

## Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht

Barbara Dauner Lieb\*

Rezension zu *Thomas Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht. Rechtfertigung und Grenzen, Wien (Manz) 2009, 756 S., 159,53 €, ISBN 978-3-214-00916-8*

I. Bei dem zu besprechenden Werk von *Thomas Haberer* handelt es sich um seine von *Heinz Krejci* betreute Habilitationsschrift. Sie zielt zunächst auf die Bestimmung der Reichweite des Prinzips der Satzungsstrenge und damit der korrespondierenden Grenzen der Verbandsautonomie im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht *de lege lata*. Schon dies ist auch für den deutschen Leser spannend und ertragreich, weil durchgehend das geltende deutsche Kapitalgesellschaftsrecht mit in die Reflektion einbezogen wird. Darüber hinaus versteht sich die Arbeit als Beitrag zu einer dogmatischen Grundlegung für anstehende Reformen (nicht nur) des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts *de lege ferenda* im Sinne einer Deregulierung und Flexibilisierung unter stärkerer Differenzierung zwischen börsennotierter und nichtbörsennotierter Aktiengesellschaft im Hinblick auf einen internationalen Wettbewerb der Rechtsordnungen. Auch insoweit wird die Arbeit die Diskussion bereichern. Zwar hat der Argumentationshaushalt insbesondere durch die umfassenden Gutachten von *Kalss/Schauer* und *Bayer* einen gewissen Reifegrad erreicht. Dennoch erscheint die weitere Entwicklung der wissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion schon im Hinblick auf die grundsätzliche Marschrichtung, erst recht aber in zahllosen Einzelfragen, durchaus offen. Man kann *Haberer* daher ohne weiteres beipflichten, wenn er aus seiner Analyse der jüngsten rechtspolitischen Diskussionen, insbesondere auch im Rahmen des 67. Deutschen Juristentages, den Befund ableitet, „dass die Grundfragen des Kapitalgesellschaftsrechts gerade neu gestellt werden“ (S. 283 ff., 300). Einen Schwerpunkt bilden wird dabei in der künftigen Diskussion – wie etwa der Beitrag von *Spindler* (AG 2008, 98) zeigt – die Grundfrage nach Rolle und Leistungsfähigkeit privatautonomer Gestaltungsfreiheit. Dementsprechend geht es *Haberer* noch weiter- oder besser tiefergehend darum, exemplarisch am Beispiel des Gesellschaftsrechts die Bedeutung der Privatautonomie als einem fundamentalen Grundprinzip einer freiheitlichen Rechtsordnung zu beleuchten und Maßstäbe zur Rechtfertigung gesetzgeberischen Eingreifens insbesondere in Form der Anordnung zwingenden Rechts zu entwickeln.

II. Die differenzierte, sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda*, gleichzeitig breit und tief angelegte Themenstellung spiegelt sich in *Vorgehensweise* und *methodischem Zugriff*. Die Arbeit ist in zwei Teile gegliedert. Der Allgemeine Teil (S. 1–384) ist der theoretischen Grundlegung gewidmet. Im Besonderen Teil (S. 385–713) wer-

\* Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb lehrt Bürgerliches Recht und Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität zu Köln.

den anhand der zuvor erarbeiteten „Allgemeinen Leitlinien“ konkrete praktische Fragen der Gesellschafterstellung auf Reichweite des zwingenden Rechts und Grenzen der Gestaltungsfreiheit untersucht. Im Allgemeinen Teil werden anknüpfend an die kapitalgesellschaftsrechtlichen Ausgangssituationen in Österreich und Deutschland zunächst einleitend „die Funktionen und das Verhältnis von zwingendem und nachgiebigem Recht und ihre grundsätzliche Rolle angesichts der Privatautonomie als Grundprinzip des Privatrechts“ (S. 3) beleuchtet (S. 7–22) und ein Überblick über dispositives Recht und sonstige Regelungstechniken (S. 15), insbesondere innovative Formen „privater Normsetzung“ (S. 19), gegeben. Bereits in diesem Rahmen wird die Kernthese der Arbeit formuliert, dass „im Lichte des die gesamte Privatrechtsordnung durchdringenden Grundsatzes der Privatautonomie und Vertragsfreiheit der Eingriff durch zwingendes Recht der besonderen Rechtfertigung bedarf“ (S. 22). Ein Kapitel zur historischen Entwicklung zwingenden Kapitalgesellschaftsrechts (S. 22–75) befasst sich mit den „gesetzgeberischen Intentionen“ im Hinblick auf die Frage der Satzungsstrenge und kommt zu dem Ergebnis, dass die historische Interpretation für die Grenzziehung von zwingendem Recht und Verbandsautonomie im österreichischen Recht keine endgültig verbindlichen Ergebnisse zu liefern imstande ist (S. 75). Dementsprechend wird der entscheidende Schwerpunkt auf die teleologische Interpretation des Kapitalgesellschaftsrechts gelegt (S. 75–300). Dabei folgt die Arbeit zunächst nicht dem in der Gliederung von AktG und GmbHG zum Ausdruck kommenden „äußeren System des Rechtsstoffes“, sie nimmt vielmehr in Orientierung am „inneren System“ des Kapitalgesellschaftsrechts zunächst eine teleologische Analyse der „tragenden Wertungsprinzipien“ vor (S. 75). Auf diese Weise sollen unter Berufung auf entsprechende Modellbildungen bei *Wiedemann, K. Schmidt, Krejci* und *Bydlinski* „die zentralen Schutzziele ermittelt werden, die das Kapitalgesellschaftsrecht zu verwirklichen trachtet“ (S. 75). Als derartige Schutzziele werden der Schutz der Gesellschaftergesamtheit, der Minderheit und des einzelnen Gesellschafters, der Gläubiger, der Arbeitnehmer und des öffentlichen Interesses sowie der Funktionsschutz identifiziert. Diese Schutzziele werden gegen den Grundsatz der Privatautonomie abgewogen (S. 242–300). Dabei wird die in der Einleitung formulierte These bekräftigt und vertieft, dass nicht die Privatautonomie der Rechtfertigung bedarf, sondern deren Einschränkung. Damit bildet dieser Abschnitt das dogmatisch-theoretische Herzstück der Arbeit. Abgerundet wird der Allgemeine Teil durch Kapitel zur europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von zwingendem Kapitalgesellschaftsrecht (S. 305 ff., 329 ff.). Bereits zum Praktischen Teil überleitend analysiert ein großes Kapitel, auf welchen Regelungsebenen (Satzung, Geschäftsordnungen für die Organe, Syndikatsverträge) die Gesellschafter ansetzen könnten, um bestimmte Sachprobleme privatautonom gestaltend zu lösen. Der Besondere Teil macht die Erkenntnisse der theoretischen Grundlage für die Lösung zentraler Fragen des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts fruchtbar. Die

Spannweite reicht von der „Einflussnahme der Gesellschafter auf Management und Kontrolle“ (S. 391 ff.) über die Gestaltbarkeit von Stimmverboten, Gewinnverwendung und Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten (S. 509 ff.) bis zur Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln (S. 644 ff.). Im Ergebnis sieht die Arbeit ihre Ausgangsthese bestätigt, „dass das zwingende Recht kein Selbstzweck, sondern nur dort anzunehmen ist, wo es durch dahinterstehende Schutzinteressen gerechtfertigt ist“ (S. 743).

III. In der teleologischen Herausarbeitung der tragenden Schutzziele des geltenden österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts und der Umsetzung der daraus gewonnenen Erkenntnisse für die Lösung offener Fragen im Hinblick auf die Reichweite von Gestaltungsfreiheit sieht sich die Arbeit der klassischen, prinzipiengeleiteten Methodenlehre verpflichtet, wie sie etwa mustergültig von *Bydlinski* vertreten wird (S. 77). Das über das österreichische (und deutsche) Kapitalgesellschaftsrecht *de lege lata* *hinausreichende Erkenntnisinteresse* verfolgt die Arbeit methodisch vor allem durch Anreicherung der teleologischen Analyse der das Kapitalgesellschaftsrecht tragenden Schutzziele im Allgemeinen Teil (S. 75–300): Das österreichische Kapitalgesellschaftsrecht, dessen Teleologie herausgearbeitet werden soll, biete „nur einen von zahlreichen möglichen Lösungsansätzen, die in Kapitalgesellschaften regelmäßig vorkommenden Interessenkonflikte zu lösen“; daher soll die Analyse der einzelnen Schutzziele jeweils so erfolgen, dass zunächst die verschiedenen Möglichkeiten, die zur Problemlösung theoretisch zur Verfügung stehen, dargestellt werden. Diese theoretische Untersuchung erfolgt unter Berufung auf *Zweigert/Kötz* mittels *funktioneller Rechtsvergleichung* (S. 77). Von diesem rechtsvergleichenden Ansatz darf man freilich keine für sich genommen lesbare oder gar vollständige Information über die aktuelle Rechtslage in bestimmten Ländern in Hinblick auf bestimmte kapitalgesellschaftliche Ordnungsaufgaben oder Problemstellungen erwarten und erst recht keine flächendeckende Darstellung des jeweils einschlägigen Schrifttums. Ihr geht es nicht um einen „Detailvergleich“, „sondern um eine Art Makrobetrachtung, welche Lösungsmöglichkeiten überhaupt zur Verfügung stehen“ (S. 76).

Die rechtsvergleichende Betrachtung im Hinblick auf einzelne Schutzziele wird jeweils ergänzt durch ein Kapitel über die *ökonomische Analyse* der zugrunde liegenden Fragen. Auch insoweit geht es der Arbeit nicht um Details, sondern um eine Erweiterung des Argumentationshaushaltes vor allem *de lege ferenda*. Dementsprechend verzichtet die Arbeit auch bewusst (S. 76) auf eine methodologischen Reflexion der Rezeption rechtsexterner Theorie (dazu etwa neuerdings *Lüdemann*, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaften). Sehr eindringlich warnt die Arbeit davor, der ökonomischen Analyse blind zu vertrauen. Sie könne die klassische rechtsdogmatische Arbeit nicht ersetzen, sondern allenfalls ergänzen, und zwar schon deshalb, weil der Gesetzgeber seine Entscheidungen nicht nur nach dem

wirtschaftlichen Effizienzprinzip, sondern auch unter Zugrundelegung sonstiger (etwa rechtsethischer) Zielsetzungen treffe (S. 76). In seiner Kernthese des Vorrangs der Privatautonomie sieht sich die Arbeit durch den „kurzen Streifzug“ (S. 249) durch die rechtsökonomischen Überlegungen im Hinblick auf das Kapitalgesellschaftsrecht tendenziell gestützt (S. 248 ff.).

IV. Bereits in der Einleitung wird die These formuliert, dass nicht die Privatautonomie, sondern ihre Einschränkung einer besonderen sachlichen Rechtfertigung bedarf (S. 13). Die Arbeit stützt sich dabei auf das klassisch überkommene, immer noch weit verbreitete Argumentationsmuster zur Bedeutung von Privatautonomie und zur Legitimation ihrer Begrenzung („Allgemeine Privatautonomiediskussion“, S. 14): Das Prinzip der Privatautonomie, verstanden als Prinzip der Selbstgestaltung durch den Einzelnen nach seinem Willen, sei das wesentlichste Strukturelement der Rechtsordnung (S. 7, insbesondere unter Berufung auf *Flume* und *Bydlinski*). Ihr sei immanent, dass die Rechtsordnung das Ergebnis des Vertragsmechanismus grundsätzlich ohne inhaltliche Bewertung auf Angemessenheit akzeptiere, weil der ordnungsgemäß zustande gekommene Vertrag aus der subjektiven Sicht der Partei eine Richtigkeitsgewähr biete (S. 9 f., unter Berufung auf *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941) 130; in der Arbeit *Haberer* S. 7, 714). Die Vermutung der Richtigkeitsgewähr setze freilich voraus, dass die Funktionsbedingungen der Privatautonomie gewahrt seien, also keine Paritätsstörung zwischen den Vertragsparteien vorliege. Insofern zeigt die Arbeit zunächst Wohlwollen für ein „Informationsmodell“. Darüber hinaus sieht die Arbeit aber auch Anlass zum Eingreifen der Rechtsordnung in Fällen psychischer Unterlegenheit als Resultat einer psychisch unfreien Verhandlungssituation sowie wirtschaftlicher Unterlegenheit, die sich daraus ergebe, dass ein Vertragspartner auf den Vertrag zur Befriedigung seiner Bedürfnisse angewiesen sei; neben einer einzelfallbezogenen Betrachtung gebe es Konstellationen, in denen Ungleichgewichtslagen typischerweise auftreten, das Selbstregulierungssystem also strukturell versage, so etwa bei Arbeitnehmern, Wohnungsmieter, Verbrauchern und generell bei Verwendung vorformulierter Verträge (S. 12).

Dieses Verständnis von Vertragsfreiheit, das die Arbeit selbst als „liberal“ einordnet (S. 245), wird in Abgrenzung zu „Phasen starker Privatautonomiekritik“ und „paternalistischen Gegenmodellen“ (S. 245) im Rahmen der Abwägung von Schutzinnteressen und Privatautonomie (S. 242 ff.) argumentativ *aus ökonomischer Perspektive* unterfüttert: Das liberale Vertragsrecht ermögliche nicht nur die Entwicklung individueller Freiheit, sondern erfülle auch gesamtgesellschaftliche Funktionen. Insbesondere ermögliche es die Innovationskraft der Privatordnung durch die gezielte Anpassung an neue wirtschaftliche Gegebenheiten. Der Wert der Freiheit gründe sich nicht zuletzt auch auf die menschliche Unwissenheit, die dazu führe, dass die unabhängigen und wettbewerblichen Bemühungen vieler eher geeignet seien, den Fort-

schritt zu bewirken, als eine zentrale staatliche Regelsetzung. In einem „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ (S. 245 unter Berufung von *Hayek*) reduziere sich die Aufgabe des Gesetzgebers in diesem Modell darauf, die Bedingungen herzustellen, unter denen sich eine soziale Ordnung bilden, anpassen und erneuern könne. Darüber hinaus erfülle ein liberales Vertragsrecht auch eine stabilisierende Funktion, da es Spielräume zur Verwirklichung individueller Wünsche und Ziele schaffe und somit dazu beitrage, vorhandene Spannungen mit den Mitteln des Vertragsrechts auszugleichen. Aus ökonomischer Sicht sei zwingendes Recht die Reaktion auf ein Marktversagen. Ohne Marktversagen sei demnach zwingendes Recht weder erforderlich, noch erstrebenswert (S. 248).

V. Diese privatrechtstheoretische Grundlegung, die in den einzelnen Kapiteln zu den verschiedenen „Schutzzwecken“ jeweils noch problembezogen argumentativ angereichert wird, liegt in ihrem freiheitlichen Grundanliegen ganz auf der Linie des gesellschaftsrechtlichen Trends zur Deregulierung und wird sicher schon deshalb Sympathie finden. Im Hinblick auf ihre Einzelheiten fordert sie freilich auf mehreren Ebenen kritische Fragen geradezu heraus, was freilich im Sinne einer Belebung des wissenschaftlichen Diskurses schon für sich genommen verdienstvoll ist. Zunächst drängen sich bereits Zweifel auf, ob die Arbeit ihren selbst formulierten „liberalen“ Anspruch überhaupt einlöst, oder ob er nicht mit manchen Argumenten in das Spielfeld der von ihm kritisierten paternalistischen Gegenseite geraten ist. Dies gilt schon im Hinblick auf die pauschale Anerkennung von typischen, strukturellen Ungleichgewichtslagen bei Arbeitnehmern, Wohnungsmieter, Verbrauchern und bei genereller Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen (S. 12). Aus einer liberalen Perspektive stellt sich für jedes der genannten Felder nach wie vor die Frage, wie ein Eingriff in die Vertragsfreiheit insbesondere durch Anordnung zwingenden Rechtes zu begründen und zu legitimieren ist, wenn der Vertragspartner ausreichend informiert ist, wenn er also intellektuell verstanden hat, was der Vertragsschluss inhaltlich bedeutet. In systemkonformer Ergänzung und Erweiterung des Informationsmodells kommen insoweit – wie *Schön*, FS Canaris, kürzlich gezeigt hat – etwa Aspekte begrenzter Rationalität (Überoptimismus, insbesondere finanzielle Selbstüberschätzung) in Betracht; entsprechende Ansätze fügen sich aber nicht ohne weiteres in das traditionelle Konzept einer Anknüpfung an eine strukturelle Paritätsstörung. Auch im Hinblick auf den Ausbau des (überwiegend zwingenden) Verbraucherrechts auf EU-Ebene spricht manches dafür, dass es gar nicht um die Kompensation einer strukturellen Unterlegenheit jenseits bestimmter Informationsdefizite geht, sondern um eine Effektivierung der Abschlussfreiheit durch Reduktion der Gestaltungsfreiheit; die (zwingende) Standardisierung bestimmter Vertragsinhalte könnte als vertrauensbildende Maßnahme verstanden werden, die den Verbraucher zu grenzüberschreitendem Konsum stimulieren soll (S. 13 unter Berufung auf *Heiderhoff*). Besonders spannend ist, dass in diesem Zusammenhang Argumente für die Anordnung

zwingenden Rechts entwickelt werden, die in der Diskussion über die Weiterentwicklung des Kapitalgesellschaftsrechts de lege ferenda *gegen eine Lockerung der Satzungsstrenge* jedenfalls bei börsennotierten Aktiengesellschaften angeführt werden. Die Arbeit zeigt auch insofern plastisch, wie dringend erforderlich (eine freilich schwierige) Gesamtschau der Entwicklung verschiedener Teilgebiete des Privatrechts unter dem Aspekt von Legitimation und Reichweite von Privatautonomie ist.

VI. Die theoretische Fokussierung auf das traditionelle Argumentationsmuster (Privatautonomie/Vermutung der Richtigkeitsgewähr/Eingreifen der Rechtsordnung bei Paritätsstörungen) hat unmittelbar Konsequenzen für den gesellschaftsrechtlichen Problemzugriff: Das entwickelte Argumentationsmodell wird auf Gesellschaftsverträge übertragen (S. 14 ff.): Der Gesellschaftsvertrag sei Rechtsgeschäft und unterliege daher wie andere Rechtsgeschäfte auch den fundamentalen Gesetzen der Vertragsfreiheit und ihrer Einschränkung. Er weise allerdings gewisse strukturelle Besonderheiten auf, die ihn von typischen Austauschverträgen unterscheiden, vor allem durch seinen Charakter als unvollständiger Vertrag im Sinne der Institutionenökonomik sowie seine Qualität als über die wechselseitigen Beziehungen der Gesellschafter hinausreichender Organisationsvertrag. Die Gedankenführung bleibt aber dennoch zunächst in den skizzierten Bahnen: Es sei angesichts der strukturellen Besonderheiten zu prüfen, ob eine privatautonome Regelung in allen Fällen die erforderliche *Richtigkeitsgewähr* biete oder ob ein hoheitlicher Eingriff erforderlich sei (S. 15). So sei das Modell der die Richtigkeitsgewähr verbürgenden Verhandlungssituation der Vertragspartner etwa nicht uneingeschränkt anwendbar, weil der Kapitalgesellschaftsvertrag im Gegensatz zu den meisten anderen Verträgen häufig darauf ausgerichtet sei, dass die Vertragspartner im Laufe der Zeit wechseln, sodass sich die gesellschaftsvertraglichen Regelungen auch auf Personen auswirken, die am ursprünglichen Abschluss des Vertrags gar nicht beteiligt waren und diesen daher auch in keinerlei Weise beeinflussen konnten. Dies kann man als Parallel zur Problematik vorformulierter Verträge sicher noch akzeptieren. Dennoch wird schnell deutlich, dass der privatautonomietheoretische Ansatz, so wie die Arbeit ihn formuliert und zuspitzt, nur begrenzt zu ihrer gesellschaftsrechtlichen Fragestellung passt, den Grenzen der Satzungsautonomie im Kapitalgesellschaftsrecht. In dem von der Arbeit zitierten Kontext zielt die Einschränkung der Privatautonomie auf *Schutz des Schwächeren* vor der Gestaltungsmacht eines stärkeren Vertragspartners. Darum geht es aber bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft im Regelfall nicht, weil sich die Beteiligten hier typischerweise auf Augenhöhe gegenüberstehen. Mit der Anordnung zwingenden Rechts verfolgt der Gesetzgeber hier nicht den Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den ursprünglichen Vertragspartnern, sondern primär bestimmte *paritätsneutrale Ordnungsziele*, die er unabhängig vom Willen der Gründer durchsetzen will und im Interesse der Funktionsfähigkeit des Rechtsverkehrs durchsetzen muss. Dazu gehört zunächst einmal die Festlegung der unerlässlichen Vor-

aussetzungen für die Bildung einer juristischen Person, insbesondere Handlungsorganisation und Identitätsausstattung (dazu etwa *John*, Die organisierte Rechtsperson). Der Sache nach sieht das auch die Arbeit. Im Rahmen der teleologischen Interpretation der verschiedenen „Schutzziele“ im Allgemeinen Teil sowie bei der Erörterung der konkreten Problemstellungen im Besonderen Teil wird durchweg gesellschaftsrechtlich überzeugend argumentiert. Die paritätsneutralen Ordnungsziele, die die Funktionsfähigkeit der Gesellschaften im Rechtsverkehr im Blick haben, werden unter dem Stichwort Funktionsschutz abgehandelt (siehe insbesondere S. 146 ff.). Dabei ist bemerkenswert, dass die Arbeit diesem „Funktionsschutz“ tendenziell höheres Gewicht beimisst, als bisher in der gesellschaftsrechtlichen Diskussion üblich; so sieht er etwa die sog. Hinauskündigungsklauseln (überwiegend) als Problem der Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft und gerade nicht als Problem der Schutzbedürftigkeit bestimmter, unterlegener Gesellschafter (insbesondere S. 644 ff.). Gerade vor diesem Hintergrund stellt sich freilich die Frage, ob das zentrale Thema der Etablierung eines Ordnungsrahmens für funktionsfähige Gesellschaften mit dem Terminus *Funktionsschutz* angemessen abgebildet ist. Noch weitergehend könnte man zweifeln, ob das Konzept der *Schutzzielorientierung* optimal geeignet ist, so unterschiedliche Problemfelder wie den „Schutz“ der Gesellschafter in ihrer Gesamtheit, den Gläubigerschutz und die unternehmerische Mitbestimmung zu verklammern.

VII. Im Hinblick auf die Weiterentwicklung des Kapitalgesellschaftsrechts *de lege ferenda* ist die Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit eines Nachdenkens über den Rang der Privatautonomie und die Legitimation ihrer Einschränkung ohne weiteres greifbar. Geht man mit der Arbeit davon aus, dass nicht die Privatautonomie, sondern ihre Einschränkung einer Legitimation bedarf, dann trifft den Gesetzgeber die Argumentationslast für die Anordnung zwingenden Rechts, er muss sich mit seinem Regelungskonzept im rechtspolitischen Meinungskampf gegen das Postulat „im Zweifel für die Freiheit und den Markt“ behaupten. Dabei wird die Antwort auf bestimmte Fragestellungen aber möglicherweise durchaus unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob man den Anknüpfungspunkt für ein Eingreifen in die Privatautonomie in einem Machtgefälle zwischen Vertragsparteien und damit in einem *Schutzbedürfnis* eines schwächeren Vertragspartners sieht oder ob man die Funktionsfähigkeit von Gesellschaften im Rechts- und Wirtschaftsverkehr im Auge hat. Ob und inwieweit der Rückgriff auf außerjuristische Theorien, insbesondere auf die ökonomische oder die verhaltenswissenschaftliche Analyse, tatsächlich eine Steigerung der „Richtigkeitsgewähr“ der gesetzgeberischen Entscheidung bewirken kann, wird zu den spannendsten wissenschaftlichen Fragestellungen der nächsten Jahrzehnte gehören; es spricht viel dafür, dass sehr viel stärker als bisher methodisch über den Vorgang der Rezeption außerjuristischer Theoriebildung nachzudenken sein wird (siehe dazu *Christoph Engel*: Verhaltenswissenschaftliche Analyse: eine Ge-

brauchsanweisung für Juristen). Jedenfalls wird selten auf wissenschaftlicher Basis Konsens darüber zu erzielen sein, dass eine bestimmte zwingende Regelung zur Erreichung eines ganz bestimmten Ziels sinnvoll und erforderlich ist. Unsicherheiten werden sich auch daraus ergeben, dass die verschiedenen legitimen Zielstellungen durchaus in einem Spannungsverhältnis stehen können, sodass einer punktgenauen Verhaltenssteuerung ohnehin von vornherein Grenzen gesetzt sind (dazu *Arnold*, Die Steuerung des Vorstandshandelns). Dies sieht die Arbeit ähnlich; so postuliert sie etwa im Hinblick auf die Zielstellung einer Überwindung des Agency-Konflikts ganz unbefangen einen „optimalen Mix“ verschiedener Regelungsmechanismen (S. 91).

Aus diesen hier nur angedeuteten Zusammenhängen ergibt sich ohne weiteres, dass der Gesetzgeber auch bei Zugrundelegung des Primats der Privatautonomie innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen des Übermaßverbotes einen weiten Spielraum zur Einschränkung hat (S. 725). Daraus folgt, dass zwingendes Recht *de lege lata* so gut wie immer hinzunehmen und anzuwenden ist, mag man die damit verbundene Einschränkung von Privatautonomie im Einzelfall auch für suboptimal oder sogar effizienzfeindlich halten. Bedeutung bekommen privatautonomietheoretische Grundsatzüberlegungen *de lege lata* einmal dann, wenn bestimmte Normen oder Normenkomplexe keine eindeutige Antwort auf die Frage geben, ob und inwieweit sie zwingenden Charakter haben. Eine freiheitliche Grundposition eröffnet hier Spielräume, wie sie die Arbeit für das österreichische Kapitalgesellschaftsrecht sieht und nutzt.

VIII. Von zentraler Bedeutung wird die privatrechtstheoretische Grundlegung einer Legitimation von Einschränkung der Privatautonomie bei der Handhabung von *dispositivem Recht*. Aus einer liberalen Grundposition heraus liegt es insoweit zunächst nahe, dispositive Normen als Angebot an die Vertragsparteien zu verstehen, also als Modellregelung, die den hypothetischen Willen durchschnittlicher, vernünftiger Vertragsparteien abbildet (S. 16 unter Berufung auf *Fleischer*, ZHR 2004, 673). Die Vertragspartner hätten dann im Ausgangspunkt die Freiheit, im Vertrauen auf die gesetzliche Ordnung ihre Vereinbarungen auf die wesentlichen Inhalte zu beschränken, sie könnten aber umgekehrt auch vollständig abweichende Vereinbarungen treffen, bis an die Grenzen der Sittenwidrigkeit. In diesem Sinne ist wohl auch das dispositive Vertragsrecht des BGB verstanden worden, unbeschadet anderer Konzeptionen im wissenschaftlichen Schrifttum (dazu *Sibylle Hofer*, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, 2001). Nur so ist jedenfalls zu erklären, dass die Rechtsprechung lange Zeit jegliches Eingreifen in ordnungsgemäß abgeschlossene Verträge als grundsätzlich äußerst heikel und begründungsbedürftig eingeschätzt hat und bis heute eine Neigung zeigt, kühne Innovationen auf die tatsächlich oder vermeintlich eine gesetzliche Grundlage bietende Generalklausel des § 138 zu stützen. Über § 138 hinaus etabliert hat sich inzwischen

der auch in der Arbeit im Ausgangspunkt übernommene Ansatz einer Inhaltskontrolle zur Kompensation einer Paritätsstörung mit dem Ziel eines Schutzes der schwächeren Vertragspartei; liegt eine wie auch immer zu definierende Ungleichgewichtslage vor, dann wird dem dispositivem Recht über die *Entlastungsfunktion* hinaus auch *Leitbildfunktion* zugemessen, mit der Folge, dass eine wesentliche Abweichung vom dispositiven Recht richterrechtlich korrigiert wird. Dies ist im Ausgangspunkt das Modell der deutschen Kontrolle von AGB. In diesem Sinne formuliert die Arbeit, dass die dispositiven Regelungen Richtigkeitsgewähr indiziere (in Abgrenzung zur Richtigkeitsgewähr des privatautonom geschlossenen Vertrages). Daraus zieht sie die Konsequenz, dass sich die Parteien nicht unbegrenzt weit von der dispositiven Regelung entfernen können sollen (S. 16). Die entscheidende Frage lautet freilich, ob dies nur dann gelten soll, wenn zwischen den Parteien eine Ungleichgewichtslage besteht oder ob das dispositiv Recht darüber hinaus ganz generell Leitbildfunktion in dem Sinne hat, dass es sich noch jenseits der Grenze der Sittenwidrigkeit aus anderen Gründen in seinen wesentlichen Grundgedanken zu zwingendem Recht verdichtet (S. 252 unter Berufung auf die Frage von *K. Schmidt*, ob dispositives Recht zwingend sein könne). Davon geht die Arbeit für das Gesellschaftsrecht ohne weiteres aus. dabei werden herkömmliche Ansätze wie Typenzwang, Institutionalisierung, Kernbereich (insbesondere S. 250 ff.) zugunsten seines übergreifenden schutzzielorientierten Ansatzes verabschiedet; eine zentrale Rolle gibt er dabei dem Funktionsschutz als dem Ordnungsziel der Funktionsfähigkeit der Gesellschaften im Rechtsverkehr. Dieser Funktionsschutz soll offensichtlich für sich genommen bereits eine ausreichende Legitimationsbasis für richterrechtliche Korrekturen von Gesellschaftsverträgen bieten. Das lässt sich gut vertreten, schon weil die tragenden Wertungen für ein richterliches Eingreifen in privatautonome Vereinbarungen teilweise schärfer erkennbar werden als bei traditionellen Ansätzen. Allerdings wird erneut augenfällig, dass die privatrechtstheoretische Ableitung von Einschränkungen der Privatautonomie aus dem Postulat einer Paritätsstörung jedenfalls für das Gesellschaftsrecht deutlich zu kurz greift.

IX. Die Themenstellung ist ebenso reizvoll wie gefährlich. Sie ist horizontal wie vertikal komplex. Es gilt eine kaum überschaubare Fülle von Einzelproblemen zusammenzuführen, zu bündeln und sinnvoll im Hinblick auf das Gesamtthema zu strukturieren. Schon das Material zu den jeweiligen Einzelfragen ist kaum zu bewältigen; die unbedingt notwendige Beschränkung auf repräsentative Quellen setzt eine hohe Leseleistung, souveräne Beherrschung des Rechtsstoffs sowie die Befähigung und Bereitschaft zu modellhafter Vereinfachung voraus. Zusätzliche Herausforderungen sowohl im Hinblick auf den Inhalt als auch bei der Darstellung ergeben sich aus der Einbeziehung rechtsvergleichender und ökonomischer Perspektiven. Viele Teilfragen bieten ohne weiteres Stoff für weitere eigenständige Monographien. Die Ausfüllung des von *Haberer* entworfenen Tableaus reicht als Programm für ein erfülltes

Forscherleben. Vor diesem Hintergrund bietet die Arbeit eine informative und inspirierende Gesamtschau; gleichzeitig ist es geradezu unvermeidlich, dass der Argumentationshaushalt mancher Aspekte nicht ausgeschöpft wird. Jedenfalls zeigt sich *Thomas Haberer* sich als äußerst belesener Kenner der von ihm erwanderten Gebiete, der zu allen angesprochenen Fragen Sinnvolles zu sagen hat. Seine Grundaussage, dass die Anordnung zwingenden Rechts nur insoweit gerechtfertigt erscheint, als der Gesetzgeber damit bestimmte Ordnungsziele verfolgt, denen er gegenüber der schützenswerten Freiheit der Rechtssubjekte zu privatautonomer Rechtsgestaltung den Vorrang einräumt, ist pragmatisch, plausibel und sympathisch und wird schon deshalb Beifall finden.