

Rechtsgeschichte Legal History

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg28>

Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 28 (2020)

<http://dx.doi.org/10.12946/rg28/371-374>

Rg **28** 2020 371–374

Jasper Kunstreich *

Umschreibung und Einschreibung – wie Privatrecht Kapital kodiert

[Transformations – how Private Law Codes Capital]

* Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, kunstreich@rg.mpg.de

Dieser Beitrag steht unter einer Creative Commons Attribution 4.0 International License



lasting evil on Earth« wirken, wie es in Joseph Conrads Werk *Under Western Eyes* heißt² (Ibrahim J. Gassama, 129)? Oder ist es an uns, die Geschichte Bandungs neu zu schreiben und Mythen und Interpretationen sorgsam zu überprüfen? Aufbauend auf den narratologischen Ansätzen von Hayden White geht Adil Hasan Khan in seinem Beitrag *Ghostly Visitations* der Frage nach, wie Bandung heute erzählt werden kann, ohne dabei die Desaster, die dieser Konferenz zeitlich gefolgt sind, auszublenken. Indem er Narration als ideologisches Instrument versteht, schreibt er den Autor*innen nicht nur große transformative Wirkungsmacht in Bezug auf die Bedeutungsbestimmung zu, sondern fordert auch gleichzeitig einen verantwortungsbewussten Umgang mit diesem Erbe Bandungs. Ebenso wie Vik Kanwar sieht auch er Bandung als Prozess der Neueinschreibung, dabei bewegt sich der Auftrag der Erbschaft gleichsam zwischen Kontinuität und Transformation. Einen ähnlichen Weg der Re-interpretation zeigt Rebecca Forcia auf, indem sie Bandung als »memory« versteht und damit die Ansätze der Gedächtnistheorie

nutzt. Am Beispiel Australiens verdeutlicht sie, wie die Erinnerungen an Bandung auf negative emotionale Weise die australische Politik im Jahr 2005 beeinflusst haben und hebt damit hervor, wie Bandung als Erinnerungsort positiv für zukünftige Narrationen genutzt werden kann.

Die vorliegende Rezension kann nur kurze und vereinzelte Schlaglichter auf diesen herausragenden Sammelband werfen, in welchem es den Autor*innen in einzigartiger Weise gelungen ist, Bandung zu begreifen und greifbar zu machen. Vergleichbar der Form eines bunten Mosaiks bilden die Inhalte dieses gemeinsam komponierten Bandes die Vielschichtigkeit und Komplexität der Bandung-Konferenz ab und decken Kontinuitäten und Diskontinuitäten auf. Bandung dient dabei – sowohl für die Leser*innen als auch für die Autor*innen – als selbstreflexives Erzählverfahren, in welchem die Vergangenheit aus der Perspektive der Gegenwart erklärt und damit zum Ort völkerrechtlicher Reflexion wird.



Jasper Kunstreich

Umschreibung und Einschreibung – wie Privatrecht Kapital kodiert*

Am 2. Oktober 2012 wurde das Segelschulschiff der argentinischen Marine, die *Libertad*, in einem Hafen in Ghana auf Betreiben eines US-Hedgefonds gepfändet, nachdem ein New Yorker Richter den Staat Argentinien zur Zahlung von 1,3 Milliarden US-Dollar an ebenjenen Hedgefonds verurteilt hatte. Im Jahr 2007 erkannte das oberste Gericht von Belize an, dass die (jahrhundertealte und lange ignorierte) indigene Praxis der gemeinschaftlichen Landbewirtschaftung eine Art Grundeigentumsrecht begründen könne. Zuvor mussten Maya gegen ihre eigene Regierung vor Gericht ziehen, nur

um festzustellen, dass ein Sieg vor Gericht wertlos wird, wenn der Staat sich weigert, das Urteil umzusetzen. Was haben diese beiden Beispiele miteinander zu tun?

Eine ganze Menge, wie man der Lektüre von Katharina Pistor's Buch *The Code of Capital* entnehmen kann. Sie fragt, wie es möglich ist, dass bestimmte Rechtspositionen – materiell oder immateriell – derartigen Schutz genießen, dass ihre Inhaber sie gegen scheinbar alles und jeden verteidigen können, anderen wiederum derselbe Schutz verwehrt bleibt. Es ist diese Ab- und Aussonderung

² JOSEPH CONRAD, *Under Western Eyes*, hg. v. JOHN G. PETERS, Peterborough 2010, 116.

* KATHARINA PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton: Princeton University Press 2019, 320 S., ISBN 978-0-691-17897-4

bestimmter Rechtspositionen, die sie als Wesensmerkmal des Kapitalismus ausmacht. Kapital entsteht in einem Prozess, der bestimmten Gütern mit den Mitteln des Privatrechts besondere Eigenschaften einschreibt (kodiert). Kapitalismus kann deshalb, so Katharina Pistor, nicht ohne eine rechtshistorische und rechtssoziologische Analyse des Rechts verstanden werden; sie liefert mit diesem Buch auch gleich den ersten Baustein dazu.

Dreh- und Angelpunkt von *The Code of Capital* ist die Annahme, dass alle Gegenstände zu Kapital werden können. Mit einer entsprechenden Kodierung können sie zur dauerhaften Einkommensquelle oder zum besonders widerstandsfähigen Wertspeicher werden. Laut Pistor sind vier zentrale »Module« am Werk: *priority* (Vorrang), *durability* (Bestandsschutz), *universality* (Allgemeingültigkeit) und *convertibility* (Einlösbarkeit bzw. Umlaufbarkeit; Übers. J.K.). Der rechtlich anerkannte Vorrang der eigenen Position ist Grundbedingung für Eigentum. Bei uns findet er eine deutliche Ausprägung im sachenrechtlichen Herausgabeanspruch nach § 903 BGB oder in besonderen Absonderungsrechten in der Insolvenz. Bestandsschutz erlangen Gegenstände und Rechtsposition, wenn ihre Lebensdauer von der ihrer Inhaber abgekoppelt wird. Trusts und Corporations, GmbHs und Stiftungen separieren die Vermögenswerte der juristischen Person von denen ihrer Gründer und verhindern, dass private Gläubiger in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken können.¹ Damit Kapital entsteht, müssen sowohl Vorrang als auch Bestandsschutz von allen anderen, also von einer Gesellschaft bzw. ihrer Rechtsordnung anerkannt werden. Das verleiht ihnen Allgemeingültigkeit, weil der Staat (und ohne den geht es eben nicht) entsprechende Rechtspositionen durchsetzen kann. Hinzu kommt die Fähigkeit, bestimmte Güter bei Bedarf in Staatsgeld einlösen zu können. Das geschieht in letzter Konsequenz durch die

Bereitschaft von Staaten bzw. ihrer Zentralbanken, als *lender of last resort* aufzutreten. Was als Rettungsnetz für Finanzmärkte verkauft wird, macht bestimmte Schuldtitel (und ihre Derivate) überhaupt erst handelbar.²

Die vier Module – *priority, universality, durability, convertibility* – sind Abstraktionen, die Pistor aus einer funktionalen Betrachtung verschiedener Rechtsinstitutionen gewinnt. In den ersten Kapiteln werden diese Module im Einzelnen an historischen Beispielen durchexerziert. Pistor zeigt, wie Juristen (tatsächlich überwiegend bzw. fast ausschließlich Männer) zu unterschiedlichen Zeiten die Werkzeuge des Privatrechts einsetzten, um diese Module einem bestimmten Gegenstand anzuhängen und diesen so zu Kapital aufzuwerten. Beispielsweise beschreibt die Autorin *priority*, indem sie sich einer Erzählung bedient, die seit Karl Polanyi so etwas wie ein narrativer Ausgangspunkt der Wirtschaftsgeschichte des Kapitalismus geworden ist:³ der *Enclosure*-Prozess im England des 16. Jahrhunderts. Land, das zuvor als Gemeinschaftsgut bewirtschaftet worden war, wurde systematisch eingezäunt, sprichwörtlich mit Zäunen, Hecken und Mauern, um eine uneingeschränkte Sachherrschaft und Fruchtziehung einiger weniger zu ermöglichen. Während physische Barrieren nur Hilfsmittel darstellten, war es vor allem das Recht, das die Position der Landbesitzer durch besondere Vorzugs- und Abwehrrechte vor dem Zugriff anderer schützte. Grundeigentum wurde mithilfe des *legal code* zu Kapital aufgewertet. Land als Kapital erlebte aber seinen Niedergang, als die Industrialisierung das Erschließen neuer Ressourcen und Mittel erforderte.⁴ Auch dies ist eine Geschichte der Umschreibung, indem nämlich der Wechsel als Zahlungs- und Kreditinstrument besonderen gesetzlichen Schutz erhielt, die Wechselfähigkeit ausgedehnt wurde (*universality* und *convertibility*) und Land als Kapital von seinem Thron gestürzt

1 HENRY HANSMANN, REINIER KRAAKMAN, Organizational law as asset partitioning, in: European Economic Review 44,4 (2000) 807–817.

2 Zur Theorie, wie *Legal Tender* und *Private Money* entstehen, vgl. STEPHAN MEDER, Giro Payments and the Beginnings of the Modern Cashless Payment System, in: DAVID FOX, WOLFGANG ERNST (Hg.), Money in the Western Legal Tradition, Oxford 2016, 441–464.

3 KARL POLANYI, The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time, Boston 2001.

4 AVNER OFFER, Property and Politics 1870–1914: Landownership, Law, Ideology and Urban Development in England, Cambridge 1981, 11–22.

und in den Rang einer bloßen Sicherheit verwiesen wurde. Hier zitiert Pistor eine Beobachtung Bernard Ruddens:

[T]here has been a profound if little discussed evolution by which the concepts originally devised for real property have been detached from their original object, only to survive and flourish as means of handling abstract value. The feudal calculus lives and breeds, but its habitat is wealth, not land.⁵

Diesen letzten Satz veranschaulicht Pistor in einer Autopsie der Lehmann-Brothers-Pleite. Mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts baute Lehmann in immer weiteren Verzweigungen eine Firmenarchitektur auf, deren Gewinne die Eigner jederzeit abschöpfen konnten (*priority*), während das »Mutterschiff« vom Zugriff der Gläubiger abgeschirmt wurde (*durability*). Die Gewinne speisten sich aus Derivatehandel, also dem Verkauf von Anteilen an einem Pool gebündelter Kredite mit breit gestreuter Kreditwürdigkeit, die in verschiedene Tranchen gestückelt und neu verpackt wurden, so dass den Käufern – in großen Teilen Rentenfonds, institutionelle Anleger und Privatanleger – selbst nicht mehr klar sein konnte, was sie überhaupt kauften. Faule Hauskredite wurden zu Geldtiteln umgewandelt, die wiederum in tatsächliches Zentralbankgeld eintauschbar waren (*convertibility*). Um den Globus zu umspannen, brauchte dieses Gebilde bloß zwei Rechtsordnungen, nämlich Englands und die des Bundesstaats New York. Internationale Übereinkommen und internationales Privatrecht ermöglichten es, Transaktionen und Ansprüche nach englischem Recht auf der ganzen Welt durchzuführen und durchzusetzen (*universality*). Pistor fasst das Gebilde pointiert zusammen:

[L]ehmann Brothers resembled a family that sells off the family home to send the kids to college, giving each child a credit card that is drawn on the parents' account, which will be replenished only with money the children will send home someday. (54)

Das ging gut, so lange es gut ging. Dass es vermutlich viel zu lange gut ging, daran hatten Top-Jurist*innen in gut bezahlten Positionen auf der ganzen Welt, Pistor nennt sie »Masters of the Code«, maßgeblichen Anteil. Pistor geht es um eine umfangreiche Aufarbeitung der Verwerfungen, die in der Finanzkrise von 2008 erkennbar wurden und immer noch andauern. Sie schließt daher mit einer Reihe aus Thesen, die sich als *Petition* an politische Entscheidungsträger richten: (1) Die Möglichkeit der freien Rechtswahl durch private Interessen müsse eingeschränkt bzw. wenigstens auf ihre sozialen Implikationen hin überdacht werden. (2) Schiedsgerichte sollten beschränkt bleiben auf Streitigkeiten zwischen Parteien mit ungefährender Waffengleichheit. (3) Die negativen Folgewirkungen bestimmter Produkte und Transaktionen müssten jeweils vorab regulativ eingehegt werden; die wiederkehrenden Finanzkrisen hätten gezeigt, dass private Akteure diese eben nicht »einpreisen«. In all dem geht es Pistor darum, (4) die Stimme einer Allgemeinheit hörbar zu machen, die in der Vergangenheit regelmäßig – in der Form von *bailouts*, Sparmaßnahmen, Privatisierungen, Rückbau öffentlicher Güter etc. – die Kosten für Krisen zu tragen hatte, die einige wenige verursachten, die sich für Geld beliebig an juristischen Steroiden bedienen konnten. Sie setzt darauf, dass (5) eine ausreichend große Zahl von Staaten, die mit gutem Beispiel vorangehen, einen globalen Paradigmenwechsel auslösen könnten. Flankiert wird diese Hoffnung mit dem Vorschlag, (6) rein spekulativen Geschäften die schützende Hand der gerichtlichen Vollstreckung zu entziehen. Und (7) sie fordert Reformen des juristischen Ausbildungswesens, womit sie sich nicht zuletzt auch auf die Ausbildungskosten bezieht, die Studierende britischer und amerikanischer *Law-Schools* in die Arme von Großkanzleien treiben.

So eingängig die Quadriga aus *priority*, *universality*, *durability*, *convertibility* ist, so bleibt sie doch auf einer deskriptiven Ebene. Sie hilft zwar, zu *verstehen*, wie Privatrecht bestimmte Güterklassen umschreibt und absondert; sie *erklärt* aber nicht das Warum und zu welchem Zweck. Letztlich muss auf die politische Ökonomie von Justiz und

5 BERNARD RUDDEN, Things as Things and Things as Wealth, in: Oxford Journal of Legal Studies 14,1 (1994) 81–97, hier 82 f.

Gesetzgebung zurückgegriffen werden. Dazu liefert die vorgelegte Abhandlung eine sehr ausgeklügelte Hypothese, die dereinst womöglich auf eine reichhaltige Debatte in ihrem Gefolge blicken darf. Wie sich diese diesseits und jenseits des Atlantiks entfaltet, darauf darf man gespannt sein. Für deutsche Leser*innen ist Pistors Buch unorthodox in dem Versuch, Hypothesen zu bilden, pointiert zu formulieren und rechtsdogmatisches Fingerspiel als spezifisch habituierte Machtausübung zu demaskieren. Es wirft ein Schlaglicht auf die Unterschiede in den Debatten auf beiden Seiten des Atlantiks.

Was *The Code of Capital* so spannend macht, ist das enorm breite Spektrum an Themen und Blickwinkeln, die hier versammelt und in Dialog gebracht werden. Der Dialog lebt vom Schreibstil der Autorin: spitz und warm zugleich im Tonfall, glasklar in der Sprache, ohne unnötige Schnörkel. Pistor findet eine präzise und verbindliche Ansprache. Auf inhaltlicher Ebene lässt sie sich nicht

in die wiederkehrenden Grabenkämpfe einzelner Subdisziplinen hineinziehen. Sie begnügt sich nicht mehr damit, die inzwischen veraltete Kritik an den *Law and Economics* zu wiederholen, alles was aus diesem Feld komme, sei trivial oder an einem irrealen *homo oeconomicus* orientiert. Sie vermag die verhaltenstheoretischen Betrachtungen der Ökonomie in ein sehr viel umfassenderes normatives Systemverständnis einzubetten. Auch geht Pistor mit konsequenter Interdisziplinarität vor – oder umgekehrt: Sie arbeitet interdisziplinär, um konsequent ihr Thema, die privatrechtliche Ausgestaltung von Kapital, zu verfolgen. Die *Black Box* der internationalen Finanzwelt wird so zugänglich; Ökonomie und Recht hängen nicht im abstrakten Vakuum, sie sind menschengemacht, in Raum und Zeit entstanden. Für die Rechtshistoriker hält dieses Buch eine beruhigende Erkenntnis bereit: Ohne Rechtsgeschichte geht es nicht.

