher Folgenannahmen als auch die Abwägung von erwartbaren Vor- und Nachteilen weitgehend dem Gesetzgeber überlässt und nur unter bestimmten engeren Voraussetzungen eine richterliche Grundrechtskontrolle eröffnet³⁷. Für die wirtschaftsrechtlich relevanten Systemfunktionen ergibt sich daraus, dass das Wirtschaftsverfassungsrecht neben dem Wettbewerb auch noch weitere Steuerungsmodi zulässt. Sie werden zumeist im einfachgesetzlichen Recht der Wirtschaftslenkung und -steuerung detailliert festgelegt.

Die Begriffe Wirtschaftslenkung und -steuerung werden oft unterschiedlich verwendet, überschneiden sich aber auch zum Teil. Steuerungswirkungen gehen über Lenkungszwecke v.a. insofern hinaus, als sie auch mittelbare Lenkungsmodi umfassen.³⁸ Auch solche mittelbaren Steuerungsfunktionen können zum Wirtschaftsrecht qualifizieren, wenn sie die Wirtschaft als System wesentlich berühren. Im Privatrecht gilt dies vor allem für das Verbraucherschutzrecht, wie etwa das Recht der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das weitgehend auf außerwettbewerblichen Steuerungsmodi aufbaut. Auch das Recht der Produkthaftung zählt natürlich in der Hauptsache hierher, obgleich, wie zuvor gezeigt, auch unmittelbar wettbewerblich ansetzende Steuerungsmodi feststellbar sind.

³⁴ Nachw. ebd.

³⁵ Vgl. nur M. Klemund, Stock Option Plans, 1999; A.-K. Achleitner/P. Wollmert (Hrsg.), Stock Options, 2000.

³⁶ Vgl. – grundlegend – BVerfGE 50, 290, 339 ff. (Mitbestimmung).

³⁷ Vgl. auch insoweit BVerfG 50, 290, 339 ff. (Mitbestimmung); BVerfGE 93, 121=NJW 1995, 2615 (Vermögensbesteuerung).

³⁸ Vgl. nochmals D. Grimm, in ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994 S. 613 ff.

Aber auch die verbraucher-schützenden Regeln des Kreditsicherungsrechts sowie weite Teile des Gläubigerschutzes im Sachen-, Gesellschafts- und Insolvenzrecht setzen nicht wettbewerbsorientiert an, sondern zielen allenfalls auf den sog. Verkehrsschutz, Gläubigerschutz, Minderheitenschutz etc.³⁹

Das Wirtschaftssystem ist auch in dieser Hinsicht jedenfalls immer dann erheblich betroffen, wenn die betr. Regelung wettbewerbswirksame Vertrags- und Gestaltungsfreiheiten wesentlich modifiziert oder einschränkt. Man kann zudem auch bei der Analyse alternativer Steuerungsmodi ansetzen. Sehr wichtig ist in diesem Zusammenhang die Unterscheidung von Austritt und Widerspruch (exit and voice).⁴⁰ Danach werden Steuerungseinflüsse in Organisationen und Verbänden verschiedenster Art entweder durch partizipatorische Abstimmungsregeln (z.B. Mitbestimmungsrecht, Beteiligung von Wirtschaftsverbänden) oder durch die Offenhaltung für den Ein- und Austritt der Mitglieder bewirkt (sog. Abstimmung mit Füßen). Die diesbezüglichen Regelungen des Rechts dienen nicht nur der Demokratisierung, sondern sie sind zudem auch als wirtschaftsrechtliche Steuerungsfunktionen zu begreifen. Zumeist handelt es sich nicht um Lenkungs- sondern um Steuerungsrecht.

3. Schwerpunkte im Recht der Finanzdienstleistungen und Versicherungsrecht. Mindestens ebenso auffällig sind die kapitalmarktrechtlichen Neuerungen, die die new economy hervorgebracht hat. An der Frankfurter Börse wurde - wie an vielen anderen Börsen weltweit - ein neues Marktsegment eingeführt, der Neue Markt. Dieser ist speziell für Emissionen der neu gegründeten Aktiengesellschaften eröffnet worden, die auf den Märkten der neuen Informationstechnologien tätig sind. Zugelassen werden nur Unternehmen, die nach internationalen Rechnungslegungsstandards bilanzieren, Quartalsabschlüsse vorlegen, Bilanz-Presskonferenzen abhalten, keine vinkulierten Namensaktien ausgeben⁴¹ usw. Inzwischen wird sogar überlegt, ob die neuen Zwischenberichte einer Prüfung unterhalb der Ebene der überkommenen Wirtschaftsprüfer-Testate unterworfen werden sollen. All dies ist mindestens insoweit neues Wirtschaftsrecht, als die informationellen Anforderungen im Wettbewerb auf den Kapitalmärkten grundlegend geändert werden.

Dies ist sowohl in kapitalmarktrechtlicher als auch in handels- und gesellschaftsrechtlicher Hinsicht von ganz besonderem Interesse. Da auch das Kreditsicherungsrecht seit einiger Zeit

³⁹ Vgl. nur K. Schmidt, Handelsrecht, 4. Aufl. 1994 § 3; G. Roth, Handels- und Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1998 S. 7 f.

⁴⁰ Vgl. – grundlegend – Hirschmann, Exit, Voice, and Loyalty, 1970.

⁴¹ Weiterführend auch der Bericht der Corporate Governance Regierungskommission von Baums, 2001.

zunehmend von den Instrumenten der Kapitalmärkte Gebrauch macht⁴², ist selbstverständlich auch dieses Rechtsgebiet weitgehend als neues Wirtschaftsrecht in die Betrachtung des online-Forums einzubeziehen.

Für das Gesellschaftsrecht ist zudem noch auf die neuen Möglichkeiten des sog. e-government hinzuweisen, auf die das kürzlich erlassene Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NAStRAG⁴³) bereits in gewissem Umfang reagiert hat. Künftig wird es, folgt man den Vorschlägen der deutschen Corporate Governance-Regierungskommission, auch echte virtuelle Hauptversammlungen geben. Die für zahlreiche Vorschriften des Aktienrechts grundlegende Annahme zur sog. Mitgliederapathie könnte weitgehend überwunden werden, so dass insbes. die Dominanz der Banken durch Ausübung des Depot-Stimmrechts künftig relativiert werden dürfte.⁴⁴ Man braucht kein Prophet zu sein, um weitreichende Entwicklungsanstöße zum Aktienrecht vorherzusagen. Zugleich handelt es sich insoweit um neues Wirtschaftsrecht, weil neben den kapitalmarktfunktionalen Einflüssen auch die Steuerungsmodi demokratischer Repräsentation und Partizipation betroffen sind. Die Entwicklungsschübe reichen hierzu weit in das öffentliche Recht hinein. Man denke nur an die inzwischen weit verbreiteten elektronischen Rathäuser. Für das öffentliche Wirtschaftsrecht kommt zwar in erster Linie das Recht der Wirtschaftsverwaltung in Betracht. Aber gerade auch im Verwaltungsbereich sind die neuen Kommunikationsmöglichkeiten des e-government wohl bereits von erheblicher praktischer Bedeutung.⁴⁵

Besonders erheblich scheint im Übrigen das veränderte Wettbewerbsmodell in der new economy. Mit dem Wettbewerb ist der wichtigste Steuerungsmodus des deutschen und europäischen Wirtschaftssystems angesprochen. Durch das Internet wird es möglich, die meisten Waren- und Dienstleistungsmärkte weit über die bisherigen regionalen und nationalen Grenzen hinaus auszudehnen. Dadurch ergeben sich zunächst Veränderungen sowohl im Hinblick auf die örtliche Ausdehnung der Märkte als auch in vielen Fällen zur sachlichen Marktabgrenzung.⁴⁶ Beispielsweise werden durch das Zusammenwachsen der

⁴² Insbes. durch die sog. asset backed securities; dazu vgl. nur Steven Schwartz, Die Alchemie der Asset Securitization, DB 1997, 1289 ff.

⁴³ V. 18.1.01, BGBl. I, 123.

⁴⁴ Vgl. Schieber, Die dezentrale Hauptversammlung, Diss. Nürnberg 2000.

⁴⁵ Für die Zukunft sind auch diesbezügliche Beiträge im Online-Forum Neues Wirtschaftsrecht geplant. Besonders aktuell dürften derzeit die Fragen zur Fernsehübertragung von behördlichen Verfahren sein, die das BVerfG kürzlich für einen Grossteil der Gerichtsverfahren sehr restriktiv beurteilt hat (vgl. BVerfG v. 24.1.01, abrufbar unter www.bundesverfassungsgericht.de). Zum Steuerrecht gibt es bereits die Forschungsprojekte der Nürnberger Lehrstühle für Steuerlehre und für dt. und int'l Steuerrecht über Internet-Besteuerung, vgl. Reiss, Umsatzsteuer und Internet, in: Scheffler/Voigt (Hrsg.), Entwicklungsperspektiven im Electronic Business, 2000, S:303 ff; Scheffler, Ertragsbesteuerung des E-Commerce, ebd. S. 277 ff.

⁴⁶ Vgl. nur die Erlaubnisentscheidung der EU-Kommission im Zusammenschlussfall Allianz/Vereinte v.11.11.1996, ABl. C 114 v. 12.4.1997 S.5; näher H. Herrmann, Rechtsfragen des Asset Management im Versicherungskonzern, www.assurances.de.

deutschen mit anderen europäischen Finanzdienstleistungsmärkten nicht nur die Tendenzen bestärkt, die bisherige Trennung von Bank- und Versicherungsdienstleistungen zu Gunsten der sog. Allfinanz zu überwinden. Hinzukommt aber v.a., dass die vielfach bestehenden Informationsasymmetrien zwischen Anbieter und Nachfrager umgekehrt werden. Wo bisher eine Informationsüberlegenheit auf Anbieterseite bestand, wird diese verringert oder aufgehoben und sogar umgekehrt. Damit einhergehende Marktmacht wird abgebaut.⁴⁷ Die damit verbundenen kartell- und wettbewerbsrechtlichen Probleme gehören selbstverständlich zum neuen Wirtschaftsrecht. Zusammenhängend sind vielfach Probleme der Fachaufsichtsrechte und des Wirtschaftsprivatrechts neu zu verstehen. Das Beispiel der Allfinanz-Entwicklung wirft etwa neuartige Fragen zum Versicherungs- und Bankaufsichtsrecht auf und hat auch im Versicherungsprivatrecht zu erheblichen Veränderungen geführt.

4. Neuerungen der Langzeit- und Netzwerkverträge. Die gesellschaftsrechtliche Entwicklung ist nicht etwa isoliert verlaufen, sondern sie steht im Zusammenhang mit einem sehr viel allgemeineren Wandel des Privatrechtsverständnisses. Die Ausführungen hätten insoweit eigentlich an den Anfang des ersten Bandes dieses Lehrbuches gehört. Doch beruhen sie weitgehend auf ganz neuen Forschungen, die bei Redaktionsschluss von Bd.1 noch nicht berücksichtigt werden konnten.

Hatte *Hedemann*⁴⁸ den Wandel des Privatrechts im 19. Jahrhundert noch treffend damit charakterisiert, dass es wesentlich der freien Entfaltung der Persönlichkeit in ihrer geistig-ideellen und vermögensmäßigen Ausprägung zu dienen bestimmt war, so wurden im 20. Jahrhundert in zahlreichen Bereichen funktionalisierende Sichtweisen eingeführt.⁴⁹ Der Freiheitsschutz wurde für bestimmte Funktionen gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Systeme instrumentiert.⁵⁰ Im Bereich des Wirtschaftsrechts setzte sich zunehmend die wettbewerbliche Wertorientierung durch, die bereichsspezifisch mit verschiedenen sozialen Steuerungsmodulen verbunden wurde.

⁴⁷ Vgl. Th. Köhne/G. Koch, Die Virtuelle Versicherung, Versicherungswirtschaft 1999, 1820 mit Beispielen aus der Praxis des Einzelhandels.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Ansätze für Funktionalisierung aber schon bei *R.v. Jhering*, Zweck im Recht, 2 Bd., 1877 - 1883, der plastisch von einer großangelegten sozialen und wirtschaftlichen Maschinerie spricht, in der der sog. Kampf ums Recht eine systemfunktionale Rolle spielte.

⁵⁰ Auch die (Fehl-!) Orientierungen des Wirtschaftsrechts des Dritten Reiches an den politischen Zielen des Führers liegen in dieser Entwicklungslinie, sind aber bekannter maßen ein abschreckendes Beispiel für fehlende meta-ethische Grundlegung und verkannte Instrumentierungsgrenzen; zur Entwicklung der insoweit einschlägigen „Zwei-Werte-Lehre“ in den Niederlanden und in England seit Ende des 16. Jahrhunderts vgl. *W.*

Das betraf zunächst schon in den 30er Jahren das Recht unlauteren Wettbewerbs⁵¹, das aus seiner herkömmlich persönlichkeitschützenden Verankerung⁵² weitgehend herausgelöst und zunehmend in den Dienst von Allgemeinwohlinteressen gestellt wurde.⁵³ Mit der Umstellung der wesentlich auf Kartelle und große Unternehmenszusammenschlüsse gestützten Wirtschaftspolitik des Dritten Reiches auf die soziale Marktwirtschaft wurde dann nach dem 2. Weltkrieg der Wettbewerb als Steuerungsprinzip im deutschen Recht verankert, so dass das Privatrecht wie das Recht unlauteren Wettbewerbs immer mehr auf die damit verbundenen Allgemeininteressen und deren prinzipiell marktwirtschaftliche Durchsetzung umzuorientieren waren.

Die neueren Stufen dieser Entwicklung wurden mit den Entdeckung der vorvertraglichen Vertrauensbindung und der relationalen Verträge eingeleitet, die allerdings beide anfangs nicht wertorientiert bzw. geradezu als Gegensatz zu wettbewerbsfunktionalen Vertragslehren konzipiert wurden. Erst in neuerer Zeit zeigen sich Ansätze dazu. Ähnliches gilt für die ganz junge Analyse von Netzverträgen, für die die Zusammenhänge mit dem Gesellschafts- und Konzernrecht vielleicht noch augenscheinlicher sind als bei den zuvor genannten Rechtsinstituten.

Den Anfang bildet das Recht vorvertraglicher Vertrauensbildung, wiewohl hier der Nachweis rechtlicher Orientierungen an Marktwerten vielleicht noch am schwersten fällt. Doch ist zu diesen Fragen besonders ausgiebig das Verhältnis zur Deliktshaftung diskutiert, auf das es beim Vergleich mit dem Vertragskonzernrecht und dem Recht faktischer Konzerne ankommt (s.u. zu b.). Im Stadium der Vertragsanbahnung wurde zunächst eine relativ enge deliktsrechtliche Haftung als unangemessen angesehen, weil der Anbieter dem potentiellen Kunden nicht wie ein Jedermann, sondern bereits in der spezifischen vertrauensbildenden werblichen Aufmachung gegenübertritt, die für seinen Absatz im Wettbewerb mit anderen Anbietern kennzeichnend ist. Die Rspr. hat deshalb das Institut der culpa in contrahendo (cic) – trotz mancher Einwände der Literatur - als quasi-vertragliche Haftung entwickelt, bis es schließlich durch die Schuldrechtsreform von 2002 ins BGB mit den §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 3 übernommen worden ist. Berühmte Leitentscheidungen waren das Teppichrollen-Urteil des RG und das Bananenschalen-Urteil des BGH, für die aus Raumgründen auf das Lehrbuch zum BGH/HGB verwiesen werden muss. Hauptgrund für die vertragsähnliche Ausgestaltung

Fikentscher, Zwei Wertebenen, nicht zwei Reiche, in: ders. u.a. (Hrsg.), Wertewandel, Rechtswandel, 1997, 121 ff.

⁵¹ Von 1909, RGBI. S. 499.

⁵² Vgl. nur *Kohler*, Der unlautere Wettbewerb, 1914 S. 17 ff.

⁵³ Dazu grundlegend *Baumbach*, Das gesamte Wettbewerbsrecht, Systematischer Kommentar, 2. Aufl. 1931, S. 67 f.; historischer Rückblick b. *Baumb./Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 21. Aufl. 1999, Einl. UWG Rdn. 44 m.w.Nachw.

dieser Haftung war es, den sog. Exculpationsbeweis für das Handeln von Verrichtungsgehilfen gem. § 831 BGB auszuschalten, da dieser unvereinbar mit der werblichen Inanspruchnahme von Vertrauen durch den Schädiger erschien. – Sah man die strenge Verschuldenshaftung der *cic* zunächst noch als notwendigen Schutz Schwacher, so setzte sich allmählich die Einsicht durch, dass das Privatrecht insoweit Anreize zu setzen habe, die den Anbieter zur Entwicklung von Sicherheitsvorkehrungen bewegen sollen (compliance durch Haftung⁵⁴).

In der Lehre wurde vielfach gefordert, die *cic*-Haftung wieder ins Deliktsrecht zurückzuholen, zumal die Äquivalente anglo-amerikanischen Rechts im law of torts (Deliktsrecht) liegen.⁵⁵ Doch hatte sich diese Ansicht schon lange vor der Schuldrechtsreform aus guten Gründen nicht durchgesetzt. Heute ist sie durch die Neuregelung des § 311 Abs. 2 und 3 BGB endgültig gescheitert. Für die vertragähnliche Einordnung der *cic*-Verkehrspflichten spricht v.a., dass die Art der Vertrauensbildung wesentlich von der vertraglichen Geschäftspraxis in den störungsfreien Fällen abhängt, und diese wiederum der Steuerung durch den Wettbewerb ausgesetzt sind. Wettbewerbliche Einflüsse in das Deliktsrecht sind dagegen – soweit es nicht um lauterkeitswidrige Wettbewerbshandlungen geht - verhältnismäßig gering.⁵⁶

Bei der Analyse von relationalen Verträgen (relational contracts) geht es v.a. darum, dass Verträge an veränderte Umstände anpassbar sein sollen, obgleich der Wettbewerb bei Vertragsschluss allein das ursprüngliche Pflichtenprogramm legitimiert.⁵⁷ Als tiefer liegender Grund dafür wurde das während der Laufzeit entstandene und fortentwickelte Vertrauensverhältnis der Parteien angesehen, das vom horizontalen Wettbewerbsverhältnis der Marktanbieter wesentlich unabhängig sei und als Vertikalbeziehung auch in den geltenden Kartellrechten der USA und Deutschlands⁵⁸ weniger vor Beschränkungsabreden geschützt werde.

Die deutsche Rspr. hat die Vertragsanpassung dann in der Folgezeit der 80er und 90er Jahre zwar in weitem Umfang anerkannt, dies aber an Voraussetzungen gebunden, die ein möglichst intensives Einwirken des Wettbewerbs auf das Leistungsbestimmungsrecht des ändernden Vertragsteils ermöglichen. Insbes. wurde verlangt, dass dem Kunden ein Kündigungsrecht eingeräumt wird, wenn er mit der Anpassung der Vertragskonditionen nicht

⁵⁴ Wegweisend *M. Lehmann*, Vertragsanbahnung durch Werbung. Eine juristische und ökonomische Analyse der bürgerlich-rechtlichen Haftung für Werbeangaben gegenüber dem Letztverbraucher, 1981; in allgemeinerem Zusammenhang *Ch. Parker*, The Open Corporation, 2001 S. 246, 257 ff.

⁵⁵ Vgl. nur MünchKomm-Mertens, § 823 BGB Rdn. ??; v. Bar, Verkehrspflichten, 1979.

⁵⁶ Zum Ganzen *H.Herrmann*, Die Rückrufhaftung des Produzenten, BB 1985, 1801 ff.

⁵⁷ Vgl. nur *McNeil*, zit. n. Evans, Diss 2002.

⁵⁸ Dazu und zu den Unterschieden des EU-Kartellrechts insoweit s. *van der Bergh*, WuW 2000 (??)

einverstanden ist.⁵⁹ Da die Verträge, die hier gemeint sind, stets eine Anpassungsklausel zum Inhalt haben, wie sie für relationale Verträge typisch sind, schadet es der hier angenommenen Einordnung nicht, dass der BGH seine Ansicht nicht ausdrücklich auf derartige Verträge begrenzt. Auch andere Verträge können also mit zulässigen Anpassungsklauseln ausgestattet werden, wenn ein Lösungsrecht für den Kunden vorgesehen wird.⁶⁰ Der Kunde kann sich nicht auf die Bindung gerade diesen Vertrages und mit der ihm darin individuell verbundenen Vertragspartei berufen, sondern es genügt, wenn er ein Kündigungsrecht erhält, um sich am Markt anderweitig zu versorgen.

Damit scheint der für relationale Verträge typischen Vertrauensbeziehung wenig gedient, da gerade das durch den Vertrag aufgebaute Sondervertrauen zur Kündigung freigegeben wird. Doch soll in erster Linie verhindert werden, dass keine Enttäuschung des Vertrauens durch Änderung des Pflichtenprogramms eintritt. Im übrigen muss der Kunde bei Vertragsschluss in die Änderungsbefugnis wenigstens in der Weise eingewilligt haben, dass er das Leistungsbestimmungsrecht i.S. § 315 BGB gewährt hat und dabei hinreichend bestimmt war, wie weit dieses reicht. Mit Blick auf Preisanpassungsklauseln hat der BGH gefordert, dass die Bandbreite abänderbarer Preise und Konditionen bei Vertragsschluss absehbar sein muss (Bestimmtheitsgrundsatz), und dass dafür ein Referenzmaßstab gewählt wird, der seinerseits laufendem Wettbewerb im Horizontalverhältnis konkurrierender Anbieter unterliegt. Verf. hat diese Entwicklung schon Ende der 80er Jahre als rechtliche Relevanz von Wettbewerb nach Vertragsschluss interpretiert und ist darin sowohl durch die Folge-Rechtsprechung zu Fragen der Vertragsanpassung⁶¹ als auch durch die weitere Entwicklung in anderen Bereichen bestätigt worden.⁶²

Die Grundannahmen zur Vertragsanpassung von relationalen Verträgen weisen ebenso wie die zur Haftung für vorvertragliche Vertrauensverletzungen deutliche Gemeinsamkeiten mit der CG-Theorie und der Compliance-Lehre auf: die wettbewerbliche Legitimation für Vertragsbindungen und quasi-vertragliche Bindungen kommt nicht nur bei Vertragsschluss sondern auch vor- und nachher in Betracht, wenn Verträge noch nicht geschlossen wurden, oder sie abgeändert bzw. gekündigt oder widerrufen werden. Vorausgesetzt ist dafür lediglich zweierlei:

⁵⁹ Vgl. nur BGH NJW-RR 1986, 211 „Werbezündhölzer“; dazu *H. Herrmann*, DZWiR 1993, 54, 56 m.w.Nachw.

⁶⁰ Zu weiteren Voraussetzungen s. sogleich im folgenden Text.

⁶¹ Vgl. nur BGH Dispositionskredit 1992; BGH Rechtsschutzversicherung 1998; BGH Überschussbeteiligung 2001; näher *Herrmann*, Transparente Zillmerung 2X 2003/4.

⁶² Vgl. die zunehmende Anerkennung von Widerrufs- und Widerspruchsrechten bei Fernabsatz-, Versicherungs- und Haustürverträgen, die übereinstimmend wirksamen Wettbewerb nach Vertragsschluss voraussetzt, vgl. nur *Herrmann*, ZEuP 1999.

- dass die Wahrscheinlichkeit begründet erscheint, dass unfaire Maßnahmen vom Markt sanktioniert oder geradezu abgestraft werden;
- dass der Markt hinreichend mit Informationen versorgt wird, die derartige Reaktionen ermöglichen, d.h. Annahmen über wertsteigernde oder wertmindernde Folgen unterbleibender bzw. durchgeführter Vertragsanpassung publiziert werden.

Auch die sehr viel jüngere Entwicklung zu den sog. Netzverträgen oder symbiotischen Verträge seien hier erwähnt, da sie nicht nur viel Gemeinsames mit den relationalen Verträgen haben, sondern auch weitgehend ähnliche Aspekte wertorientierter Auslegung aufweisen. Unter Netzverträgen versteht man Verbände, bei denen die Netzmitglieder untereinander ketten- oder sternförmig in vertraglicher Beziehung stehen, ein Vertrag mit dem Endabnehmer aber nur von einem oder wenigen Netzpartnern abgeschlossen wird. Beispiele sind die Überweisungsnetze im Giralverkehr der Kreditinstitute, Franchising-Systeme, just in time production bis hin zu virtuellen Unternehmen.⁶³ - Erheblich enger sind symbiotische Verträge definiert. Bei ihnen ist zumindest einer der Vertragspartner derart in wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Verbund, dass er diesem in seiner Existenz ausgeliefert ist. Macht etwa ein Lieferant eines Automobilwerks für die Entwicklung von Zulieferteilen für ein bestimmtes Markenprodukt hohe Investitionen, so sind diese u.U. mit existenzvernichtender Wirkung verloren, wenn die Beziehung zum Kfz.-Hersteller aufgelöst wird.⁶⁴

Trotz aller Unterschiedlichkeit der Verbundphänomene geht die rechtsdogmatische Grundfrage übereinstimmend dahin, ob für den Endabnehmer der Verbundleistung eine Durchgriffshaftung gegen Netzmitglieder aufgrund vertraglichen Rechtsscheins zusteht⁶⁵, ob Drittschutzregeln Anwendung finden⁶⁶, oder ob eine Haftung wegen der sozio-ökonomisch neuartigen Sonderverbindung zu bejahen ist, die zwar keine Erfüllungspflicht, wohl aber Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung i.S. § 280 Abs. 1 BGB begründet.⁶⁷

Die Problematik wird mit Recht als „governance regime“ bezeichnet, für das „die Verantwortlichkeit für das ‚Regieren ohne Regierung‘“ rechtlich begründet werden kann.⁶⁸ Soweit wettbewerbs- und wertorientierte Auslegungen begründet sind, sind auch hier vertragsnahe Konstruktionen zu bevorzugen, ohne dass eine Einheitslösung für alles bereitsteht. Abzulehnen dürfte aber die Sonderverbindungslehre sein. Sie findet nicht nur im

⁶³ Zusammenschauend zuletzt G. Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004.

⁶⁴ Beispiel nach Schaefer/Ott, Lb.ÖAR

⁶⁵ Vgl. nur §§ 775 a ff. BGB; für Konstruktionen nach den Grundsätzen der Anscheins- und Duldungsvollmacht s. insbes. J. Ekkenga, Die Inhaltskontrolle von Franchiseverträgen, 1990 S. 97 u.ö.; M. Rohe, Netzverträge, 1998 S. 56 ff., passim; krit. G. Teubner, a.a.O. S. 114 ff., 226 ff.

⁶⁶ So die st. Rspr. für den Durchgriff bei Banküberweisungen, vgl. nur BGHZ 96, 9, 17; für Fortgeltung dieser Konstruktion auch nach Inkrafttreten der §§ 676a BGB s. Langenbucher, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, 2001 S. 466 ff. krit. Teubner, a.a.O. S. 230 ff.

⁶⁷ Vgl. Teubner, a.a.O. S. 240, 241 ff.

⁶⁸ Collins u.a., Vorwort zu Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004 S. 5.

Gesetz keine Grundlage⁶⁹, sondern abstrahiert auch zu sehr von der wettbewerblichen Vertrauensbildung und der wertorientierten Risikosteuerung. Die Durchgriffshaftung soll nur dort eröffnet sein, wo das Netzmitglied vor Vertragsabschluss marktliches Vertrauen in wertsteigerndes Verhalten geweckt hat und dafür im Wettbewerb belohnt oder abgestraft werden kann.⁷⁰ Auch insofern handelt es sich nach Allem um neues Wirtschaftsrecht im hier konzipierten Sinn.

II. Zur Online-Dynamik

1. Technisches. wichtigere Gewinn an Spontaneität und Responsivität hinzu. Wir können schneller reagieren, wo dies für die Zwecke der Rechtsfortbildung und Information des Lesers/Nutzers nützlich erscheint. Das betrifft zunächst die Reaktion auf neue technische und wirtschaftliche Entwicklungen sowie auf neue Gesetzgebung, Rechtsprechung und rechtssystematische Entdeckungen. Bei dem zunehmenden Tempo rechtlicher Veränderungen ist die Reaktionsdynamik gewiss nicht zu unterschätzen, auch wenn die NWiR im Kern mehr auf grundsätzliche Neuentwicklungen konzentriert ist, deren Aktualität nicht allzu schnell veralten dürfte.

Hinzukommt aber noch ein ganz entscheidender Vorteil der Online-Dynamik. Sie versetzt uns in die Lage, auf Rückmeldungen und Eilbedarfe unserer Leser ohne Zeitverzögerungen einzugehen. Online-Verständnisfragen, Kritik und Ergänzungen können innerhalb weniger Stunden zu Reaktionen führen, die von schlichten Beantwortungen bis zu Korrekturen oder Zusatzveröffentlichungen reichen. Wir messen diesem Umstand v.a. im Hinblick auf die Leserschaft von Unternehmen, Behörden und Studenten bis zum fortbildungswilligen Praktiker erhebliches Gewicht zu.

Zur Eil-Kundschaft in diesem Sinne rechnen wir allerdings nicht unbedingt die weltweite scientific community, die wegen des Internet-Betriebs zwar ohne weiteres erreicht, wohl aber nicht umfangreicher zu Reaktionen veranlasst werden kann.⁷¹ Auch die besondere Aufmerksamkeit für StudenInnen ist seit der Emeritierung von Prof. Herrmann und seiner neuen Tätigkeit als Rechtsanwalt zurückgetreten. Vielmehr geht es uns jetzt primär um Informationen für und von Versicherungsunternehmen, Unternehmen als Versicherungskunden anderer Wirtschaftszweige sowie aktuelle und potentiellen Mandanten.

⁶⁹ Auch der neue § 311 Abs. 3 S.1 BGB gibt dafür nichts her, da dort nur vom „Schuldverhältnis“ nicht vom „Vertrag“ die Rede ist und ein Schuldverhältnis eindeutig auch bei der cic. begründet ist; Zweifel auch bei MünchKomm-Emmerich (2003), § 311, Rdn. 204; offengelassen auch b. Teubner, a.a.O. S. 235.

⁷⁰ Näher s. *Herrmann*, Grundlehren BGB/HGB Bd. 1, 3. Aufl. im Erscheinen.

⁷¹ Deswegen wird vorerst auch noch nicht in englischer Sprache publiziert; anders vorerst nur das Beiheft zur Ausgabe Herbst 2011.

Alle geeigneten per e-mail, Fax oder herkömmlicher Post eingehenden Rückmeldungen der Leser werden deshalb mindestens im Monatsabstand berücksichtigt und teils individuell beantwortet, teils durch entsprechende Einschübe, Korrekturen und dergl. in den veröffentlichten Texten selbst oder in einer der folgenden Nummern zur Umsetzung gebracht.

2. NWiR und New Economy. Im vorausgehenden Text sind bereits zahlreiche inhaltliche Beispiele aufgeführt, die insbes. die Publizitätsfunktionen des Rechts und deren Vernetzung in öffentlichen Systemen betreffen. Hier sind noch einige allgemeine und exemplarisch-konkrete Aspekte zur new economy zusammengestellt.

Im gesamtwirtschaftlich-öffentlichen Zusammenhang ist von der Entwicklung der Industriegesellschaft zur Dienstleistungs- und Informationsgesellschaft auszugehen.⁷² Damit ist nicht nur gemeint, dass die Aufteilung in die bekannten 3 Wirtschaftssektoren Agrar-, Industrie- und Dienstleistungswirtschaft nicht mehr ausreicht, um die wesentlichen Entwicklungen der Industrieländer zutreffend zu beschreiben. Neben dem industriellen Entwicklungsgrad oder der Weiterentwicklung auf den Dienstleistungsmärkten erscheint für den Wohlfahrtsstatus einer Gesellschaft entscheidend, wie die Ressource Information produktiv eingesetzt wird. Neben der zunehmenden Bedeutung von Informationsdienstleistern⁷³, insbes. durch wirtschaftliche, juristische und technische Freiberufe⁷⁴, zeigt sich der Wandel zur Informationsgesellschaft und –wirtschaft in den letzten Jahren ganz besonders nachhaltig an der Verbreitung und immer weiter fortschreitenden Entwicklung von Informationstechnologien⁷⁵, an deren zunehmendem Einsatz im Ein- und Verkauf der Unternehmen und Verbraucher sowie im (virtuellen) Unternehmensverbund.⁷⁶ Besonders insoweit, aber nicht allein in dieser Sicht, ist von der new economy als Epoche machendem Wirtschaftswandel die Rede.⁷⁷

⁷² Vgl. nur P.F.Drucker, *The Age of Discontinuity*, 1968, zit. n. E.Zahn, in: Dichtl/Issing, *Vahlens Grosses Wirtschaftslexikon*, 2. Aufl. 1993, S. 969 f.

⁷³ Bereits 1995 lag der Anteil von „Informationsarbeitern“ in den USA bei über 50 %, in Deutschland bei 36 % mit steigender Tendenz; vgl. Zahn, a.a.O.

⁷⁴ Zahlen und rechtliche Entwicklungstrends bei Herrmann, *Recht der Kammern und Verbände freier Berufe* 1996.

⁷⁵ Schon in den 70er Jahren lag der Anteil des Informationssektors am BSP der USA über dem des zweitplatzierten Dienstleistungssektors, vgl. E. Vallone, *Informationsmanagement wird zur Führungsbasis*, in: *IO Management Zeitschrift* 1990, 81 ff.

⁷⁶ Vgl. etwa für die Versicherungswirtschaft G. Koch/Th. Köhne, *New Economy und Versicherungswirtschaft*, *Versicherungswirtschaft* 22/2000; L. Fechner/ F. Wagner, *Versicherungsunternehmen als Partner in virtuellen Netzwerken*, *Versicherungswirtschaft* 20/2000, S. 1574 ff.; H.Herrmann, *Neues vom Europarecht zum Fernabsatz und zur Online-Versicherung*, in: W. Scheffler/I.Voigt, *Entwicklungsperspektiven im Electronic Business*, 2000 S.329,335 ff.

⁷⁷ Vgl. etwa die Zeitung *Daily Update on the New Economy*; zur darüber hinausgehenden Bedeutung für die old economy s.u.

Im engeren Sinne ist der Ausgangspunkt der new economy bei den Unternehmen zu sehen, die entweder selbst Informationsdienstleistungen produzieren und auch noch auf elektronischen Märkten anbieten, oder die die dafür benötigte Hardware entwickeln und herstellen. Diese Unternehmen haben in neuerer Zeit nicht nur enorme wirtschaftliche Erfolge erzielt, die längerfristig wohl auch nicht durch die 2001er Einbrüche auf den neuen Aktienmärkten in Frage gestellt werden. Sondern sie haben zudem auch eine weitgehend neuartige Unternehmenskultur und Neuerungen der betriebswirtschaftlichen Entscheidungsverfahren hervorgebracht, die mit den überkommenen Gesetzmäßigkeiten etlicher wirtschaftswissenschaftlicher Disziplinen brechen, oder diese doch zumindest stark relativieren. Deshalb wird von manchen angenommen, es sei eine vollkommen neuartige betriebswirtschaftliche Sichtweise in Forschung und Praxis geboten.⁷⁸ Andere meinen, die Neuansätze seien allenfalls partiell spezifisch informationsökonomischer Natur und weitestgehend in der Entwicklung der old economy angelegt.⁷⁹ Daraus darf man aber nicht schließen, dass die Besonderheiten der new economy ohne eigenständige Erklärungskraft sind.

Andere Konzepte der new economy stellen primär auf marktökonomische Eigenarten der Produktion ab. Geringe Marktzutrittsschranken, extrem niedrige Transport- und Grenzkosten, sowie hoher Entwicklungsaufwand seien kennzeichnend, so dass sich bisher ungeahnte Kombinationsmöglichkeiten in der Wertschöpfungskette der Produktion ergeben. Teils werden virtuelle Unternehmen mit weltweit selektierten Wertschöpfungsbeiträgen kreiert, teils erscheint die Verkoppelung von bisher unzusammengehörigen Produkten nahegelegt⁸⁰ Bislang ist nicht einmal abzusehen, ob wenigstens die Besinnung auf sog. Kernkompetenzen gewisse Außenbegrenzungen von Unternehmen nahe legt.⁸¹

⁷⁸ Besonders einfach ist auch für den Nichtfachmann nachvollziehbar, dass bei Ausweitung der Produktionsmenge keine zusätzlichen Kosten entstehen, wenn der Kunde das Produkt schlicht aus dem Internet abrufen kann. Dadurch ist die klassische Produktionsfunktion unanwendbar. Mindestens ebenso grundlegend ist es, um nur noch ein weiteres Beispiel zur Veranschaulichung zu nennen, dass das Produkt u.U. aus Teilprodukten zusammengesetzt werden kann, die von Unternehmensexternen hergestellt werden. Dadurch wird die in herkömmlichen Konzernen übliche sog. Rückwärtsintegration in vorgelagerte Marktstufen weitgehend überflüssig. An die Stelle von Unternehmenskonzentration kann Kooperation treten; vgl. näher – für die Versicherungswirtschaft - L. Fechner/ F. Wagner, Versicherungsunternehmen als Partner in virtuellen Netzwerken, Versicherungswirtschaft 20/2000, S. 1574 ff.

⁷⁹ Vgl. A. Eicker, Es gibt nur eine Economy, Handelsblatt v. 3./4.11.2000 S. K 1.

⁸⁰ Vgl. nur F.Wagner/G.Koch, Electronic Commerce in der Versicherungswirtschaft – Ein Forschungsbericht an der Universität Leipzig mit Partnern aus der Versicherungswirtschaft, VW 1999, 1490 ff.; Th. Köhne/ G. Koch, Die Virtuelle Versicherung- ein Phänomen zwischen Organisationsform, Electronic Commerce und Virtual Reality, VW 1999, 1820 ff.; dies., New Economy und Versicherungswirtschaft, VW 22/2000; aus volkswirtschaftlicher Sicht Kähler, Der Fall Microsoft.-Beginn eines neuen Antitrust-Rechts?, Erlanger Antrittsvorlesung, Jan. 2002.

⁸¹ Zweifeln etwa Fabrici, Kooperationen in der Versicherungswirtschaft, Nürnberger Vorträge im Praktikerseminar des Instituts für Versicherungswissenschaft an der Universität Erlangen-Nürnberg v. 13.2.02, Teilabdruck in: www.assurances.de.

3. Rechtsimmanente Entwicklungen. Neben den Neuerungen des Wirtschaftsrechts, die von der new economy angestoßen wurden, gibt es auch primär juristische Wurzeln. Wenigstens zweierlei ist zu unterscheiden: Erstens gibt es wohl stets eine gewisse Eigendynamik innerhalb des Rechtssystems, wenn von der Wirtschaft her Veränderungen bewirkt werden; und zweitens reagiert das Wirtschaftssystem auch auf Innovationen, die vom Rechtssystem her kommen.

a. Da die new economy, wo immer sie zu neuem Wirtschaftsrecht führt, keine vollkommen neue und eigenständige Normkomplexe schafft, sondern auf überkommenen Rechtsbegriffen und –prinzipien aufbaut und in bestehende rechtssystematische Zusammenhänge einwirkt, sind notwendig Reflexe⁸² impliziert, die im System des Rechts mit weitgehender Eigengesetzlichkeit fungieren. Damit sind schon jetzt eine ganze Reihe von Neuerungen des Wirtschaftsrechts verbunden. Beispielhaft sei folgendes hervorgehoben:

Das Fernabsatzrecht hat Widerrufsrechte für Verbraucher begründet, die ausschließlich im Wege der Telekommunikation zum Vertragsschluss bewegt worden sind. Es wurde bereits angemerkt, dass insoweit erhebliche Modifikationen des Grundsatzes der Vertragstreue (pacta sunt servanda) ausgelöst werden. Dennoch bleibt der Grundsatz als solcher nach h.M. unangetastet, so dass auch bei Fernabsatzverträgen zunächst ein Vertrag zustande kommt, der trotz der Widerrufsmöglichkeit Bindungswirkung hat. Der Vertrag ist also nicht schwebend unwirksam, sondern schwebend wirksam⁸³. Daraus folgt etwa, dass die sog. Nebenpflichtverletzungen eine Schadensersatzhaftung auf das positive Interesse auslösen (positive Vertragsverletzung, heute §§ 282, 241 Abs. 2 BGB)⁸⁴. Vorbilder der schwebenden Wirksamkeit hatte bereits vor Erlass des Fernabsatzgesetzes das Verbraucherschutzrecht des Widerspruchs bei Abschluss von Versicherungsverträgen in § 5a VVG geregelt. Hieraus ergibt sich, dass der Versicherungsnehmer auch nach Widerspruch die Versicherungsprämie bis zum Widerspruchszeitpunkt zahlen muss, weil er bereits Deckung erhält, falls der Versicherungsfall im Zeitraum der schwebenden Wirksamkeit eintritt.⁸⁵ Die Beispiele machen recht gut deutlich, dass das Recht der schwebenden Wirksamkeit sowohl neues

⁸² Zur allgemeinen rechtstheoretischen Einschätzung vgl. G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989; zusammenfassend Th. Raiser, *Das lebende Recht*, 1995 S. 164 ff.

⁸³ Die Schwebelage ist der der auflösenden Bedingung vergleichbar, die sich insoweit von der aufschiebenden Bedingung unterscheidet, vgl. § 158 Abs. 1, 2 BGB.

⁸⁴ Bei schwebender Unwirksamkeit müsste man eine Haftung auf das negative Interesse aus culpa in contrahende i.S. § 311 Abs. 2 BGB n.F. annehmen; vgl. A. Fuchs, *Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts*, ZfP 2000, 1273, 1281.

⁸⁵ Dazu näher Herrmann, *ZEuP* 1999, 663, 677; ähnlich A. Fuchs, *AcP* 1996, 313, 318 ff.

Wirtschaftsrecht darstellt als auch im Systemzusammenhang überkommenen Privat- und Wirtschaftsrechts steht.

b. Die neue wirtschaftsrechtliche Systembildung muss zwar im Ansatz unterschieden werden von der des neuen BGB in der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (SchuldRModG), das am 1.1.2002 in Kraft getreten ist⁸⁶. Aber sie steht natürlich auch in engem Zusammenhang damit; denn das BGB ist nicht nur mit Blick auf das Recht der elektronischen Form und des Fernabsatzrechts erst im Jahr 2001 grundlegend geändert worden⁸⁷, sondern es hat auch zum Rücktritt, Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen zum 1.1.2002 erhebliche Neuerungen erfahren.⁸⁸ Dass insoweit Wirtschaftsrecht im neuen Sinn des Wortes⁸⁹ vorliegt, bedarf schon deswegen keiner näheren Begründung, weil die in beiden Fällen zugrunde liegenden europäischen Richtlinien mit ihrem Hauptzweck darauf gerichtet sind, den grenzübergreifenden Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt des e-commerce zu fördern.⁹⁰

Zur Notwendigkeit systematischer Auslegung der neuen Bestimmungen sei nur darauf verwiesen, dass die elektronische Signatur nach § 126 Abs. 3 BGB n.F. bei vorgeschriebener Schriftform immer zulässig sein soll, wenn das Gesetz es nicht besonders anders bestimmt. Fehlt aber eine solche Regelung, so weiß man oft nicht sicher, ob der Gesetzgeber darauf bewusst verzichtet hat, oder ob eine Regelungslücke wegen planwidriger Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung vorliegt. Dies kann nur durch sorgfältige Analyse der Regelungszwecke der betreffenden Formvorschrift ermittelt werden, wobei v.a. zwischen dem Übereilungsschutz, der Förderung der Markttransparenz und dem Beweissicherungszweck zu unterscheiden ist. Da der Transparenzzweck im Recht des Formzwangs – wie auch in anderen Rechtsbereichen - noch recht ungewohnt ist, treten hier die häufigsten Zweifelsfragen auf.⁹¹

c. Ein letztes Beispiel betrifft klassisches Wirtschaftsrecht, das Kartellrecht. Es wurde bereits betont, dass mit dem Aufkommen des e-commerce grundlegende Änderungen in der räumlichen Marktabgrenzung und bei der Bestimmung von Marktmacht verbunden waren. Speziell zur Marktmacht wird an die Lehre potentiellen Wettbewerbs angeknüpft, die schon

⁸⁶ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I, 3138.

⁸⁷ G. zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den elektronischen Rechtsgeschäftsverkehr v. 23.7.2001, BGBl. I, 1542.

⁸⁸ §§ 346 ff., 355 ff. BGB n.F., wie Fn. 71.

⁸⁹ S.o. zu II.2.

⁹⁰ Vgl. nur die Richtl. 1999/93/EG über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen v.13.12.1999, ABIEG 2000, Nr. L 178, S.12.

bisher die Machtanalyse an Hand von Marktanteilen ergänzt hat. Beispielsweise konnte schon bisher bei Zusammenschlüssen von Unternehmen mit völlig getrennten Absatzmärkten ein sog. Abschreckungseffekt gegenüber anderen Marktzutrittskandidaten (potentielle Wettbewerber) gegeben sein. Das hat der BGH grundlegend schon im Fall Kfz-Kupplungen aus dem Jahr 1978 angenommen, als der Zusammenschluss von Fichtel und Sachs mit dem britischen GKN-Konzern verboten wurde, weil die Gefahr von zutrittsbehinderndem Niedrigpreiswettbewerb begründet schien (sog. GKN-Doktrin).⁹² Heute geht es etwa um den Aufbau von Marktmacht durch Beteiligung des US-Konzerns Liberty Media an dem niederländischen Kabelnetzbetreiber UPC, der Telewest in Großbritannien und 6 regionalen Kabelfernsehgesellschaften der deutschen Telekom, den unlängst das Bundeskartellamt zum wiederholten Mal abgemahnt hat, obgleich derzeit jedem Land eine Dominanz nach Marktanteilen noch in weiter Ferne liegt.⁹³ Ob dazu die Ansicht des Bundeskartellamtes über Abschreckungswirkungen i.S. der GKN-Doktrin trägt, ist sehr streitig.

Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Die Zukunft des Forum NWiR wird erweisen, inwieweit das entstehende neue Wirtschaftsrecht zu Veränderungen des alten Wirtschaftsrechts führt. Auf jeden Fall scheint nicht nur der Impuls, der von der new economy ausgeht, sondern auch die implizierte rechtssystematische Dynamik dogmatisch interessant und praktisch erheblich.

III. Feed Back als Konsequenz publizitären Rechtsdenkens

1. Vernetzter Wissenschaftstransfer. NWiR folgt organisatorisch dem Trend, junge High-Tech-Firmen in Kooperation von Unternehmen, Hochschullehrern und Rechtsanwälten zu fördern oder zu gründen. Zwar stellt dieses Vorgehen in Deutschland derzeit wohl immer noch die Ausnahme dar, weil man im Prinzip als Wissenschaftler noch gern im Elfenbeinturm der Wissenschaftsneutralität zurückgezogen bleibt. Aber immerhin mehren sich auch hierzulande inzwischen – v.a. in den Technikdisziplinen – die Ausnahmen. Man sucht nach Kompetenzplattformen, die sowohl die herkömmlichen Grenzen zwischen Universität und Praxis als auch die der traditionellen Fakultäts- und Institutszuordnungen sprengen.⁹⁴

⁹¹ Unsicher deshalb z.B. die Auslegung zu § 5a Abs. 3 VVG a.F.; näher H.Herrmann, Die Bedeutung der Schuldrechtsreform für die Versicherungs- und Finanzwirtschaft, in: www.assurances.de.

⁹² BGH BB 1978, 674 m. Anm. Markert; vertiefend W. Möschel, AG 1986, 187 ff.; ders. ReabelsZ 1984, 552 ff.; H. Herrmann, RIW 1986, 253, 258 ff.; ders. BB 1989, 1213 ff.

⁹³ Vgl. Handelsblatt v. 15./16.2.2002.

⁹⁴ Vgl. nur die Gründung der Sustech als Gemeinschaftsunternehmen der Technischen Universität Darmstadt und der Henkel AG zur Entwicklung selbstreinigender Oberflächen; ähnlich das Münchener

NWiR soll im Zusammengehen des Nürnberger IF-Verlages und der Kanzlei THORWART Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer in Nürnberg mit 2-3 Lehrstühlen der WISO-Fakultät der Universität Erlangen-Nürnberg entstehen. In einer ersten Planungsstufe handelten allein der Lehrstuhl für Wirtschaftsprivatrecht (Prof. res Herrmann/Hoffmann und Mitarbeiter) mit denen für BWL und Wirtschaftsinformatik (Prof. res Bodendorf/Voigt und Mitarbeiter). Nach der Pensionierung von Prof. Herrmann und dessen Eintritt in die Anwaltskanzlei THORWART ist die primäre Ausrichtung auf Universitäten und Wissenschaftler ergänzt durch Praxisbelange. Nach wie vor handelt es sich aber um Wissenstransfer im Verhältnis von Wissenschaft und Praxis, wobei neben die Praxis der Wirtschaftsunternehmen die der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie sonstiger Freiberufler tritt.

Die Vernetzung ist in dieser Hinsicht nur eine Konsequenz der vernetzten Publikationsinhalte. Wie es bei NWiR inhaltlich um publizitäre Steuerungsfunktionen mit Nutzung der neuen Möglichkeiten technischer Vernetzung geht, so ist das Zusammenwirken von Wissenschaftseinrichtungen mit Unternehmensleitern, Freiberuflern und deren Mitarbeitern wesentlicher Bestandteil des NWiR-Konzepts. Die Verbesserungen, die in dieser Hinsicht durch das Internet erreicht wurden, liegen sowohl in kommunikativen Erleichterungen beim interdisziplinären und interprofessionellen Informationstransfer als auch im vereinfachten Literaturzugang. Praktiker wie Wissenschaftler können sich heutzutage via Internet auf nahezu allen Gebieten aktuellste Literatur erschließen, ohne auch nur den Arbeitsplatz verlassen zu müssen. Dass dadurch u.a. auch die Interdisziplinarität zwischen der Wirtschaftsrechtsforschung, den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften bis hin zur allgemeinen Philosophie gefördert wird überrascht nicht, ist aber bisher, soweit ersichtlich, noch nicht als Chance neuen Wirtschaftsrechts aufgefasst und aufgegriffen worden.

Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang die schon erwähnte Möglichkeit des feed back aus dem Leserkreis. Dazu wurde bereits bemerkt, dass NWiR bewusst den Online-Praxisdialog eröffnen wird (oben zu III.1). Ergänzend muss man sehen, dass die Richtung des Transfers wechselt. Es bleibt nämlich nicht bei der bisherigen one way-Kommunikation herkömmlicher Fachzeitschriften, sondern der Informationstransfer kann ebenso aus der Leserschaft herrühren. Jedenfalls funktioniert die Zweigleisigkeit dieser Art mit größerem Tempo als bisher, so dass auch insofern treffend von Daten-Autobahnen die Rede ist.

Folgende Literaturgattungen kommen hauptsächlich in Betracht:

- Aufsätze,

- kurze Beiträge,
- aktuelle Mitteilungen,
- Entscheidungen von Gerichten und Behörden,
- Vertragsmuster und sonstige kautelarische Informationen,
- fachnahe Werbung,
- (Lehrangelegenheiten im Rahmen der VHB)

Jeweils werden teils eigene Berichte, Lehrtexte und Untersuchungen erarbeitet, teils von außen eingeworbene Beiträge redigiert und veröffentlicht. Mindestens zweimal jährlich sollte ein neues „Heft“ zu zwei oder mehr der genannten Gegenstandsbereiche erscheinen. Jedes Heft erhält eine Einteilung in

- Forschungsbeiträge und Berichte aus der Unternehmenspraxis;
- Entscheidungen von Gerichten, Behörden und Organisationen (mit Anmerkungen);
- Beiträge aus Studium und Lehre (Seminar- und Diplomarbeiten, Diskussionsberichte);
- aktuelle Mitteilungen zur New Economy und zum Neuen Wirtschaftsrecht.

2. Einzelfall ohne Mandatswerbung. Der Zugang zum Online-Forum zur Markteinführung wird unentgeltlich angeboten. Die Finanzierung muss über Sponsorenmittel und Werbeeinnahmen erfolgen. Lediglich ergänzend wird detaillierter Unternehmensrat und Verbraucherschutz angeboten, soweit dies im Bereich der behandelten Themen liegt. Das Forum dient dabei als Vermittlungsstelle und als elektronische Marktplattform.

Es handelt sich insofern, wie eingangs bereits vermerkt, um eine originelle Form der Informationswerbung, die ohne Werbung um Praxis i.S. von Mandatswerbung oder gar ambulance chasing abläuft. Abstrakt allgemein ist diese Form der erlaubten Rechtsanwaltswerbung in § 43b BRAO nicht nur zugelassen, sondern für die gesamte Freiberufspraxis besonders nahe gelegt hat. Deshalb finden sich entsprechende Werbeerlaubnisse in § 52 S.2 WPO und in § 27 MBO.⁹⁵ Man kann fragen, ob das als Reform des Freiberufsrechts weit genug geht.⁹⁶ Doch kann man die Regelung zumindest im Ansatz als eine willkommene Überwindung der früher viel absoluter gefassten Werbeverbote für freie Berufe ansehen, die insofern heute überwiegend anerkannt ist.⁹⁷ Beanstandungen für NWiR ergeben sich insofern nicht.

Tech-Firmen, Handelsblatt v.19./20.1.01 S. 16 m.w.Nachw.

⁹⁵ Näher s. Kleine-Cosack, Das Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe, 2. Aufl. 2004, Rdn. 243 ff.

⁹⁶ Vgl. nochmals Kleine-Cosack, a.a.O., Rdn. 264 ff., passim.

⁹⁷ Ausführliche Belege aus der Rspr. b. Kleine-Cosack, a.a.O., Rdn.626 ff.; zum historischen Wandel Herrmann, in Merz (Hrsg.), Freie Berufe im Wandel der Märkte, 2002, S. 79 ff.

IV. Ethikphilosophische Aspekte und praktische Folgerungen

1. Zur Rechts- und Wirtschaftsethik. Schon den Vorläufern der hier vertretenen Wirtschaftsrechtslehre ist vorgeworfen worden, sie sei mit grundlegenden Gerechtigkeitspostulaten unvereinbar⁹⁸, die als rechtsethisches Fundament dem deutschen und europäischen Recht zugrunde liegen. Denn es handele sich um eine Überfremdung mit U.S.-amerikanischen Kulturelementen, der man im Namen der Rechtsethik und des abendländischen Kulturgutes entschieden entgegenzutreten habe.⁹⁹ Diese Kritik hat Verf. an anderer Stelle ausführlicher widerlegt¹⁰⁰, so dass hier nur Weniges hervorgehoben muss.

Allem voran sei auf ein Missverständnis zur *Kant*-Tradition hingewiesen. *Kant* ist bekanntlich der Begründer einer streng anti-eudämonistischen Ethik, die nicht das Streben nach einem lang andauernden, erhebenden oder himmlischen Glück zum Gegenstand hat, sondern auf das vom eigenen Glück abstrahierende Sittengesetz abstellt. Der kategorische Imperativ lautet: „Handle so, dass die *Maxime* deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten kann“.¹⁰¹ Damit erscheint es oft unvereinbar, wenn das Recht auf schnöde Vorteils- oder Gewinnmehrung abzielt. Immer wieder ist deshalb das Argument zu hören, der Ökonomisierung des Rechts sei als unkultureller Amerikanismus zu wehren, der mit den Errungenschaften kantischer Ethik in einem unauflöselichen Gegensatz stehe.

Diese Ansicht ist verfehlt. Bekanntlich hat schon *Kant* eine strenge Trennung von Recht und Moral vorgenommen, so dass eudämonistische Kriterien der Zweckmäßigkeit im Recht durchaus einen gewissen Stellenwert haben können, auch wenn sie in der reinen Sittenlehre verpönt sind. Zwar ist diese Sicht bei *Kant* selbst noch wenig ausgeprägt¹⁰², doch sei hier allem voran auf *Radbruchs* Lehre von der Werte-Trias verwiesen, nach der neben der Gerechtigkeit (Gleichheitssatz), und der Rechtssicherheit auch die Zweckmäßigkeit zum Wesen des Rechts gehört.¹⁰³ Auch beim Grundansatz von *Rawls* ist der Kantische Gedanke von der geschuldeten Gegenseitigkeit mit dem des verschleierte Wohlergehens (*veil of*

⁹⁸ Vgl. *Fezer*, JZ 1986, 817 ff; *ders.*, JZ 1988, 223 ff.

⁹⁹ Vgl. *P. Grossi*, Foro it. 2002 V, 151 ff., 161, zit. n. *Jayme*, *RabelsZ* 67 (2003), 211, 212.

¹⁰⁰ *Herrmann*, in *ders./Voigt* (Hrsg.), *Globalisierung und Ethik*, 2004, S. 63 ff.

¹⁰¹ *Kritik der praktischen Vernunft*, Akademieausgabe, Bd. V, S. 30.

¹⁰² Recht wird definiert als der „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann“ (sog. Gegenseitigkeit), *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1797, dazu näher *Vorländer*, *Geschichte der Philosophie*, Bd. 2, 9. Aufl. 1955, S. 387.

¹⁰³ *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., 1973, S. 164 ff.

ignorance)¹⁰⁴ verbunden; und schließlich hält auch der moderne Kantianer *Höffe* die Frage für ungeklärt, „...inwieweit eine Rechtsmoral für eudämonistische Ergänzungen offen ist“.¹⁰⁵ Von einer generellen Unvereinbarkeit von Recht und ökonomischer Effizienz kann also gar keine Rede sein.

Prinzipiell lassen sich dreierlei rechtsethische Schulenrichtungen unterscheiden: die neokantianische Tradition, die materiale Wertethik und die naturrechtlichen Lehren. *Kant* hat zunächst auf der Grundlage des englischen Empirismus¹⁰⁶ eine voraussetzungslose Erkenntnislehre geleugnet. Logisch zwingende Schlüsse auf das Gute sind nicht durch Ableitung aus höchsten Gütern, wie Gott¹⁰⁷, Schöpfung¹⁰⁸, Entelechie des Seins¹⁰⁹ etc., sondern nur dadurch möglich, dass man das sittliche Bewusstsein des Menschen als solches zum Ausgangspunkt nimmt.¹¹⁰ Daraus wurden als herausragende Prinzipien die Autonomie der Persönlichkeit des Menschen, die Meinungsfreiheit, aber auch die Freiheit des Eigentums hergeleitet. Später gab man aber derart verabsolutierende Wertannahmen auf und betonte die Relativität ethischer Postulate. Bis heute einflussreich wurde der Wertrelativismus *Radbruchs*, wonach drei oberste Werte mit weitgehender Gleichberechtigung nebeneinander zur Geltung zu bringen sind: die Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und die Rechtsstaatlichkeit (Wertetrias). Jede Verabsolutierung eines dieser Grundwerte führe zu ungerechtem Recht. Da zur Zweckmäßigkeit in allererster Linie die ökonomische Effizienz gehört, darf also nach dieser Lehre niemals allein nach Maßgabe wirtschaftlicher Nutzenoptimierung entschieden werden.

In die gleiche Richtung weist die Auseinandersetzung mit der genannten zweiten Schulenrichtung, der materiellen Wertethik. Auch sie geht davon aus, dass absolute Werte und Wertprioritäten rational nicht voraussetzungslos begründbar sind. Stattdessen wird aber nicht auf *Kant*, sondern auf den Grundannahmen der Phänomenologie *Husserls* aufgebaut, wonach übereinstimmende Erkenntnisse von Menschen als Erscheinungen (Phänomene) eine gewisse Objektivierung erreichen. Phänomene haben damit zwar eine weitgehend überindividuelle Gültigkeit, unterliegen aber im Zeitablauf auch einem Wandel, soweit sich die emotionale Erlebniswelt weiterentwickelt. Gerade diese Offenheit der

¹⁰⁴ *Rawls* meinte, dass die Vernunft des Rechts dahin gehe, auf was die Menschen als gleiche und auf ihr eigenes Wohlergehen bedachte Wesen sich einigen würden, wenn sie in einem gedachten Urzustand noch hinter einem Vorhang des Unwissens über ihren künftigen sozialen Status leben würden, vgl. *Theory of Justice*, 1971, deutsch: *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1976.

¹⁰⁵ *Ottfried Höffe*, *Vernunft und Recht*, 2. Aufl. 1998, S. 28.

¹⁰⁶ Zur Auseinandersetzung mit *David Hume*, s. *N. Horn*, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1996, Rdn. 326 ff.

¹⁰⁷ S. die 10 Gebote im biblischen 2. Buch Mose Kap. 20.

¹⁰⁸ S. die Schöpfungsgeschichte im 1. Buch Mose Kap. 1.

¹⁰⁹ So etwa die natürliche Ethik des *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*. übersetzt von E. Dirlmeier, 1956; einführend *N. Horn*, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1996, Rdn. 257 ff.

phänomenologischen Erkenntnistheorie hat ihren Einfluss auf die Philosophie der Folgezeit stark gefördert.¹¹¹

Sogar die Lehre vom Naturrecht, die natürlich vorgegebene Mindestwerte menschlicher Existenz annimmt, ist neuerdings nicht mehr frei von Relativierungen. Zwar lehnt etwa *Helmut Coing*, der Wiederbegründer der Naturrechtslehre nach dem 2. Weltkrieg, den o.a. Wertrelativismus entschieden ab und stellt auf das Rechtsgefühl als Ausgangspunkt rational erkennbarer oberster sittlicher Grundwerte ab. Erster Maßstab ethisch begründeter Gerechtigkeit ist die Würde des Menschen als Person. Daraus sollen das Recht auf Leben, die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung, die Meinungsfreiheit und das Eigentum folgen.¹¹² Doch ist *Coings* Naturrechtsethik in der Folgezeit stark kritisiert worden, obgleich einer seiner schärfsten Kritiker, *A. Kaufmann*, später selbst ein „Naturrecht mit wechselndem Inhalt“ angenommen hat. Zu jeder Zeit wurden nach *Kaufmann* inhaltliche (materiale) oberste Rechtsgrundsätze anerkannt, auch wenn im Zeitablauf wesentliche Veränderungen beobachtbar sind.¹¹³ Auch *Zippelius* gelangt – trotz seiner Kritik an *Coings* starker Bindung und Absolutsetzung abendländischer und christlicher Grundwerte – letztlich zu ähnlichen Werterkenntnissen, die in modernen Gesellschaften konsensfähig erscheinen, insbes. der Freiheit der Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentfaltung.¹¹⁴

In der neueren Literatur hat man daraus den Schluss gezogen, dass sich auch im Lager der materiellen Wertethiker und Naturrechtler eine dem „gemäßigten Wertrelativismus“ i.S. des späten Radbruchs nahe stehende Sicht durchgesetzt hat.¹¹⁵ Ist dies aber so, dann lässt sich für die ökonomische Funktionalisierung des Wirtschaftsrechts folgern, dass sie nicht verabsolutiert werden darf, wohl aber in Maßen anerkannt wird. Als Schüler *Coings* hat *N. Horn* diese Linie vertreten und sowohl die Aufgabe des Rechts betont, das Funktionieren der Märkte zu sichern und die ökonomischen Funktionen der einzelnen Rechtsinstitute aufzuzeigen, als auch vor der Verabsolutierung wirtschaftlichen Rechtsdenkens gewarnt.¹¹⁶

Dieser Standpunkt wird auch hier geteilt und bis hin in die moderneren Lehren der institutionenökonomischen Rechtsanalyse und der Compliance-Forschung weitergedacht. Man kann hierfür anknüpfen an die wettbewerbsphilosophischen Ethiklehren und die sog.

¹¹⁰ Anlehnung an die berühmte Lehre des „cogito ergo sum“, die *Descartes* noch auf die Metaphysik des Seins und der Sitten ungetrennt angewendet hatte.

¹¹¹ Vgl. *Horn*, a.a.O. Rdn. 370.

¹¹² *Coing*, Die obersten Grundsätze, S. 28 f., 54 ff., zit. *N. Horn*, Rdn. 379.

¹¹³ Zit. *N. Horn* S. 202.

¹¹⁴ *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1994, § 20.

¹¹⁵ *N. Horn*, a.a.O. Rdn. 381; ähnlich *K. Kühl*, Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg, in: *Köbler/Heinze/Schapp*, Geschichtliche Rechtswissenschaft, 1990, 331, 345.

¹¹⁶ Vgl. schon *Horn*, Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts, AcP 176 (1976), 307 ff.; *ders.*, Einführung a.a.O. Rdn. 132.

Governance-Ethik. Denn die Werte des Bevölkerungswohlstandes und der sozialen Güterverteilung lassen sich nach verbreiteter Ansicht am besten durch die Institution funktionsfähigen Wettbewerbs verwirklichen. Die große sozialetische Bedeutung der sozialen Marktwirtschaft ist deshalb nicht nur in der Politik seit Ludwig Erhard¹¹⁷ anerkannt, sondern wird auch in der wissenschaftlichen Ethikliteratur fundiert begründet.¹¹⁸ Soweit der Wettbewerb an die Grenzen der Funktionsfähigkeit stößt und insbes. an den Folgen der Globalisierung scheitert, haben sich Lehren der CG-Ethik entwickelt, die durchweg nicht nur Effizienzvorteile der CG gegenüber hoheitlicher Wirtschaftslenkung begründen, sondern auch ethische Vorzüge darin sehen, dass den Unternehmen, Investoren und anderen Unternehmensinteressenten Entscheidungsspielräume belassen werden.¹¹⁹

Auf der Ebene der Rechtsphilosophie wurde schließlich der Relativismus auch in die zeitliche Dimension verlegt. Wie gesagt, gelangt man dadurch zu einem „Naturrecht mit wechselndem Inhalt“ i.S. A. *Kaufmanns*, wobei sich in der historischen Entwicklung ein gewisser Trend zur Instrumentalisierung von Freiheitsrechten in ökonomischen Systemen und Modellen abzeichnet.¹²⁰ Für die Bedeutung historischer Entwicklungstrends kann man auf die Lehren von *Th. Kuhn* zurückgreifen, der die Strukturen wissenschaftlicher Revolutionen untersucht und zunächst für die philosophische Erkenntnistheorie fruchtbar gemacht hat.¹²¹ Aber auch zum ethischen Diskurs kann man auf das *Kuhn'sche* Paradigmenkonzept zurückgreifen, indem etwa der Wandel politischer Legitimationsstrukturen von göttlichen Intronisationsriten über aristokratische und diktatorische Herrschaftsformen¹²² zu demokratischen Verfassungsstrukturen als Paradigmenwandel begriffen wird.¹²³

Entsprechendes gilt für das Aufkommen ökonomischer Instrumentierungen in den USA seit den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts und in Deutschland mit der Einführung der sozialen Marktwirtschaft nach dem 2. Weltkrieg. Der Beitrag der ökonomischen Effizienzlehren zur Gerechtigkeit ist bereits seit Jahrzehnten in den USA akzeptiert¹²⁴ und sogar

¹¹⁷ Bundeswirtschaftsminister und Bundeskanzler von 1949-1966.

¹¹⁸ Vgl. nur *Molitor*, Wirtschaftsethik, 1989, S. 73; *Karl Homann/Blome-Drees*, Wirtschafts- und Unternehmensethik, 1992, S. 26, 49; Überblick bei *Göbel*, Unternehmensethik, 2006, S. 84 ff.

¹¹⁹ Vgl. nur *Steinmann/Scherer*, Zwischen Universalismus und Relativismus, 1998, *Wieland*, Die Ethik der Governance, 2. Aufl. 2000, S. 14, 45 ff.

¹²⁰ Näher s. *Wieland*, a.a.O. S. 78 f.

¹²¹ *Th. Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 1962/1973, S. 68 ff., passim.

¹²² Dazu – grdl. – *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1922, der 3 Paradigmen unterscheidet: charismatische, traditionale und rational-bürokratische Legitimation und den Wandel zu Letzterer in der Aufklärung sieht; zur repräsentativ-parlamentarischen Demokratietheorie s. Art. 20 Abs. 1 GG und die dazu erschienene Kommentarliteratur; vgl. *Maunz/Dürig*, GG-Kommentar, 4. Aufl., Loseblatt ab 1992; *Badura*, Die parlamentarische Demokratie, Hdb. Staatsrecht Bd. 1, 1987, S. 953 ff.

¹²³ Vgl. schon *Herrmann*, Wertediskussion Rotary, 2009, i. Ersch.; *ders.*, Ethik Steuerberater, DATEV-Jahreskongress 2008.

¹²⁴ Vgl. schon die bereits zitierte Lehre *Rawls* vom veil of ignorance; ferner *H. Coase*, The Problem of Social Cost, *J. of Law and Economics* 2 (1960), 1-44; *R. Posner*, Economic Analysis of Law, 1973.

rechtsvergleichend als kulturell prägend analysiert worden. Im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Recht sei das der USA der Tradition des dynamischen Unternehmers und des Entrepreneurship verpflichtet.¹²⁵ Für Deutschland ist zwar bislang sicher noch keine kulturprägende Dominanz der wirtschaftsrechtlich-funktionalen Sicht festzustellen. Doch kann man i. S. der zeitlich wertrelativierenden Sicht mit einiger Sicherheit bereits davon ausgehen, dass auch hierzulande in Gesetzgebung und Rspr. Grundwerte anerkannt werden, die auf ökonomische Effizienz zielen. Dazu gehören schon traditionell die Eigentumsfreiheit¹²⁶ und zudem v. a. der Schutz der Funktionsfähigkeit der Güter- und Kapitalmärkte¹²⁷ sowie die Freiheit der Berufswahl und -ausübung für gewerbliche und freie Berufe.¹²⁸

Versucht man, diese Bewertungen für die rechtsethische Beurteilung der Ökonomisierung des Privatrechts fruchtbar zu machen, so ergibt sich für die wettbewerbliche Instrumentierung des Freiheitsschutzes zunächst, dass ein Paradigmenwechsel nachgewiesen werden muss. Die Überlegenheit der wettbewerblichen Wirtschaftssteuerung gegenüber staatlicher Regulierung zum Schutz sozial Schwächerer bedarf heutzutage im Grundsatz keiner detaillierter Angaben, auch wenn die internationale Finanzkrise 2008/9 manche zum Aufruf zu verstärkter Rückkehr zu dirigistischen und sozialistischen Organisationsformen veranlasst hat.¹²⁹ *Fikentscher* hat schon lange vor dem Zusammenbruch der marxistischen Sowietunion und der Beendigung der kommunistischen DDR-Wirtschaft darauf hingewiesen, dass mit der Verabschiedung des Wettbewerbskodex der UNO im Dez. 1980 die rechtliche Grundsatzentscheidung für eine internationale Wettbewerbsordnung gefallen war.¹³⁰ Man kann deshalb wohl auch im Hinblick auf die rechtsethischen Entwicklungstrends nicht länger zögern, einen paradigmatischen Wandel zur Anerkennung wettbewerbsökonomischer Sozialfunktionen zu konstatieren.

Gefahren der Verabsolutierung sind dennoch ernst zu nehmen, obgleich zu allen drei rechtsphilosophischen Meinungsrichtungen gezeigt werden konnte, dass Güterabwägung geboten ist. Leider ist in der bisherigen Ethikdiskussion kaum Verwertbares darüber genannt,

¹²⁵ *M. Ferrarese*, An Enterpreneurial Conception of the Law?, in D. Nelken (Hrsg.), *Comparing Legal Cultures*, 1996, S. 157, 175 ff.

¹²⁶ Vgl. schon *Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, S. 28 f., 54 ff.

¹²⁷ Vgl. nur *Wieland*, Die Ethik der Governance, 1999; weitergehend *E. Göbel*, Unternehmensethik, 2006, insbes. zur Marktethik als „Institutionenethik“, S. 60 f.; rechtlich v.a. durch den Erklärungszwang über die Einhaltung des Corporate Governance Kodex gem. § 161 AktG ausgeprägt, dazu *Hommelhoff* u.a. (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance*, 2003; *Herrmann/Roth*, *Gesellschafts- und Konzernrecht für Wirtschaftsjuristen*, 2008.

¹²⁸ Näher s. *Herrmann*, Professional Governance, in *NWiR* 2004, Heft 2, www.nwir.de; *ders.*, in: *Ehlermann* (Hrsg.), *European Competition Law Annual* 2004, 2006, S. 101 ff.

¹²⁹ Vgl. die besond. prominenten Beiträge von Alt-Bundeskanzler *H. Schmidt* in *Die Zeit*, Herbst 2008.

¹³⁰ *W. Fikentscher*, *Weltwirtschaftsrecht*, Bd. 1 1983, S. 206 f.; Bespr. *H. Herrmann*, *NJW* 1986, 239 f.

nach welchen methodischen Kriterien des Näheren abzuwägen sein soll. Aber es kann nicht bei der Annahme bleiben, dass keines der für Wert gehaltenen Interessen, Naturrechte oder Rechtsstaatlichkeitsanforderungen vollends verdrängt und keines verabsolutiert werden darf. Vielmehr muss des Näheren geklärt werden, wie das Nebeneinander rechtsethischer Grundwerte zu bestimmen ist. Dafür soll hier auf die Kriterien des Übermaßverbots abgestellt werden, die *P. Lerche* schon 1961 aus der Praxis der deutschen Verfassungsjudikatur heraus entwickelt hat¹³¹, und die in neuerer Zeit immer wieder vom EuGH bei Abwägung europarechtlicher Grundfreiheiten mit nationalen Regulierungsinteressen der Mitgliedstaaten postuliert worden sind.¹³²

Vorab muss man sich klar machen, inwiefern die verfassungs- und europarechtlichen Übermaßkriterien als ethische Postulate gelten können, obgleich die Trennung von Recht und Moral seit der Aufklärung im Wesentlichen unstrittig ist. Die Unterscheidung beider Normebenen ermöglicht rechtspolitische Konsensprozesse, die jenseits von ethikphilosophischen und religiösen Grundeinschätzungen und Meinungsverschiedenheiten ablaufen und von bloßen Mehrheitsmeinungen im parlamentarischen Verfahren getragen sein können. Sie verbietet es aber nicht, entsprechende Argumentationsmethoden und -muster zur Anwendung zu bringen, wenn diese mit hinreichender Plausibilität anerkennbar erscheinen. Wenn demnach Wert- und Güterabwägungen sowohl auf der Ebene des Rechts als auch auf der ethischer Begründungen erforderlich werden, gibt es keinen Grund, gleiche Elemente der Abwägungsmethode zu verwenden.

Die Einzelheiten zur Abwägung lassen sich anhand der Entscheidung des EuGH im Fall *Cassis de Dijon* von 1979 verdeutlichen. Die BRD rechtfertigte ein Einfuhrverbot des Cassis-Getränks damit, dass es fälschlich als Likör bezeichnet sei, obgleich der dafür in Deutschland vorgesehene Mindestalkoholgehalt unterschritten werde. Der EuGH bejahte zwar generell, dass der Schutz des Verbrauchers vor Alkoholgefahren ein wichtiges Allgemeingut ist und deshalb als Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit i.S. des heutigen Art. 29 EGV dienen könne. Jedoch sei vorauszusetzen, dass

- die Beschränkung zur Erreichung des Schutzzwecks geeignet sei (Geeignetheit/Zweckerreichung);
- keine Maßnahme mit geringerer Eingriffsintensität, aber gleicher Schutzwirkung ersichtlich sei (sog. schonendster Mitteleinsatz); und
- Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Abwägung mit dem Schutzzweck gewahrt werde.

¹³¹ *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.

¹³² EuGH, Rs. 120/1987, *Rewe-Zentrale/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein - Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 331=NJW 1979, 1766; zur weiteren Entwicklung s. *Herrmann*, EWS 2009, 10, 12 f.

Alle drei Voraussetzungen werden üblicher Weise als Übermaßverbot bezeichnet.¹³³ Zum Grundsatz schonendsten Mitteleinsatzes (GsM) stellte sich der EuGH auf den Standpunkt, dass es vollkommen ausreiche, wenn der Alkoholgehalt klar und deutlich auf den einzuführenden Flaschen aufgedruckt werde. Die dadurch bewirkte Markttransparenz habe ausreichende Schutzwirkung und sei aus Gründen des GsM vorzugswürdig.

Was ergibt sich daraus für die Abwägung des uninstrumentierten Schutzes freier Persönlichkeitsentfaltung, Eigentumsnutzung und Berufsausübung auf der einen Seite mit wettbewerblichen Funktionseinbindungen auf der anderen Seite? Wenn das Übermaßverbot nicht verletzt werden darf, dann kommt es v. a. darauf an zu zeigen, dass der Wettbewerb im Kern die genannten Freiheitsrechte fördert, anstatt sie zu beschränken, und dass Instrumentierungen nur dort erfolgen, wo das Modell freien Wettbewerbs versagt, weil sog. Wettbewerbsdefizite vorliegen.¹³⁴ Zwar gibt es zu den meisten Fragen wettbewerblicher Defizite Diskussionen über die zulässige Reichweite instrumentierter Wettbewerbsregelungen¹³⁵, doch genügt es für die Zweckmäßighkeitsbeurteilung im Rahmen des Übermaßverbotes, dass wissenschaftlich anerkannte Methoden eingehalten werden. Unstreitigkeit ist nicht erforderlich.

Soweit es um Privatrechtsnormen mit Steuerungszwecken der Publizität und der private governance geht, muss ebenfalls geprüft werden, ob übermäßige Freiheitseinschränkungen vorliegen. Hiezu wirkt es erleichternd, dass in der kommentierenden Literatur zur Dijon-Doktrin neuerdings der informationsökonomische Aspekt betont und eine Form wirtschaftsrechtlicher governance durch Publizität gesehen wird. Es handele sich um regulatorischen Vorteile des geringst möglichen Eingriffs durch Informationspflichten.¹³⁶ Die Verallgemeinerbarkeit ist durch die neuere Rspr. für die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit anerkannt, so dass inzwischen der Zuzug ausländischer Kapitalgesellschaften von einem in ein anderes Mitgliedsland der EU ohne Veränderung der Rechtsform möglich ist, auch wenn dadurch der Schutz der Gläubiger durch Vorschriften zum

¹³³ Grabitz/Hilf/Leible, Das Recht der Europäischen Union (Loseblattausg.), Bd. 1, Art. 28 EGV, Rdn. 19 f. m.w.Nachw.

¹³⁴ Dazu s.o. Anhang 1 zu 2.

¹³⁵ Vgl. die Kontroverse Hoppmann/Kantzenbach, s. o. Anhang 1 zu 2.

¹³⁶ Vgl. Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht – Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte, 1998, S. 41; Merkt, ECFR 2004, 1, 17; Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2000, 497 ff., passim; ders., ZEuP 2000, 773, 784 ff.

Mindestkapital von Gesellschaftern vernachlässigt wird. Es genügt der in der Firma erkennbare (informativische!) Hinweis auf die ausländische Herkunft.¹³⁷

Wird demnach der Steuerung durch Publizität im Europarecht Vereinbarkeit mit dem Übermaßverbot zuerkannt, so kann Entsprechendes auch für die rechtsethische Beurteilung gelten. Es gibt also keinen durchschlagenden Grund, Ökonomisierungen des Privatrechts, die sich in den Grenzen der Publizitätssteuerung halten, als ethisch unbegründbare Ökonomisierungen des Rechts anzugreifen.

Schließlich sei noch der hohe rechtsethische Stellenwert der Rechtsstaatlichkeit betont, den *Radbruch* in seiner berühmten Wertetrias herausgearbeitet hat¹³⁸, und der auch für die Abwägungsfragen im Rahmen des Naturrechts im Wandel¹³⁹ Bedeutung hat. Dies ist ein Hauptgrund dafür, dass die Darstellung wirtschaftsrechtlicher Analyse des Privatrechts an der Systematik des BGB und des HGB festhält. Dabei ist stets darauf geachtet, dass die Auslegung die Grenzen positiven Gesetzesrechtes nicht sprengt. Zudem wird überall die Diskussion in der Vielfalt der Rechtsmeinungen aufgenommen und zumeist auf vermittelnde Zwischenstandpunkte gesetzt, so dass durchweg die nötige Abwägung mit ökonomischen und außerökonomischen Auslegungsaspekten erfolgt.

2. Ausblick. Nach alledem lässt sich feststellen, dass die Konzeption der Zeitschrift NWiR Aspekte von beträchtlicher fachlicher Breite und Problemtiefe umfasst. Für die Zusammenfassung sei der Leser auf den Einführungsteil (vor I) verwiesen. Abschließend bleibt noch ein Wort zur absehbaren Zukunft der Erneuerung von Wirtschaftsrecht und des Publikationsbetriebes von NWiR.

Die Konzeption des Online-Forums NWiR ist vorläufig aus Kapazitätsgründen auf die wichtigsten Bereiche des privaten Wirtschaftsrechts und bestimmte Fachaufsichtsrechte, wie das Versicherungsaufsichtsrecht und freiberufliche Kammerrechte beschränkt. Eine künftige Ausweitung auf das Steuerrecht und andere Gebiete des öffentlichen Rechts ist ebenso in Aussicht genommen wie eine noch weiter verstärkte interdisziplinäre Zusammenarbeit.

Zur steuerrechtlichen Perspektive versteht es sich beinahe von selbst, dass es sich auch insofern um neues Wirtschaftsrecht i.S. von NWiR handelt. Das ergibt sich nicht nur aus den technischen Gegebenheiten und den aktuellen Plänen zur Etablierung von online-Steuerbilanzen, sondern man kann Entsprechendes auch in einer vertiefenden Sicht zum

¹³⁷ EuGH NJW 2003, 3331 Rdn. 101 *Inspire Art*; EuGH v. 1.6.2006 – Rs. C-453/04, Tz. 32 ff. *innovewntif Limited*; Einschränkungen, aber keine Aufgabe, in EuGH, Rs. C-210/06 v. 16.12.2008, DB 2009, 52=EWS 2009, 31 *Cartesio*; Zweifel an der Fortgeltung der bisher. Rspr. b. S. *Otte*, EWR 2009, 37, 39.

¹³⁸ S.o. zu *Radbruchs* Grundanliegen.

¹³⁹ S. die Ausführungen zur *Coing*-Schule.

Zusammenhang von Handels- und Steuerbilanzen feststellen. Es wurde bereits ausführlich dargelegt, inwiefern das Handelsbilanzrecht moderne Publizitätsfunktionen hat. Bis zum Inkrafttreten des BilMoG hätte man daraus für die Steuerbilanz folgern können, dass der Maßgeblichkeitsgrundsatz den wirtschaftsrechtlichen Zusammenhang beider Rechtsgebiete zwingend begründet. Aber auch nachdem das BilMoG diesen Grundsatz inzwischen aufgegeben hat, bleiben fraglos wichtige Publizitätsbezüge. Zwar wird die Steuerbilanz nicht etwa im Online-Handelsregister veröffentlicht, wie es für die Handelsbilanzen vorgesehen ist. Dennoch sind aber publizitäre Steuerungsfunktionen vielfältiger Art auch für das Unternehmenssteuerrecht gegeben. Das betrifft nicht etwa nur die nach wie vor bestehende Praxis zur Einheitsbilanz, sondern folgt v.a. aus der verbreiteten Übernahme der International Financial and Reporting Standards (IFRS). Man wird deshalb für die fernere Zukunft der NWiR in steuerrechtlicher Hinsicht annehmen dürfen, dass neben Fragen der elektronischen Bilanzen auch Themen zu den IFRS und deren Auswirkungen auf die Steuerpraxis im Vordergrund stehen werden.

Weitere Gebiete des öffentlichen Rechts, die zunehmend zu beachten sein werden, sind die vermehrten Regeln zur Bekämpfung der Finanzkrise. Denn hier geht es um ganz extreme Globaleffekte, die bei Niederschrift dieser Zeilen täglich in den Zeitungen verkündet und kommentiert werden. Zur Vertiefung darf auf das kürzliche Urteil des BVerfG zum europäischen Rettungsschirm sowie darauf verwiesen werden, dass die Regelungen zur Finanzmarktstabilisierung vom Verf. bereits in NWiR-Heft Nr. 14 mit umfänglichen Belegen behandelt worden sind. Hinzu kommt die vielfach erhobene Forderung nach Re-Regulierung des Wirtschaftsrechts, nachdem die Finanzkrise die Ziele der De-Regulierung nach Ansicht der dafür bekannten Autoren nunmehr endgültig Lügen gestraft haben soll. Dem ist der Verf. zwar inzwischen mehrfach entgegen getreten.¹⁴⁰ Doch soll die Diskussion darum hier nicht etwa inhaltlich aufgegriffen werden. Das bloße Faktum des Meinungsstreits belegt lediglich, dass auf diesem Gebiet erhebliche weitere Zukunftsperspektiven der NWiR zu prognostizieren sind.

Hinzu kommen die schon erwähnten strafrechtlichen Themen, unter denen die Einschätzungen zu den Nürnberger Kriegsverbrechensprozessen besonders herausragen.¹⁴¹ Aus jüngster Zeit sei die Rspr. zur Androhung von Folter gegen einen Kindesentführer hervorgehoben, die mit Zustimmung des stellvertretenden Oberstaatsanwalts Frankfurt gemacht worden ist, und wegen derer das zuständige Gericht erster Instanz dem Straftäter einen Schadensersatzanspruch zugesprochen hat. Die Problematik hat nicht nur in der

¹⁴⁰ Vgl. nochmals *Herrmann*, NWiR Heft. 14; *ders.*, ebd. Heft 18 i.Ersch.

Öffentlichkeit erhebliches Aufsehen erregt, sondern sie wird auch in der Strafrechtswissenschaft bis hin zur Rechtsphilosophie mit besonderen Argumenten der öffentlichen Strafprävention und der Abwägung mit hochrangigen Allgemeininteressen diskutiert. Insofern besteht zwar kein wirtschaftssystematischer Systemzusammenhang, aber es geht doch um grundlegende rechtskulturelle Publizitätsdimensionen, die auch in der NWiR nicht unbeachtet bleiben sollen.

Last not least kann für die bereits erwähnte interdisziplinäre Ausrichtung der NWiR in nicht allzu ferner Zukunft erwartet werden, dass verstärkt informationswissenschaftliche Forschungen und Praxiserscheinungen thematisiert werden, soweit diese Bezüge zum Wirtschaftsrecht aufweisen. Das betrifft nicht nur das Kartell- und Wettbewerbsrecht, worauf bereits eingegangen wurde, sondern auch das ganze Feld des Medien- und Telekommunikationsrechts u.v.a.m.

Derzeit ist die Zusammenarbeit der NWiR-Leitung noch ausschließlich in die Hände der erwähnten Lehrstühle der FAU und der Sozietät THORWART Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer gelegt. Es bestehen aber auch insofern Erweiterungspläne, zu denen u.a. auf den Beitrag des Verf. in Heft 17 verwiesen sei.

¹⁴¹ Vgl. nur *Benda*, in Schulz, Große Prozesse, 1996, S. 340, 342, passim.