

# Protagonisten im Gesellschaftsrecht

Herausgegeben von  
HANS-UELI VOGT,  
HOLGER FLEISCHER  
und SUSANNE KALSS

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

131

---

**Mohr Siebeck**

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

131

Herausgegeben vom  
Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann





# Protagonisten im Gesellschaftsrecht

Zehntes deutsch-österreichisch-schweizerisches  
Symposium, Zürich, 6.–7. Juni 2019

Herausgegeben von

Hans-Ueli Vogt, Holger Fleischer und Susanne Kalss

Mohr Siebeck

*Holger Fleischer* ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

*Susanne Kalss* ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

*Hans-Ueli Vogt* ist Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

ISBN 978-3-16-159538-7 / eISBN 978-3-16-159539-4  
DOI 10.1628/978-3-16-159539-4

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577  
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Der vorliegende Band geht auf ein Symposium an der Universität Zürich im Juni 2019 zurück. Er dokumentiert die Referate und Diskussionen des zehnten Jahrestreffens von Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtlern aus Deutschland, Österreich und der Schweiz. Wir danken allen Referentinnen und Referenten sehr herzlich für ihre bereichernden Vorträge. Außerdem danken wir der SIX Exchange Regulation und der Anwaltskanzlei Homburger AG für ihre finanzielle Unterstützung. Ein weiterer Dank gebührt den wissenschaftlichen Mitarbeitern Lucas Forrer, Matthias M.A. Müller und Floris Zuur vom Lehrstuhl Vogt. Die Überarbeitung der Manuskripte und die Erstellung der Druckvorlage lag in den Händen von Frau Anja Rosenthal und Frau Carolin Lunemann vom Hamburger Max-Planck-Institut, unterstützt durch die dortigen studentischen Hilfskräfte.

Zürich, Hamburg und Wien im April 2020

*Hans-Ueli Vogt  
Holger Fleischer  
Susanne Kalss*



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
 <i>Holger Fleischer</i>	
Gesellschaftsrechts-Honoratioren – Schlüsselfiguren im Gesellschaftsrecht und ihr diskursives Zusammen- wirken.....	1
Diskussion ( <i>Hans-Ueli Vogt</i> ) .....	23
 <i>Alexander Schopper</i>	
Das Firmenbuchgericht als Gestalter des Gesellschafts- und Unter- nehmensrechts.....	29
 <i>Lukas Glanzmann</i>	
Wandel des Gesellschaftsrechts in der Schweiz – Die Rolle der Gerichte und Handelsregisterämter.....	45
Diskussion ( <i>Hans-Ueli Vogt</i> ) .....	75
 <i>Michael Hoffmann-Becking</i>	
Die Rolle der Unternehmen und ihrer Berater im Wandel des Gesell- schafts- und Kapitalmarktrechts .....	81
 <i>Thomas Haberer</i>	
Zur Rolle des Wirtschaftsprüfers im Gesellschaftsrecht.....	91
Diskussion ( <i>Hans-Ueli Vogt</i> ) .....	123
 <i>Susan Emmenegger</i>	
Die schweizerische Übernahmekommission – Schlüsselfigur bei der Gestaltung des Übernahmerechts.....	127



*Martin Winner*

Die österreichische Übernahmekommission –  
Bemerkungen zu Organisation, Verfahren und Rechtsschutz ..... 147

Diskussion (*Hans-Ueli Vogt*) ..... 165

*Ulrich Seibert*

Politik und Gesellschaftsrecht –  
Gibt es vermehrt sozialpolitisch motivierte Eingriffe der Politik in das  
Gesellschaftsrecht und wenn ja, warum?..... 169

*Tizian Troxler*

Die Bedeutung des politischen Systems im Wandel des schweizerischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts..... 183

Diskussion (*Hans-Ueli Vogt*) ..... 225

Autorenverzeichnis ..... 229

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. M.	anderer Meinung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AfD	Alternative für Deutschland
AFG	Anlagefondsgesetz
AG	Aktiengesellschaft
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz
AktRÄG	Aktienrechts-Änderungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
APRÄG	Abschlussprüfungsrechts-Änderungsgesetz
AP-RL	Richtlinie 2014/56/EU
AP-VO	Verordnung (EU) Nr. 537/2014
Art.	Artikel
ARUG II	Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
AußStrG	Außerstreitgesetz
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BankG	Bankengesetz
BB	Betriebs-Berater
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BEG	Bucheffektengesetz
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht

BGG	Bundesgerichtsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	Berner Kommentar
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMAS	deutsches Arbeits- und Sozialministerium
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BMZ	Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
BOARD	Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland
BRIS	Business Registers Interconnection System
BSK	Basler Kommentar
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BT-GeschO	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Österreich)
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz (Österreich)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht (Schweiz)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung
CFO	Chief Financial Officer
CHF	Schweizer Franken
CSR	Corporate Social Responsibility
D&O-Versicherung	Directors-and-Officers-Versicherung
d. h.	das heißt
DAI	Deutsches Aktieninstitut
dAktG	Deutsches Aktiengesetz
DAV	Deutscher Anwaltverein
dAWV	deutsche Außenwirtschaftsverordnung
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
dGmbHG	Deutsches Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
dHGB	Deutsches Handelsgesetzbuch
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
dUGB	Deutsches Unternehmensgesetzbuch
dUmwG	Deutsches Umwandlungsgesetz
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt

e. V.	eingetragener Verein
EB	Erläuternde Bemerkungen
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
Ed.	Edition
ed.	editor/editors
E-FIDLEG	Entwurf zum Finanzdienstleistungsgesetz
EG StPO AG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Strafprozessordnung (des Kantons Aargau)
EG	Europäische Gemeinschaft
EHRA	Eidgenössisches Amt für das Handelsregister
Einführungsg	Einführungsgesetz
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EK	Eigenkapital
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
E-OR	Entwurf zum Obligationenrecht
ESG	Environmental, Social and Governance
et al.	et alia/et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EU-VerschG	EU-Verschmelzungsgesetz
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	folgende
FAQ	Frequently Asked Questions
FDP	Freie Demokratische Partei
FGB	Firmenbuchgesetz
FIDLEG	Finanzdienstleistungsgesetz
FinfraG	Finanzmarktinfrastrukturgesetz
FinfraV	Finanzmarktinfrastrukturverordnung
FinfraV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel
FINIG	Finanzinstitutsgesetz
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Finanzmarktaufsichtsgesetz
FINMA-RS	Rundschreiben der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht
FMA	Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FüPoG	Führungspositionengesetz
FusG	Fusionsgesetz
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
GebV VGr	Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts Zürich
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz

GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesAusG	Gesellschafter-Ausschlussgesetz
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GesRÄG	Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GG	Grundgesetz
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
gl. M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
GRC	Charta der Grundrechte der EU
Großkomm	Großkommentar
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GwV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor
h. A.	herrschende Ansicht
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HGB	Handelsgesetzbuch
HHB	Herrenhausbericht
HRA	Handelsrechtsausschuss
HRegV	Handelsregisterverordnung
HRG	Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptversammlung
i. d. F.	in der Fassung
i. d. g. F.	in der geltenden Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
i. Z. m.	im Zusammenhang mit
IKS	Internes Kontrollsystem
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
ISA	International Standards on Auditing

J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAG	Kollektivanlagengesetz
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
krit.	kritisch
L. J.	Law Journal
L. Rev.	Law Review
LG	Landgericht
lit.	litera
m. E.	meines Erachtens
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
max.	maximal
MdB	Mitglied des Bundestages
MeldeG	Meldegesetz
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
MiFIR	Markets in Financial Instruments Regulation
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MPI	Max-Planck-Institut
MünchKomm	Münchener Kommentar
N.	Note/Randnummer
NAP	Nationaler Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte
NaWKG	Gesetz zur nachhaltigen Gestaltung globaler Wertschöpfungsketten
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	number
nOR	neue Bestimmungen des Obligationenrechts (Änderung vom 17.3.2017)
Nr.	Nummer
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
öAWG	österreichisches Außenwirtschaftsgesetz
ÖBA	BankArchiv – Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen

öBGBI.	Österreichisches Bundesgesetzblatt
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
öffentl.	öffentlich
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OPA	Offre publique d'achat
OR	Obligationenrecht
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung
Prof.	Professor
PSG	Privatstiftungsgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RegE	Regierungsentwurf
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
Rg	Rechtsgeschichte
RG	Reichsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie
RMinAmtsBl.	Amtsblatt des Reichsministeriums
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
R-UEK	Reglement der Übernahmekommission
RV	Regierungsvorlage
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
S.	Seite
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SDG	Sustainable Development Goals
SE	Societas Europaea
SEG	Societas Europaea-Gesetz
SemJud	La Semaine Judiciaire
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SHK	Stämpflis Handkommentar
SIF	Staatssekretariat für internationale Finanzfragen
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannte
SorgfaltspflichtenG	Gesetz zur Regelung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten in globalen Wertschöpfungsketten

SpaltG	Spaltungsgesetz
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
SWK	Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Sammlung Zivilrecht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TFM	Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (= Journal of Commercial and Intellectual Property Law)
TLZ	Thüringische Landeszeitung
TO-Punkt	Tagesordnungspunkt
Tz.	Textziffer
u. U.	unter Umständen
ÜbG	Übernahmegesetz
ÜbK	Österreichische Übernahmekommission
UEK	Schweizerische Übernahmekommission
UEV	Verordnung der Übernahmekommission
UEV-UEK	Erstfassung der Übernahmeverordnung vom 21.7.1997
UG	Unternehmergeellschaft
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UK	Vereinigtes Königreich
UN	United Nations
URÄG	Unternehmensrechts-Änderungsgesetz
URG	Bundesgesetz über die Reorganisation von Unternehmen
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
v.	von
VASR	Verordnung über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung
VCI	Verband der Chemischen Industrie
Verf.	Verfasser
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
VIG	Vernehmlassungsgesetz
VIV	Vernehmlassungsverordnung
VN	Vereinte Nationen
VO	Verordnung
Vorort	Schweizerischer Handels- und Industrieverein
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VorstOG	Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen
VS B 20	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren



WAG	Wertpapieraufsichtsgesetz
wbl	Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WK	Wiener Kommentar
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WP	Wirtschaftsprüfer
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WpÜG-AngebV	Verordnung über den Inhalt der Angebotsunterlage, die Gegenleistung bei Übernahmeangeboten und Pflichtangeboten und die Befreiung von der Verpflichtung zur Veröffentlichung und zur Abgabe eines Angebots
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZK	Zürcher Kommentar
ZÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

# Gesellschaftsrechts-Honoratioren

## Schlüsselfiguren im Gesellschaftsrecht und ihr diskursives Zusammenwirken

*Holger Fleischer\**

I.	Einführung.....	1
II.	Gesellschaftsrechts-Honoratioren .....	2
1.	Pluralität der Akteure .....	2
a)	Professoren .....	3
b)	Bundesrichter .....	4
c)	Spitzenanwälte und -notare .....	5
d)	Ministerialreferenten .....	6
e)	Und die Frauen? .....	7
2.	Zusammenwirken der Akteure .....	7
a)	Diskurstradition .....	7
b)	Diskursfördernde Elemente .....	8
c)	Diskursplattformen .....	10
d)	Cercle privé oder offene Gesellschaft der Gesellschaftsrechtsinterpreten? .....	11
3.	Distinktionsmerkmale der tonangebenden Akteure .....	13
III.	Gesellschaftsrechtliche Diskursverläufe .....	14
1.	Diskurse de lege lata .....	15
a)	Höchstrichterliche Leitentscheidungen als Kristallisationspunkte .....	15
b)	Bevorzugte Kommunikationskanäle .....	16
2.	Diskurse de lege ferenda .....	18
a)	Reformgesetze als Kristallisationspunkte .....	18
b)	Einflussreiche Kollektivakteure .....	19
IV.	Ausblick .....	22

### I. Einführung

Rechtshonoratioren – diese Vokabel verwendet *Max Weber* in seinem *opus magnum* zur Kennzeichnung jener Berufsgruppen, die während verschiedener Epochen als tonangebende Trägerschichten der Rechtsentwicklung hervorgetreten sind.<sup>1</sup>

\* Dieser Beitrag ist zuerst in NZG 2019, 921 erschienen.

<sup>1</sup> Vgl. *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., 1972 (Studienausgabe), S. 456 ff. und 504 f.

Hierzu rechnet er etwa die römischen Respondierjuristen, die italienischen Notare des Hochmittelalters, den englischen Anwaltsstand und die mit dem universitären Doktordiplom versehenen Rechtsgelehrten in Deutschland und Frankreich. Sein rechtsgeschichtlicher Analyserahmen ist später auch für die rechtsvergleichende Forschung fruchtbar gemacht worden.<sup>2</sup> Wie *Webers* Modell der Rationalitätsstufen im Allgemeinen<sup>3</sup> hat der schillernde Begriff der Rechtshonoratioren zwar manche Kritik auf sich gezogen, zumal ihn sein Schöpfer nicht näher definierte.<sup>4</sup> Gleichwohl bleibt er heuristisch wertvoll, weil er den Blick auf die *key players* innerhalb des Juristenstandes lenkt und deren Einfluss und Prestige auf den Punkt bringt.

In loser Anlehnung an *Max Weber* werden hier unter Gesellschaftsrechts-Honoratioren jene Akteure verstanden, die der Ausgestaltung und Fortentwicklung unseres Faches ihren Stempel aufdrücken.<sup>5</sup> Es geht mit anderen Worten um eine Untersuchung der gesellschaftsrechtlichen Schlüsselfiguren, und zwar in zwei Schritten: Zunächst werden die prägenden Personengruppen des modernen Gesellschaftsrechts je für sich und in ihrem kooperativen Zusammenwirken vorgestellt (→ II.). Sodann folgt eine vertiefende Betrachtung typischer Diskursverläufe im Gesellschaftsrecht *de lege lata* und *de lege ferenda* (→ III.). Bei alledem handelt es sich freilich nicht um gesicherte Erkenntnisse eines externen Beobachters, sondern um den *internal point of view* eines Diskursteilnehmers mit seinen unvermeidlichen Wahrnehmungsfehlern und ohne wissenschaftssoziologische Vertiefung.<sup>6</sup>

## II. Gesellschaftsrechts-Honoratioren

### 1. Pluralität der Akteure

Wer sind die Gesellschaftsrechts-Honoratioren unserer Zeit? Anders als in *Webers* historischer Analyse sticht heute nicht nur eine einzige Honoratiorenschicht hervor. Vielmehr wird die Honoratiorenfunktion von verschiedenen Berufsgruppen übernommen, die komplementäre Aufgaben wahrnehmen.

<sup>2</sup> Vgl. *Rheinstein*, *RabelsZ* 34 (1970), 1 unter der Überschrift „Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen“.

<sup>3</sup> Kritisch etwa *Gephart*, *Gesellschaftstheorie und Recht*, 1993, S. 531: „spekulative Geschichtsmetaphysik“; relativierend *Petersen*, *Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., 2014, S. 131 unter Hinweis auf *Webers* Konzept des Idealtypus.

<sup>4</sup> Darauf hinweisend namentlich *Bernstein*, *RabelsZ* 34 (1970), 443, 448.

<sup>5</sup> Für einen ersten Diskussionsimpuls in diese Richtung bereits *Fleischer*, *NZG* 2018, 241, 247 f.

<sup>6</sup> Weiterführend, aber ohne spezifisch rechtlichen Bezug *Weingart*, *Wissenschaftssoziologie*, 2003. Für eine soziologische Außensicht auf den aktienrechtlichen Diskurs *Klages*, *Wirtschaftliche Interessen und juristische Ideen: Die Entwicklung des Aktienrechts in Deutschland und den USA*, 2010.

## a) Professoren

Als Professorenrecht hat *van Caenegem* in seiner berühmten Studie „Judges, Legislators and Professors“ das deutsche Privatrecht charakterisiert.<sup>7</sup> Anders als für die großen Zivilrechtskodifikationen<sup>8</sup> trifft dies für die meisten gesellschaftsrechtlichen Gesetze nicht zu: Die Regelbildung im Personengesellschaftsrecht war historisch vor allem ein Produkt kaufmännischer Gewohnheiten und Usancen,<sup>9</sup> und auch bei der Entstehung des GmbH-Rechts stand die Professorenschaft abseits;<sup>10</sup> immerhin hat *Savigny* am ersten preußischen Aktiengesetz von 1843 mitgewirkt.<sup>11</sup> Dennoch erscheint es gut begründbar, den Reigen der Gesellschaftsrechts-Honoratioren mit den Professoren zu eröffnen, weil sie sich um die systematische Entfaltung des Faches besonders verdient gemacht haben, vor allem in gesellschaftsrechtlichen Gesamtdarstellungen.<sup>12</sup>

Nachdem die juristische Studienreform von 1935 eine zwei- bis dreistündige Vorlesung „Gesellschaften“ für das vierte Semester eingeführt hatte,<sup>13</sup> legte *Hans Würdinger*<sup>14</sup> als erster eine zweibändige Darstellung des Gesellschaftsrechts vor,<sup>15</sup> die den nachgeborenen Leser durch ihre moderne Stoffeinteilung überrascht: Im ersten Band verwendet *Würdinger* nahezu die Hälfte auf die Erläuterung der „Allgemeinen Lehren“, bevor er nacheinander die „Personengesellschaften im

<sup>7</sup> *Van Caenegem*, *Judges, Legislators and Professors – Chapters in European Legal History*, 1992, S. 67 ff.; dies aufgreifend *Basedow/Fleischer/Zimmermann* (Hrsg.), *Legislators, Judges, and Professors*, 2016.

<sup>8</sup> Dazu *Vogenauer*, 64 *Cambridge L. J.* 481, 492 (2005): „In Germany the attempts to stifle legal scholarship were short-lived. On the contrary, the enlightenment idea failed and the academics emerged stronger than ever. Their lawmaking function continued. No important piece of nineteenth century legislation was drafted without scholarly involvement.“

<sup>9</sup> Vgl. *Fleischer/Cools*, *ZGR* 2019, 463, 481: „Zu allen Zeiten haben die kaufmännischen Gewohnheiten und Usancen, das *law merchant*, die personengesellschaftsrechtliche Regelbildung geprägt und zu deren hoher Akzeptanz beigetragen.“

<sup>10</sup> Vgl. *Fleischer*, *ZGR* 2016, 36, 41: „Das Gesetzgebungsverfahren selbst dauerte nur etwa vier Monate. Auffällig ist, dass Vertreter der Rechtswissenschaft bei alledem keine Rolle spielten. Vielmehr ging die Entstehung des GmbH-Gesetzes auf Anregungen von Rechtspolitikern zurück, und seine Ausarbeitung war nahezu ausschließlich ein Werk gesellschaftsrechtlich erfahrener Praktiker und Ministerialbeamter.“

<sup>11</sup> *Savigny* war zur Zeit der Inkraftsetzung des preußischen Aktiengesetzes preußischer Staatsminister der Gesetzrevision; dazu und zu seinen Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren *Kießling*, in: *Bayer/Habersack* (Hrsg.), *Aktienrecht im Wandel*, Bd. I, 2007, 7. Kap., Rn. 19.

<sup>12</sup> Näher zu Folgendem *Fleischer*, in: *Willoweit* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, 2007, S. 485, 491 ff.

<sup>13</sup> Vgl. *RMinAmtsBl.* 1935, S. 48: „Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft“, Abschnitt V: Studienplan Rechtswissenschaft.

<sup>14</sup> Zu ihm *Hirte/Mohamed*, in: *Reppen/Jeßberger/Kotzur* (Hrsg.), *100 Jahre Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg*, 2019, S. 215.

<sup>15</sup> *Würdinger*, *Gesellschaften*, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften, 1937, 2. Teil: Recht der Kapitalgesellschaften, 1943.

Einzelnen<sup>16</sup> vorstellt. Kurz nach dem Zweiten Weltkrieg folgte *Alfred Huecks*<sup>16</sup> Grundriss<sup>17</sup>, der noch heute – betreut von *Christine Windbichler* – zu den Standardwerken für Studenten gehört. Unter den großen Lehrbüchern der Gegenwart ragen die Werke von *Karsten Schmidt*<sup>18</sup> und *Herbert Wiedemann*<sup>19</sup> heraus, die – jedes auf seine Weise – Musterbeispiele des „wissenschaftlichen Rechts“ im *Savignyschen* Sinne<sup>20</sup> sind: Sie übersteigen mit ihren konzeptionellen Gesamtentwürfen ein Stück weit das positive Recht, ohne jedoch die normative Bodenhaftung zu verlieren. Ihre Systematisierungsleistungen taten im deutschen Gesellschaftsrecht besonders Not, weil dieses keine geschlossene Kodifikation kennt, sondern über verschiedene Einzelgesetze verstreut ist (BGB, HGB, GmbHG, AktG, GenG), die zudem noch aus ganz unterschiedlichen Epochen stammen.<sup>21</sup>

#### b) Bundesrichter

„Honoratiorenjustiz“<sup>22</sup> – diese ganz und gar nicht abschätzig gemeinte Wortschöpfung gebrauchte *Max Weber* für die hohen Richter Englands. Im hiesigen Gesellschaftsrecht gehören dazu vor allem die Mitglieder des II. Zivilsenats des BGH, dem aktuell sieben Richter und eine Richterin angehören.<sup>23</sup> Dieser spezialisierte Spruchkörper<sup>24</sup> empfindet sich auch im Stile seiner Rechtsprechung als Nachfolger des Reichsoberhandelsgerichts und des II. Zivilsenats des RG.<sup>25</sup> Seine Vorsitzenden<sup>26</sup> haben das Gesellschaftsrecht der vergangenen Jahrzehnte in ihrer Rolle als „Ideen- und Richtungsgeber“<sup>27</sup> maßgeblich mitgeprägt. Wie folgenreich ein Wechsel im Senatsvorsitz für die weitere Spruchpraxis sein kann, veranschaulichen die fortwährenden Häutungen des II. Zivilsenats zum GmbH-Konzernrecht: Vom qualifiziert-faktischen Konzern (*Stimpel*) über den objektiven Miss-

<sup>16</sup> Zu ihm *Zöllner*, in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Bd. I, 2007, S. 131.

<sup>17</sup> *A. Hueck*, Gesellschaftsrecht, 1. Aufl., 1948.

<sup>18</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1. Aufl., 1986, 4. Aufl., 2002. Zu ihm *Bitter*, in: Grundmann/Riesenhuber (Fn. 16), Bd. 2, 2010, S. 161.

<sup>19</sup> *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I: Grundlagen, 1980, Bd. II: Recht der Personengesellschaften, 2004. Zu ihm *Fleischer*, in: Grundmann/Riesenhuber (Fn. 16), Bd. 1, 2007, S. 167, 180: „Was ist ein juristischer Klassiker?“, S. 181: „Das ist ein juristischer Klassiker: Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I (1980)“.

<sup>20</sup> *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, § 19, S. 83 ff.

<sup>21</sup> Näher *Fleischer*, FS W.-H. Roth, 2015, S. 125 ff. unter der Zwischenüberschrift: „Kein Code unique, kein Gesellschaftsgesetzbuch, keine Einheitskapitalgesellschaft“.

<sup>22</sup> *M. Weber* (Fn. 1), S. 471.

<sup>23</sup> Einzelnamen bei <[www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Geschaeftsverteilung/.../IIZivilsenat.html](http://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Geschaeftsverteilung/.../IIZivilsenat.html)>.

<sup>24</sup> Allgemein zu spezialisierten Spruchkörpern im Gesellschaftsrecht *Fleischer/Bong/Cools*, *RabelsZ* 81 (2017), 608.

<sup>25</sup> So aus der Binnensicht des Senats *Stimpel*, 25 Jahre BGH, 1975, S. 13.

<sup>26</sup> Eingehende Informationen zur Stellung des Senatsvorsitzenden und zu den einzelnen Persönlichkeiten bei *Weiß*, *Der Richter hinter dem Recht*, 2015, S. 480 ff.

<sup>27</sup> *Röhrich*, *BOARD* 2015, 230, 233.

brauch der beherrschenden Gesellschafterstellung (*Boujong*) und die als Durchgriffsaußenhaftung konzipierte Existenzvernichtungshaftung (*Röhricht*) bis hin zu einer auf § 826 BGB gestützten Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft (*Goette*) hat jeder neue Vorsitzende der Senatsrechtsprechung seine individuelle Handschrift mitgegeben.<sup>28</sup> Der jeweilige „Frontmann“ des II. Zivilsenats ist eine öffentliche Figur und in Fachkreisen nicht weniger bekannt als etwa Delawares *Chief Justice Strine* in den Vereinigten Staaten. Die Senatsvorsitzenden greifen auch außerjudiziell gerne zur Feder und entfalten eine ebenso rege wie wertvolle Vortragstätigkeit<sup>29</sup>, die von einem übertriebenen Nebentätigkeitsrecht nicht stranguliert werden sollte.<sup>30</sup>

### c) Spitzenanwälte und -notare

Die große Bedeutung der Anwälte und Notare für die Privatrechtsentwicklung im In- und Ausland hat *Max Weber* überzeugend herausgearbeitet.<sup>31</sup> In der modernen Diskussion werden ihre rechtsschöpferischen Leistungen dagegen nicht immer hinreichend gewürdigt.<sup>32</sup> Für sie gilt stattdessen das *Goethe*-Wort: „Bilde Künstler! Rede nicht!“<sup>33</sup> Indes kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass die Kautelarpraxis den gesellschaftsrechtlichen Formen- und Figureschatz wesentlich bereichert hat.<sup>34</sup> Dies hatte schon bei den römischen Juristen begonnen, denen wir die Entwicklung stabilitätsfördernder Nebenabreden zwischen den Gesellschaftern einer *societas* verdanken<sup>35</sup>, gleichsam die Urform des Syndikatsvertrags. Aus der jüngeren Vergangenheit zählen die erstmals 1895 registrierte Einpersonen-GmbH<sup>36</sup>, die von einem Münchener Rechtsanwalt um 1910 erdachte

<sup>28</sup> Näher dazu *Fleischer/Trinks*, in: *Fleischer/Thiessen* (Hrsg.), *Gesellschaftsrechts-Geschichten*, 2018, S. 657 ff.

<sup>29</sup> Aus der richterlichen Binnensicht *Röhricht*, BOARD 2015, 230, 233: „Ich bin mir sicher, dass diese Vortrags- und Diskussionstätigkeit und der damit verbundene unmittelbare Gedankenaustausch einen nicht unwesentlichen Beitrag jedenfalls zum Verständnis und zur Akzeptanz der Rechtsprechung des II. Zivilsenats in der wirtschaftlichen Praxis geleistet hat.“

<sup>30</sup> Allgemein zur Nebentätigkeit von Bundesrichtern die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 18/10781 vom 28.12.2016.

<sup>31</sup> Vgl. etwa *M. Weber* (Fn. 1), S. 456 ff. am Beispiel der englischen Anwälte.

<sup>32</sup> Für eine Ausnahme jüngst aber das Jahrestreffen des Hamburger MPI zum Thema „Kautelarpraxis und Privatrecht“, *RabelsZ* 82 (2018), 239.

<sup>33</sup> *Flume*, DNotZ, Sonderheft 1969, 30.

<sup>34</sup> Näher *Fleischer*, *RabelsZ* 82 (2018), 239, 263 ff.

<sup>35</sup> Vgl. *Meissel*, in: *Kalss/Meissel* (Hrsg.), *Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa*, 2003, S. 13, 16 ff.

<sup>36</sup> Dazu *Feine*, in: *Ehrenberg* (Hrsg.), *Handbuch des Gesamten Handelsrechts*, Bd. III/3, S. 435 mit Fn. 32: „Erstes mir bekannt gewordenes Beispiel bei *Holdheim* 1895, 100: Eintragung im Handelsregister von *Königswinter*“; eingehend *Holdheim*, *Holdheims Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen* 3 (1895), 96, 100: „Eine Nachfrage ergab, daß Herr Louis Voß als alleiniger Gesellschafter eingetragen ist. Es giebt also thatsächlich in Deutschland einen Menschen, der neben seiner physischen Person zugleich eine juristische Person darstellt, also zwei Persönlichkeiten in sich vereinigt.“

GmbH & Co. KG<sup>37</sup> sowie die von wenigen Wirtschaftsanwälten (*Flechtheim, Friedländer, Geiler, Hausmann*) während der Weimarer Zeit ersonnenen Unternehmensverträge<sup>38</sup> zu den folgenreichsten kautelarjuristischen Erfindungen. Neueren Datums sind das Business Combination Agreement zur Zusammenführung von Unternehmen<sup>39</sup> und das Relationship Agreement zur Ausgestaltung eines faktischen Konzernverhältnisses zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger AG<sup>40</sup>. Nach alledem bildet die Kautelarpraxis einen wirkmächtigen Förderer des modernen Gesellschaftsrechts<sup>41</sup> und ihre Spitzenvertreter gehören gewisslich zur Gruppe der Gesellschaftsrechts-Honoratioren.<sup>42</sup> Demgegenüber zeigen die führenden Unternehmensjuristen in jüngerer Zeit – anders als früher<sup>43</sup> – wenig Neigung, sich am gesellschaftsrechtlichen Diskurs zu beteiligen.

#### d) Ministerialreferenten

Ein weiteres Gravitationszentrum des Gesellschaftsrechts bildet in Deutschland seit jeher die Ministerialbürokratie.<sup>44</sup> Dabei kommt den zuständigen Gesetzgebungsreferenten eine „kaum zu überschätzende Rolle“<sup>45</sup> zu: Sie steuern den legislatorischen Reformprozess und halten engen Kontakt sowohl zu den Interessenverbänden wie zur Rechtswissenschaft. Auch als Erstkommentatoren traten sie in der Vergangenheit gelegentlich in Erscheinung und schufen so die Literaturgattung des Referentenkommentars.<sup>46</sup> Den Anfang machte der Kommentar von

<sup>37</sup> Vgl. den Hinweis bei *Hachenburg*, DJZ 1913, 53, 54 mit Fn. 1 auf *Otto David Kahn*; ausführlich *Fleischer/Wansleben*, GmbHR 2017, 169 m. w. N.

<sup>38</sup> Vgl. *Fleischer*, in: Großkomm AktG, 4. Aufl. 2020, vor § 311 Rn. 2 ff.; *Nörr*, ZHR 150 (1986), 155, 170; beide m. w. N.

<sup>39</sup> Muster bei *Seibt*, Formularbuch Mergers & Acquisitions, 3. Aufl., 2018, K. II 2, S. 1861 ff.

<sup>40</sup> Vgl. *Seibt*, Unternehmen reagieren auf Konzernhaftung, Börsen-Zeitung, 10.11.2018, 9.

<sup>41</sup> Näher *Fleischer*, *RabelsZ* 82 (2018), 239, 261 ff.

<sup>42</sup> So bereits *Fleischer*, *RabelsZ* 82 (2018), 239, 251; früher schon *Pikalo*, GS Tammelo, 1984, S. 155, 161 unter Hinweis auf *Rheinstein*, *RabelsZ* 34 (1970), 1.

<sup>43</sup> Vgl. stellvertretend das jeweilige Vorwort in den einflussreichen Chefsyndici gewidmeten Festschriften: FS Beusch, 1993 (Siemens); FS Heinsius, 1991 (Dresdner Bank); FS W. Werner, 1984 (Deutsche Bank).

<sup>44</sup> Dazu auch *Thiessen*, Rg 25 (2017), 36, 61 f.; allgemein schon *Rheinstein*, *RabelsZ* 34 (1970), 1, 12: „hohe Ministerialbürokratie“.

<sup>45</sup> *Mengel*, Gesetzgebung und Verfahren, 1997, S. 288; aufgegriffen von *Zimmermann*, *RabelsZ* 78 (2014), 315, 319.

<sup>46</sup> Instruktiv dazu aus der Perspektive eines Ministerialreferenten *Seibert*, FS Wiedemann, 2002, S. 123, 128: „Ist ein Gesetz bereits verkündet, so dienen wissenschaftliche Publikationen in der Anfangsphase der Wegweisung und Kanalisierung der praktischen Anwendung und der folgenden wissenschaftlichen Diskussion in die vom Normgeber beabsichtigte Richtung [...]. Das kann auch in den so genannten Referentenkommentaren niedergelegt werden, die oft für die Rechtsanwender zur Erforschung des Willens des historischen Gesetzgebers von unschätzbarem Wert sind. Danach, und das heißt möglichst ab der zweiten Auflage, sollte sich der ministerielle Referent aber nach meiner Meinung langsam zurückziehen und die weitere Diskussion anderen überlassen.“

Schlegelberger/Quassowski zum Aktiengesetz von 1937<sup>47</sup>, später fortgeführt unter der Herausgeber- und Autorenschaft von Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff<sup>48</sup>, den ministeriellen Wegbegleitern der Aktienrechtsreform von 1965. In der juristischen Öffentlichkeit omnipräsent sind von ihren Nach-Nachfolgern die langjährigen Referatsleiter Neye und Seibert – zwar nicht als Kommentatoren, wohl aber als Chronisten von Reformgesetzen, *key note speakers* auf Tagungen und gefragte Autoren in Fachzeitschriften. Außerdem erläutern sie bereitwillig die Methode ministeriellen Denkens und Arbeitens<sup>49</sup> sowie Entstehen und Bedeutung von Gesetzesmaterialien<sup>50</sup>.

#### e) Und die Frauen?

Kein Ruhmesblatt für unser Fach ist das gegenwärtige Geschlechterverhältnis: Frauen sind in allen genannten Spitzenpositionen unterrepräsentiert. Eine weibliche Vorsitzende des II. Zivilsenats gab es bisher ebenso wenig wie eine Referatsleiterin für Gesellschaftsrecht im BMJV. Auch an den Universitäten und in den Wirtschaftsrechtskanzleien ist Gesellschaftsrecht trotz rühmlicher Ausnahmen noch immer eine ausgesprochene Männerdomäne. Auffällig ist der Befund, dass führende Lehrbücher von Frauen geschrieben sind.<sup>51</sup>

### 2. Zusammenwirken der Akteure

Der „German Approach“<sup>52</sup> im Gesellschaftsrecht zeichnet sich international vor allem durch eine hoch entwickelte Diskurskultur zwischen allen Beteiligten aus. Man schätzt sich wechselseitig, schottet sich nicht ab, sondern spricht regelmäßig miteinander.

#### a) Diskurstradition

Dieser intensive Gedankenaustausch kann auf eine lange Tradition zurückblicken. Kein Geringerer als Robert Fischer, ehemals Senatsvorsitzender und BGH-Präsident, hatte schon 1969 von dem „einzigartigen und vorzüglichen Zusammenwirken von Vertragspraxis, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung“<sup>53</sup> bei der

<sup>47</sup> Schlegelberger/Quassowski, AktG, 1. Aufl., 1937, 3. Aufl., 1939.

<sup>48</sup> Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, 6 Bände, 1. Aufl., 1973 ff.

<sup>49</sup> Vgl. Seibert, FS Wiedemann, 2002, S. 123.

<sup>50</sup> Vgl. Seibert, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 111.

<sup>51</sup> Vgl. Grunewald, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., 2017; Langenbacher, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., 2018; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl., 2017; für das Kapitalmarktrecht Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 10. Aufl., 2019; Poelzig, Kapitalmarktrecht, 2018. Allgemein zum Thema jüngst Schultz/Böning/Pappmeier, De iure und de facto: Professorinnen in der Rechtswissenschaft, 2018. Zur Lage in England jüngst Carr (2020) J.B.L. 91 unter der Überschrift „Women in Commercial Law“.

<sup>52</sup> Schönberger, Der „German Approach“. Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, 2015.

<sup>53</sup> R. Fischer, FS Kunze, 1969, S. 95.



Fortbildung des Gesellschaftsrechts gesprochen, und einer seiner Nachfolger im Senatsvorsitz, *Wulf Goette*, fügte 2013 hinzu: „Zumindest im Gesellschaftsrecht in Deutschland pflegen wir seit vielen Jahren diese Kultur. Wenn es sie nicht gäbe, müsste man sie schleunigst erfinden.“<sup>54</sup> Ähnliche Elogen sind von prominenten Literaturstimmen zu vernehmen.<sup>55</sup>

### b) *Diskursfördernde Elemente*

Die symbiotische Verbindung von Theorie und Praxis im deutschen Gesellschaftsrecht tritt noch schärfer hervor, wenn man sie mit den Verhältnissen im Ausland vergleicht: Das englische Kontrastprogramm hat den ehemaligen Präsidenten des UK Supreme Court zu der Überschrift animiert: „Judges and Professors – Ships Passing in the Night?“<sup>56</sup> – immerhin mit einem Fragezeichen versehen, das auf Besserung hoffen lässt.<sup>57</sup> In den Vereinigten Staaten nimmt die Entfremdung zwischen Spruchpraxis und Wissenschaft unverändert zu<sup>58</sup>: Eingebettete Forschung<sup>59</sup>, die sich innerhalb des gesetzlichen Bezugsrahmens bewegt, ist dort inzwischen eine randständige Erscheinung. Stattdessen dominiert *nonembedded scholarship*, die sich von den autoritativen Artefakten des Rechts löst und Gesetze oder Gerichtsentscheidungen nurmehr als Girlanden verwendet. Ihre Inspirationen und Impulse empfängt sie dagegen aus fachfremden Quellen<sup>60</sup>, im Gesellschaftsrecht namentlich aus der Ökonomie. Die Gründe für den deutschen

<sup>54</sup> *Goette*, *RabelsZ* 77 (2013), 309, 321; ferner die Überschrift des Interviews mit *Röhrich*, *BOARD* 2015, 230: „Gelungene Zusammenarbeit von Rechtsprechung, Wissenschaft, Ministerium und Gesetzgeber“.

<sup>55</sup> Vgl. etwa *Wiedemann* (Fn. 19), Bd. II, § 1 III 4, S. 40: „Der in vielen Symposien und Fachtagungen ständig erneuerte und auf gegenseitiger Hochachtung beruhende Diskurs zwischen höchstrichterlicher Rechtsprechung und Fachwissenschaft ist ein Bestandteil der deutschsprachigen Rechtskultur seit der Errichtung des Bundesoberhandelsgerichts“; zustimmend *Mülbert*, *AcP* 214 (2014), 188, 291.

<sup>56</sup> *Neuberger*, *RabelsZ* 77 (2013), 233 in Anlehnung an *Longfellow*, *Tales of a Wayside Inn*: „Ships that pass in the night, and speak each other in passing/Only a signal shown and distant voice in the darkness.“

<sup>57</sup> Dazu etwa *Braun*, in: Lee (Hrsg.), *From House of Lords to Supreme Court. Judges, Jurists and the Process of Judging*, 2011, S. 227 ff.

<sup>58</sup> Dazu schon die beredete und viel diskutierte Klage von *Judge Harry T. Edwards*, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 81 *Mich. L. Rev.* 34 (1992), der den „impractical scholar“ unter Beschuss nimmt, „[who] produces abstract scholarship that has little relevance to concrete issues, or addresses concrete issues in a wholly theoretical manner“.

<sup>59</sup> Begriff: *Fleischer*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 50, 52 f. in Anlehnung an *Rakoff*, 115 *Harv. L. Rev.* 1278, 1279 (2002): „embedded scholarship“.

<sup>60</sup> Vgl. etwa *Cheffins*, 58 *Cambridge L. J.* 197, 198 (1999): „Theoretical scholarship will be defined as the study of law from the ‘outside’.“

Sonderweg sind, wie allgemein bei Phänomenen der Rechtskultur<sup>61</sup>, komplex und vielschichtig. Mir scheinen drei Gesichtspunkte besonders hervorhebenswert:

### (1) Einheitliche Juristenausbildung

Diskursfördernd wirkt zunächst der gemeinsame Ausbildungsweg aller deutschen Juristen. Die dualistische Ausbildung (Universitätsstudium und Referendariat) zum Einheitsjuristen – eine Errungenschaft des preußischen Reformmodells von 1869<sup>62</sup> – steht in auffälligem Kontrast zur typischen Vielfalt der Ausbildungswege in romanischen und angelsächsischen Rechtsordnungen.<sup>63</sup> Sie führt dazu, dass man denselben juristischen Sozialisierungsprozess durchläuft und dieselbe (Fach-)Sprache spricht. Zudem erleichtern ähnliche Rechtskenntnisse und -erfahrungen den professionellen Umgang in gegenseitiger Achtung.<sup>64</sup>

### (2) Idealtypus des rechtsgelehrten Doktors

Hierauf aufbauend hat sich in Deutschland ein prägender Juristentypus herausgebildet, der alle Berufsgruppen durchwirkt und den *Konrad Zweigert* einmal den „gelehrten Doctor juris“<sup>65</sup> genannt hat. Diese Spezies findet sich auch und gerade unter den Gesellschaftsrechts-Honoratioren aller Berufsgruppen: Die Vorsitzenden des II. Zivilsenats des BGH waren mit einer Ausnahme allesamt promoviert und wurden an ihren heimischen Universitäten zu Honorarprofessoren ernannt. Ähnliches gilt für die erwähnten Ministerialbeamten, angefangen von *Schlegelberger* noch im Berlin der 1920er Jahre<sup>66</sup> über *Geßler* und *Kropff* jeweils in Bonn bis hin zu *Seibert* in Düsseldorf<sup>67</sup>, sowie für viele Spitzenanwälte und Notare. Auch das verbindet und führt zur Verfestigung eines feldspezifischen Habitus (*Pierre Bourdieu*)<sup>68</sup>.

<sup>61</sup> Vertiefend *Mankowski*, Rechtskultur, 2016, S. 378 ff. unter der Zwischenüberschrift „Rechtskultur und Juristenrecht“.

<sup>62</sup> Vgl. *Dilcher*, FS Thieme, 1986, S. 295; *Hattenhauer*, JuS 1989, 513; *Lührig*, AnwBl Online 2018, 986; monographisch *Bake*, Die Entstehung des dualistischen Systems der Juristenausbildung in Preußen, 1971.

<sup>63</sup> Darauf hinweisend aus öffentlich-rechtlicher Sicht auch *Schönberger* (Fn. 52), S. 41.

<sup>64</sup> Treffend hervorgehoben von *Lührig*, AnwBl Online 2018, 986, 990.

<sup>65</sup> *Zweigert*, FS Ficker, 1967, S. 498, 499: „Frankreich und Deutschland haben gemeinsam, daß sie den in der Welt so viel bewunderten englischen Typus der weltberühmten weisen Richterpersönlichkeit nicht ausgebildet haben. Sie unterscheiden sich aber – so mein Eindruck – darin, daß der für Frankreich repräsentative Juristentypus der Avocat, der plädierende Anwalt ist, während in Deutschland diese Position generell vom gelehrten Doctor juris eingenommen wird.“

<sup>66</sup> Vgl. *Förster*, Jurist im Dienst des Unrechts: Leben und Werk des ehemaligen Staatssekretärs im Reichsjustizministerium, Franz Schlegelberger (1876–1970), S. 24 ff.

<sup>67</sup> Dazu auch *Thiessen*, Rg 25 (2017), 46, 62.

<sup>68</sup> Allgemein zur Soziologie des juristischen Feldes *Bourdieu*, 38 Hastings L. Rev. 805 (1987); zur Logik juristischen Handelns in der Rechtssoziologie *Bourdieu*s im Einzelnen *Klages* (Fn. 6), S. 32 ff.

### (3) *Diskursiver Urteilsstil*

Schließlich pflegt die gesellschaftsrechtliche Spruchpraxis seit jeher einen diskursiven Begründungsstil,<sup>69</sup> ohne den ein fruchtbarer Dialog kaum möglich wäre. Wie es eine italienische Kollegin griffig formuliert: „Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango.“<sup>70</sup> Worauf die Diskursbereitschaft der Gerichte beruht, lässt sich nur vermuten. Manche führen sie auf die frühneuzeitliche Tradition der Aktenversendung an Rechtsfakultäten zurück<sup>71</sup>, die erst mit den Reichsjustizgesetzen von 1879 ihr unwiederbringliches Ende fand (§ 16 Abs. 1 GVG).<sup>72</sup> Andere verweisen auf die Anfänge des Bundes- und Reichsoberhandelsgerichts im späten 19. Jahrhundert, die beide mangels angestammter institutioneller Autorität den Schulterchluss mit der damals hochangesehenen Rechtswissenschaft suchten.<sup>73</sup> Heute wäre das nicht mehr nötig, weil der BGH als Höchstgericht in der Verfassung verankert ist (Art. 95 Abs. 1 GG) und durch seine Spruchpraxis selbst großes Ansehen erworben hat. Dies lässt den vorsichtigen Schluss zu, dass die Judikatur die Literatur nicht nur aus Höflichkeit zitiert, wie dies ein englischer Lordrichter einmal äußerte<sup>74</sup>, sondern deren Deutungsangebote durchaus zu schätzen weiß.<sup>75</sup>

### c) *Diskursplattformen*

Wissenschaftliche Diskurse benötigen einen geeigneten Rahmen, der auch soziale Kontakte einschließt. Einen solchen Ort der intellektuellen und persönlichen Begegnung bilden die jährlichen ZGR- bzw. ZHR-Symposien in der zweiten Januarwoche, bei der ein *ad personam* eingeladenen Kreis von etwa 120 Personen

<sup>69</sup> Allgemein für die deutsche Privatrechtsjudikatur *Rebhahn*, FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1539, 1545: „Insb zu wichtigen Fragen gibt es eine umfassende Erörterung unter Heranziehen von Vorjudikatur und häufig auch Lehrmeinungen. Insoweit ist der Urteilsstil diskursiv“; gleichsinnig *Vögenauer*, 26 Oxford J. Leg. Stud. 627, 641 (2006): „the discursive style of German judgments“.

<sup>70</sup> So der Aufsatztitel von *Braun*, 26 Oxford J. Leg. Stud. 665 (2006).

<sup>71</sup> In diesem Sinne *Dawson*, *The Oracles of the Law*, 1968, S. 198 ff. und 240 ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Oestmann*, in: HRG, 2. Aufl., Bd. I, 2008, Sp. 128, Stichwort: Aktenversendung.

<sup>73</sup> So die Mutmaßung bei *Schönberger* (Fn. 52), S. 24; zu Bezugnahmen des RG auf das rechtswissenschaftliche Schrifttum vor Inkrafttreten des BGB *Mertens*, AcP 174 (1974), 333, 338 ff.

<sup>74</sup> In diesem Sinne *Lord Rodger*, 41 *Current Legal Problems* 1, 16 (1988): „But we have it on the high authority of an Honorary Fellow of New College and member of the Court of London, Lord Goff of Chieveley, that jurists and judges are fellow pilgrims ‘on the endless road to unattainable perfection’ in the law. When he said this in *Spiliada Maritime*, his Lordship was really concerned to be nice to academic lawyers.“

<sup>75</sup> So auch *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 292: „wechselseitige Nützlichkeit“; für das englische Recht ebenso *Braun*, in: Lee (Fn. 57), S. 243: „The citations we find in modern judgments do not appear to be merely window dressing, and are not, I believe, simply expressions of the politeness of the judiciary. Rather, they seem to convey the judge’s awareness that academics have interesting things to say and that they can provide great assistance.“