A. Einleitung

Der Jubilar ist ein anerkannter und kundig herausragender Lehrer des Wirtschaftsrechts, bewundert in zahlreichen Gebieten vom Immaterialgut über das Wettbewerbsrecht bis zum Kontrahenrecht, das er maßgeblich prägte. Seine Festreden trägt die Überschrift «Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis» und so würde es ihm selbst gewiss leicht fällt, zu sagen, was Wirtschaftsrecht auch in der Theorie denn ist. Selbst bin ich mit einer gültigen Umschreibung dieses Rechtbereichs (oder dieser Rechtsamnestierung) noch nicht zu Ende gekommen, abgesehen von der immer offen stehenden Möglichkeit, die Gebiete, die man in guten Tagen einbeziehen kann, schlicht ausschließen und allenfalls inhaltlich positivrechtlich auszuschließen.


B. Grundsätzliches

Wirtschaftsrecht beinhaltet offensichtlich eine Thematisierung von Recht in Wirtschaftsbelangen. Das ist ein solcher Artikler bekannter Streitgegenstand, dessen

1 Oliver W. Holmes, The path of Law, Harvard Law Review 10 (1907) 457 ff. 469

Peter Nobel 973
C. Entwicklung des Wirtschaftsrechts in der Schweiz


Trotz der andauernden abhängigen Rolle der hochschulischen Jurisprudenz kann es in St. Gallen aber lange nicht dazu, dass die Ökonomie das Recht für ihre Zwecke funktionalisierte, ja gar instrumentalierte und es in die eigene Theorie einbaute. Es herrsche ein Klima der Koexistenz gegenseitigen Respekts ohne nähere Interesse. Ich habe einmal versucht, die Fäden etwas zu sortieren und kam dabei zu folgendem Schluss: Selbst die systemtheoretisch orientierte, neue Unternehmenslehre begriff das Unternehmen unmittelbar als produktives, „soziales“ System

4 Kirchberger, economists (FM 3) 558.
5 Walther Borkhauer, Das Geld, ZStV 1936, 6ff.
und klammerte die rechtliche Dimension der konstitutionellen Belange handels- 
gesellschaftsrechtlicher Tradition der «Unternehmensträger» und ihres «etablier-
ten» Trennungsverhältnisses zur arbeitsrechtlichen Disziplin weitgehend aus.10 
Eine Ausnahme stellt hier BINSWANGERs Umweltzweckpolitik mittels handelbaren 
Emissionszertifikaten dar, bei der traditionelle rechtliche Figuren in neuen Zusam-
menhängen marktwirtschaftlich fruktifiziert wurden11.

Bei den Juristen führte die mangelnde wissenschaftstheoretische Kommunika-
tion zu einer Konzentration auf die eigene Methodenlehre, in der zeitweilig jedoch 
weniger über die Interpretation der konkreten Gesetze als über die ewigen Gesetze 
der Interpretation nachgedacht wurde.

Im Weiteren lag die Aufmerksamkeit – trotz eines Vordringens bis in die geset-
zergeberische Reflexion über den Unternehmensbereich12 – doch stets primär auf 
der Weiterentwicklung des wettbewerblichen Gedankengutes des Kartellgesetzes 
von unter einem «functionalistischen» Auffassung der Regeln zur Verhinderung 
unlauteren Wettbewerbs13. Mit der Gründung eines europarechtlichen Instituts 
mit Erfahrung 1963, d.h. lange vor 1992, das Bewusstsein der Bedeutung dieser Fragen 
im gemeinsamen Markt nach gewonnen. Daneben wurde versucht, die neuen Wirk-
lichkeiten des gestörten Interessenausgleichs zwischen den Wirtschaftsteilnehmern 
zur Erfassung und Phänomene wie etwa die Allgemeinen Geschäftsbedingungen 
zu bearbeiten 1983. Schließlich können auch ernsthafte methodologische 
Bemühungen verzeichnen werden, bei der zunehmend Tendenz im Abgaberecht 
tegegenzusteuern, schlicht aber gezielt an den «wirtschaftlichen Sachverhalt» und 
mit nicht mehr an die (zivil-)rechtlichen Formen anzuknüpfen und die staatliche Einwir-
ksung zu unübersehbar zu machen1. Wirtschaftsrecht wurde auch als die ständige 
Reflexion des schwierigen Verhältnisses zwischen Theorie und Praxis angesehen.
Insgesamt lässt sich aber feststellen, dass nicht die Ökonomie als Ganzes zum 
Gegenstand der Betrachtung gemacht wurde, sondern eben nur Teilaspekte der Wirt-
schaftsmechanismen. Somit ist zu konstatieren, dass auch in St. Gallen, dem Hoot

11 HANS CHRISTOPH BINSWANGER, Wirtschaft und Umwelt, Möglichkeiten einer ökologisch-
ertraglichen Wirtschaftspolitik, Stuttgart 1982; dazu, Symposium: Umweltprobleme als 
Herausforderung der Marktwirtschaft, in: Veröffentlichungen der Hanns-Martin-Schleyer-
Stiftung, Bd. 11, Köln 1983.
12 WALTER R. SCHLIEPER, Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen einer auf Mit-
bestimmung gründenden Unternehmensverfassung, SAG 1977, 77-87 (vgl. SCHLIEPER, Mit-
bestimmung).
13 CARL BAUDENBACHER, Das neue Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 
14 EINRICH KRAMER, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftspotentiale, 
Kunden mit den Falschaussagen im Bankenverkehr? Ein weiteres Mal Bemerkungen zu 
den Bemerkungen der AGR der Banken, recht 1977, 41-56. 
15 EINRICH HÖHN, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, Steuer-Revue 1963, 
16 EINRICH HÖHN, Wie grus ist die Theorie? Gedanken zum Verhältnis von Doktrin und Praxis 
in der Jurisprudenz, AJR 1994, 43 ff.

976

D. Zusammenspiel von Recht und Wirtschaft auch in 
der Verfassung

Das Verhältnis «Wirtschaft und Recht» war auch immer eine Dauerthema im 
Zusammenhang mit den Wirtschaftszeiten, die Ende der 1900er Jahre in die Verfas-
sung eingeführt wurden.

17 Das war einmal der Schluss der Zusammenfassung meines Aufsatzes.
18 GÉRARD HEYER, Law and Economics in Civil Law Countries: Switzerland, International 
19 ROLF H. WEBER, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmefällen: 
Studien zur staatlichen Wirtschaftsregelung und zum Einsatz der Regulierungsinstru-
mente in den Transport-, Kommunikations- und Energimärkten in der Schweiz und den 
20 CHRISTIAN J. MAYER-SCHÄFFER, Corporate Governance and Legal Rules: A Transnational 
Look at Concepts and Problems of International Management Control, The Journal of 
Corporation Law 13/3 (1988) 131-182, dazu: Über die Notwendigkeit gesellschaftsrecht-
licher Aufsichtsregelung: Ein Beitrag zur Ökonomischen Analyse des Gesellschaftsrechts, 
ZSR NP 107/1988, 191-241; MARKUS REPELLE, Die ökonomischen Grundlagen eines 
Rechts der Publikumsgesellschaft: Ein Beitrag zur Theorie der Corporate Governance, Zü-
rich 2000.
21 AMY A. BIRCH/GARDNER C. MEANS, The Modern Corporation and Private Property, 
Cambridge-Massachusetts 1932.
Festschrift Roland von Büren


Diese quasi als Notrecht geborenen Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit zur Lenkung der heimischen Wirtschaft wurden dann durch die Aufnahme der so genannten Wirtschaftsartikel 1947 verfassungsrechtlich verankert. Zwar gewährleistete die neue Art. 31 Abs. 1 erster Satz abV nach wie vor die Hansels- und Gewerbefreiheit im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft; jedoch wurde diese nicht schrankenlos garantiert; vielmehr räumte die Bundesverfassung dem Bundesgesetzgeber in umfassender Weise sowie vereinzelt auch den Kantonen die Kompetenz zu Eingriffen in das wirtschaftliche Leben im Sinne der Regelung des Wirtschaftsablaufes ein. Diese wirtschaftspolitischen Vorbehalte wurden in Art. 31 Abs. 3 abV verankert und dienten u.a. der Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe, der Förderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Selbständigerwerbenden in solchen Wirtschaftszweigen oder Berufen sowie der Erhaltung eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen Landwirtschaft.

Damit hat aber die verfassungsmäßige wirtschaftliche Freiheit eine grosse Wandlung erfahren und man kann in gewissem Sinne von einer Eintrübung der Handels- und Gewerbefreiheit als verfassungsmäßigen Freiheitsrecht sprechen. Hier setzt auch «Wirtschaftsrecht» ein, das bei der Wirtschaftsverfassung beginnt.

Wirtschaftsrecht?

E. Schweizer Stimmen zum Wirtschaftsrecht


Peter Nobel
liches Denken grundsätzlich verschiedenartig von wirtschaftlichem Denken machen. Eine in diesem Zusammenhang besonders hervorhebende Eigenschaft ist seine generelle Natur, die verlangt, die Inhalte und Zwecke, welche die Einzelnen unter seinem Schutz verfolgen, gleichermassen zu akzeptieren, unabhängig davon, ob sie ihm willkommens sind oder nicht, wodurch seine Eignung zur ökonomischen Optimierung beschränkt wird. Darüber hinaus verwendet das Recht prinzipiell qualitative Kriterien, während die Wirtschaft grundsätzlich quantitativ denkt. "Recht ist geprägt von der Inkommensurabilität der Werte." 29 Vor diesem Hintergrund verlangt Wirtschaftsrecht für seine Schaffung, für seine Anwendung, seine Auslegung und für die Ausführung seiner Vorschriften ein Maximum an Einblick in dieses Wirkungsfeld. "Wirtschaft und Recht sprechen zwar (...) verschiedene Sprachen, aber die Übersetzung von einem Bereich in den anderen muss möglich sein." 30 Die Kommunikation ist aber nicht leicht herzustellen, schon Strober sagte dazu: "The difference between a discipline that seeks to explain economic life (and indeed, all rational behavior) and a discipline that seeks to achieve justice in regulating all aspects of human behavior is profound. This difference means that, basically the economist and the lawyer live in different worlds and speak different languages." 30 Auch FOSTERMOERER hat sich in seiner Abschiedsvorlesung mit dem Wirtschaftsrecht und dem Wandel, den es über die Jahre erfahren hat, auseinandergesetzt. Dabei beobachtete er im Bereich des klassischen schweizerischen Gesellschaftsrechts einen Übergang von einem formalen zu einem auf die ökonomischen Konsequenzen ausgerichteten Normenkonzept. So wird das Silosystem, nach dem für jede Rechtsform eine eigene Ordnung aufgestellt wird, die dann für sämtliche Gesellschaften in diesem Rechtskred gilt, immer mehr durchbrochen: "Anknüpfungspunkt für die rechtliche Regelung ist nun immer häufiger nicht mehr die Rechtsform, sondern die wirtschaftliche Bedeutung und Komplexität einer Tätigkeit. Wirtschaftlich gleiche oder vergleichbare Sachverhalte werden unabhängig vom gewählten Rechtskred einheitlich geregelt, entsprechend dem Grundsatz same business, same risks, same rules." 31 MARC AMSTUTZ' Buch "Evolutionstüren Wirtschaftsrecht" 32 ist aus theoretischer Warte ein neuer Versuch, zur Theorie zurückzukommen. Wesentlich ist dabei die funktionale Analyse. Was das ist, kann man aus einem Zitat von NIKLAS LEHMANN ersehen: "Funktionalen Analysen knüpfen nicht an sichere Gründe, bewährtes Wissen, vorliegende Gegebenheiten an, um daraus sekundäres Wissen zu gewinnen, sondern siebezich...
Festschrift Roland von Bürten

Gesetzgebung darf nicht zu einem geschlossenen System führen, dass die ständige evolutionäre Selektion der besseren Möglichkeiten unterbindet. Gesetzgebung muss sich von Prinzipien und nicht von Regeln leiten lassen.

E. Auswirkungen von Law and Economics auf das Recht


Während sich bis vor kurzem die Rolle der Wirtschaftswissenschaften auf Gebiete wie Kartellrecht, regulierte Industriebereiche, Steuerrecht und die Herleitung der monetären Entschädigungen beschränkte, werden nun auch Rechtsbereiche wie Eigentums-, Vertrags-, Schadens-, Straf- und Verfassungsrecht erforscht.


Richard A. Posner, der Papst dieses Gebietes, nennt es «the foremost interdisciplinary field of legal studies» und zitiert, was sogar ein Gegner konzedierte, nämlich: «it continues and remains the single most influential school in this country» und «and enormous enlivening force in American legal thought». Ja sogar: «There is no dispute that law and economics has long been and continues to be, the dominant theoretical paradigm for understanding and assessing law and policy.»


38 SCHUBERT, Funktionality (FN 36), 159.

Viele Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts glauben, dass das anglo-amerikanische Rechtssystem insofern effizient ist, als es mehr oder weniger die gleichen Ressourcen-Verteilungen hervorbringt, wie sie auf dem freien Markt entstanden wären. Dies ist nicht unbedingt der Fall bei der Rechtsfindung anhand von Gesetzen und Verfassungen, da diese Regelwerke häufig das Produkt von Interessensgruppen sind, welche andere Ziele verfolgen.

Für Posner bestehen noch zwei weitere wichtige Aufgaben der ökonomischen Analyse des Rechts nach amerikanischer Art: Dabei handelt es sich um einen normativen Funktion, die die Effizienz als wichtigsten sozialen Wert festlegt. Zum anderen kann die ökonomische Analyse ein wichtiges Lehrmittel sein, das dem Studenten u.a. ein zusammenhängendes Bild des Rechtssystems, seiner einzelnen Teile sowie seiner grundlegenden Einheit vermittelt.

Gewiss liegt ein Teil der Unterschiede zu einem kontinentalen System in der unterschiedlichen Rolle der Richter, die in Amerika mehr Möglichkeiten haben, politisch zu machen, während bei uns die Normen anstrengung in der Vordergrund stehen scheint oder mindestens in dem Vordergrund geschoben wird. Dann soll die ökonomische Analyse aber auch zur Verbesserung der rechtlichen Institutionen beitragen, und sicherlich insbesondere derer, mit denen das Wirtschaftsrecht zu tun hat, der mit dem Wirtschaftsrecht verbundenen. Es besteht ja ein sichtlicher Isomorphismus zwischen Recht und Ökonomie: 'That is, law and economics have a parallel structure, both being concerned with the allocation of scarce resources, though they utilize a quite different vocabulary and often different tools.' Studenten dürften


49 Die zitierten Rechtsgebiete reichen von 'kraft-Kartell über das Urheberrecht bis zum Arbeitsrecht.


Insbesondere sieht er auch einen fundamentalen Gegensatz zwischen amerikanischen und kontinentalen Versuchen, im Gegenteil, die Anfänge liegen in Aristoteles' Gerechtigkeitslehre und auch Max Weber und Friedrich A. Hayek versuchten, Recht zu etablieren als 'neuralgische Werte' für private Einfälle. 52

In Auseinandersetzung mit Weber und Hayek will Posner herausarbeiten, dass ihr Rationalisierungsbemühen auch ökonomische Effekte zeigte, gerade durch ihnen umgesetzten Formalismus. Die 'rule of law' ist 'economics of law'. Max Weber sah in der Unpersönlichkeit der Anordnungen durchaus auch eine Absicherung vor den Effekten der Verursachung von Ungleichheit. 'Legal rationality is rational. But it is also, and by that very fact, an agent of mystification.' Weber und Hayek waren aus dieser Sicht auch ökonomische Analyse des Rechts und Posner sagt dazu: 'But – and here I come to the heart of the contrast that I wish to draw between the European and American approaches to the economic analysis of law – their economic analysis goes only so far as to identify the economic functions of law's impersonality and formal rationality, the economic functions, in a word, of the 'rule of law' as a narrower concept than of law itself.'

Es sei Bentham's Geist, der die amerikanischen Bestrebungen anleitet, nämlich 'to confine the law (…) with utilitarian principles today recognizable as rational choice economics'. Und die Richter sind in der amerikanischen Regierung eher 'systemverursacher' viel direkter politisch tätig und nicht von der bisher vorherrschenden europäischen 'judicial modesty' geprägt. Dazu kommt, dass der europäische Ansatz 'focuses on the legal foundational, or one might say the constitutional element of the liberal states', während in Amerika das Interesse mehr auf substantielle Aspekte gerichtet sei, auf 'specific rules, doctrines, cases'. Hier wären vor allem auch 'principles' und 'standards' nachzutragen, die die Entscheidungsfindung ausweiten und die gerade die amerikanische Rechtsprechung kennzeichnen.

Diese Gegensätzlichkeit von 'formal versus substantive economic theories of law' kann hier nicht näher vertieft werden, doch liegen die Wurzeln in der Differenz zwischen systematisch-abstrakter Vorgehensweise und der Tradition des Pragmatismus, dessen letztes Ziel in der 'reanounilaterals' liegt, aber versucht, empirisch vorzugehen: 'Legal pragmatism is empiricism.' 53

52 Posner, Law (FN 48), 93.
53 Posner, Law (FN 48), 94.
55 Posner, Theories (FN 54), 13.
56 Posner, Theories (FN 54), 1.

Peter Nobel

984

Peter Nobel

985
pragmatische Gesetz aus dem Bewegungsgrunde der Glückseligkeit nennt ich pragmatisch (Klugheitstregel). Und er gründete diese auf Empirie und Erfahrung (Kritik der reinen Vernunft B, 834 ff.).

Die Unterschiede zwischen amerikanischer Rechtswissenschaft und deutscher (und ihr folgend schweizerischer) Rechtstheorie sind im Einzelnen vielfältig und leicht auch für kontroverse Diskussionen offen. Als wesentlich erscheint aber jedenfalls die Rolle, die man dem System, z.B. auch der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht und so insbesondere der Gesetzgebung beismitz. Der kontinuierlichen Rechtswissenschaft wird so leicht vorgeworfen, was Privatpa
denbarweise gerade der amerikanischen Entwicklung untersteht - dass sie sich „imiert“ weiter entwickeln und sich ökonomischen Argumentationsmustern nicht öffnen wolle.

denkbare Grundlage der Kodifikation. Schanz kritisiert die zunehmende Einstellung des Rechts in Ordnungsschema und Rechtssammlungen und fordert eine neue Kodierung, d.h. einen der aktuelle
den Sachverhalten reflektierenden „Allgemeinen Teil“, der sich nicht mit dem Recht der Wirtschaftsverhältnisse, sondern mit dem Recht der Grundlagen des Rechts, die sich zu dominanten internationa
len Gesellschaftsrechts begeben werden. Erforderlich ist die Entwicklung einer theoretisch begründeten, sachlich tragfähigen Systematik der Verteilungstheore
glien in Unternehmen. Die ökonomische Analyse des Rechts, die sich zu dominierenden inter
national anerkannten Komparskizistik entwickelt hat, leistet hierfür hervor
ragende Dienste. Ökonomische Analyse des Rechts ist für ihn trefflich „eine Theo
rie hypothetischer Kontrahierungsoptionen.

Dass für die Frage, ob ökonomische Denksätze denn überhaupt

59 Grichez/Gutzeit, Divergence (FN 40), 95 ff.
61 Darauf geht es seiner Meinung nach bei Savigny.
62 Schanz, Wirtschaftsrecht (FN 60), 71.
63 Schanz, Wirtschaftsrecht (FN 60), 10.
64 Schanz, Wirtschaftsrecht (FN 60), 14. Am Unternehmen setzen sich Marc Amstutz/Ra

externe Denksätze sind. Immerhin leitet Ökonomie und Recht ja auch lange in gemeinsamen Fakultäten und dann bleibt die Erkenntnis wesentlich, dass der Ra
nationalisierung und damit der formalen Ausbildung der Gesetzgebung auch eine Komponente der Effizienz innoviert. Es darf sogar die These gewagt werden, dass dem Recht und auch der Internationalisierung und Erfolg der Wissenschaft in der Rechts
wissenschaft seine Grenzen, wenn sie sich nicht an hypothetischen Grundnormen orientiert, sondern sich der Zieldiskussion und Gestaltungsrationalität stellt.

G. Kritik an Law and Economics in Deutschland


Zu beachten sind hier insbesondere die weise rede von SCHEIN/OTT sowie das Buch von Peter BRENNEKES, die beide den Ansatz mit Enthusiasmus und Erfolg verfolgen. Letzterer hat seine These in einem Untertitel zusammengesfasst: „Die Ökonomie als rationale Jurisprudenz.“ Er betont darin, dass ein Öko
nomismus, der das Effizienz-Kriterium und den Preismechanismus verabsolutiert, nur Tellerklärungen im Rahmen einer allgemein gefassten ökonomischen Or
dnungsfindung geben kann, die realistischerweise nicht nur den Markt, sondern Polit
ik, Bürokratie und kollektives Handeln umfasst.

Daneben sind aber auch bemerkenswerte „pragmatische“ Arbeiten erschienen, so HORST EIDENMÜLLER „Effizienz als Rechtsprinzip“ und ANNE VAN AARNS „Rational Choice in der Rechtswissenschaft“.

70 HORST EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechteinsatz: Möglichkeiten und Grenzen der ökono
71 ANNE VAN AARNS, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft: zum Stellenwert der öko
Eisenmüller hält den deutschen Richter für Konsequenz- und Effizienzanaly- 
lysen ungeeignet72 und verstieß Law and Economics demgemäß als Auftrag an den 
Gesetzgeber, bei dem «die institutionellen Gegebenheiten des deutschen Rechts-
 systems» zur Kenntnis zu nehmen seien73. Das Ziel bleibt jedoch eine komplexe 
Formel mit einer Vielzahl von uncharfen Variablen. Diskutierte Unschärfe ist 
aber besser als unbesehene.

Das Werk von Anne van Axen ist vorzüglich, instrumentell erleuchtend und 
verlangt folgeberzogene Analysen, bleibt aber in der deutschen Tradition von 
Wirtschaftsgericht und Verfassungsweg, dies ist nicht negativ, aber in den theo-
retischen Konsequenzen wenig radikal. Freiheit wird nicht direkt mit Markteffi-
 zienz verbunden.

H. Law and Economics in der Schweiz


Beat Hotz sah ihn so, dass Recht als bestimmte Anreizstruktur zu verstehen ist, aber auch als rationale und universelle System von wissenschaftlich entdeckbaren 
Prinzipien oder Doktrinen, was prinzipiell ermöglichen, «die grundsätzlich formalen 
Eigenschaften des Rechts aus der ökonomischen Theorie abzuleiten».75 Dem werden 
bereits vier Kritikpunkte entgegengeschlagen: Es komme zu einem Instrumentalis-
ismus, es werde ökonomischer Rigorismus betrieben, die beteiligten Organisationen 
dürften nicht analysiert und die ganze Analyse sei ahistorisch. Damit muss man 
sich im Einzelnen auseinander setzen, darf dabei aber nicht übersehen, dass es um 
eine allgemeine Theorie geht, die menschliches Handeln in Kategorien von Glück 
oder Reichtum erfassen will76.

In seiner ausgezeichneten dogmatischen Arbeit «Effizienz statt Gerechtigkeit» 
vermittelt Klaus Mathis genügende Instrumente, um den Auseinandersetzungs-
prozess, den Trade off zwischen Reichtumsmaximierung und sozialer Gerechtig-
keit, anzuleiten. Jedenfalls könnte man aber nur verteilen, was erwirtschaftet 
werde und Wachstumshindernisse seien auch unter dem Aspekt der Gerechtig-
keit schädlich. Soweit gibt gerade die pragmatische Komponente der Amerikaner 
her. Sinnvoll sei es daher, die Effizienzregel zwecks Verfolgung anderer gesell-
schaftlicher Ziele anzuwenden77. «Effizienz ist daher stets auch ein Gebot der Ge-

72 Eisenmüller, Effizienz (FN 70), 486.
73 Eisenmüller, Effizienz (FN 70), 490; beispielhaft hier auch 3. Warum soll in den Markt-
mechanismen eingeriffig werden?, 81 ff.
74 Ebenso in Amerika, vgl. van Overveelt, Chicago School (FN 27), 291.
75 Hotz, Analyse (FN 26), 295.
76 Ponsia hat an die Stelle von Happiness eigentlich wenig überzeugend «wealth maximiza-
tion» in einem breiten Sinn gesetzt. Jetzt aber Bruno S. Fava, Happiness. A Revolution in 
Economics, MIT 2008; kulturwissenschaftlich: Dörte Thomas, Vom Glück in der Moder-
ne, Frankfurt am Main 2003.

Es wird insbesondere spannend, wenn ein anerkannter Wirtschaftsrechtler, der 
«Recht und ökonomisches Gesetz» in allen Einzelfragen der Rechtsauslegung 
und der Rechtspolitik behandelt hat78, gegen Ponsia zur Feder greift und zwar mit der 
Überschrift «A legal theory without law». Die Rezessionen dazu waren sowohl en-
thusiastisch79 als auch verlegen80. Es ist denn auch kaum möglich, noch unverzicht-
barer als es hier geschiedt, Scheingegeben is aufzubauen; man wähnt sich im 
19. Jahrhundert. Ponsia wird sogar dann noch abgekanzelt, wenn er vor der europäi-
schen Richterkultur und ihrer «judicial modesty» den Hut zieht81. Der professorele 
Lohrmeister-Utücken rührt vor allem daher, dass Ponsia den Hayer·schen Theo-
rien und Ansichten nicht gerecht werde82. Es wird aber verkannt, dass der «Forma-
listen» eben auch Offenheit beinhaltet. Und die Entrichtung von Recht aus der Ba-
sis «<economy>» feiert ja heute mit den internationalen Standards als «best practice» 
große Erfolge und die Rechtsentwicklung wandelt als neues «common law» aus den 
Parlamentssälen ab. Es ist wohl auch an dem Platz, wenn ein Deutscher einem 
anerkannten amerikanischen Bundesrichter eine Lektion in Freiheitsrechten und 
Wettbewerb erziehen will und ihm vorzieht, hinter die Aufklärung zurückzufallen 
und auch Nietzsche's Philosophie individueller Freiheit misszuteilen.

Am Ende fragt man sich sogar, was ausser Negativem denn überhaupt gesagt 
werden, und es ist wenig Ertrag vorhanden. Zwar wird herausgearbeitet, dass die Ver-
bindung von Recht und Ökonomie schon in der Freiberger Schule (die auch die 
Schweizer sehr beeinflusste) angelegt gewesen sei. Das ist zutreffend und der beste 
Beleg dafür ist der zitierte Satz von Franz Böhm zur Überführung einer Wett-
bewerbsverfassung in eine Rechtsverfassung: «Es handelt sich somit um den 
Vorwurf, das Lehrgebilde der klassischen Wirtschaftsphilosophie aus der Sprache

78 Mathis, Effizienz (FN 77), 203.
79 Mathis, Effizienz (FN 77), 206.
80 Ernst-Josef Mattesacker, A Legal Theory without Law. Ponsia v. Hayek on Economic 
81 Markus C. Kühler, Ponsia Entnazifizierung – Ein Beitrag der deutschen Rechtswissen-
schaft zur U.S. ökonomischen Analyse des Rechts aus europäischer Sicht, Wirtschaft 
82 Eckart Schanz, Buchbesprechung: Ernst-Josef Mattesacker – A Legal Theory without 
83 Mattesacker, Legal Theory (FN 80), 57.
84 State with Economic Intentor: Frederic A. Hayek, Rechtsordnung und Handelserordnung: 
Aufsätze zur Ordnungskonomik, Tübingen 2003. Zum Hayek Research Project «a study of a 
suitable legal and institutional framework for an effective competitive systems» siehe 
van Overveelt, Chicago School (FN 27), 293.
der Nationalökonomie in die Sprache des Rechts zu übersetzen.» 85 Dann wird aber wieder durchwegs auf dem Eigenwert des Rechts und seiner Selbstdentäglichkeit insistiert. Rationale Wahl und Effizienz erschöpfen das Recht nicht. Das wird auch nirgends behauptet. 86 Auf der anderen Seite kämpfen hier Vertreter der Marktwirtschaft gegeneinander und der eine sagt, dass wir den Weg in die Zukunft durch kluge Entscheidung zu suchen haben, während der andere auf den formalen Rechtspositionen und ihrem »System« sitzen bleibt, die gerade wegen einem Gefühl des Ungenügens die Kategorie des Wirtschaftsrechts einläuten. Wenn Posner legal theory without law mache, so wäre ein gefährliches Gegenstück «law without theory». MEISTMÄCKER hat Recht, wenn er sagt: «In law, the relation of ends to means is more than a pragmatic methodological operation.» 87 Aber was ist es denn für das Wirtschaftsrecht? Es geht um das Wirtschaftssystem: «If economic analysis does more than making products of law amenable to the application of price theory, the «more» requires legal analysis of economic systems.» 88 Dafür genügt aber, bei aller Liebe zu Kant, auch der folgende Satz nicht mehr: «The continuing challenge is to accommodate, in a free order, the dichotomy of economic liberties and equal justice.» 89 Das ist ja die Frage.

J. Wissen wir nun etwas mehr?

1. Ökonomische Grundkenntnisse sind für den Juristen unerlässlich


Die Informationstechnologie verändert unsere Welt ohne territoriale Bindungen: «There is a balance to be struck here between sovereignty and efficiency» (The Econ.

86 POSNER, «... there is more to justice than economics.» Vgl. VAN OVERTEELD, Chicago School (FN 27), 290.
87 MEISTMÄCKER, Legal Theory (FN 80), 13.
88 MEISTMÄCKER, Legal Theory (FN 80), 14.
89 MEISTMÄCKER, Legal Theory (FN 80), 15.

II. Rechtspositionen sind auf ihre ökonomische Machbarkeit zu überprüfen


III. Freie Märkte in einem Regelssystem sind die effizientesten Entwicklungsmotoren

In diesem Licht ist es Aufgabe des Wirtschaftsrechts, die Funktionsfähigkeit der Märkte vor der sichtbaren Hand materieller Politikeingriffe zu schützen.

IV. Pragmatismus als nützliche Philosophie

Mit einer allgemeinen Rechtstheorie wird es aber zugegebenenmassen schwieriger. Wirksamkeitsanalysen sind aber gewiss wertvoll, denn es darf ja vermutet werden, dass man das Ziel, das man sich vorgenommen hat, auch erreichen will und zwar effizient und kostengünstig, vom Menschenrechts- bis zum Umweltschutz. Law and Economics kann so versuchen, den Anspruch an eine Basis-Theorie zu erheben, bei der aber noch vieles auszuarbeiten ist, das Verständnis gefordert werden muss und Scheingegensätze besser abgebaut werden.

Sobald Staat und Gesetzgeber eintreten, kommt es zu Formalisierungen, die dann trotz dem aus der Klarheit der Anordnungen hervorgehenden Potential zu Rationalisierung und Effizienz auch zur Starrheit führen. Hier ist der Pragmatismus eine nützliche Philosophie. Zusätzlich wäre zu Posner allerdings besser als Hans Kelsen Leo Strauss passen, der die unverrückbaren Positionen gerade in Chicago festgeschrieben hat (Natural Rights and History). Der Pragmatismus erlaubt aber umsichtige Entscheiden begrenzter Reichweite in einem sozialen und politischen Kontext und behält damit eine Elastizität, die den selektiven Evolutionsprozess (immer noch und immer wieder) ermöglicht. Dies erkennt auch Posner, wenn er feststellt: «The law is ultimately public policy and policy should be based on facts rather than on points of law, so lawyers and judges have to balance concrete interests drawn from the real world.» Aus dieser Einsicht leitet er ab, dass «lawyers hubris is a menace in many fields of law. [...] Legal thinkers have to pay more attention to the facts and to other practical, empirical considerations bearing on legal policy than they do. This insight has powered the growth of interdisciplinary legal studies.»91 In den entwickelten Gesellschaften hat sich eben das, was früher schlicht «Freiheit» war, zu einem schönen Teil in die Normenstruktur und die justiziellen Entscheidungsprozesse verlagert. Der EuGH ist ein Beispiel dafür, nicht nur die amerikanischen Richter.

V. Wirtschaftsfreiheit heisst Märkte gewährleisten


---