

Anwaltliche Rechtsfortbildung am Beispiel von Venture Capital-Finanzierungen

Torsten Kindt*

Der Beitrag beleuchtet die in der wissenschaftlichen Diskussion bislang weitgehend unbeachtete Rolle von Rechtsanwälten im Rechtsfortbildungsprozess. Er zeigt am Beispiel von Venture Capital-Finanzierungen, dass Rechtsfortbildungen sich jedenfalls in spezialisierten Bereichen des privaten Wirtschaftsrechts im Wesentlichen innerhalb der Anwaltspraxis vollziehen, während staatliche Akteure allenfalls punktuell eingreifen.

„Indeed, the process proves that the lawyer, by the competent practice of his profession, is also truly a lawmaker.“¹

Edward D. Re

I. Einleitung

Rechtsanwälte² stellen mit aktuell über 166.000 Berufsträgern³ die mit Abstand größte juristische Berufsgruppe in Deutschland dar.⁴ Als Gegenstand der akademischen Rechtswissenschaft fristen sie jedoch ein Schattendasein. Zwar begannen ab den 1990er Jahren viele Fakultäten, das traditionell auf den Richter zugeschnittene Ausbildungsprogramm um anwaltsorientierte

* Dr. jur., LL.M. (Stanford), Akademischer Rat auf Zeit und Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Mannheim. Dank für wertvolle Anmerkungen gebührt *Jasper Kunstreich, Susanne Paas, Moritz Renner, Philipp Schlüter, Antonia Sommerfeld, Leonard Stüttgen* und *Johannes Weigl*.

1 *E. Re*, *The Lawyer as a Lawmaker*, *American Bar Association Journal* 52 (1966), 159 (160).

2 Zur besseren Lesbarkeit wird für Personenbezeichnungen, soweit geschlechtsneutrale Formulierungen nicht möglich sind, das generische Maskulinum verwendet; gemeint sind stets alle Geschlechter.

3 Siehe die Statistiken der Bundesrechtsanwaltskammer unter <https://www.brak.de/press-e/zahlen-und-statistiken/statistiken/> (abgerufen am 5.1.2026).

4 Vgl. zur Entwicklung *C. Wolf*, *Recht durch Rechtsanwälte*, in: Bundesrechtsanwaltskammer (Hrsg.), *4. Zivilprozessrechts-Symposium*, München 2008, S. 1 (1 ff.).

Lehrangebote zu ergänzen⁵ und wurde in den 2000ern die „Anwaltsklausur“ als Prüfungsform eingeführt.⁶ Gleichwohl erleben die meisten Studierenden das anwaltliche Berufsfeld – außerhalb etwaiger Praktika – als Randerscheinung.

Noch größer als in der Lehre erscheint die Kluft zwischen anwaltlich dominierter Praxis und akademischer Rechtswissenschaft in der Forschung. Nur wenige juristische Fakultäten unterhalten Lehrstühle oder Institute mit anwaltsrechtlichem Schwerpunkt,⁷ und auch im wissenschaftlichen Schrifttum bildet die Beschäftigung mit Anwälten die Ausnahme.⁸ Das dürfte nicht zuletzt mit dem im deutschsprachigen Raum historisch gewachsenen Verständnis von Rechtswissenschaft als zuvörderst Rechtsdogmatik und Rechtsdogmatik wiederum als „objektiver“ Wissenschaft zusammenhängen,⁹ in der die aus anwaltlicher Perspektive im Mittelpunkt stehende Interessenvertretung nichts verloren habe.¹⁰ Insoweit konsequent beschränkt sich der Bezug der akademischen Rechtswissenschaft zur Praxis im Wesentlichen auf den – dafür umso intensiveren – Dialog mit der Rechtsprechung sowie die kommentierende Begleitung der Gesetzgebung.

5 Dazu G. Haverkate, Forum: Anwaltsorientierte Juristenausbildung, JuS 1996, 478 (481 f.); R. Zavar, Neuere Entwicklungen zu einer Methodenlehre der Vertragsgestaltung, JuS 1992, 134 (135).

6 Dies spiegelte sich auch in der Ausbildungsliteratur; statt vieler C. Teichmann, Vertragsgestaltung durch den Rechtsanwalt – Grundzüge einer Methodik der zivilrechtlichen Fallbearbeitung, JuS 2001, 870, 973, 1078, 1181, JuS 2002, 40.

7 Sichtbarste Ausnahmen sind die Universitäten Hannover (<https://www.ipa.uni-hannover.de/de/>) und Köln (<https://anwaltsrecht.uni-koeln.de/>); jeweils abgerufen am 5.1.2026); zu letzterer U. Schellenberger, Der „Leuchtturm“ im Anwaltsrecht – das Kölner Institut wird 30, AnwBl 2019, 345.

8 Siehe zuletzt allerdings die Habilitationsschriften K. Brei, Interessenwahrnehmung in der anwaltlichen Vertragsgestaltung, Berlin 2024; A. Kaulbach, Strukturen und Richtlinien professioneller Vertragsgestaltung, Baden-Baden 2024.

9 J. Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1979, S. 70 ff.; vgl. auch D. Damler, Kautelarjurisprudenz, in: A. Cordes u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band II, 2. Aufl., Berlin 2012, S. 1693 (1693 f.); H. Fleischer, Kautelarpraxis und Privatrecht: Grundfragen und gesellschaftsrechtliche Illustrationen, RabelsZ 82 (2018), 239 (244).

10 Vgl. M. Kahlo, Wozu heute Rechtswissenschaft lehren und studieren?, in: E. Graul/G. Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, Berlin 2002, S. 583 (602 f., 615 ff.); kritisch C. Berger, Zum wissenschaftlichen Anspruch anwaltsorientierter Lehrinhalte, BRAK-Mitt. 2005, 169 (169 f.); differenzierend Haverkate, Juristenausbildung (Fn. 5), 479.

Problematisch an dieser akademischen Perspektivenbegrenzung ist nicht nur, dass sie angehende Anwälte möglicherweise unzureichend auf die Anforderungen ihrer künftigen Berufstätigkeit vorbereitet.¹¹ Problematisch ist auch, dass sie Teile der Rechtswirklichkeit als Erkenntnisgegenstand ausklammert. Speziell im privaten Wirtschaftsrecht spielt sich das gelebte Recht heute in vielen Bereichen überwiegend im Mikrokosmos einer hochspezialisierten Anwaltschaft ab und kann die faktische Bedeutung der Anwaltspraxis für die Rechtsentwicklung kaum überschätzt werden.¹²

Der Beitrag greift die damit umrissene Leerstelle im wissenschaftlichen Schrifttum auf und beleuchtet im Besonderen die Rolle von Anwälten in der Rechtsfortbildung. Er vertritt die These, dass Rechtsfortbildung entgegen herkömmlicher Ansicht kein Monopol der Rechtsprechung ist, sondern sich auch und gerade in der anwaltlichen Praxis vollzieht.

Dazu geht der Beitrag wie folgt vor: Im ersten Schritt wird der Begriff der Rechtsfortbildung präzisiert und werden die herkömmlichen Rollenzuschreibungen im Rechtsfortbildungsprozess umrissen (unten II.). Im zweiten Schritt werden diese Zuschreibungen am Beispiel von Venture Capital-Finanzierungen einem Praxistest unterzogen (unten III.). Im dritten Schritt werden dessen Ergebnisse in eine Theorie der (auch) anwaltlichen Rechtsfortbildung überführt (unten IV.). Abschließend erfolgt ein Ausblick (unten V.).

II. Paradigmen der Rechtsfortbildung

Ein Beitrag, der den schillernden Begriff der Rechtsfortbildung im Titel trägt, hat diesen Begriff zunächst zu definieren (unten 1.). Sodann kann auf die herkömmlichen Rollenzuschreibungen im Rechtsfortbildungsprozess eingegangen werden (unten 2.).

11 Zu diesen Bedenken schon *Zawar*, Vertragsgestaltung (Fn. 5), 135.

12 Am Bsp. des Unternehmenskaufs *K. Hopt*, M&A, Due Diligence und Kautelarpraxis, ZHR 186 (2022), 7 (10 ff.); *S. Korch*, Unternehmenskaufverträge, Tübingen 2024, S. 623 ff.

1. Begriff

Für den Begriff der Rechtsfortbildung besteht keine allgemein akzeptierte Definition.¹³ Gemeinsamer Ausgangspunkt aller Definitionsversuche ist jedoch die Erkenntnis, dass das Gesetzesrecht einer Rechtsordnung weder eindeutigen noch abschließenden Charakter hat.¹⁴ Die Rolle des Rechtsanwenders könne folglich nicht auf die eines bloß gesetzsvollziehenden „bouche de la loi“ reduziert werden,¹⁵ sondern umfasse notwendigerweise auch schöpferische Elemente. Das Spezifikum der Rechtsfortbildung wird dann verbreitet darin gesehen, dass diese schöpferischen Elemente sich nicht auf die Auslegung des Gesetzes beschränken, sondern dessen Wortlautgrenzen überschreiten.¹⁶

An diesem Ansatz erscheint freilich problematisch, dass sich die Grenzen eines Wortlauts kaum präzise bestimmen lassen.¹⁷ Wie die Sprachwissenschaft lehrt, haben Worte als sprachliche Zeichen keine objektiv feststehende Bedeutung, sondern entwickeln sie sich mit jedem Sprachgebrauch fort.¹⁸ Überträgt man diese Erkenntnisse auf die Rechtssprache, erweist sich eine eindeutige Unterscheidung zwischen bloß „rekonstruierender“ Rechtsauslegung und „konstruierender“ Rechtsfortbildung als *de facto* unmöglich.¹⁹

Vor diesem Hintergrund erscheint es zielführender, den Begriff der Rechtsfortbildung in einem weiteren Sinne zu verstehen, der sich nicht

13 Im Überblick *N. Benz*, Symbiotische Gesellschaftsrechtsentwicklung, Tübingen 2024, S. 13 ff.

14 Vgl. etwa *F. Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe 1958, S. 3 ff.; siehe auch BVerfGE 34, 269 (287). Zur positivismuskritischen Haltung *Wieackers* und ihrem zeitgeschichtlichen Kontext *V. Winkler*, Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft, Hamburg 2014, S. 356 ff., 446 ff.

15 Angelehnt an *C. Montesquieu*, De l'esprit des lois, Tome 1, Paris 1777, Livre XI, Chapitre VI, S. 327, der diese Metapher allerdings auf Laienrichter an englischen Gerichten bezog.

16 *J. Wenzel*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, NJW 2008, 345 (346); klassisch, wenngleich differenziert, *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 1991, S. 366 ff.

17 Vgl. *F. Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, Tübingen 2010, S. 23 f.

18 Eingehend *S. Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, Weilerswist 2012, S. 28 ff., 43 ff., 125 ff. m.w.N.

19 Grundlegend *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a. M. 1970, S. 174 ff.; *J. Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., Tübingen 1990, S. 253 ff.; mit Bsp. *Maultzsch*, Normbildung (Fn. 17), S. 25.

über eine kategorische Abgrenzung zur Rechtsauslegung definiert, sondern schöpferische Auslegungsleistungen einbezieht.²⁰ Entscheidendes Kriterium für eine Rechtsfortbildung ist nach diesem Verständnis allein ihre *konstitutiv-normative Wirkung*: Dem geltenden Recht muss – ohne dass dafür über ein förmliches Rechtssetzungsverfahren Änderungen des Gesetztexts erfolgen – eine über seinen unter Rechtsanwendern bisher konsentierten Bedeutungsgehalt hinausgehende Aussage hinzugefügt werden (*konstitutives Element*), die über den anlassgebenden Einzelfall hinausreichende Geltung auch für gleichgelagerte Lebenssachverhalte erlangt (*normatives Element*).²¹

2. Akteure

Geht man mit der in der deutschen Rechtswissenschaft vorherrschenden Ansicht von einem Rechtssetzungsmonopol des Staates aus,²² liegt es nahe, auch die Rechtsfortbildung allein als Aufgabe staatlicher Institutionen anzusehen. Im Mittelpunkt der bisherigen wissenschaftlichen Auseinandersetzung steht dabei die Judikative (unten a)). Daneben wirken jedoch auch die Legislative (unten b)) und die Exekutive (unten c)) an der Rechtsfortbildung mit. Anwälte bleiben demgegenüber meist unerwähnt (unten d)).

a) Judikative

Die zentrale Rolle im Rechtsfortbildungsprozess, wenn nicht gar ein Monopol zur Rechtsfortbildung, wird der Judikative zugeschrieben.²³ Dass Gerichte Recht nicht nur anwenden, sondern auch selbst schaffen, wird heute selbst für Rechtsordnungen des Civil Law-Rechtskreises nicht mehr ernstlich bezweifelt.

20 Vgl. *Wieacker*, Richterkunst (Fn. 14), S. 7, nach dem jedes „gesetzesanwendende“ Urteil zugleich ein Stück „punktueller Rechtsfortbildung“ ist; ähnlich *C. Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Tübingen 1995, S. 145 f.

21 Vgl. *Maultzsch*, Normbildung (Fn. 17), S. 26.

22 Repräsentativ *P. Kirchhof*, Die Staatenvielfalt – ein Wesensgehalt Europas, in: J. Hengstschläger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Schambeck, Berlin 1994, S. 947 (951).

23 Vgl. etwa *R. Fischer*, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe 1971.

Auch ohne das Bestehen einer formalen Präjudizienbindung gehen von Gerichtsurteilen über den Einzelfall hinausreichende normativ-faktische Wirkungen aus, die für die Behandlung gleichgelagerter Sachverhalte in nachfolgenden Verfahren Bedeutung erlangen.²⁴ Jedes Gericht muss vorangegangene Entscheidungen – zumal wenn sie von Höchstgerichten stammen – in seiner Argumentation berücksichtigen, und gerade in den unteren Gerichtsinstanzen besteht ein Anreiz, den Ausführungen höherinstanzlicher Entscheidungen schon deshalb zu folgen, weil andernfalls das eigene Urteil im Rechtsmittelverfahren aufgehoben zu werden droht.²⁵ Auch in der Kautelarpraxis werden Gerichtsentscheidungen rezipiert, etwa im Rahmen der Vertragsgestaltung.²⁶

Die grundsätzliche Zulässigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung hat mittlerweile auch der Gesetzgeber anerkannt und im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit in § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO für die Revisions- sowie in § 511 Abs. 4 Nr. 1 ZPO für die Berufungsinstanz verankert.²⁷ Im Fokus der Debatte steht heute denn auch weniger die Tatsache der richterlichen Rechtsfortbildung als die Frage nach ihren verfassungsrechtlichen Grenzen – insbesondere mit Blick auf die Kompetenzabgrenzung zur Legislative.²⁸

b) Legislative

Die Nennung der Legislative als Akteur der Rechtsfortbildung mag *prima facie* verwundern. Man könnte ja meinen, dass die Legislative als diejenige Staatsgewalt, der das verfassungsrechtliche Primat zur förmlichen *Rechtsset-*

24 Vgl. etwa M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 243 ff.; P. Lames, *Rechtsfortbildung als Prozeßzweck*, Tübingen 1992, S. 19 ff.

25 Vgl. R. Alexy/R. Dreier, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, in: N. McCormick/R. Summers (Hrsg.), *Interpreting Precedents*, Aldershot u.a.: Ashgate 1997, S. 17 (27 ff.); Larenz, *Methodenlehre* (Fn. 16), S. 429 f.; Maultzsch, *Normbildung* (Fn. 17), S. 30 f.

26 Alexy/Dreier, *Precedent* (Fn. 25), S. 27; Kaulbach, *Vertragsgestaltung* (Fn. 8), S. 328 f.

27 P. Mühlert, *Einheit der Methodenlehre? Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich*, AcP 214 (2014), 188 (194); rechtsgebietsübergreifend Hergenröder, *Rechtsfortbildung* (Fn. 20), S. 65 ff.

28 Etwa BVerfGE 122, 248 (282 ff.); dazu C. Möllers, *Nachvollzug ohne Maßstabildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, JZ 2009, 668; B. Rüthers, *Trendwende im BVerfG? Über die Grenzen des „Richterstaates“*, NJW 2009, 1461. Monographisch statt vieler J. Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, Berlin 1975.

zung zukommt, an der *per definitionem* außerhalb des förmlichen Rechtsetzungsverfahrens stattfindenden *Rechtsfortbildung* gerade nicht beteiligt ist. Eine solche Sichtweise impliziert jedoch, dass sich Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung klar voneinander abgrenzen lassen.²⁹ Tatsächlich sind die Übergänge zwischen beiden aber fließend und stehen die Vorgänge der Rechtssetzung und -fortbildung deshalb in enger Wechselwirkung.

Das erhellt die Bedeutung des Gesetzgebers für die Rechtsfortbildung. Einerseits schafft er die gesetzestextlichen Grundlagen, die – unbewusst oder gar gewollt – Anlass für künftige Rechtsfortbildungen durch andere Akteure geben.³⁰ Andererseits stellt seine Entscheidung, neue Gesetze zu erlassen oder bestehende Gesetze trotz gewandelter Verhältnisse beizubehalten, stets auch eine – gegebenenfalls affirmative, gegebenenfalls korrektive – Reaktion auf die Rechtslage dar, die sich auf Grundlage des bisherigen Gesetzesbestands durch zwischenzeitliche Rechtsfortbildungen entwickelt hat.³¹

c) Exekutive

Die Exekutive wirkt ebenfalls an der Rechtsfortbildung mit. Zum einen nähert sich ihre Rolle mit Blick auf die tatsächlichen Gegebenheiten des Gesetzgebungsverfahrens derjenigen der Legislative an. Denn trotz des verfassungsrechtlichen Primats der Legislativorgane zur formellen Rechtssetzung ist es in der Praxis regelmäßig die Regierung einschließlich der ihr nachgeordneten Ministerialbürokratie, die neue Gesetzgebungsvorhaben initiiert und die wesentlichen inhaltlichen Festlegungen für diese trifft.³² Gerade in hochspezialisierten Rechtsgebieten wie dem Gesellschaftsrecht lassen sich im Regelfall sogar einzelne Ministerien und innerhalb dieser

29 Vergleichbar dem im englischen Schrifttum lange verbreiteten „oil and water approach“ zum Verhältnis von common law und statute law; kritisch dazu *J. Beatson*, *Has the Common Law a Future?*, *Cambridge Law Journal* 56 (1997), 291 (300 f., 308, 310, 312).

30 Vgl. *A. Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, Tübingen 2016, S. 678; am Bsp. des Gesellschaftsrechts *Benz*, *Gesellschaftsrechtsentwicklung* (Fn. 13), S. 188 ff.

31 Vgl. am Bsp. des Gesellschaftsrechts *Benz*, *Gesellschaftsrechtsentwicklung* (Fn. 13), S. 228 ff.; *H. Fleischer/F. Wedemann*, *Kodifikation und Derogation von Richterrecht*, *AcP* 209 (2009), 597 (598 ff.).

32 *H. Schultze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, Berlin 1988, S. 285 ff.; *A. von Bogdandy*, *Gubernative Rechtssetzung*, Tübingen 2000, S. 56 ff.

einschlägige Fachreferate und -referenten als geistige Schöpfer konkreter Gesetzgebungsvorhaben ausmachen.³³

Zum anderen bildet die Exekutive das Recht gebietspezifisch mittels untergesetzlicher Handlungsformen fort. Augenfälligstes Beispiel ist das Steuerrecht, in dem grundsätzlich nur als interne Weisungen zu qualifizierende Erlasse und Verwaltungsvorschriften der Finanzbehörden die Auslegung und Anwendung von Steuergesetzen *de facto* auch im Außenverhältnis zum Steuerpflichtigen maßgeblich beeinflussen.³⁴

d) Rechtsanwälte?

Im Gegensatz zu diesen drei Staatsgewalten kommen Rechtsanwälte in der wissenschaftlichen Diskussion zur Rechtsfortbildung bisher kaum vor.

Aus einer formalrechtlichen Perspektive lässt sich dieser Befund un schwer erklären. Rechtsanwälte werden zwar von der deutschen Rechtsordnung nicht allein als private Interessenvertreter, sondern auch als „Organe der Rechtspflege“ definiert (§ 1 BRAO). Ihrer Tätigkeit wird also auch eine öffentliche Funktion zugeschrieben.³⁵ Diese erschöpft sich aber nach verbreiteter Lesart darin, den Bürgern rechtliches Gehör und Zugang zu Gericht zu verschaffen, sie vor Rechtsverlusten zu bewahren sowie für prozessuale Waffengleichheit zu sorgen.³⁶ Die Rechtsfindung als solche –

33 Vgl. *H. Fleischer*, Gesellschaftsrechts-Honoratioren, in: *H. Vogt/H. Fleischer/S. Kals* (Hrsg.), *Protagonisten im Gesellschaftsrecht*, Tübingen 2020, S.1 (6 f., 18 f.); *H. Fleischer/C. Lemke*, Im Maschinenraum des Gesellschaftsrechts-Gesetzgebers, *NZG* 2024, 371 (371 ff., 379); *J. Thiessen*, *Appetitus Socialis Berolinensis*, *Rg* 25 (2017), 36 (61 ff.).

34 Zu Implikationen für das Gesellschaftsrecht *B. Knobbe-Keuk*, *Das Steuerrecht – eine unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts?*, Köln 1986; für das Schuldvertragsrecht am Bsp. des Finanzierungsleasings *M. Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Band I, München 1991, S. 44 ff.

35 Zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift *M. Kilian*, *Der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege – eine Spurensuche*, *DStR-Beih* 2019, 38; *C. Wolf*, in: *R. Gaier/C. Wolf/S. Göcken* (Hrsg.), *Anwaltliches Berufsrecht*, 3. Aufl., Köln 2020, § 1 BRAO Rn. 3 ff.

36 Vgl. *S. Caspers*, *Grundlegendes zur beruflichen Stellung des Rechtsanwalts, den ihn treffenden Berufspflichten und Rechtsfolgen bei diesbezüglichen Verstößen*, *ZAP* 2024, 331 (333); *R. Gaier*, *Berufsrechtliche Perspektiven der Anwaltstätigkeit unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten*, *BRAK-Mitt.* 2006, 2 (2 f.); *K. Stern*, *Anwaltschaft und Verfassungsstaat*, München 1980, S. 6.

und mit ihr die Rechtsfortbildung – bleibe hingegen Sache der Gerichte.³⁷ Nach einer weitergehenden Auffassung soll sich die Organstellung des Rechtsanwalts zwar auch auf außergerichtliche Aufgaben, insbesondere die vorsorgende Rechtsberatung beziehen.³⁸ Auch Vertreter dieser Ansicht gehen aber nicht so weit, aus der Organstellung ein Mandat oder auch nur eine Legitimation zur Mitwirkung an der Rechtsfortbildung oder gar der formellen Rechtssetzung abzuleiten.³⁹

Unter Autoren, die sich von einer formalen Betrachtungsweise lösen und stärker der tatsächlichen Rechtspraxis zuwenden, wird zwar durchaus ein Zusammenhang zwischen Anwaltstätigkeit und Rechtsfortbildung hergestellt – etwa mit Blick auf moderne Vertragstypen wie das Finanzierungsleasing. Anwaltliche Gestaltungen werden dabei aber als der Rechtsfortbildung lediglich vorgelagerter empirisch-realer „Wildwuchs“ klassifiziert, der erst durch das Aufgreifen durch die Rechtsprechung – und gegebenenfalls den Gesetzgeber – zu Recht „transzendiert“ werden könne.⁴⁰

III. Rechtsfortbildung *in praxi*: Das Recht der Venture Capital-Finanzierungen

Inwieweit diese Paradigmen die Wirklichkeit des privaten Wirtschaftsrechts widerspiegeln, wird im Folgenden am Beispiel von Venture Capital-Finanzierungen hinterfragt. Zunächst werden hierzu Begriff und Interessenlage von Venture Capital-Finanzierungen erläutert (unten 1.). Sodann wird auf typische rechtliche Ausgestaltungen dieser Finanzierungen eingegangen (unten 2.). Schließlich wird nachvollzogen, wie sich diese Ausgestaltungen entwickelt haben und welche Rolle hierbei Rechtsanwältinnen einerseits (unten 3.), staatlichen Akteuren andererseits (unten 4.) zukam.

37 Vgl. BVerfG NJW-RR 1993, 383; BVerfG WM 1999, 383; EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, Rn. 51/53; a. A. C. Wolf, Freiheit des Rechtsanwalts – Grundrecht des rechtlichen Gehörs, in: F. Hufen (Hrsg.), Festschrift für Hans-Peter Schneider, Baden-Baden 2008, S. 414 (421 ff.); Wolf (Fn. 35), § 1 BRAO Rn. 17 ff.

38 K. Redeker, Freiheit der Advokatur – heute, NJW 1987, 2610 (2612 f.); E. Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., Köln/München 2007, § 31 Rn. 588.

39 Letzteres spiegelt sich auch an der kritischen Diskussion zum „Gesetzgebungsoutsourcing“ auf Kanzleien wider; etwa M. Kloepfer, Gesetzgebungsoutsourcing – Die Erstellung von Gesetzentwürfen durch Rechtsanwälte, NJW 2011, 131 (132 f.); J. Krüper, Lawfirm – legibus solutus?, JZ 2010, 655 (658 ff.).

40 Zum Ganzen vgl. M. Martinek, Moderne Vertragstypen, Band III, München 1993, S. 357, 364; B. Sefrin, Die Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, Kehl/Straßburg/Arlington 1993, S. 105 ff.

1. Begriff und Interessenlage

Venture Capital-Finanzierungen sind eine Form der Unternehmensfinanzierung, die sich auf technologiegetriebene Start-ups mit hohem Wachstumspotenzial konzentriert.⁴¹ Als „Venture“, also Wagnis, gilt die Investition deshalb, weil die Erfolgsaussichten ungewiss sind und bei erheblichem Kapitalbedarf meist keine Sicherheiten gestellt werden können, sodass bei Scheitern des Unternehmens ein Totalverlust droht.⁴² Kapitalgeber sind deshalb regelmäßig spezialisierte Finanzierer, die ausschließlich in entsprechend wachstumsträchtige Unternehmen investieren und das Risiko einzelner Totalverluste in Anbetracht der Aussicht auf überproportionale Gewinne im Erfolgsfall in Kauf nehmen.⁴³

Die Interessenlage unterscheidet sich hierbei grundlegend von traditionellen Unternehmensfinanzierungen. Die Gründer benötigen günstiges Kapital, können aber meist keine Sicherheiten stellen und wollen die Kontrolle über das Unternehmen behalten. Die Kapitalgeber wollen demgegenüber in überschaubarer Zeit eine hohe Rendite erzielen und sicherstellen, dass das zur Verfügung gestellte Kapital zielgerichtet eingesetzt wird.⁴⁴

2. Typische rechtliche Ausgestaltungen

Dieser Interessenlage werden herkömmliche Finanzierungsformen nicht gerecht. Eine Eigenkapitalfinanzierung durch Aufnahme der Investoren als gleichberechtigte Gesellschafter würde die Einflussposition der Gründer im Unternehmen untergraben und die Ausrichtung der Investoren auf nur vorübergehende Beteiligungen mit komplikationsfreien „Exit“-Optionen erschweren. Eine Fremdkapitalfinanzierung, etwa in Form eines klassischen Darlehens, scheidet dagegen am Fehlen von Sicherheiten und eines

41 Vgl. *M. Suchman/M. Cahill*, *The Hired Gun as Facilitator*, *Law & Social Inquiry* 21 (1996), 679 (685 ff.); *T. Kuntz*, *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, Tübingen 2016, S. 11.

42 Vgl. *R. Antonczyk/W. Breuer/K. Mark*, *Venture Capital-Verträge als Anreizsteuerungsinstrumente*, *FB* 2008, 225 (226); *J. Coyle/J. Green*, *Contractual Innovation in Venture Capital*, *Hastings Law Journal* 66 (2014), 133 (147); *Suchman/Cahill*, *Facilitator* (Fn. 41), 685 f.

43 *W. Weitnauer*, *Handbuch Venture Capital*, 7. Aufl., München 2022, Teil A. Rn. 6 ff., 51 f. Zu weiteren möglichen Investoren *M. Schaper*, *Venture Capital in der Vertragsgestaltung*, *ZGR* 2024, 509 (511).

44 Zum Ganzen *Kuntz*, *Kapitalgesellschaften* (Fn. 41), S. 44 ff.

vorhersehbaren Cash-Flows, der regelmäßige Zins- und Tilgungszahlungen ermöglichen würde.

In der Venture Capital-Praxis haben sich deshalb hybride Finanzierungsformen durchgesetzt, die Elemente der Eigen- und der Fremdkapitalfinanzierung kombinieren.⁴⁵ Prominentes Beispiel sind wandelbare Vorzugsanteile, d. h. Gesellschaftsanteile, die neben die Stammanteile der Gründer treten, diesen gegenüber bei Dividendenausschüttungen und im Liquidationsfall bevorrechtigt werden, im Gegenzug aber nur eingeschränkte Stimmrechte gewähren.⁴⁶ Die nähere Ausgestaltung dieser Beteiligungsformen erfolgt in einer umfangreichen Dokumentation, die im Kern aus einer Beteiligungs- und einer Gesellschaftervereinbarung besteht.⁴⁷ Sie enthält regelmäßig ein ganzes Arsenal Venture Capital-spezifischer Klauseln, darunter Anti-Dilution- und Vesting-Klauseln.⁴⁸

Anti-Dilution-Klauseln beziehen sich auf das bei Venture Capital übliche Vorgehen, dass die Kapitalvergabe auf mehrere, zeitlich gestaffelte Finanzierungsrunden verteilt wird.⁴⁹ Dadurch sollen einerseits Informationsasymmetrien zwischen Kapitalgebern und Gründern ausgeglichen, andererseits Anreize für Letztere gesetzt werden, sich dem Erreichen vereinbarter „Milestones“ zu widmen.⁵⁰ Treten in einer späteren Finanzierungsrunde neue Investoren hinzu und können diese infolge einer zwischenzeitlich gesunkenen Unternehmensbewertung Anteile zu einem niedrigeren Preis erwerben („Down Round“), sehen Anti-Dilution-Klauseln Mechanismen vor, um auch die ursprünglichen Kapitalgeber so zu stellen, als hätten sie ihre Anteile

45 Im Überblick *M. Lehmann*, Finanzinstrumente, Tübingen 2009, S. 141 ff., 328 ff.

46 Vgl. *Coyle/Green*, Innovation (Fn. 42), 149 ff.; *T. Baums/M. Möller*, Venture Capital: US-amerikanisches Modell und deutsches Aktienrecht, in: *T. Baums/K. Hopt/N. Horn* (Hrsg.), Liber Amicorum Richard M. Buxbaum, London/Den Haag/Boston: Kluwer Law International 2000, S. 33 (41 ff.).

47 *Schaper*, Vertragsgestaltung (Fn. 43), 513; *M. Schatz*, Ausgewählte Rechtsfragen der Venture-Capital-Finanzierung in der Aktiengesellschaft, in: *B. Grundwald/J. Koch/J. Tielmann* (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Vetter, Köln 2019, S. 681.

48 Vgl. *Schaper*, Vertragsgestaltung (Fn. 43), 512 f.; *Schatz*, Finanzierung (Fn. 47), S. 681.

49 *C. Brehm*, Das Venture-Capital-Vertragswerk, Wiesbaden 2012, S. 128 ff.; *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 121 ff. Bsp. bei *S. Bank/P. Möllmann*, Venture Capital Agreements in Germany, München 2017, S. 214 ff.

50 *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 122 ff.

le zum günstigeren Preis erworben – etwa durch Einräumung einseitiger Bezugsrechte auf neu geschaffene Anteile.⁵¹

Vesting-Klauseln zielen demgegenüber auf eine Bindung der Gründer an das Unternehmen. Sie sehen zu diesem Zweck vor, dass die Gründer ihre Unternehmensbeteiligung ganz oder teilweise verlieren, wenn sie ihre Tätigkeit für das Unternehmen vorzeitig aufgeben.⁵² Umgesetzt wird dies durch Call-Optionen oder Einziehungsrechte der Investoren, die typischerweise mit fortschreitendem Zeitverlauf eingeschränkt werden.⁵³

Neben Anti-Dilution- und Vesting-Klauseln bestehen zahlreiche weitere Klauseltypen, die zwar im Einzelfall auf die Bedürfnisse der Parteien abgestimmt werden, sich aber in nahezu jeder Venture Capital-Finanzierungsvereinbarung finden und den Akteuren der Branche als gemeinsame Verhandlungsgrundlage dienen.⁵⁴

3. Genese in der Anwaltspraxis

Die Ursprünge dieser Vertragsgestaltungen lassen sich auf einige Anwaltskanzleien im Silicon Valley zurückverfolgen, das sich ab den 1970er Jahren zum Zentrum der Computerindustrie entwickelte. Kanzleien wie *Wilson Sonsini* richteten ihre Beratung gezielt auf Gründer und neu entstehende Venture Capital-Finanzierer wie *Sequoia Capital* aus. Die im Wege des „trial and error“ erprobten Finanzierungsgestaltungen etablierten sich zunächst innerhalb der eng vernetzten örtlichen Community,⁵⁵ verbreiteten sich mit der Expansion der Geschäftsmodelle des Silicon Valley aber auch national und international.

51 *Brehm*, Vertragswerk (Fn. 49), S. 129 ff.; *M. Spitz*, Investmentschutz vor niedrigeren Bewertungen in Folgefinanzierungsrunden durch Verwässerungsschutzklauseln, GWR 2020, 316 (316 ff.).

52 *F. Ockert*, Die langfristige Bindung von Gesellschaftern, Baden-Baden 2020, S. 307 ff.; *Weitnauer*, Venture Capital (Fn. 43), Rn. 220.

53 *Brehm*, Vertragswerk (Fn. 49), S. 140 ff.; *Weitnauer*, Venture Capital (Fn. 43), Rn. 221 ff.

54 Vgl. die Muster bei *Bank/Möllmann*, Venture Capital (Fn. 49).

55 *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 210 f.; *M. Suchman*, The Contract as Social Artifact, Law & Society Review 37 (2003), 91 (118).

Der ab den 1990er Jahren entstehende Venture Capital-Markt in Deutschland⁵⁶ orientierte sich ebenfalls an den US-Gestaltungen.⁵⁷ Sie ließen sich zwar nicht immer eins-zu-eins in den deutschen Rechtsrahmen überführen, wurden in diesem Fall aber durch funktional äquivalente Gestaltungen nachgebildet.⁵⁸ So sind etwa die beispielhaft genannten Anti-Dilution- und Vesting-Klauseln auf Ebene des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts nicht ohne weiteres möglich. Erstere können etwa an den strengen Anforderungen an einen Bezugsrechtsausschluss scheitern (vgl. § 186 AktG), letztere daran, dass Gesellschafter nur begrenzt zu Leistungen gezwungen werden können, die über die Erbringung ihrer Einlage hinausgehen (vgl. §§ 54, 55 AktG). In beiden Fällen behilft man sich aber mit schuldrechtlichen Nebenabreden, durch die sich die Gründer gegenüber den Investoren etwa für den Fall einer Down Round zum Verzicht auf die Ausübung ihrer gesellschaftsrechtlichen Bezugsrechte oder für den Fall eines vorzeitigen Ausscheidens zu Verkauf und Abtretung ihrer Gesellschaftsanteile unter Marktwert verpflichten.⁵⁹

Wie ihre US-Vorbilder wurden diese Gestaltungen in der Anwaltspraxis entwickelt, wobei sich der Prozess stets in ähnlichen Schritten vollzieht. Zunächst fließen für den Einzelfall entworfene Gestaltungen bei Bewährung in kanzeleiinterne Musterdokumente ein.⁶⁰ Dadurch werden sie Teil eines internen Wissenspools, der heute gerade in größeren Kanzleien professionell verwaltet wird.⁶¹ Dieser Wissenspool bildet die Grundlage für künftige Beratungen durch dieselbe Kanzlei⁶² und erleichtert zugleich die

56 *Baums/Möller*, Venture Capital (Fn. 46), S. 33; *Weitnauer*, Venture Capital (Fn. 43), Rn. 84 ff.

57 *Antonczyk/Breuer/Mark*, Verträge (Fn. 42), 226; *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 30, 41, 61 ff.; *Schatz*, Finanzierung (Fn. 47), S. 684.

58 *Schatz*, Finanzierung (Fn. 47), S. 684 ff. Allgemein zu Rechtstransfers *T. Goldbach*, Why Legal Transplants?, Annual Review of Law and Social Science 15 (2019), 583 (584 ff.).

59 Zum Ganzen *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 671 ff., 724 ff.

60 *Coyle/Green*, Innovation (Fn. 42), 142.

61 Dazu *P. Rawert*, Der Kautelarjurist als „Muster“-Schüler, in: M. Hoffmann-Becking/R. Ludwig (Hrsg.), Liber amicorum Wilhelm Happ, Köln/Berlin/München 2006, S. 231 (238); *P. Susskind*, Tomorrow's Lawyers, 3. Aufl., Oxford/New York: Oxford University Press 2023, S. 109 f.; *G. Triantis*, Improving Contract Quality: Modularity, Technology and Innovation in Contract Design, Stanford Journal of Law, Business & Finance 18 (2013), 177 (186); *M. Willamowski*, Wissensmanagement für Anwälte, AnwBl 2005, 297 (300).

62 *S. Korch*, Innovation und Standardisierung in der Vertragsgestaltung, AcP 224 (2024), 554 (563); *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 378; *Triantis*, Quality (Fn. 61), 186.

Einbindung weniger erfahrener Anwälte, welche die einschlägigen Gestaltungen nur noch auf den Einzelfall anpassen müssen.⁶³ Zugleich stellt er eine Ressource für Mandanten dar, die bestimmte Kanzleien oft gerade deshalb auswählen, weil sie von deren Erfahrungswissen profitieren wollen.⁶⁴

Je erfolgreicher eine wiederholt verwendete Gestaltung ihre Ziele aus Sicht der Mandanten und beteiligten Anwälte erreicht, desto eher wird sie von anderen Kanzleien aufgegriffen. Eine Verbreitung über Kanzleigrenzen hinweg geht insbesondere auf Erfahrungen in Vertragsverhandlungen zurück, kann aber auch durch Kanzleiwechsel einzelner Anwälte oder den Austausch auf Fachtagungen oder in der Fachliteratur befördert werden.⁶⁵ Mittel- und langfristig bilden sich auf Grundlage dieser diskursiven Prozesse innerhalb der Anwaltspraxis bestimmte Gestaltungsmodelle als kanzleiübergreifende Standards heraus, die den Ausgangs- und Orientierungspunkt für jede neue Einzelfallverhandlung gleichgelagerter Transaktionen bilden.⁶⁶

4. Nur punktuelles Aufgreifen durch Rechtsprechung und Gesetzgeber

Dass die Gestaltungsmodelle von Venture Capital-Finanzierungen in der Anwaltspraxis entwickelt wurden, besagt nicht, dass sie ein „law of its own“ begründen, das von staatlichen Akteuren der Rechtsordnung völlig unabhängig wäre. Tatsächlich sind Anwälte meist peinlich darauf bedacht, den zwingenden Rahmen des der jeweiligen Gestaltung zugrunde liegenden staatlichen Rechts einzuhalten, sodass einschlägige Vorgaben der Gesetzgebung und Rechtsprechung die Gestaltungspraxis durchaus beeinflussen.⁶⁷

Indes sind derartige staatliche Interventionen in spezialisierten Bereichen des Wirtschaftsrechts wie der Venture Capital-Finanzierung die Aus-

63 *E. de Fontenay*, Law Firm Selection and the Value of Transactional Lawyering, *Journal of Corporation Law* 41 (2015), 393 (397); *H. Merkt*, Anglo-Amerikanisierung der Vertragspraxis, in: S. Göthel (Hrsg.), *Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen*, 5. Aufl., Köln 2020, S. 173 (201).

64 *de Fontenay*, Selection (Fn. 63), 397, 405 ff.; *Susskind*, Lawyers (Fn. 61), S. 46.

65 Vgl. *Triantis*, Quality (Fn. 61), 187; *Willamowski*, Wissensmanagement (Fn. 61), 299 f. Zum fachlichen Austausch *R. Pöllath*, Woher kommen und wohin gehen die Wirtschaftsanwaltsfirmen in und aus Deutschland? in: *R. Pöllath/I. Saenger* (Hrsg.), *200 Jahre Wirtschaftsanwälte in Deutschland*, Baden-Baden 2009, S. 7 (21); *Rawert*, Kautelarjurist (Fn. 61), S. 237.

66 Vgl. *Kuntz*, Kapitalgesellschaften (Fn. 41), S. 363 ff.; *Schatz*, Finanzierung (Fn. 47), S. 684, 705.

67 Vgl. etwa *Schaper*, Vertragsgestaltung (Fn. 43), 513 ff.

nahme. Gezielt auf Venture Capital-Finanzierungen zugeschnittene gesetzliche Regelungen findet man jedenfalls im deutschen Privatrecht nicht,⁶⁸ und eine gerichtliche Kontrolle ist nur möglich, wenn die einschlägige Gestaltung überhaupt vor Gericht gebracht wird.⁶⁹ Das geschieht wiederum meist nur nach anwaltlicher Vorauswahl⁷⁰ und ist im Bereich der Venture Capital-Finanzierung selten.⁷¹ Viele der einschlägigen Gestaltungen wurden deshalb nie einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen und dürften dies auch in Zukunft nicht werden, solange sie aus Sicht der Beteiligten ausgewogen sind und ihren Zweck erfüllen.

IV. Theorie der (auch) anwaltlichen Rechtsfortbildung

Beschränkt man den Vorgang der Rechtsfortbildung mit der herkömmlichen Ansicht auf einen dialektischen Prozess zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung, gegebenenfalls ergänzt um die Exekutive, so müsste man das Recht der Venture Capital-Finanzierungen mangels Rezeption durch diese Akteure als bestenfalls fragmentarisch einstufen.

Tatsächlich ist aber das Gegenteil der Fall: Die Gestaltungsmodelle für Venture Capital-Finanzierungen und die an sie gestellten Erwartungen sind in der Praxis nicht weniger, sondern mit Blick auf ihre grenzüberschreitende Anschlussfähigkeit sogar in höherem Maße vereinheitlicht als in vielen stärker durch Rechtsprechung und Gesetzgebung überformten Bereichen des Wirtschaftslebens. Das dadurch erreichte Maß an Rechtssicherheit lässt sich ohne Berücksichtigung der über die Einzelfallgestaltung hinausgehenden systemischen Rolle von Rechtsanwälten nicht befriedigend erklären.

Um diese Rolle für die Theorie der Rechtsfortbildung fassbar zu machen, bietet sich das Modell der performativen Rechtserzeugung an (unten

68 Anders in Österreich; dazu *P. Bender*, Startup-Förderung zwischen Gesellschaftsrecht, Schuldrecht und Privatautonomie, ZGR 2025, 286 (287 ff.). Das zum 1.1.2024 in Deutschland in Kraft getretene ZuFinG (BGBl. I Nr. 354) adressiert durch steuerliche Erleichterungen für Mitarbeiterbeteiligungen, die Wiedereinführung von Mehrstimmrechtsaktien sowie vereinfachte Regeln für Börsenzugang und Kapitalerhöhungen zumindest die rechtlichen Rahmenbedingungen für Start-ups.

69 Siehe *K. Pistor*, The Rise of Autonomous Financial Power, in: B. Braun/K. Koddenbrock (Hrsg.), *Capital Claims: Power and Global Finance*, London: Routledge 2022, S. 251 (259); vgl. auch *K. Pistor*, *The Code of Capital*, Princeton/Oxford: Princeton University Press 2019, S. 19, 169.

70 Vgl. *Haverkate*, Juristenausbildung (Fn. 5), 480.

71 *Coyle/Green*, Innovation (Fn. 42), 180; *N. Ziegert*, Der Venture Capital-Beteiligungsvertrag (VCB), Berlin 2005, S. 27, 37, 213 f. Bsp. aus jüngerer Zeit KG NZG 2025, 173.

1.). Darauf aufbauend kann eine Neubestimmung des Verhältnisses von Rechtsanwälten zu den staatlichen Akteuren der Rechtsfortbildung erfolgen (unten 2.).

1. Performative Rechtserzeugung

Ausgangspunkt des Modells der performativen Rechtserzeugung ist die Beobachtung, dass jede Erzeugung von Recht im Medium der Sprache geschieht,⁷² und dass die Verwendung von Sprache nicht lediglich einen formalen Akt darstellt, der eine vorgängige Wirklichkeit abbildet, sondern auch schöpferische Qualität hat.⁷³ Jede Verwendung sprachlicher Zeichen verweist zwar auf den bisherigen Gebrauch des Zeichens, geht aber auch über diesen hinaus, weil sie das Zeichen mit einem neuen Kontext verbindet.⁷⁴ Diese Neuverbindung kann selbst eine über den Einzelfall hinausreichende performative Wirkung erlangen, wenn und soweit sie ihrerseits iteriert, also von künftigen Verwendungen desselben Zeichens in Bezug genommen und bestätigt wird.⁷⁵

Die Erzeugung von Recht – als besonderer Form von Sprache – lässt sich unter Zugrundelegung dieses sprachtheoretischen Modells wie folgt beschreiben: Kein rechtlicher Sprechakt steht in seiner Bedeutung objektiv fest und entfaltet allein deshalb über den Einzelfall hinausreichende Geltung, weil er von einer bestimmten Person oder in einem bestimmten Verfahren gesetzt wurde. Entscheidend ist vielmehr, dass er iteriert, d. h. von nachfolgenden rechtlichen Sprachakten zitiert, mit neuen Sachverhalten verknüpft und damit als geltend bestätigt und aktualisiert wird.⁷⁶ Rechtsnormativität entsteht in diesem Modell nicht schon durch die Sprecherposition der beteiligten Subjekte, sondern erst durch die tatsächliche Weiterverwendung einer normativen Aussage als Rechtsnorm.⁷⁷ Umgekehrt kann man es mit *Kelsen* formulieren: „Eine Norm, die nirgends und niemals angewendet und befolgt wird, d. h. eine Norm, die [...] nicht bis

72 Vgl. *F. Rodell*, *Woe Unto You, Lawyers!*, New York: Reynal & Hitchcock 1939, S. 6: „For the lawyer’s trade is a trade built entirely upon words.“

73 *Müller-Mall*, *Rechtserzeugung* (Fn. 18), S. 28 ff., 43 ff.

74 *Müller-Mall*, *Rechtserzeugung* (Fn. 18), S. 45 ff., 127 ff.

75 *Müller-Mall*, *Rechtserzeugung* (Fn. 18), S. 127 ff.

76 Vgl. *Müller-Mall*, *Rechtserzeugung* (Fn. 18), S. 261.

77 *Müller-Mall*, *Rechtserzeugung* (Fn. 18), S. 221.

zu einem gewissen Grade wirksam ist, wird nicht als gültige Rechtsnorm angesehen.“⁷⁸

Dieses Modell eignet sich einerseits zur theoretischen Erklärung der richterlichen Rechtsfortbildung. Es bricht nicht nur mit der Vorstellung, dass der Inhalt geschriebener Rechtssätze objektiv feststehe und nur noch nachvollzogen werden müsse. Es erhellt auch, warum manche richterlichen Entscheidungen mehr, andere weniger oder gar nicht zur Rechtsfortbildung beitragen – nämlich abhängig davon, inwieweit sie von künftigen rechtlichen Sprechakten iteriert werden.

Das Modell erlaubt es andererseits, jenseits der Dichotomie von Gesetzgeber und Rechtsprechung die Rolle von Anwälten im Rechtsfortbildungsprozess abzubilden. Auch sie nehmen am Rechtsdiskurs teil; sie „sprechen mit“, indem sie etwa im Rahmen von Vertragsgestaltungen oder in Schriftsätzen vorangegangene rechtliche Sprechakte in Bezug nehmen, auf neue Sachverhalte übertragen und gegebenenfalls um neue Aussagen erweitern, die ihrerseits performative Qualität erlangen können, soweit sie von künftigen rechtlichen Sprechakten in Bezug genommen und bestätigt werden.

Gewiss mag die Wahrscheinlichkeit einer solchen Iteration bei anwaltlichen Sprechakten schon mangels formalen öffentlichen Mandats geringer sein als bei Sprechakten des Gesetzgebers oder von Gerichten. Gewiss kann man auch argumentieren, dass die Möglichkeit von Anwälten, rechtliche Sprechakte etwa in einem Vertrag zu treffen, von der gesetzlichen Anerkennung privatrechtlicher Gestaltungsspielräume abhängt. Das ändert aber nichts daran, dass die hundert-, ja tausendfache Verwendung anwaltlich formulierter Rechtsaussagen normative Wirkungen haben kann, die über den Einfluss einzelner Gerichtsurteile noch hinausgehen.

Vor diesem Hintergrund drängt es sich auf, die Rechtswirklichkeit in Bereichen wie der Venture Capital-Finanzierung, die primär durch die Schaffung, fortlaufende Aktualisierung, oft auch grenzüberschreitende Angleichung anwaltlicher Gestaltungsmodelle geprägt wird, nicht mehr als bloß empirisch-realen „Wildwuchs“ abzutun, sondern als Ausweis einer systemischen Teilhabe von Anwälten an der Privatrechtsfortbildung zu deuten.

78 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 10.

2. Verhältnisbestimmung zu anderen Akteuren

In welchem Verhältnis steht die damit beschriebene Rolle von Rechtsanwälten in der Rechtsfortbildung zu derjenigen anderer Akteure, namentlich der Rechtsprechung und Gesetzgebung? Insoweit bietet es sich an, mit *Alexander Hellgardt* zwischen drei Funktionen des Privatrechts zu unterscheiden: einer Infrastruktur- (unten a)), einer Interessenausgleichs- (unten b)) und einer Regulierungsfunktion (unten c)).⁷⁹

a) Infrastrukturfunktion des Privatrechts

Die Infrastrukturfunktion des Privatrechts liegt darin, Handlungsformen zur Verfügung zu stellen, derer sich die Teilnehmer am Privatrechtsverkehr bedienen können, um ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu gestalten.⁸⁰ Dazu gehören etwa die Rechtsformen des Gesellschaftsrechts und die Vertragstypen des Schuldvertragsrechts, die für häufig vorkommende Transaktionsarten ein „off-the-rack regime“ bereitstellen, auf das private Parteien transaktionskostensparend zurückgreifen können.⁸¹

Auf dieser Funktion liegt der Schwerpunkt anwaltlicher Beiträge zur Rechtsfortbildung. Anwälte sind oft diejenigen Akteure des Rechtslebens, die als erste, und nicht selten als einzige, mit neuen gesellschaftlichen Bedürfnissen konfrontiert und nach rechtlichen Lösungen ersucht werden.⁸² Gerade in Bereichen wie der Venture Capital-Finanzierung haben sie beim Entwurf neuer Regelungsmodelle gegenüber staatlichen Akteuren aufgrund ihres höheren Spezialisierungsgrads Wissensvorsprünge und können sie passgenauere Gestaltungen entwerfen und inkrementell fortentwickeln.⁸³ Dadurch tragen sie entscheidend zur Herausbildung transaktions- und

79 *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 30), S. 56 ff.

80 *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 30), S. 56 f.

81 Vgl. etwa *F. Easterbrook/D. Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Mass./London: Harvard University Press 1991, S. 34; *Triantis*, *Quality* (Fn. 61), 198.

82 Vgl. *A. Pikalo*, Die Bedeutung und die Funktion der Gerechtigkeit in der Kautelarjurisprudenz, in: *W. Krawietz* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlin 1984, S. 155 (166).

83 Vgl. *Suchman/Cahill*, *Facilitator* (Fn. 41), 690 f.; siehe auch *S. Grundmann/F. Möslin*, *Vertragsrecht und Innovation – Gedanken zur Gesamtarchitektur*; in: *S. Grundmann/F. Möslin* (Hrsg.), *Innovation und Vertragsrecht*, Tübingen 2020, S. 3 (39); *Korch*, *Unternehmenskaufverträge* (Fn. 12), S. 131; *Triantis*, *Quality* (Fn. 61), 198 f.

branchenspezifischer Spezialrechte bei,⁸⁴ die zu den Infrastrukturleistungen des staatlichen Rechts nicht notwendigerweise in Konkurrenz treten, sondern diese ergänzen und ausdifferenzieren – gewissermaßen als zusätzliche Schicht dispositiven Rechts.⁸⁵

b) Interessenausgleichsfunktion des Privatrechts

Im Rahmen seiner Interessenausgleichsfunktion sorgt das Privatrecht dafür, dass die im Ausgangspunkt den Teilnehmern am Privatrechtsverkehr überlassene Gestaltung ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht dazu führt, dass an Wissen oder Verhandlungsmacht überlegene Parteien ihre Präferenzen einseitig auf Kosten schwächerer Verkehrsteilnehmer durchsetzen können.⁸⁶ Das Privatrecht grenzt zu diesem Zweck privatautonome Handlungsmöglichkeiten von vornherein ein oder unterzieht ihre Ausübung einer nachträglichen Kontrolle.

Grundsätzlich können auch anwaltliche Beiträge zur Rechtsfortbildung zum Interessenausgleich beitragen. So werden etwa die für Venture Capital-Finanzierungen anwaltlich entwickelten Gestaltungen regelmäßig als ausbalanciert empfunden, nicht zuletzt, weil einschlägige Kanzleien üblicherweise sowohl Kapitalgeber als auch Kapitalnehmer zu ihren Mandanten zählen.⁸⁷ Fehlt es aber an einem gleichberechtigten Zugang zu anwaltlicher Beratung,⁸⁸ können sich durchaus Gestaltungen durchsetzen, welche die Interessen der anwaltlich (besser) beratenen Partei übergewichten.⁸⁹

In diesem Fall ist eine Intervention anderer Akteure der Rechtsordnung angezeigt. Dafür kommt primär die Rechtsprechung in Betracht, die schon aufgrund der dialektischen Struktur des Zivilprozesses auf die (Wieder-)Herstellung eines Interessenausgleichs ausgelegt ist. Mit Instrumenten

84 Vgl. *W. Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, Berlin 1983, S. 210; am Bsp. des Unternehmenskaufs *Hopt*, M&A (Fn. 12), 10 ff.

85 Vgl. *J. Simard*, The Birth of a Legal Economy: Lawyers and the Development of American Commerce, *Buffalo Law Review* 64 (2016), 1059 (1061 f.).

86 Vgl. *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 30), S. 59 ff.

87 Vgl. *Coyle/Green*, Innovation (Fn. 42), 170, 181.

88 Zu diesem Problem *R. Gordon*, The Role of Lawyers in Producing the Rule of Law, *Theoretical Inquiries in Law* 11 (2010), 441 (450); *D. McBarnet*, Legal creativity, in: *M. Cain/C. Harrington* (Hrsg.), *Lawyers in a postmodern world*, New York: NYU Press 1994, S. 73 (83).

89 Vgl. *M. Cain*, The General Practice Lawyer and the Client, *International Journal of the Sociology of Law* 7 (1979), 331 (335 f.); *Pistor*, Code (Fn. 69), passim.

wie der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 307 ff. BGB oder der Überprüfung von Vertragsklauseln am Maßstab der §§ 138, 242 BGB kann und muss sie Feinkorrekturen fehläufiger Gestaltungen vornehmen.

c) Regulierungsfunktion des Privatrechts

Die Regulierungsfunktion des Privatrechts schließlich zielt darauf, das Verhalten der Teilnehmer am Privatrechtsverkehr zu steuern, um politische Gemeinwohlziele zu verwirklichen.⁹⁰ Hier sind die geringsten Beiträge von Anwälten zu erwarten, denn eine Verpflichtung zur Durchsetzung bestimmter Gemeinwohlziele trifft sie grundsätzlich nicht. Auch für Gerichte bestehen insoweit Grenzen.⁹¹ Die Ausfüllung der Regulierungsfunktion des Privatrechts obliegt vielmehr zuvörderst dem unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber.⁹²

Eine gesetzgeberische Intervention in Rechtsgebieten, die primär durch anwaltliche Gestaltungen geprägt werden, hat freilich regelmäßig den Charakter einer Grobkorrektur. Sie erscheint erst dann angezeigt, wenn die einschlägige Gestaltung negative externe Effekte auf Dritte oder die Allgemeinheit hat,⁹³ Feinkorrekturen durch die Rechtsprechung aber ausbleiben oder nicht ausreichen.⁹⁴ Eine verfrühte oder über das erforderliche Korrekturmaß hinausgehende gesetzgeberische Intervention kann auch erhebliche Nachteile haben, insbesondere dynamische Lernprozesse abschneiden.⁹⁵

90 *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 30), S. 50.

91 Vgl. *Fleischer/Wedemann*, Kodifikation (Fn. 31), 624 f.; *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 30), S. 678 f.

92 Zu Instrumenten und verfassungsrechtlichem Rahmen *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 30), S. 564 ff.

93 Vgl. *Schmid*, Wirklichkeit (Fn. 84), S. 130.

94 Etwa weil einschlägige Gestaltungen infolge anwaltlicher Vorauswahlen oder des Ausweichens auf private Schiedsgerichte gar nicht erst vor staatlichen Gerichten verhandelt werden.

95 Vgl. *Bender*, Startup-Förderung (Fn. 68), 299 ff.; *Fleischer/Wedemann*, Kodifikation (Fn. 31), 611 ff.; *Martinek*, Vertragstypen I (Fn. 34), S. 11; *Martinek*, Vertragstypen III (Fn. 40), S. 386.

V. Schluss

Unabhängig davon, ob man Rechtsanwälte mit *Holger Fleischer* als „Rechts-Honoratioren“ würdigt⁹⁶ oder sie mit *Katharina Pistor* als „Masters of the Code“ kritisiert,⁹⁷ ist unbestreitbar, dass sie für die Privatrechtsfortbildung eine entscheidende, bislang weitgehend übersehene Rolle spielen. Da Anwälte oft in höherem Maße bereichsspezifisch spezialisiert und grenzüberschreitend organisiert sind als staatliche Behörden, Gerichte und Gesetzgeber, dürfte ihr Einfluss auf die Rechtsfortbildung in Zukunft noch zunehmen. Diese Entwicklung mit ihren Chancen und Risiken rechtstatsächlich nachzuvollziehen und rechtstheoretisch wie -dogmatisch aufzuarbeiten, sollte nicht länger ein „blinder Fleck“, sondern ein zentrales Anliegen der Zivilrechtswissenschaft sein.

96 Bezogen auf das Gesellschaftsrecht *Fleischer*, Honoratioren (Fn. 33), S. 5 f.; in Anlehnung an *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., Tübingen 1972, S. 456 ff., 504 f.

97 *Pistor*, Code (Fn. 69).

