

Kodierung statt Kodifizierung: Wirtschaftsrecht, 200 Jahre nach Savigny¹

Erich Schanze

Abstract Deutsch

Der Beitrag betrachtet den wahrscheinlich bedeutendsten deutschen Juristen Friedrich Carl von Savigny (1779–1853) in einem neuen Licht. Üblicherweise wird er als Begründer und Haupt der sog. „Historischen Rechtsschule“ abgehandelt, der schließlich den Weg zur deutschen Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuchs geebnet hat. These ist hier, dass Savignys besondere Leistung im achtbändigen „System des heutigen Römischen Rechts“ in einer in der Sprache Goethes und Schillers entwickelten „Neu-Codierung“ des seinerzeit relevanten Rechtsstoffs liegt, in einer problembezogenen Behandlung der Arbeitsbegriffe des damaligen Rechts. Insoweit steht Savigny der heutigen praktischen Bearbeitung des Wirtschaftsrechts näher als der Kodifikation des BGB und deren „moderner“ Exegese. Diese hat vielfach ihre grundlegende Orientierungsfunktion verloren. Sieht man vom Familien- und Erbrecht sowie neuartigen Konsumtenschutzbestimmungen im BGB ab, so dient die Kodifikation heute eher nur als Einordnungsschema für eine weitgehend von gerichtlichen Einzelentscheidungen getriebene Rechtspraxis. Um die „Regulierung“ von Wirtschaftsverhältnissen zu verstehen, müsste man – in einer neuartigen Nachfolge Savignys – wiederum die „Rechtsverhältnisse“ im internationalen Rahmen „codieren“, und sich nicht bei Kodifizierungsversuchen von traditionellen Einzelbereichen aufzuhalten. Dabei bieten die qualitativ verfahrende Rechtsvergleichung und die quantitativ operierende Ökonomische Analyse des Rechts augenblicklich die wichtigsten methodischen Orientierungen in der Erfassung der Regulierung von Wirtschaftstransaktionen. Dies wird an drei Beispielen erläutert.

Abstract English

The article develops a fresh view on the work of Friedrich Carl von Savigny (1779–1853) who may be considered the most influential German legal scholar of the last centuries. Usually, he is recognized as the founder and main proponent of the “Historical School” who ultimately paved the way to the codification of the German Civil Code (BGB). Here, I conjecture that Savigny’s pathbreaking contribution in the eight-volume “System of Today’s Roman Law” is the idea of “coding” instead of “codifying” the legal problems relevant in his time. I understand “coding” as a problem-oriented development of adequate technical terms and concepts dealing with present legal conflicts in a given context in time. From this perspective, Savigny’s approach is closer to the present practical problem solutions of modern “economic law” (regulation) than an exegetic reference to 19th century codifications in their current modifications. Viewing from the world of economic transactions, the BGB and similar codifications have largely lost their function of problem orientation. For capturing the needs of the current regulatory world, I suggest a re-start of Savigny’s approach of “coding”. This time it might not be a “scientific” reference to Classical Roman Law but rather an

1 Beitrag auf Grundlage meiner im Dekanat Gilbert Gornigs gehaltenen 4. Marburger Savigny-Vorlesung vom 21. Juni 2008.

investigation into the “practices” of economic transactions and their appropriate regulation. In this exercise the qualitative approach of comparative law and the quantitative approach of law and economics will provide for the most useful present methodological orientations. This is demonstrated in three examples.

1. Wirtschaftsrecht bei Savigny?

Historische Rückblicke geschehen häufig in feierlicher oder nostalgischer Absicht. Die Illuminationsgeschichte kennt viele Varianten. Beliebt ist die Versicherung im hohen Saal, dass trotz mancher Irrungen schließlich die Spitze der Erkenntnis erreicht ist. Die nostalgischen Rückblicke betonen verzweifelt die Verwirrtheiten und den haut goût des Modernen. Der Jurist Friedrich Carl von Savigny (1779–1853) steht in der geläufigen Rechtsgeschichte prominent für zwei Positionen.² Die erste ist die eines „kritischen“ Beginns einer, an hoher Subtilität orientierten Kodifikationsgeschichte des nationalen deutschen Privatrechts, die feierlich fast ein halbes Jahrhundert nach seinem Tod in der Inkraftsetzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs mündet.³ Die ihm zugeschriebene zweite Position ist die des bedeutendsten Vertreters eines „reinen“ Privatrechts, eines „Rechts im römischen Recht“.⁴ Es geht dabei – so die Erzählung – um den unwandelbaren Bestandteil eines perennierenden Juristenrechts, das frei vom „Tagesgeschäft“ der wechselnden politischen Konstellation und Interessen Kernbestand rechtswissenschaftlichen Denkens sei.

Wenn also im Folgenden statt von Kodifizierung des Rechts von bloßer „Kodierung“ die Rede ist, scheint dies nichts mit Savigny zu tun zu haben. Umso weniger sollte wahrscheinlich nach der geläufigen Erzählung Savigny mit dem im späten 19. Jahrhundert aufkommenden „Wirtschaftsrecht“ in Verbindung gebracht

-
- 2 Vgl. die älteren Darstellungen bei Erik Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.A. 1963, 467–542 und Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.A. 1967, 386; intensive Neubewertung, aufgrund des in Marburg liegenden Nachlasses insbesondere durch Joachim Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny 1984 (zitiert im Folgenden als „Rückert, Idealismus“) und dessen zusammenfassenden Datenabriß mit Erläuterungen: Joachim Rückert, Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) – Friedrich Carl von Savigny – ein Frankfurter in Berlin, in Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin (hg. Grundmann u.a.) 2010, 133–177 (zitiert im Folgenden als „Rückert, Savigny“).
 - 3 Wiederholung zuletzt bei Benjamin Lahusen, Alles Recht geht vom Volksgeist aus. Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft 2013, 10: „Am Ende des Jahrhunderts ist es so weit. Das römische Recht der Gegenwart, das Savigny der Welt angedient hat, wird in generationsübergreifender Kommissionsarbeit in Gesetzesform gegossen. Aus der Vergangenheit des Rechts geschöpft, steht nun ein Gesetzbuch, das künftigen Generationen den Gang in die Geschichte auf ewig abschneiden wird: das *Bürgerliche Gesetzbuch*.“ Die Volksgeistlehre, und die mit ihr vorgetragene These der nationalen Kodifikationsidee ist m.E. der für heutige Juristen unergiebigste Teil der Arbeit des eminenten Juristen Savigny.
 - 4 So die Formulierung der einflussreichen Studie von Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958 passim.

werden. Geht es nicht dort um eine an wirtschaftspolitischer Zweckmäßigkeit orientierte, massenhafte, zutiefst unübersichtliche, ephemere Regelsetzung des Tages? Gewiss, Wirtschaftsrecht ist der Goldesel der heute international organisierten Anwaltschaft. Es ist zugleich der Schrecken der sehr deutschen Abgrenzung zwischen vielfältigen Gerichtsbarkeiten und insbesondere der Lagerbildung von Zivilrecht und öffentlichem Recht. Begreift man nämlich Wirtschaftsrecht als Interventionsrecht des Staats in die Wirtschaft,⁵ so scheint das Thema „Wirtschaftsrecht und Savigny“ *a limine* auf der falschen Spur. Ist nicht Savigny jener dem Romantiker-Kreis zugehörige Jurist, der gleichsam auszog, die Blaue Blume im privaten Recht zu suchen?⁶ Als International-Privatrechtler scheint man ebenfalls zu wissen: Savignys IPR bezieht seine kristalline Struktur aus den Rechtsverhältnissen, *nota bene*, den Privatrechtsverhältnissen,⁷ und nicht aus den öffentlichen Eingriffsnormen des Rechts der „Polizey“.

Diesen üblichen Deutungen werde ich die These entgegenstellen, dass man durchaus von einem Wirtschaftsrecht im Savigny'schen „System“ sprechen kann. Pointiert: Savignys Rechtsverständnis ist „wirtschaftsrechtlicher“, als wir uns dies üblicherweise eingestehen, sein Systemverständnis ist ein anderes als heute. Bevor ich zu der Vieldeutigkeit eines Wirtschaftsrechts bei Savigny und heute zurückkomme, zunächst einige Stichworte zur Zeitbestimmung „200 Jahre nach Savigny“ und insbesondere zum methodischen Interesse an den folgenden Ausführungen. Als ich mich im Rahmen der Savigny-Vorlesung zum ersten Mal im Sommer 2008 mit dem Thema auseinandersetzte, konnte ich auf den jungen Savigny Bezug nehmen, der vor 200 Jahren nach seiner Ausbildung und seiner ersten Professur Marburg in Richtung Landshut verließ.⁸ Man fragte sich später, was war, und warum „Landshut“? Es ging um die Ludwig-Maximilians-Universität (ab 1820 in München), eine 1806 gegründete Reformuniversität, die unter der Ägide des von Napoleon zum König erhobenen Maximilian I. und dessen Berater Montgelas sich anschickte, die Ideale der französischen Revolution in Bayern umzusetzen.⁹ Der Protestant Savigny kam mit der ersten bayrischen Verfassung¹⁰ an diese Universität. In seinem Sinne waren die dort niedergelegten Ziele der Abschaffung der Landstände, der Leibeigenschaft, die Gleichstellung der Religionen und eine vom Adel gelöste, leistungsbezogene Beamtenchaft. Zwei Jahre später folgt er Wilhelm von

5 So insbesondere die These der „wirtschaftsverwaltungsrechtlichen“ Ansätze; zur Problemstellung des Wirtschaftsrechts aus verschiedenen Perspektiven vgl. Hans-Joachim Mertens, Christian Kirchner und Erich Schanze, Wirtschaftsrecht, 2.A. 1982, 17–29, 56–58, 124–146.

6 Zu Savigny in Marburg zuletzt Helmut Schanze, Erfindung der Romantik 2019, 262.

7 Zu Savignys Vorstellungen der Dichotomie „Privatrecht und öffentliches Recht“ in Verbindung mit seinem Freiheitsbegriff, vgl. Rückert, Idealismus, 358–360.

8 Zu Studium, Qualifikation und Lehre Savignys in Marburg vgl. nunmehr „Einführung“ in Friedrich Carl von Savigny, Das Recht des Besitzes (Neudruck der Marburger Dissertation 1803 durch den Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg) 2011, 5–16.

9 Zur Universität Landshut und Montgelas, vgl. die einschlägigen Wikipedia-Stichwörter.

10 Zur bayerischen Constitution von 1808 vgl. Elisabeth Fehrenbach, Vom Ancien Régime zum Wiener Kongress, 2001, 87–90.

Humboldts Aufforderung, an die neue Berliner Reformuniversität zu kommen. Überrascht stellen wir fest: Savigny, nicht rückwärts gewendeter Amtssadel, sondern eingebunden in weitreichende universitäre und „bürgerliche“ gesellschaftspolitische Reformkonzepte.

Von heute gesehen blicken wir nach 200 Jahren auf den Savigny des Jahres 1821, den Lehrer mit der größten Vorlesung in Berlin, den „Pandecten“ mit damals unglaublichen 166 Hörern.¹¹ Die Aufgabe, Allgemeines Landrecht zu lesen, findet er lästig, sicher ein Gesetz, das nicht nach seinem Geschmack war. 1822 gibt es dort eine Vorlesungsmitschrift von über 500 Seiten auf den durchschossenen Blättern des Gesetzes.¹² In der Akademie hält er einen Vortrag über (aus heutiger Sicht: öffentliches Recht) den römischen Colonat und das einschlägige Steuerrecht.¹³ Seit 1817 ist er mit Mitglied des preußischen Staatrats,¹⁴ Spitzenpolitiker.

2. Wie fremd ist uns Savigny?

Mir geht es nur skizzenhaft um Prosopographie Savignys und seiner Umgebung, jedenfalls nicht um Illuminationsgeschichte, sondern um eine Standortbestimmung in einer komplexen Transformationsphase des Wirtschaftsrechts, wahrscheinlich sogar der gesamten nationalen Rechtsordnungen. Es geht also nicht um historische Rehabilitierung von gegenwärtiger Dogmatik des Wirtschaftsrechts, es geht insbesondere nicht um die Begründung eigener Konzeptionen durch geschichtlich festschreibende Annahmen. Vielmehr handelt es sich – in Fortschreibung meines Credos von 1975, um einen neuerlichen Versuch einer historisch-kritischen Beobachtung im Sinne einer „klinischen“ Anamnese, d.h. der Besinnung auf die Vorbedingungen spezifischer aktueller Erklärungsdefizite von Wirtschaftsrechtsdogmatik.¹⁵ Methodisch habe ich wenig dazugelernt. Ich gestehe dabei, dass ich die geforderte kritische Distanz des Diagnostikers leicht verliere, wenn es um die mich seit 50 Jahren immer wieder begleitende Lektüre im Erstdruck des achtbändigen „Systems des heutigen Römischen Rechts“ geht, das zwischen 1840 und 1848 erschienen ist, zuzüglich der beiden Bände zum Obligationenrecht. Zugegeben, ich lese die Texte als Wirtschaftsrechtler wahrscheinlich anders als ein Kommentator des BGB, sicher auch anders als ein Fachhistoriker. Es mag teilweise eine Übernahme der Sicht Werner Flumes sein, der mit seinem starken römischo-rechtlichen Grundansatz, gleichzeitig aber mit tiefem praktischen Interesse als Steuer- und Gesellschaftsrechtler, in seinem „Rechtsgeschäft“ die sprachliche und gedank-

11 Rückert, Savigny 146.

12 F. v. Zschüschen, Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten nach dem Vortrage des Staatsraths v. Savigny 1818–1822, Ms. 55, Univ.-Bibliothek Mainz.

13 Rückert, Savigny 146.

14 Rückert, Savigny 144f. mit Auflistung der Aufgaben; zum explizit „Politischen“ im Denken Savignys, vgl. Gerhard Dilcher, Der rechtswissenschaftliche Positivismus, ARSP 61, 1975, 497, 515–518.

15 Vgl. Erich Schanze, Einmannsgesellschaft und Durchgriffshaftung 1975, 20; ders., in Mertens, Kirchner, Schanze, Wirtschaftsrecht. 2.A. 1982, 55ff.

liche Souveränität Savignys bei der Behandlung von Rechtsproblemen bewundernd nachvollzieht.¹⁶ Auch der verwandte, von Reinhard Zimmermann herausgearbeitete Punkt scheint mir richtig:¹⁷ Savigny ist durch die Fruchtbartigkeit seiner Analysen und der Aktualisierungen des Materials des klassischen römischen Rechts wahrscheinlich für die Denkstrukturen einer gemeineuropäischen oder sogar globalen Rechtspraxis wichtiger als für die zum Teil fehlgeleitete Entwicklung des nationalen deutschen Zivilrechts im 20. Jahrhundert.

Gemeinhin wird Savigny als kühler, abweisender Olympier dargestellt, der seine Umwelt erschauern ließ. Mich beeindruckt demgegenüber die Leidenschaft, Probleme auf den Punkt zu bringen und zudem ein hintergründiger, manchmal abgründiger Humor, den man eher einem Briten zutraut. Ich gebe nur eine Probe, die sich in den letzten Zeilen des fast abrupt endenden achtbändigen Systems findet. In § 400 erörtert Savigny das äußerst technische Problem der staatlichen Reaktion auf eine für den Bürger nachteilige Rechtsänderung. Savigny bespricht Entschädigungssysteme und nennt als Beispiel die staatliche Entschädigung der Sklavenhalter anlässlich der Sklavenbefreiung in England. Manchmal sei allerdings auch keine Kompensation notwendig, so bei der Änderung der preußischen Grundpfandrechte. Noch einfacher sei es bei der Abschaffung des zweifachen Eigentums im römischen Recht gewesen.

Savigny wörtlich im letzten Satz des Systems: „Denn durch diese Veränderung verlor niemand ein Recht oder einen Vortheil, und es wurde nur der vom Gesetzgeber selbst ausgesprochene Zweck erreicht, die Gemüther der studierenden Jugend von dem Schrecken zu befreien, den ihnen bis dahin die in dieser Lehre enthaltene unnütze Gelehrsamkeit eingeflößt hat.“¹⁸ Ende des Gesamtwerks. Nun frage ich meine Fachgenossen, ob man derartige Sätze in Lehrbüchern der letzten 50 Jahre findet.

Savigny ist uns fremd geworden, weil wir das Material nicht mehr, oder jedenfalls nicht mehr leicht beherrschen: die Quellen, also überwiegend das Fallrecht, und die Distinktionen der drei Bücher des *Corpus Iuris Civilis* aus dem 6. nachchristlichen Jahrhundert. Immerhin kann man mit Kaser¹⁹ und Windscheid-Kipp²⁰ meist verhältnismäßig leicht erschließen, worum es geht.

Das genannte Datum 1849 zum Erscheinen des letzten Bandes des Systems in der Mitte des 19. Jahrhunderts scheint die Zahl 200 in meinem Beitragstitel Lügen zu strafen. Noch sind wir nicht im Jahre 2049.

Kommen wir kurz zurück auf den Werdegang, vor Landshut und Berlin.²¹ 1779 in Frankfurt am Main geboren, hatte sich der 16-Jährige an der hessischen Landes-

16 Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, 4.A. 1992, *passim*.

17 Reinhard Zimmermann, Savignys Vermächtnis: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer europäischen Rechtswissenschaft, *Juristische Blätter* 1998, 273–293.

18 Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 8, 539f.

19 Max Kaser, Das römische Privatrecht, Bd. 1, 2.A. 1972.

20 Bernhard Windscheid, Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts in 3 Bänden, 9.A., 1906.

21 Zum Folgenden: Rückert, Savigny 135–138; „Einführung“, Fn. 8.

universität Marburg für das Jurastudium eingeschrieben, trotz einer Krankheit 1799 das Examen abgelegt, ein Jahr später mit einer strafrechtlichen Arbeit promoviert und als 24-Jähriger ein Extra-Ordinariat erhalten. 1803 erschien die Schrift „Das Recht des Besitzes“.²² Als Savigny 1808 schied, waren – wie wir von den Vorlesungsmitschriften wissen – die Grundlagen des „Systems“, insbesondere die neue Methode, völlig sichtbar. Der noch nicht 30-Jährige war bereits, wie wir heute sagen würden, ein Superstar seines Faches.

Das fast vierzig Jahre später während seiner Zeit als Justizminister in Preußen erschienene achtbändige „System“ ist eine Summe. Diese Summe ist allerdings kein „System“, wie dies insbesondere Münchener Juristen im 20. Jahrhundert immer wieder im Anschluss an die Kodifikation des BGB beschworen haben.²³ Nach dieser sehr geläufigen Lesart ist Savigny der Urvater des vollständigen, ob nun geschlossenen oder beweglichen Systems des BGB, dessen „Lücken“ es zu schließen gilt. Wenn Savigny vom „System“ spricht, geht es um etwas völlig anderes. Es geht nicht um den Lückenschluss, sondern um die Erschließung von juristischen Denkfiguren und Arbeitsstrukturen in ihrem Zusammenhang. Betrachtet man das im „System“ genannte Arbeitsprogramm genauer, so geht es in allen acht Bänden des Systems um Fragen des – wie wir heute sagen würden – „Allgemeinen Teils“. Als der nunmehr über 70-jährige Savigny mit dem Obligationenrecht beginnt, behauptet er zwar eingangs, nun wolle er die anderen Bücher des Heiseschen Systems, nämlich das Schuldrecht, das Sachenrecht, das Familienrecht und Erbrecht, also die heutigen Kernfächer des Privatrechts, behandeln.²⁴ Allein, es geht wiederum – und Jhering bemerkt dies abfällig in seinem Nekrolog²⁵ als Zeichen der Altersschwäche des Autors – um eine Frage, die wir heute in einem Allgemeinen Teil stellen würden, nämlich im Kern um eine ausführliche Betrachtung zu den Problemen des Rechts des Geldes. Zum Obligationenrecht, insbesondere zum Recht der Vertragsobligationen, wie wir es wahrscheinlich verstehen, kommt er nicht.

3. Savignys Interesse an einer „Kodierung“ von Rechtsproblemen

Wenn also Savigny – wie man dies aus der Perspektive der BGB-Kommentatoren der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts sehen könnte – vor § 275 BGB aufgehört

22 Neuausgabe des Fachbereichs 2011, oben Fn. 8.

23 Namentlich repräsentiert und glaubensmäßig erfolgreich vorgetragen durch Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.A. 1991,11ff., einflussreich zeitgenössisch fortgeführt von Canaris.

24 Friedrich Carl von Savigny, Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts Bd. 1, 1852.

25 Rudolf [von] Jhering, Friedrich Karl von Savigny [Nachruf], Jherings Jahrbücher 5 (1861), 354–377; dazu Jörg Benedict, Savigny ist tot! Zum 150. Todestag von Friedrich Carl von Savigny und zu seiner Bedeutung für die heutige Rechtswissenschaft, JZ 2011, 1073, 1075f.

hat, also sozusagen nur etwas mehr als 10% der BGB-Paragrafen „kommentiert“ hat, ist nicht nur seine Vaterschaft für die Kodifikation zweifelhaft. Was macht seine Bedeutung aus? Er hat sich nicht mit dem Lückenschluss im System des bürgerlichen Rechts beschäftigt, wie wir es in der Kodifikation sehen, sondern er hat als prominenter Jurist erkannt, um welche Fragen es im Recht geht. Savigny geht es nicht um die Kodifizierung des Rechts, sondern um die *Kodierung* der grundlegenden Rechtsprobleme seiner Zeit, der Zeit nach der französischen Revolution. Was bedeutet Kodierung? Savigny hat in der Sprache Goethes, also der Verkehrssprache Mitteleuropas, 40 Jahre im Hörsaal und in acht Bänden des Systems das Recht in seinen Grundlagen, und zwar jenseits der Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht problemtreffend reflektiert und auf der theoretischen Höhe der Zeit auf den Begriff gebracht.²⁶ 1812 fasste er in den Notizen zur Vorlesung über die Pandekten kurz zusammen:²⁷

„Elemente unserer Wissenschaft:

1. Interpretation
2. System
3. Geschichte

Es sind Elemente, nicht abgesonderte unabhängige Theile“.

Bereits in der Schülergeneration wird diese Lehre kannibaliert und wird schließlich unter dem Namen „Begriffsjurisprudenz“ und dann „Positivismus“ zu einem hoffnungslosen Sparringspartner der sogenannten Interessenjurisprudenz und deren Variationen im Ausgang des 19. Jahrhunderts.

Man sollte zur Interessenjurisprudenz am Rande notieren, dass Jherings „Kampf ums Recht“ wahrscheinlich eher zum Genre der Erbauungsliteratur des Anwaltsstandes zählt, und dass die spätere, viel zitierte Formulierung Hecks vom „denkenden Gehorsam“ eher zum Motto einer Militärakademie taugt als zur Behandlung der schwierigeren Fragen des Rechts.

Grundthemen der Arbeit Savignys sind die Rechtsquellenlehre, Rechtsgeltungsprobleme, Privatautonomie, das Problem der Obligation, die Auslegungslehre, die Rechtsgeschäftslehre mit ihrem Kernstück der Willenserklärung, die Irrtumslehre, die Stellvertretungslehre, der Rechtsschutzanspruch, die Abstraktion der Verfügung und die Klagarten – nach heutigem Geschmack meistens Dinge fürs erste Semester, natürlich dort „viel zu schwer“. Manches ist skizziert, vieles ist in einer Subtilität ausgearbeitet, die in der Folgezeit nicht mehr erreicht wurde. Bereits in der ersten Schülergeneration wurden die Reflexionen Savignys zu „Meinungen“ oder „juristischen Theorien“ eingedickt. Niemand ist frei, nicht von den Repetitor-

26 Kodierung wird hier also nicht im engeren Sinne als „Verschlüsselung“ verstanden, wenngleich auch gelungene Fachsprachen stets hermetische Elemente enthalten, die der sachgerechten fachlichen Erschließung bedürfen. Auch meine ich nicht die verschwörerische Bedeutung des Begriffs, wie er beispielsweise bei Katharina Pistor, *The Code of Capital – How Law Creates Wealth and Inequality*, 2019, gebraucht wird.

27 Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842 (A. Mazzacane, hg.) erw. A. 2004, 257f.

Schlagworten wie „Willenstheorie“, „Fiktionstheorie“, „Geschäftsherrentheorie“ oder „Abstraktionsprinzip“ beim Verständnis Savignys beeinflusst zu sein.

Ulrich Huber hat in der dritten Savigny-Vorlesung brillant im Einzelnen dargelegt, wie trotz des eher marginalen Ortes im Werk das Abstraktionsprinzip sorgfältig in allen Konsequenzen erwogen ist.²⁸ Huber demonstriert die Überlegenheit gegenüber den bevorzugten Lösungen des Auslands gerade an den wirtschaftlichen Konsequenzen beim Handel, der besseren Verzahnung von Leistung und Gegenleistung und insbesondere der Überlegenheit bei der Sicherung des vorleistenden Verkäufers.

Das aus meiner Sicht Entscheidende am Arbeitsprogramm Savignys sind nicht die vielfach neuartigen und überzeugenden Konzepte für einzelne rechtliche Institutionen. Es geht auch nicht um die in der Programmschrift zur Gesetzgebung von 1814 enthaltene Mahnung zu sorgfältiger Erwägung der Probleme vor jeder Kodifikation des Juristenrechts. Vielmehr geht es um die Reformation der juristischen Fachsprache, ihre Lösung von dem Gemisch von Latein und Deutsch im älteren gemeinen Recht und der hölzernen Sprache der Kodifikationen des 18. Jahrhunderts. Kodierung ist in diesem Sinne das Zusammenspiel von Problemerfassung und Begriffsbildung. Kodierung, und dies ist besonders wichtig, kann auch in einem entwickelten Fallrecht stattfinden. Sie ist nicht notwendigerweise der Grundbaustein zur Kodifikation. In Mitteleuropa sind wir so sehr von der Perspektive der Kodifikation eingenummen, dass wir dies kaum noch verstehen.

Ich hatte bereits erwähnt, dass die Vaterschaftsbeziehung Savignys zum BGB komplexer ist, als dies in den Festreden um 1900 oder auch 2000 zu hören war. Gewiss – ohne das Problembeusstsein und die sprachliche Treffsicherheit Savignys, also ohne dessen Kodierungen, kein BGB. Aber: Gute Juristen würden immer wieder zu Savigny zurückkehren, auch wenn es kein BGB gegeben hätte. Reinhard Zimmermann fordert insoweit zu Recht eine Wiederbegründung von Savignys historischer Rechtsschule auf europäischer Ebene,²⁹ bevor die professorale Beflissenheit, das europäische Recht zu kodifizieren, die juristische Reflexion völlig verstopft. Nun sollte man auch begreifen, dass sich ein stiller Wandel der Funktion des BGB ereignet hat. Zugespitzt: in den letzten 50 Jahren verkam das BGB immer mehr zu einem Ordnungsschema, an das sich Trauben von Rechtsprechung und Kommentierung anlagern, voran der unverwüstliche Palandt. Das entspricht in Vielem den in den USA von Verlagen wie West herausgegebenen vielbändigen Sammlungen in gedruckter und digitaler Form, die in dieser Weise das föderale und einzelstaatliche Recht nach Schlagworten einordnen und behandeln. Die Kodifikationsidee hat sich in der Vielgesichtigkeit des Wirtschaftsrechts erledigt.

4. Die Veränderung der Welt seit Savigny

Zurück zu Savigny. Können wir im Wirtschaftsrecht unbesehen an Savigny anknüpfen? Für das Verkehrsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts scheint Zimmermann

28 Ulrich Huber, Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip (2007), Gesammelte Schriften (Baums und Wertenbruch, hg.) 2016, 403–452.

29 Zimmermann, oben Fn. 17.

dies anzunehmen, und ich stimme insoweit gern zu. Aber es gibt das verfassungsrechtliche Argument. Heutige Rechtssetzung ist prinzipiell demokratisch, also parlamentarisch zu legitimieren. Hier scheint es eher eine Sperre gegenüber der Rückkehr zum Juristenrecht zu geben. Das zentrale Problem ist jedoch die Änderung der Themen und Problemstellungen. Zimmermann sieht durchaus, dass das kaufvertragliche Paradigma, das den europäischen zivilrechtlichen Rechtsvereinheitlichungsprojekten zugrunde liegt, zu eng ist und eine Ausweitung kaum trägt. Er selbst hat beim Obligationenrecht begonnen und ist inzwischen mit einem bedeutsamen Beitrag zum Zivilrecht bei Savigny, also beim Allgemeinen Teil, angekommen.³⁰

An diesem Punkt holt uns das Problem des Wirtschaftsrechts wieder ein. Wirtschaftsrecht beschäftigt sich sowohl mit Transaktionen als auch mit regulativer Zweckmäßigkeit. Es ist nicht *iurisprudentia perennis*, sondern bezieht sich auf politische Opportunitäten. Die wirtschaftshistorischen Daten signalisieren radikale Veränderungen. Betrachten wir die Daten in der Sequenz 1800, 1900 und 2000.³¹ Um 1800 lebten etwa 23 Millionen in dem statistischen Konstrukt „Deutschland“, davon eine erfassbare Erwerbsbevölkerung in der Landwirtschaft von 6,5 Millionen, 1,8 Mio im Handel, 2,2 Mio in Handwerk und Industrie. Für 1820 wird erstmals das Bruttoinlandsprodukt pro Kopf auf etwa 1000 Geary-Khamis Dollars berechnet. 1900 (also dem Datum des Inkrafttretens des BGB) hat sich die Bevölkerung fast verdreifacht auf 56 Mio, in der Landwirtschaft sind etwa 10 Mio beschäftigt, im Handel relativ absinkend 2,3 Mio, in der Industrie 9 Mio. Das Pro-Kopf Bruttoinlandsprodukt hat sich verdreifacht. Im Jahr 2000 steht die Bevölkerung bei 82 Mio, davon weniger als 1 Mio in der Landwirtschaft, also relativ gesehen deutlich weniger als ein Zehntel. Die Beschäftigung in der Industrie ist nominell fast konstant, relativ ein Drittel geringer als 1900. Das Pro-Kopf-BIP hat sich gegenüber 1800 fast verzwanzigfacht. Es ist sechsmal so hoch wie 1900. Ich brauche nicht weiter die Worte Dienstleistungsgesellschaft, Automation, Computerisierung hier zu nennen und insbesondere die internationale Vernetzung fast aller relevanten Produktionen.

In unserem Wirtschaftsrechtslehrbuch³² haben wir 1978 zwei grundsätzliche Dispositionen getroffen. Hans-Joachim Mertens betont in seiner Rechtsquellenlehre, dass das Wirtschaftsrecht nicht präzise terminologisch abgegrenzt ist und als abgrenzbares Rechtsgebiet erscheinen kann. Nur die jeweiligen Schwerpunkte jenes Zusammenhangs zwischen Recht und Wirtschaft können im Wirtschaftsrecht exemplarisch sichtbar gemacht werden. Wirtschaftsrecht reflektiert Wirtschaftspolitiken; es hat aber nicht nur instrumentale, sondern durchaus konstitutive Bedeutung für eine rechtliche Erfassung von Wirtschaftstransaktionen.³³ Die zweite Fest-

30 Die jüngeren vergleichend-dogmatischen Arbeiten Zimmermanns beziehen sich zwar im Wesentlichen auf das Erbrecht. Für das deutsche Zivilrecht liegt seine hervorragende Leistung in der gelungenen Neuordnung des missglückten Verjährungsrechts im BGB.

31 Die folgenden Daten erhielt ich freundlicherweise von meinem St. Galler Kollegen Rainer Metz, dem ich dafür herzlich danke.

32 Mertens, Kirchner Schanze, oben Fn. 5, Erstauflage 1978.

33 Mertens, Kirchner, Schanze aaO., 123ff, insbes. 190f. (Mertens).

legung liegt in einer groben strukturhistorischen Beschreibung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft in drei Periodisierungen.³⁴ Savignys Verkehrsrecht ist Grundlage einer autonomiebasierten liberalen Wirtschaftsverfassung, in der staatlicher Einfluss die völlige Ausnahme ist. Es gibt andere außerstaatliche Regulierungen, die hier nicht zu erörtern sind.

Die umfassenden parlamentarischen Rechtssetzungsprozesse, in Deutschland nach der Reichsgründung 1871, zeigen in eine völlig andere Richtung, nämlich eine wachsende Wechselbeziehung zwischen staatlicher und privater Einflussnahme auf die Steuerung der Wirtschaftsprozesse, die wir im Lehrbuch als „organisierte Interdependenz“ bezeichnet haben.³⁵ Dieser Zustand hat sich exponentiell ansteigend auf die europäische und die globale Ebene verlagert. Durch die Konflikte zwischen den auf allen Ebenen stattfindenden Rechtssetzungsprozessen erweitern sich einerseits dramatisch die Inventare der jeweiligen positiven Rechtssetzung. Andererseits wachsen kurioserweise im Maße der Eutrophierung der Interventionen die Freiheitsgrade der internationalen Akteure im Wettbewerb der Staaten um Handel und Investitionen. Dabei bilden sich neuartige dominante Institutionen heraus: „symbiotische“ Vernetzungen der internationalen Waren- und Dienstleistungs-Produzenten,³⁶ Verträge zwischen staatlichen Organen und Wirtschaftsakteuren, also das, was man als konsensuale Wirtschaftsregulierung bei Großinvestitionen bezeichnen kann.³⁷ Außerdem beruft sich die staatliche Rechtssetzung nur noch zaghafte auf das Staatsprinzip. Private Gesetzgebung dominiert in den wichtigsten wirtschaftsrechtlichen Feldern.

In dieser Unübersichtlichkeit mag man wiederum nach umfassender Kodifizierung rufen. Es geht aber, wie vor 220 Jahren, als Savigny seine Konzepte entwickelte – in einer verwirrten, und dennoch theoretisch so anspruchsvollen Periode nach den Umwälzungen der französischen Revolution – auch heute wieder um das Problem einer neuen Kodierung, also um einen die aktuellen Sachstände reflektierenden „Allgemeinen Teil“, diesmal nicht eines „bürgerlichen“ Rechts, sondern eines Rechts der Wirtschaftstransaktionen, eines Rechtsbereichs, der den Fortbestand der Bukolik des gegenwärtigen bürgerlichen Rechts einschließlich des Konsumentenrechts erst ermöglicht und dessen damit befassten Juristen noch weiter redlich nährt.

5. Sprache und Charakter des aktuellen Transaktionsrechts

Was ist die Sprache und die Methodik der Kodierung dieses alles beherrschenden Transaktionsrechts? Zunächst zur Sprache. Es geht augenscheinlich nicht mehr

34 Mertens, Kirchner, Schanze aaO., 59ff. (Schanze).

35 Mertens, Kirchner, Schanze aaO., 65f.

36 Näher Erich Schanze, Symbiotic Arrangements, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law (Newman, ed.) vol 3, 1998, 554 m. Nachw.

37 Erich Schanze, Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, 1986, ders., Regulation by Consensus. The Practice of International Investment Agreements, Journal of Institutional and Theoretical Economics 144 (1988), 152–171.

um Mitteleuropa. Es geht auch nicht mehr um die deutsche Sprache. Gewiss wird die wirtschaftliche Produktivität, die ich für das Jahr 2000 für Deutschland benannt habe, sich in einer großen Zahl von Transaktionen niederschlagen, die in der deutschen Sprache abgefasst und von deutschem Recht erfasst werden. Die deutsche Kommentarliteratur behält also – zur Beruhigung der „Fachverlage“ – gewisse Marktanteile. Die Leitungsebenen der international tätigen Unternehmen, die international verzahnten Wirtschaftskanzleien und schließlich die zentralen Rechtsetzungsprozesse im Wirtschaftsrecht haben längst auf die englische Sprache umgestellt. Deutsche Texte sind bisweilen reine Übersetzungen von englischen Texten. Bedeutet dies nun die Übernahme des englischen oder des US-amerikanischen Rechts?

Die Antwort ist: in dem Maße, in dem sich die Funktionalität dieser Rechte in der Regulierung und in den Transaktionen beweist. Es ist keineswegs ausgemacht, ob man wirklich von einer juristischen Hegemonie der USA sprechen kann. Das Recht der USA ist in seinen Grundlagen „europäisches Recht“ – so paradox dies im Lichte des Europarechts erscheinen mag. Auch das englische Recht bietet trotz seiner sehr konservativen Fassade überzeugende Institutionen an, die bei der Gerichtsbarkeit beginnen und sich beispielsweise auf einem auf der Höhe der Zeit befindlichen Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht fortsetzen. Trotz der ausladenden, z.T. langatmigen Verträge des englischen und amerikanischen Rechts wird das häufig antiquiert und begrifflich grobe englische und amerikanische Vertragsrecht wissenschaftlich in den letzten Dekaden immer ansprechender. Die Geradlinigkeit der Gerichte, die sich nicht von Billigkeitsrhetorik verwirren lassen, trägt in London und New York zur Attraktivität für die Beilegung von Konflikten in Wirtschaftssachen bei. Den Rest erledigt eine im Wesentlichen englischsprachige Schiedsgerichtsbarkeit. Anspruchsvoller als zur alternativen Streitbelegung, kurz ADR genannt, findet man in englischer Sprache. Ein verstärkendes Element sind englischsprachige Formulare und Routinen – ich bezeichne sie als „Module“ der Vertragspraxis, die durch ihre ständige Veränderung und Revision immer berechenbarer werden.³⁸ Zudem: es gibt inzwischen eine reiche, theoretisch anspruchsvolle empirische Vertragsforschung in den USA.³⁹ Wo sind die entsprechenden europäischen Bemühungen?

Dies führt zur Frage der Methode. Savigny hat mit einem frischen Blick auf die Kasuistik und die Systembildung im klassischen römischen Recht einen „wissenschaftlich“ verstandenen Fachkonsens über die Grundprobleme des bürgerlichen Rechts erreicht, auf den die Juristen der Mitte des 19. Jahrhunderts stolz sein konnten. Allein diesen alten Problemstand im Lichte der neueren Rechtsprechung zu erreichen und ihm aktuellen Ausdruck zu verleihen, ist das Verdienst von erst-

38 Erich Schanze, Legalism, Economism, and Professional Attitudes Toward Institutional Design, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149 (1993), 122–140.

39 Führend hier insbesondere Alan Schwartz (Yale) und Robert E. Scott (Columbia), dazu Erich Schanze, Contract and the Contracting Process – Reconsidering our Metaphors, in Northern Lights. Essays in Private Law in Memory of Professor David Carrey Miller, (Bain et al. eds.), 308, 322f. m.w. Nachw.

klassigen Juristen des 20. Jahrhunderts wie beispielsweise Werner Flumes.⁴⁰ Sein „Rechtsgeschäft“ ist ein zutiefst wirtschaftsrechtlich orientiertes und orientierendes Werk; zwar anspruchsvoll, aber viel besser zu lesen, plastischer als die geläufigen Kurzlehrbücher.

6. Komparatistiken: Geschichte, Rechtsvergleichung, Rechtssoziologie und Ökonomische Analyse

Was für Savigny der Blick in das entwickelte klassische römische Recht war, ist in manchem heute der Blick in vergleichbare aktuelle nationale Rechtsordnungen. Hier ist der Institutionenband von Zweigert und Kötz, der internationale Standardtext zur Rechtsvergleichung, von besonderer Bedeutung.⁴¹ Er ist der Höhepunkt der funktionalen Rechtsvergleichung der 50er Jahre des vorigen Jahrhunderts. Zweifellos: der Blick von außen auf die Verschiedenheiten und Gemeinsamkeiten, die verbundene Entwicklung von Funktionsbegriffen und Übersetzungskonventionen ist für die Bearbeitung wirtschaftsrechtlicher Problemstellungen unerlässlich. Das Problem der Rechtsvergleichung liegt in einem das Fach konstituierenden Widerspruch. Es sucht nach „genetischen“ Verschiedenheiten der Rechte, die im jeweiligen Nationalstolz nicht frei von jeweiligen Prärogativen sind. In diesem Zusammenhang sollte man sich daran erinnern, dass das so historisch erfolgreiche Savigny'sche Konzept des Volksgeistes eine der Wurzeln eines vor-demokratischen Nationalismus war.⁴² Aus dieser Sicht wäre dann Funktionalismus bisweilen Verrat und Unterwerfung, Verzicht auf das „Proprium“.

Wie steht es mit der Rechtssoziologie? Nach vielversprechenden Anfängen, beispielsweise in den Vertragsforschungen Stewart Macauleys⁴³ hat sich dieses Fach in Binnenkontroversen und sehr distanzierten, z.T. hermetischen Systembeschreibungen aufgelöst. Konkretes Arbeiten, welches Recht in der Gesellschaft mit seriösen Daten interpretiert, ist selten.

Der augenblicklich vitalste Ansatz, der es bezeichnenderweise in der Diversität der Rechte Mitteleuropas gelegentlich schwer hat, ist die Ökonomische Analyse des Rechts.⁴⁴ Sie leugnet vom Grundansatz her die Verschiedenheit der Rechte und nimmt damit in der Tendenz eine „imperiale“, geschichtslose Geste ein. Die international kompatible Modelltheorie betrachtet Institutionen als „anreizkompatibel“ Mechanismen, die den Austausch erleichtern. Erforderlich erscheinende regulative Eingriffe werden evidenzbasiert durch Vergleiche von Optionen auf ihre „Effizienz“ überprüft.

Wie im heutigen Römischen Recht Savignys oder in der Rechtsvergleichung von Zweigert und Kötz geht es bei richtigem Verständnis der Ökonomischen Ana-

40 Flume, oben Fn. 16.

41 Konrad Zweigert, Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung 3. A. 1996.

42 Dazu jetzt Benedict, oben Fn. 25.

43 Stewart Macauley, Non-contractual Relations in Business, American Sociological Review, 28 (1963), 55–67.

44 Hans-Bernd Schäfer, Claus Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 6.A. 2020.

lyse des Rechts, soweit sie für juristisches Arbeiten relevant ist, um eine Komparatistik.⁴⁵ Statt des antiken Rechts (das im Übrigen keine Realität, sondern Rekonstruktion und Modell ist), oder des fremden nationalen Rechts (das wiederum realistischerweise ein Konstrukt und damit Modell sein muss) vergleicht die ökonomische Analyse alternative institutionelle Mechanismen im Hinblick auf ihre Friktionsarmut. Die Frage ist: Welche Regelung erleichtert oder erschwert mit welchen sachlichen Gründen bestimmte Transaktionen?

Es geht also um das Problem der „richtigen“ Institutionenwahl.

Es war nie meine Auffassung, dass mit der ökonomischen Analyse *allein* rechtliche oder wirtschaftsrechtliche Institutionen zu erklären sind. Jede Komparatistik erhellt das Verständnis einer bestimmten rechtlichen Regelung aus ihrer jeweiligen Perspektive. Das Verhältnis von Recht und Ökonomie ist – wie die anderen komparativen Methoden – als Unternehmen zur arbeitsteiligen Produktion und Verbesserung von Institutionen zu begreifen.

Es ist allerdings evident, dass im Wirtschaftsrecht in den letzten 30 Jahren die ökonomische Analyse zur dominanten, international akzeptierten Komparatistik geworden ist. Sie hat das Verständnis vieler Probleme gefördert und durch ihre neuartige Fragestellung viele Glaubenssätze einer selbstgerechten Jurisprudenz erschüttert. Nur am Rande möchte ich auf die Seifenblasen der vergangenen 40 Jahre hinweisen, die unter dem vollmundigen Etikett „Konzernrecht“ geplatzt sind.⁴⁶ Wir beginnen nur langsam zu begreifen, dass viele hehre Grundsätze des mitteleuropäischen Gesellschaftsrechts sehr schwankende Fundamente haben. Als Savignianer könnte man allerdings auch bissig feststellen, dass die Rechtsgeschichte dieser Grundsätze sehr jung ist. Aus vergleichender historischer Sicht also: kein Wunder!

7. Komparatistik und Kodierung in der Anwendung: Beispiele

Aus meiner Sicht ist augenblicklich das zentrale Problem des deutschen und des internationalen Gesellschaftsrechts ein Problem des Allgemeinen Teils. Es geht um die Entwicklung einer theoretisch begründeten, praktisch tragfähigen Systematik der Verteilungsregeln in Unternehmen. Diese Aufgabe hat bei einem Gebiet zu beginnen, in dem in Deutschland zumindest die Juristen weitgehend ihre Kompetenz verloren haben: bei der Rechnungslegung. Lassen Sie mich drei von mir näher untersuchte Arbeitsfelder bezeichnen, die demonstrieren, dass es im Wirtschaftsrecht weniger um europäisches Wirtschaftsrecht geht, sondern um die Reflexion international verträglicher Normbestände:

1. den Unternehmenskauf
2. das Kartellrecht
3. die internationale Standardisierung.

45 Hierzu und zum Folgenden: Erich Schanze, What is Law and Economics Today? A European View, in New Frontiers of Law and Economics, (Nobel ed.) 2006, 99–113.

46 Höhepunkt die Rechtsprechung des damaligen 2. Zivilsenats des BGH zur „Konzernhaftung“ beendet in der Trihotel-Entscheidung des BGH NZG 2007, 667.

Zu 1: Unternehmenskauf

Wie ich bereits erwähnte, hat Ulrich Huber die Funktionalität des von Savigny entfalteten Abstraktionsprinzips insbesondere als Ausdruck der Schutzbedürftigkeit des Verkäufers beschrieben.⁴⁷ Beim Unternehmenskauf, insbesondere bei seinen internationalen Varianten, ist es üblich, mit zwei Klausel- und Arbeitsroutinen zu operieren die bei erstem Zusehen den Käufer zu begünstigen scheinen. Zunächst wird eine sog. "due diligence" (ein Anglizismus, der inzwischen zum Sprachschatz des Hochfrankfurterischen gehört), vereinbart. Es geht dabei um die transaktionsbezogene Öffnung von fast allen relevanten anderweitig hochgeschützten Daten des sogenannten "target", des zum Verkauf stehenden Unternehmens. Experten, Wirtschaftsprüfer und Juristen, arbeiten eine inzwischen immer mehr standardisierte Prüfungsroutine ab und teilen die Ergebnisse dem Käufer mit. Beim nachfolgenden Abschluss des Unternehmenskaufvertrags werden dann als Standardklauseln, sog. "MACs" vereinbart.⁴⁸

"MACs" sind – aus der Sicht des englischen und US-amerikanischen Vertragsrechts – verhältnismäßig kurze Klauseln (drei Sätze bis eine halbe Seite, z.T. heute in den USA allerdings auch mehrere Seiten), die im Kern dem Käufer das Recht einräumen, vom Vertrag zurückzutreten, in manchen Fällen eine Art Minderung oder jedenfalls Neuverhandlung zu verlangen. Rücktrittsgrund sind 'material adverse changes', eben 'MACs', also erhebliche negative Änderungen, die zwischen Vertragsschluss und ‚Übergabe‘ des Unternehmens, eintreten können. Gemessen am allgemeinen Vertragsrecht des Common Law erscheint die Weichheit dieser Routinen und Klauseln überraschend.

Nun könnte man spekulieren, dass sich hier auf leisen Sohlen eine Art progressive Geschäftsgrundlage in das Common Law eingeschlichen hat. Dies beruht auf einem doppelten Missverständnis. Es geht nicht um eine Aufweichung der Vertragsbindung durch Billigkeitserwägungen, wie sie in der immer extensiver gehandhabten Geschäftsgrundlagenlehre im deutschen Recht sichtbar ist. Vielmehr geht es um ein in Privatautonomie vereinbartes Rücktrittsrecht / Schadloshaltungsrecht. Man findet immer wieder bei der Behandlung des deutschen Vertragsrechts die unrichtige Vorstellung, dass man von routinemäßigen Parteivereinbarungen auf ein bestimmtes allgemeines Rechtsverständnis schließen könne. Nun ändert die Parteivereinbarung gerade bewusst das geltende Recht für den Einzelfall im Rahmen der Dispositionsfreiheit der Parteien. Warum sollte sich ein Verkäufer dazu bereitfinden, die geheimsten Unternehmensdaten der Vertragsgegenseite zu eröffnen und überdies dem Käufer ein terminiertes Rücktrittsrecht gewähren? Bei erstem Zusehen geht es um eine tragische Risikoverlagerung hinsichtlich des Erfüllungsrisikos.

Der tiefere Grund liegt im Problem der Preisbildung für das Kaufobjekt, nämlich das Unternehmen, *im Interesse des Verkäufers*. Es geht um eine Variante des sogenannten "lemons' problem", dessen Beschreibung dem Ökonomen George

47 Huber, Fn. 28.

48 Zu den MAC-Klauseln Ronald Gilson, Law and Economics in the Law Firm, in: New Frontiers of Law and Economics (Nobel and Gets, eds.) 2006, 171–180.

Akerlof den Nobelpreis eingebracht hat.⁴⁹ Qualitätsaspekte, die die Werthaltigkeit begründen, sind bei gebrauchten Autos ebenso wenig transparent wie beim Unternehmenskauf. Akerlof hat nachgewiesen, dass beim Kauf der Katze im Sack die Katze falsch ‚bepreist‘ wird. Sie ist systematisch zu billig. Will der Verkäufer einen „angemessenen“ Preis für sein Unternehmen erreichen, so muss er Mechanismen einsetzen, die eine „optimale“ Preisbildung begünstigen. In der due diligence offenbart er ein Maximum an Transparenz für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Da auch die dort erhobenen Informationen nicht statisch sind und sich bis zur Rechteübertragung und Übergabe, auch beispielsweise durch fehlerhaftes Management, nachteilig verändern können, und der Käufer überdies diese Periode nicht beobachten kann, wird der Verkäufer signalisieren, dass die erhobenen Daten korrekt sind und in der Zwischenzeit nicht verschlechtert werden.

Dies klingt nach Geschäftsgrundlage, ist aber eine allenfalls vereinbarte Geschäftsgrundlage – und hat sachlich nichts mit dem ex-post Mechanismus einer gesetzlichen oder richterlich praktizierten Geschäftsgrundlage bei Äquivalenzstörungen zu tun.

Es ist offensichtlich: Ohne Grundkenntnisse der Einsichten der Informationsökonomik wird man die ‚MAC-Klauseln‘ kaum richtig interpretieren können. Es kommt also gar nicht so sehr darauf an, dass es hier um Legal Transplants geht, deren fehlende Konformität mit fremden Rechtsordnungen besondere Probleme verursacht.

Zu 2: Kartellrecht

Das zweite, im Zentrum des Wirtschaftsrechts stehende Beispiel ist das Kartellrecht, insbesondere dessen Normtechnik und die darauf bezogene Arbeitsteilung zwischen Recht und Ökonomik im Kartellrecht. Martin Hellwig hat dieses Problem zum Gegenstand seiner St. Galler Jöhr-Vorlesung gemacht,⁵⁰ so dass ich mich kurz fassen kann. In allen wichtigen Kartellrechten der Welt sind zentrale Tatbestandselemente für potentielle Verbotsverfügungen die *Marktmacht* oder die *Monopolmacht*. Die Kompetenz von Juristen endet ersichtlich bei der äußeren Definition dieser Schlüsselbegriffe. Die Normen selbst sind bereits im Ansatz Verweisungsnormen an den ökonomischen Sachverstand. Hierbei haben sich in den letzten Jahren immer subtilere, aber auch höher standardisierte, mit Computerprogrammen verbundene Analysemittel herausgebildet, die von den ökonomischen Experten zum Teil marktförmig angeboten werden.

Die zugrunde liegende Frage ist, ob man allein auf die Form des beanstandeten Marktverhaltens abstehen soll, so der so genannte ‚form based approach‘, oder ob das betreffende Verhalten möglicherweise einem legitimen Zweck dient, so der ‚effects-based approach‘. Diese Frage wird, wie Hellwig im Einzelnen an Fällen darstellt, als Problem der Rechtsicherheit von Juristen diskutiert, die die „Form“

49 George Akerlof, The Market for Lemons, Quarterly Journal of Economics 84 (1970), 488–500.

50 Martin Hellwig, Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung. Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, 2007.

bevorzugen. Die Frage ist aber, ob es nicht eine sachlich gebotene, richtige Analysetechnik gibt, die dann wiederum zu wirtschaftlich vernünftigen Ergebnissen führt. Es geht also um eine Abwägung zwischen Rechtsicherheit und Treffsicherheit. Hellwig legt in seinen Ausführungen mit Fallbeispielen dar, dass Treffsicherheit auch zur Rechtssicherheit führen kann, dass also ein “more economic approach” eher Tugenden als Mängel hat. Dies ist inzwischen auch die Strategie im europäischen Rechtsrahmen.

Wichtig ist ein von Hellwig nicht erwähnter Aspekt, der in Gesprächen mit führenden Experten auf Nachfrage deutlich wird.⁵¹ Ökonomische Experten respektieren Verfahren und achten sorgfältig auf ihre professionelle Reputation. Sie empfinden es als besondere Herausforderung, das von ihnen mit komplexer wirtschaftswissenschaftlicher Methodik gefundene Ergebnis in eine für Juristen plausible Darstellungsform zu bringen. So bedeutet die Aufbereitung von Kartellrechtspolitik in einem behördlichen, vor einem Instanzenzug anfechtbaren Parteiverfahren einen Legitimitäts- und Transparenzzuwachs bei der Entscheidungsfindung. Rechtsanwendung mutiert hier zur verantwortlichen Erwägung der Plausibilitäten der widerstreitenden ökonomischen Gutachten.

Zu 3: Internationale Standards

Eines der umstrittensten Gebiete des Wirtschaftsrechts sowohl im nationalen, supranationalen und internationalen Bereich sind Regelzusammenhänge, die ersichtlich nicht von klassisch legitimierten Instanzen erlassen werden: die *Standards*. Diese Standards werden auf verschiedenen Ebenen produziert und haben eine Reihe von verallgemeinerungsfähigen Ursachen.⁵² Die Differenzierung der Wirtschaftsprozesse erfordert häufig Regelungshaushalte, die eher segmentiert wirken, also nicht die Anforderungen der Allgemeinheit des Gesetzes erfüllen können. Schwerwiegender sind jedoch die zahlreichen Situationen, in denen die legitimierten politischen Regelungsinstanzen sich nicht in der Lage sehen, oder als unfähig erweisen, eine bestimmte Regelung zu treffen. Dies führt zu einem weiteren Grund, der mit der Handlungsunfähigkeit verbunden sein kann: nämlich den Ausweichpotentialen der von einer möglichen Regelung erfassten Akteure.

Vor Augen habe ich das Beispiel des Vorgehens bei der Bankenregulierung in den Basel I- bis III-Prozessen, bei denen man wusste, dass eine Regulierung auf nationaler Ebene nur Ausweichstrategien erzeugt hätte. Zuweilen sind auch die Informationskosten einer staatlichen Regelung so prohibitiv hoch, dass der Gesetzgeber eine Regelung gar nicht erst angeht.

51 Gespräche mit meinem Kollegen Daniel Rubinfeld, seinerzeit Berkeley, mit dem ich mehrere Jahre an der Universität Bergen/Norwegen einen Kurs zur Ökonomischen Analyse unterrichtete. Er übernahm dort den Themenkomplex „Kartellrecht“. Der Koautor des legendären Lehrtextes „Microeconomics“ betonte, dass er als Ökonom besonders stolz sei, wenn ein Gericht, also aus seiner Sicht Laien, seinen Ansatz und die daraus folgenden Analysen zur Marktmacht nachvollziehen könnte.

52 Zum Folgenden mit Nachweisen: Schanze, Linking extra-legal codes to law: the role of international standards and other off-the-rack regimes, in: Law, Economics and Evolutionary Theory (Zumbansen und Calliess, eds.), 2011, 335–352.

Man findet im Bereich der Standardsetzung ungewöhnliche und auffällige „privat“-unternehmerische Aktivitäten, die von trivialen Standardisierungsproblemen in komplexe Regelungsbereiche hinein fortschreiten. Die ISO, Internationale Standardisierungsorganisation, bietet heute Pakete an, die weit über das hinausgehen, was ursprünglich bei der technischen Normierung begann. In der Vertragspraxis gibt es eine hohe Affinität und einen Wechselbezug zwischen Standards und standardisierten Klauseln.

Aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive mag man diese Entwicklung zu einer privaten Gesetzgebung beklagen. Sie ist aber auch bedingt durch eine Evolution von ursprünglich eher kaufmännisch-handwerklich organisierten Netzwerken, die auf ausgebildeten gruppenspezifischen Geschäftsethiken beruhten. Wir kennen das Ideal aus den „Buddenbrooks“ und aus „Soll und Haben“. Diese informellen Kodierungen in den Einzelbereichen werden dadurch de-personalisiert, indem sie in geschriebene Verhaltenskodizes umgeschrieben werden. Andererseits führt dies zur Professionalisierung von wichtigen Wirtschaftsentscheidungen, freilich auch zu Kosten und Wichtigtum der Compliance-Industrie.

Auch bei der Gestaltung größerer Verträge und beim Entwurf für die Verfassungen von Unternehmungen zeigt sich ein hoher Bedarf von Arbeits- Routinen und Standardklauseln. Dies wurde bereits am Beispiel der due diligence und an den MACs kurz verdeutlicht. Andererseits erscheint es mehr als geboten, bei schwierigeren, insbesondere langfristigen Verträgen zu fragen, welche strukturellen Mechanismen eine ungestörte Vertragsdurchführung wahrscheinlich erscheinen lassen.⁵³ Insoweit ist es klug, sich mit den ökonomischen Grundlagen anreizkompatibler Verträge näher zu beschäftigen – und endlich auch akademisch den Gestaltungsaspekt, das lateinische „cavere“ als Zentralthema juristischen Arbeitens wieder zu entdecken.

8. Schluss

Wo stehen wir? Was ist zu tun? Eine Gretchenfrage betrifft die Bedeutung der zivilrechtlichen Kodifikation der Vertragsschuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch, die in tausenden Seiten kommentiert wird und eine Zentralmaterie der deutschen juristischen Ausbildung darstellt. Bei nüchterner Betrachtung erschöpft sich ihre Bedeutung heute wesentlich im Konsumentenrecht. Für die Orientierung der Rechtsbeziehungen zwischen Wirtschaftsakteuren spielt sie angesichts der Gestaltungsfreiheit und der Rechtswahlmöglichkeiten, zudem – wie bereits erwähnt – der vorwiegenden Abfassung der Verträge in englischer Sprache, nur noch eine sehr bescheidene Rolle. Die Vertragsingenieure empfinden diesen Teil der Kodifikationen eher als Störung, ebenso wie beispielsweise das von der Theorie gerühmte einheitliche Kaufrecht oder die beflissene Europäische Kodifikation des

53 Näher Erich Schanze, Konsens bei Verträgen – Konsumentenrecht und Wirtschaftstransaktionen, in Festschrift Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, (Boele-Woelki u.a., hg.) Bd 2, 2019, 359, insbes. 367f.

Internationalen Privatrechts der Vertragsschuldverhältnisse. Es ist eher ein Zufall, wenn Streitigkeiten zu größeren Transaktionen vor staatliche Gerichte gelangen.

Wir müssen junge Juristen von dem Ballast der hypertrophen Einzelbereiche entlasten und viel konsequenter die Kodierungsprobleme im Allgemeinen Teil des Wirtschaftsrechts angehen, statt uns beispielsweise mit der Kodifizierung des europäischen Privatrechts zu beschäftigen. Wenn wir Savigny folgen, müssen wir uns viel konsequenter und ohne Larmoyanz nicht mit den Leiden des Privatrechts, sondern mit den Leiden des Wirtschaftsrechts befassen. Die Rechtsgeschichte, die Rechtsvergleichung und die Ökonomische Analyse wirtschaftsrechtlicher Problemstellungen können uns dabei behilflich sein.

Literaturverzeichnis

- Akerlof, G., The Market for Lemons, *Quarterly Journal of Economics* 84, 1970, 488–500.
- Benedict, J., Savigny ist tot! Zum 150. Todestag von Friedrich Carl von Savigny und zu seiner Bedeutung für die heutige Rechtswissenschaft, *JZ* 2011, 1073–1076.
- Dilcher, G., Der rechtswissenschaftliche Positivismus, *ARSP* 61, 1975, 497–528.
- Fehrenbach, E., Vom Ancien Régime zum Wiener Kongress, 2001.
- Flume, W., Das Rechtsgeschäft, 4. A., 1992.
- Gilson, R., Law and Economics in the Law Firm: The Case of MACs, in: New Frontiers of Law and Economics (Nobel and Gets, eds.), 2006, 171–180.
- Hellwig, M., Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung. Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, 2007.
- Huber, U., Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip (2007), Gesammelte Schriften (Baums und Wertenbruch, hg.), 2016.
- Jhering, R. v., Savigny, F. C. v. [Nachruf], *Jherings Jahrbücher* 5, 1861, 354–377.
- Kaser, M., Das römische Privatrecht, Bd. 1, 2. A., 1972.
- Lahusen, B., Alles Recht geht vom Volksgeist aus. Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft, 2013.
- Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. A., 1991.
- Macaulay, S., Non-contractual Relations in Business, *American Sociological Review* 28, 1963, 55–67.
- Mertens, H.-J., Kirchner, Ch. und Schanze, E., Wirtschaftsrecht, 1978, 2. A., 1982.
- Pistor, K., The Code of Capital – How Law Creates Wealth and Inequality, 2019.
- Rückert, J., Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) – Friedrich Carl von Savigny – ein Frankfurter in Berlin, in: *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin* (hg. Grundmann u.a.), 2010, 133–177.
- Rückert, J., Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, 1984.
- Savigny, F. C. v., Das Recht des Besitzes (Neudruck der Marburger Dissertation 1803 durch den Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg), 2011.
- Savigny, F. C. v., Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts Bd. 1, 1852.
- Savigny, F. C. v., System des heutigen Römischen Rechts, 8 Bde., 1840–1849.
- Savigny, F. C. v., Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842 (A. Mazzacane, hg.) erw. A. 2004.
- Schäfer, H.-B., Ott, C., Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 6. A. 2020.

- Schanze, E., Contract and the Contracting Process – Reconsidering our Metaphors, in: Northern Lights. Essays in Private Law in Memory of Professor David Carey Miller, (Bain et al. eds.), 2018, 308–322.
- Schanze, E., Einmannsgesellschaft und Durchgriffshaftung, 1975.
- Schanze, E., Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, 1986.
- Schanze, E., Konsens bei Verträgen – Konsumentenrecht und Wirtschaftstransaktionen, in: Festschrift Karsten Schmidt zum 80 Geburtstag, (Boele-Woelki u.a, hg.) Bd. 2, 2019, 359–368.
- Schanze, E., Legalism, Economism, and Professional Attitudes Toward Institutional Design, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149, 1993, 122–140.
- Schanze, E., Linking extra-legal codes to law: the role of international standards and other off-the-rack regimes, in: Law, Economics and Evolutionary Theory (Zumbansen und Calliess, eds.), 2011, 335–352.
- Schanze, E., Regulation by Consensus. The Practice of International Investment Agreements, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 144, 1988, 152–171.
- Schanze, E., Symbiotic Arrangements, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, (Newman, ed.) vol 3, 1998, 554–559.
- Schanze, E., What is Law and Economics Today? A European View, in: *New Frontiers of Law and Economics*, (Nobel ed.), 2006, 99–113.
- Schanze, H., Erfindung der Romantik, 2019.
- Wieacker, F., *Privatechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.A., 1967.
- Wilhelm, W., Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958.
- Windscheid, B., Kipp, T., *Lehrbuch des Pandektenrechts* in 3 Bänden, 9. A., 1906.
- Wolf, E., *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. A., 1963.
- Zimmermann, R., Savignys Vermächtnis: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer europäischen Rechtswissenschaft, *Juristische Blätter*, 1998, 273–293.
- Zschüschen, F. v., Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten nach dem Vortrage des Staatsraths v. Savigny 1818–1822, Ms. 55, Univ.-Bibliothek Mainz.
- Zweigert, K., Kötz, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. A., 1996.

