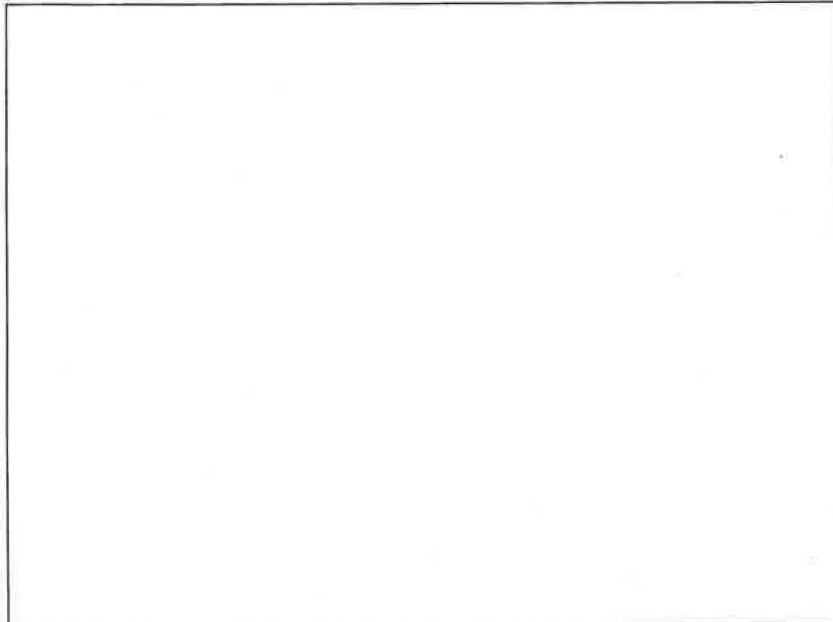


12



Internationale Studien zur Privatrechtstheorie

Herausgegeben von

Gunther Teubner, Universität Frankfurt

Christian Joerges, Europäisches Hochschulinstitut Florenz

Hugh Collins, London School of Economics

James Whitman, Yale Law School

Antoine Lyon Caen, Université de Paris

Band 3

Buch in Bibl.
Regal BB

Chc
49
39

Marc Amstutz

Evolutorisches Wirtschaftsrecht

Vorstudien zum Recht und seiner Methode
in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft



NOMOS Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist bei
Der Deutschen Bibliothek erhältlich. (<http://www.ddb.de>)

ISBN 3-7890-7617-1

1. Auflage 2001

© NOMOS Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2001. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1	
Ius supra iura	11
I. Ausdifferenzierung des wirtschaftsrechtlichen Diskurses	12
1. „Freiheit“ und „Bindung“	12
2. Kontingenz der Marktform	14
3. Polanyis „Doppelbewegung“	16
II. Lehre von der marktwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeit	21
1. „Mixed economy“ und der Stufenbau der Rechtsordnung	21
2. Verhältnismäßigkeit und Grundordnung des Wirtschaftens	23
3. Analyse	26
III. Lehre von der abstrakten Ordnung	30
1. Erkenntnistheoretische Grundlagen	30
2. Spontane Ordnung	33
3. Normlogische „Abstraktheit“	35
4. Kulturelle Evolution	38
5. Analyse	41
IV. Lehre vom sonderrechtlichen „ordre public“	44
1. Unbestimmtheit des Rechts	44
2. Relativ-autonome Teilrechtsordnungen und „ordre public“	46
3. Analyse	48
V. Selbst- und Fremdbeobachtung im Recht: „Modelle von Recht-in-Marketgesellschaft“	53
1. „Internalisierte Externalität“	53
2. „Normatives Modelldenken“	57
3. Iteratives „Modell von Recht-in-Gesellschaft“	59
4. Sozial-kognitiver Konfigurationismus	61
a) Erkenntnis als sozialer Austauschprozeß	61
b) Rotterdamer Schule des Konfigurationismus	62
c) Multiple Handlungskontexte	64
VI. Marketgesellschaftliches „ius supra iura“ als komplexes Modell	66
Kapitel 2	
Theoretisches Modell: Markt als historizistischer Prozeß	73
I. Markt, System und Zeit	75
1. Markt als evolutionäres System	75

2. Temporalisierung des Marktes	79
3. Unruhe des Marktes	80
II. Evolution als Kollisionsmechanismus	81
III. Dimensionen des evolutionären Denkens im Recht	84
1. Rationalität als Zeitindifferenz in der Rechtswissenschaft	84
2. Terra incognita der Rechtsevolution	86
3. Auf der Suche nach einer Theorie von Recht & Evolution	88

Kapitel 3

Vorstudien zu einem operativen Modell I: Theorien von Recht & Evolution und ihre Erklärungsreichweite	91
---	----

I. Vom Evolutionismus zum Adaptionismus	95
1. Überwindung von Maines Objektivismus	95
2. Max Weber und die Evolution des Rechts	97
3. Strukturierte Kontingenz	100
II. Adaptionismus und Recht: Entparadoxierungsversuche	101
1. Adaptionistisches Rechtsparadox	101
2. Habermasens Entwicklungslogik normativer Strukturen	103
a) Rekonstruktion des Historischen Materialismus	103
b) Januskopf des Rechts	105
c) Recht und die Historizität der Gesellschaft	106
3. Luhmanns rechtsinterne Evolutionsmechanismen	108
a) Systemtheoretischer Evolutionsbegriff	108
b) Rechtsbildung und Rechtsevolution	110
c) „Evolution by consequence“ versus „evolution by process“	112
III. Evolution als „Maschine“	114

Kapitel 4

Vorstudien zu einem operativen Modell II: Theorien von Recht & Evolution und ihr normativ-analytischer Status	117
---	-----

I. Evolutorisches Denken und Rechtsdiskurs	118
II. These der Isomorphie: Sozialdarwinismus und Rechtsevolution	119
1. „Pre-political“ Darwinismus	119
2. Sozialdarwinismus	124
3. Sozialdarwinistische Rechtstheorie	126
4. Torts „effet réversif de l'évolution“	127

III. Genetische Rechtstheorie und die Disjunktionen der Analogie	131
1. Analogisches Denken und Logik	131
2. Genetische Rechtstheorie	134
3. Analogie als „simplification“	137

IV. Metapher, Historische Rechtsschule und v. Jherings

Evolutionstheorie des Rechts	141
1. Metapher und logische Folgerichtigkeit	141
2. V. Savignys Geschichtlichkeit	145
3. V. Jherings evolutionäres Rechtsdenken	148
a) Wandel vorpositiver Zwecke	148
b) Recht in der Zeit	150
c) Kritik des Rechts durch sich selber	152
4. V. Jherings Metaphern	157
a) V. Jherings „Darwinismus“	157
b) Theorie der Metapher	160
c) V. Jherings „gewagte Kombinationen“	165

V. Evolutorisches Rechtsdenken als Denken in Metaphern	167
--	-----

Kapitel 5

Vorstudien zu einem operativen Modell III: Theorien von Recht & Evolution und ihre elementare Struktur	169
--	-----

I. Rechtsevolution und reiner Darwinismus	170
1. Effizienzhypothese des Rechts	170
2. Unsichtbare Hand in der Evolution des Rechts	172
a) Rubins Modell des Prozessierens unter ineffizientem Recht	172
b) Relativierung von Rubins Modell	174
c) Effizientes Common Law als Grenzfall eines stochastischen Prozesses	177
3. Grenzen normativer Variabilität	178
a) Elliots These vom Wandel des Richterrechts	178
b) Darwins „one long argument“	179
c) Unbeschränkte Variabilität von Normen?	181
II. Rechtsevolution und Synthetische Evolutionstheorie	185
1. Soziobiologie als Sozialtheorie	185
a) Moderne Synthese und pop sociobiology	185
b) Wilsons soziobiologischer Determinismus	188
c) Alexanders soziobiologischer Altruismus	191
2. Drei soziobiologische Rechtstheorien	195
3. Soziobiologische Rechtstheorie und die Evolution des Rechts	198
4. Perverse Effekte	200

III. „Antidarwinismus“	204
Kapitel 6	
Operatives Modell: Kollisionsordnung durch Evolutionsfähigkeit des Rechts	207
I. Theorie der Konversationskreise und der Prozeß des Rechts	211
1. Gesellschaftliches Recht	211
a) Soziologische Jurisprudenz	211
b) Lebendes Recht	212
c) Rechtsprozeß als „tâtonnement“	216
2. Handelsordnung, Konversationskreise und Rechtsprozeß	219
a) V. Hayeks dreipoliger Interaktionsprozeß	219
b) Hutterers Theorie der Konversationskreise	221
c) Revisionsbedarf der Theorie der Konversationskreise	223
3. Systembeziehungen von Konversationskreisen	227
4. Systemkomponenten von Konversationskreisen	231
a) Autonomie von Konversationskreisen	231
b) Theorie der Verhandlungssysteme	231
c) Theorie der multiplen Leitdifferenzen	233
d) Bråtens „virtual other“	234
e) Konversationskreise und „order from noise“	236
f) Kreislauf Recht / Konversationskreis / reguliertes Sozialsystem („R / K / rS“)	241
5. Konversationskreise und Rechtsprozeß	242
a) Informales Rechtshandeln	242
b) Strukturelle Kopplung und Konversationskreise	244
c) Theorie des Ultrazyklus	246
d) Fundamentale und realisierte Nische	249
e) (Rechts-)Systemische Nischenbildung	251
II. Interne Faktoren der Evolution und die Eigenlogik des Rechts	254
1. Theorieelemente des operativen Modells	254
2. „Developmentalism redivivus“	255
3. Theorie des Punktualismus	258
a) Phyletischer Gradualismus	258
b) Exkurs: Juristischer Gradualismus	261
c) Eldredge & Goulds Theorie: „Stasis is data“	264
d) Ursache von Stasis	265
e) Stasis in der Rechtsevolution	270
4. Selbstorganisation und Selektion: S.A. Kauffmans NK-Modell	278
a) Boolesches Netzwerk	278

b) Adaptive Landschaft	282
c) Ordnung am Rande des Chaos	285
d) Implikation des NK-Modells: Redefinition von Selektion	287
5. Rechtssoziologische Transformation des NK-Modells: Teilrechtsordnung und ihre Policy	288
a) These	288
b) NK-Modell als Metapher	290
c) Teilrechtsordnungen als „units of selection“	291
d) Teilrechtsordnungsspezifische Policy	292
e) Plastizität der Teilrechtsordnungs-Elemente	295
III. Theorie der Evolutionary Stable Strategies und der wirtschaftsrechtliche Kollisionsmechanismus	296
1. Evolutorischer Kollisionsmechanismus	296
2. Evolutorische Spieltheorie	297
3. Evolutorische Spieltheorie und marktgesellschaftliches „ius supra iura“	299
Kapitel 7	
Prospektives Modell: Evolutorisches Wirtschaftsrecht als Methode	303
I. Meta-Funktion der evolutorisch-wirtschaftsrechtlichen Methode	309
1. Methodologische Ausgangslage	309
a) Schlueps Studie zum Verhältnis von Kartell- und Markenrecht als Beispiel	309
b) Tautologien der herkömmlichen Methodenlehre	311
c) Schlueps „kasuistisches“ Verfahren	313
2. Methodologische Bedeutung des „lebenden Rechts“	315
3. Methodenlehre und Eigenlogik des Rechts	319
a) Fikentschers Fallnormentheorie	319
b) Bewegliche Methodologie?	323
c) Evolutorische Methodologie	326
II. „Vorbehaltene Teilrechtsordnung“: „Nischenbildung“ als methodisches Problem	329
1. Vorbehaltensnorm als Kompetenznorm	329
2. Vorbehaltensnorm als Verweisungsnorm	331
3. Anknüpfungsbegriff als methodisches Problem	333
III. Rekonstruktion teilrechtsordnungsspezifischer Policies	335
1. Grund der Rechtskollision	335
2. „Theorie der unvollkommenen Gesetzgebung“	336
3. Sauers konkrete Gestaltungsnorm	339

IV. „Konkretisierung“ von Teilrechtsordnungs-Elementen und die Kollisionsfunktion institutioneller Evolution	342
Literaturverzeichnis	347
Stichwort- und Namenverzeichnis	421

Kapitel 1

Ius supra iura

Die Wirtschaftsrechtsforschung sucht nach einem Gespenst, das wie jedes Gespenst, bildet man es sich nur eindringlich genug ein, sehr reelle Formen anzunehmen weiß. Sie sucht nach der *Polarität* von Staat und Wirtschaft (und dies in welcher Färbung auch immer, gleichviel also, ob ideologisch dem liberalen Trennungdenken oder dem wohlfahrtsstaatlichen Verantwortungspathos verpflichtet¹). Über die Jahre hat sich so ein eigen tümliches *narrative* ausgebildet,² das vielleicht nirgends so klar zum Ausdruck kommt wie in Brüggemeiers Begriffsbildung: „Wirtschaftsrecht als Ergebnis des dilemmatischen Versuchs, die spätkapitalistische soziale Wirklichkeit immer noch bürgerrechtlich bewältigen zu wollen, ist *Als-ob-Recht*. Es soll kompensatorisch dieselben sozialen und wirtschaftlichen Ergebnisse zeitigen, die eine funktionsfähige – hypothetische – Marktwirtschaft nach den Modellen der neoklassischen Wirtschaftswissenschaft und neoliberalen Wirtschaftsrechtstheorie herbeiführen würde“.³ Gleich zweierlei wird hier unterstellt: Einmal wird die *theoretische Möglichkeit* einer *bürgerlichen Marktgesellschaft* behauptet, die ferner als *geschichtliches Phänomen* tat-

- 1 Cf. grundlegend sowohl zur liberalen Trennungstheorie als auch zur Lehre vom Wohlfahrtsstaat Zumbansen 2000: 43 ff. m.Nw.
- 2 Der Gedanke einer *narrative coherence* im Recht wurde vor allem von Jackson 1988 entwickelt; cf. dazu etwa (einführend) Douzinas, Warrington & McVeigh 1991: 92 ff.
- 3 Brüggemeier 1980: 73 (H.v.Verf.); dazu insb. Assmann 1980: 167 f. Nicht jeder Wirtschaftsrechtler offenbart zwar sein Verständnis des Bezugs der Disziplin zur *Sozialgeschichte*. Soweit das der Fall ist, dürften aber regelmäßig enge Parallelitäten zur eben im Text zitierten Begriffsbildung bestehen. Cf. etwa Kübler 1974: 700 f.; D. Hart 1974: 274 f.; ders. 1976: 32; Grossfeld 1977: 12 f.; Mertens, Kirchner & Schanze 1978: 61 f.; E. Schmidt 1980: 154 f.; Meier(-Schatz) 1982: 268 f.; Meier-Schatz 1989: 34 f.; Baudenbacher 1983a: 74 ff.; Reiner Schmidt 1990: 41; Nahamowitz 1992: 521.

sächlich existiert haben soll.⁴ Beide Annahmen sind folgenreich und -schwer für das Verständnis dessen, wofür „Wirtschaftsrecht“ steht.

I. *Ausdifferenzierung des wirtschaftsrechtlichen Diskurses*

1. *„Freiheit“ und „Bindung“*

Bekanntlich geht der Gedanke eines selbstregulierenden Marktes auf Adam Smith zurück.⁵ Er wurde aber erst anlässlich der marginalistischen Revolution am Ende des 19. Jahrhunderts durch die Formulierung einer ökonomischen Theorie systematisiert, die Produkt-, Arbeits- und Kapitalmärkte umfassend integrierte.⁶ In diesem Modell werden sämtliche Ressourcen – einschließlich Arbeit und Kapital – auf wettbewerblichen Märkten gehandelt, wo der Preismechanismus Angebot und Nachfrage ins Gleichgewicht bringt.⁷ Gewährleistet wird auf diesem Wege (so die neoklassische Argumentation), daß knappe Güter optimal genutzt werden und das System auf Veränderungen (z.B. auf technologischen Fortschritt) durch Re-Allozierung reagieren kann.⁸ Es liegt dann in der Konsequenz dieses Modells, daß Selbstregulierung als *Eigenwert* in Erscheinung tritt: Jede Abweichung vom Marktprinzip in einem bestimmten Bereich der Wirtschaft wirkt sich zwangsläufig auf andere aus. Das muß zu Störungen der preisgesteuerten Equilibria führen.⁹

Die Schwierigkeiten, die mit diesem Modell einhergehen, sind jene, die sich noch jede *ceteris-paribus*- bzw. (korrekter) *ceteris-absentibus*-Analyse eingehandelt hat, nämlich eine *Realitätsferne* der gewonnenen Erkenntnisse.¹⁰ Das neoklassische Modell übersieht deshalb, daß Märkte *als solche* keine lebensfähigen Institutionen sind, daß sie *aus immanenten Gründen*, bleiben sie sich selbst überlassen, keine Aussicht auf Bestand haben.¹¹

4 Cf. so etwa Meier(-Schatz) 1982: 269 f., 276 f. m.Nw.; Radbruch 1983: 220 ff.

5 Adam Smith 1776 [1937]: 423. Cf. dazu etwa Davis 1990.

6 Cf. Barber 1977; Block 1990: 47 ff.; ders. 1991: 86 ff.; Swedberg 1994: 259. Cf. im übrigen auch die Übersicht bei Brockway 1995: 283 ff.

7 Cf. statt vieler Arrow 1968; ferner auch die Einführung in die Problematik von Townsend 1995: 179 ff. Fundierte Kritik dieses Denkschemas bei R.R. Nelson 1994: 111 f.

8 Cf. zu diesen zwei Eigenschaften des Preismechanismus statt aller die klare Skizze von Stigler 1968: 9 ff.

9 Cf. dazu etwa Block 1991: 87.

10 Cf. statt aller S.J. Gould 2001: 221 ff.

11 Dieser Befund ist allseits bis zum Überdruß vorgetragen worden. Cf. etwa (zusammenfassend) Swedberg 1994: 270 f. m.Nw. In jüngster Zeit wurde dieses Thema in einer Reihe von (vor allem soziologisch orientierten) Studien wieder aufgegriffen und mit

Obwohl eine Reihe kritisch ausgerichteter Studien immer wieder dargetan hat, daß die gleichzeitige Erfüllung sämtlicher Bedingungen eines neoklassischen Marktes doktrinär-utopisch ist,¹² ist es bisher nicht gelungen, aus der orthodoxen Ökonomik den Reflex zu eliminieren, das Ideal des selbstregulierenden Marktes zum Maß aller Dinge zu erheben.¹³ Daraus folgt notwendig die Vorstellung, „Staat“ und „Wirtschaft“ seien *analytisch trennbare Einheiten*, die ihren jeweils eigenen Regelmäßigkeiten („laws“) folgten.¹⁴

Nun ist es gerade diese Unterscheidung – üblicherweise als Gegensatz von „Freiheit“ und „Bindung“ begriffen –, die regelmäßig den Angelpunkt des wirtschaftsrechtlichen Diskurses darstellt (und gleichzeitig als Erklärung für seine Emergenz dient).¹⁵ In dieser Perspektive wird „Wirtschaftsrecht“ *als die Folge davon aufgefaßt, daß die bürgerliche Gesellschaft ihren Idealen nicht nachzuleben vermochte*. Daß Recht, im Advent des Liberalismus als Bürge für eine wechselseitige Schließung von Staat und Ge-

neuen Schwerpunkten versehen. Cf. etwa Burk 1988; Fligstein 1990; Abolafia & Biggart 1991: 211 ff.; Burt 1992; Podolny 1992.

12 Cf. in diesem Zusammenhang die an Anschaulichkeit kaum übertrroffenen Ausführungen von Polanyi 1944 [1995]: 102 ff.

13 Block 1991: 99.

14 Block 1994: 691.

15 Im Vordergrund steht hier die Lehre vom Wirtschaftsrecht als Konfliktrecht (oder Konfliktstheorie). Einer der ersten, die diese Sehweise eingenommen haben, war Klausning 1931: 37, der wohl mit folgenden Ausführungen einen wesentlichen Beitrag zu deren Popularisierung geliefert hat: „Das Privatrecht des 19. Jahrhunderts und vor allem das Handelsrecht waren und sind die Rechtsordnungen des Wirtschaftslebens, insb. auch der Rechtsverhältnisse kaufmännischer Unternehmen, ihrer Unternehmensorganisation und ihres Geschäftsverkehrs. Auf diese Ordnung ist jetzt eine durch andere Ideologien bestimmte Wirtschaftsordnung gestoßen. Beide Systeme ringen noch um die Herrschaft; weder hat das neue bisher gesiegt, noch ist es zu einer Synthese beider gekommen. Dieses eigentümlich zwiespältige Recht der Wirtschaft ist in Wahrheit das Wirtschaftsrecht, das wir als gegenwärtig geltendes zu klassifizieren und inhaltlich zu bestimmen haben“. Der große Theoretiker dieser Betrachtungsweise war aber Huber 1953: 10 ff. Für ihn ist Wirtschaftsrecht „[...] in einem spezifischen Sinne *Konfliktrecht*, d.h. ein den Interessenausgleich oder den Interessenvorrang in einem Widerstreit der politischen, ökonomischen und sozialen Kräfte und Ideen bewirkendes Rechtssystem. Je nachdem, ob das Wirtschaftsrecht stärker auf das Interessengleichgewicht oder auf das Übergewicht bestimmter Interessen gerichtet ist, ergeben sich – in mannigfacher Variation – verschiedene geartete Grundformen wirtschaftsrechtlicher Gestaltung“ (*op. cit.*: 11). In die gleiche Richtung zielen auch Nussbaum 1922; Hämmerle 1936; Hedemann 1943; Erler 1956; Langen 1963; Rauschenbach 1965. Obwohl die Konfliktstheorie nur einen Zweig der Wirtschaftsrechtstheorie darstellt, findet sich der Grundgedanke in den meisten anderen Vorschlägen wieder, und zwar eben deshalb, weil Bezugspunkt der Lehre vom Wirtschaftsrecht stets der (vermeintliche) Einbruch des Staatsinterventionismus in den freien Markt ist. Daß dieser Gesichtspunkt der Relativierung bedarf, soll sogleich 14 ff. nachgewiesen werden.

sellschaft entworfen,¹⁶ nunmehr hoheitliche Eingriffe in ökonomische Abläufe tragen soll, wird als radikale Metamorphose seiner Rationalität aufgefaßt.¹⁷ Legitimiert wird diese Transformation (in Abkehr vom Dogma eines apolitischen Rechtsbegriffes) mit der These des *Marktversagens*.¹⁸ Was daraus geschlossen werden sollte, darüber scheiden sich allerdings die Geister. Erinnert sei lediglich an die Fülle von Vorschlägen, Wirtschaftsrecht als Begriff zu erschließen.¹⁹ Darauf braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden. Vorliegend interessiert nur, daß über den kursorisch geschilderten Weg das Wirklichkeitsbild einer *antinomischen Logik von Staat und Wirtschaft* Drehscheibe der wirtschaftsrechtlichen Debatte wurde.

2. Kontingenz der Marktform

Zweifel an der Angemessenheit eines solchen Wirklichkeitskonstrukts ergeben sich einmal aus einer Betrachtung der *Wirtschaftsrechtsgeschichte*. In diesem Zusammenhang erhärten vor allem Studien, die von Seiten der *Neuen Ökonomischen Soziologie* vorgetragen werden,²⁰ den Verdacht, daß das Sinnbild des eingreifenden Staates als „schleichendes Krebsgeschwür“, das die Harmonie einer autologischen Wirtschaftsordnung bedroht, jedenfalls historisch keine Grundlage hat.²¹ Hervorgehoben wird, daß in einer

16 Cf. Amstutz 1993: 21 N 29 m.Nw.

17 Cf. dazu statt aller Teubner 1982: 13 ff.; ders. 1984a: 13 ff.

18 Grundsätzlich zum Problem des Verhältnisses von Recht und Politik statt anderer Luhmann 1993: 422 m.Nw. Spezifisch zur Legitimationsfunktion der Lehre vom Marktversagen Assmann 1980: 233 ff.

19 Übersichten über die in der Lehre unternommenen Versuche, Wirtschaftsrecht als eigenständiges Gebiet zu erschließen, sind Legion. Zu den differenziertesten gehören Schluep 1968: 26 ff.; Assmann 1980: 167 ff.; Tilmann 1986: 5 ff.; cf. ferner Rhinow, Schmid & Biaggini 1998: 20 ff. N 21 ff.

20 Der Begriff der „Neuen Ökonomischen Soziologie“ ist zwar fließend und bezeichnet kein festumrissenes Forschungsprogramm. Jedoch vereinigt die Beiträge, die dieser Strömung zuzurechnen sind, das Streben nach einer Rekonstruktion des Verhältnisses von Wirtschaftswissenschaften und Soziologie. Ausgangspunkt bildet in der Regel eine Kritik der in der Vergangenheit zunehmend formalistisch gewordenen ökonomischen Lehre, die „the opening up of the academic debate about the economy to include a genuinely social perspective“ (Swedberg & Granovetter 1992: 1) zum Ziel hat. Cf. zum Ganzen (einführend) Swedberg & Granovetter *loc. cit.*; Smelser & Swedberg 1994. Im vorliegenden Zusammenhang ist diese Forschungsrichtung von Bedeutung, weil sie – im Gegensatz etwa zum *Law & Economics* – einen analytischen Raster zur Verfügung stellt, der über „reine“ ökonomische Zusammenhänge hinaus auch die historisch gewachsene Sozialbezogenheit von Institutionen einzufangen erlaubt.

21 Es ist heute kaum mehr bestritten, daß der Nationalstaat (*nation-state*) bei der Verwirklichung der im 16. Jahrhundert eingeleiteten sozialen Umbrüche eine maßgebliche Rolle gespielt hat. Gegenstand einer Kontroverse ist eher, ob das Primat der „Initiative“ staat-

jeden Wirtschaftsepoche (mithin auch und zumal in der frühliberalen Stunde²²) der Staat eine bestimmende Rolle für die Konstitution des Ökonomischen gespielt hat, so daß es – mehr braucht nicht gesagt zu werden – fragwürdig erscheint, ihn in ein *Gegensatzverhältnis* zu den in der Gesellschaft stattfindenden Produktions- und Konsumtionsbewegungen zu bringen.²³ Damit wird die Perspektive von einer *quantitativen* Betrachtungsweise, die die Variationen des *Ausmaßes* interventionistischer Maßnahmen zum Gegenstand hat, auf eine solche *qualitativer* Ordnung verlagert, die primär der *interaktiven Natur* von Staatsaktivitäten gilt.²⁴ In den Vordergrund rückt die Frage nach der *Adäquatität* der Kombination von Interventionismus und selbstgenerativen Prozessen. Das unterstreicht im Grunde die *Kontingenz der Marktform*. Gerade deshalb spricht die ökonomische Soziologie in diesem Zusammenhang von *market reconstruction paradigm*.²⁵

Betrachtet man nun die Emergenz des wirtschaftsrechtlichen Diskurses im Lichte dieser Überlegungen, folgt daraus, daß die Aussagekraft der gemeinhin akzeptierten These, Wirtschaftsrecht nehme sich des Konfliktes zwischen *individualistischen* und *kollektivistischen* Gesellschaftskräften an, der dadurch entstanden sei, daß im Verlauf der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, der späteren Kriegswirtschaften und des siegesziehenden Wohlfahrtsstaates die Marktgesellschaft zunehmend heteronom in die Pflicht genommen wurde, ziemlich bescheiden bleibt. Einmal wiederholt diese Floskel nur gerade, was allgemein als Funktion von Recht gilt, freilich bezogen auf einen spezifischen Ausschnitt der sozialen Wirklichkeit.²⁶ Damit wird jedenfalls nicht angegeben, was *differentia specifica* des Ansatzes „Wirtschaftsrecht“ ist, und es bleibt offen, wodurch sich die Absichten, die hinter diesem Ansatz stehen, von denjenigen anderer Disziplinen der Rechtswissenschaft abheben (es sei denn, man gebe sich mit der Erklärung zufrieden, Wirtschaftsrecht sei das Recht der Wirtschaft²⁷). Sodann geht

lich kontrollierten Impulsen oder autonomen Kräften der Wirtschaft zukommt. Cf. statt anderer G.G. Hamilton 1994: 185 ff.; Wielsch 2001: 39 ff. jeweils m.Nw.

22 Cf. etwa Polanyi 1944 [1995]: 192; ferner auch Mendell & Salée 1991: xiv.

23 Cf. in erster Linie Polanyi 1944 [1995]: 194 f. Mit gleichem oder ähnlichem Tenor Dalton 1968: xxv; Block & Somers 1984: 61; Block 1994: 696 f. m.Nw.; Szelenyi 1991: 231; Mendell & Salée 1991: xiv; Willke 1998: 36.

24 Block 1994: 697.

25 Diese Wendung stammt von Block 1994: 697. Damit bezeichnet dieser die wissenschaftlichen Bemühungen, die „[...] the degree of choice available in structuring markets and the possibility of reconstructing markets to achieve greater efficiency, greater equality, or other ends“ (*loc. cit.*) betonen und als Axiom nehmen, auf dem die weiteren Erwägungen beruhen (cf. dazu die Nw. *loc. cit.*).

26 Schluep 1968: 68.

27 Das ist die sog. *Gegenstandstheorie*, wonach „[...] die Wirtschaft zum Objekt des Wirtschaftsrechts [wird], wie etwa Sachen Gegenstände des Sachenrechts sind“ (Schluep 1968: 69). Freilich ist „Wirtschaft“ ein vager Begriff, weshalb nicht zu erstaunen ver-

der These, Wirtschaftsrecht bilde sich in Reaktion auf das Spannungsverhältnis von Individualismus und Kollektivismus heraus, jeglicher Orientierungswert ab. Sie erweist sich als unfähig, die wissenschaftlichen Suchbewegungen auch nur halbwegs zu strukturieren. Das zeigt sich vor allem am Umstand, daß die unkritische Übernahme des Leitbildes von der Polarität Staat / Wirtschaft verschiedene, untereinander beziehungslose Anknüpfungspunkte schafft („Wirtschaft“, „Staat“, „Gesellschaft“ oder deren vielfältigen „Interaktion“) und gerade dadurch die Berücksichtigung organisch gewachsener Bezüge verunmöglicht, die so notwendig wäre, um die Fäden zusammenzuziehen.²⁸

Diesen Überlegungen soll hier Rechnung getragen werden, indem eine Antwort auf die Frage, wofür „Wirtschaftsrecht“ stehe, vermittelt einer Apokryphe zu Polanyis These der „Doppelbewegung“ (*double movement*) versucht wird.

3. Polanyis „Doppelbewegung“

Polanyi hat seine Analyse der „großen Transformation“, die die Gesellschaft in der Neuzeit durchmachte, auf die Unterscheidung zwischen *Markt* und *Marktwirtschaft* gründen lassen:²⁹ Während es Märkte bereits in primitiven Zivilisationen gegeben habe, seien diese dennoch vor unserer Zeit nie mehr als bloße Begleiterscheinungen des Wirtschaftslebens gewesen. Die Marktwirtschaft zeichne sich demgegenüber durch den Anspruch aus, das Ökonomische *in seiner Gesamtheit* dem selbstregulierenden Preismechanismus zu unterstellen, was notwendig dazu führe, daß die Wirtschaft nicht mehr Funktion der Gesellschaft sei, sondern diese nunmehr

mag, daß die Verfechter dieser Theorie die Anknüpfungspunkte unterschiedlich wählen und entsprechend zu verschiedenen Begriffsbildungen gelangen. Cf. die verschiedenen Spielarten der Gegenstandstheorie bei H. Lehmann 1913; Kaskel 1926; Klausning 1931; Hämmerle 1936; H. Krause 1937; Hug 1939; Schmolders 1941; Schumann 1943; Isele 1949; Strauss 1957; Ballerstedt 1958; Rittner 1963; Christen 1970; Ott 1972; Koppensteiner 1973; Rinck 1977; Weimar & Schimikowski 1993; Richli, Müller & Jaag 2001: 1 f.; Hofstetter 2000: 367 Anm. 5. Wie Assmann 1980: 176 f., 182 f., richtig bemerkt hat, sind diese Erschließungsvorschläge insofern nützlich, als sie ein für didaktische Zwecke geeignetes System aufstellen; darüber hinaus aber vermögen sie nicht anzugeben, worin die „*rechthche Richtigkeit*“ wirtschaftsbezogener Normen zu erblicken ist. Darin nun liegt ihre ganze Ohnmacht. Einen differenzierten Versuch, diese weißen Flecke zu überwinden, hat neuerdings Schlupe 1996: 795 und *passim*; ders. 1997a: 3 und *passim*, angetreten, der danach trachtet, das Kriterium der *Menschenwürde* zu diesem Zweck zu mobilisieren.

28 Cf. in diesem Zusammenhang die vorbildliche Analyse von Zumbansen 2000.

29 Polanyi 1944 [1995]: 71 ff.; cf. auch ders. 1977: 7, 9 ff.; dazu Caillé 1998; Hadjian 1998: 163; Polanyi Levitt 2000: 7.

dem Ökonomischen untergeordnet werde: „Eine Marktwirtschaft muß alle Elemente wirtschaftlicher Tätigkeit, einschließlich Arbeit, Boden und Geld, umfassen. [...] Indessen bedeuten Arbeitskraft und Boden nichts anderes, als die Menschen selber, aus denen jede Gesellschaft besteht, und die natürliche Umgebung, in der sie existiert. Sie in den Marktmechanismus einzubeziehen, das heißt, die Gesellschaftssubstanz schlechthin den Gesetzen des Marktes unterzuordnen“.³⁰ In der Analyse Polanyis wird die Gesellschaft auf diese Weise des „Schutzmantels der kulturspezifischen Institutionen“ beraubt, der sie vor *effets pervers* aller Art bewahrt,³¹ was zur Entfaltung sozialer Kräfte beiträgt, die diesen Schutz zu rekonstruieren suchen.³² In der Auslösung dieser Kräfte, die durch den Staat regelmäßig *rechtlich institutionalisiert* würden, liege die „Doppelbewegung“, die seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts die Dynamik der westlichen Gesellschaft – die hier im Sinne eines Kürzels für die von Polanyi aufgedeckten Zusammenhänge „*Marktgeseellschaft*“ genannt wird – geprägt habe: „Der Markt erweiterte sich ständig, doch stieß diese Bewegung auf eine Gegenbewegung, die diese Expansion in bestimmten Richtungen bremste“.³³

30 Polanyi 1944 [1995]: 106; cf. auch ders. 1977: 9; zur Problemstellung auch Lindblom 2001: 111 ff.

31 Polanyi 1944 [1995]: 106 ff., hat ausführlich geschildert, worin diese *effets pervers* zu erblicken seien. *In nuce*: Damit Arbeit, Boden und Geld dem Marktmechanismus unterstellt werden könnten, müsse man mit einer Fiktion operieren, die diese Elemente zur *Ware* mache (*op. cit.*: 107 und ferner 183). Weil nun aber „Arbeit [...] bloß eine andere Bezeichnung für eine menschliche Tätigkeit [ist], die zum Leben an sich gehört, das seinerseits nicht zum Zwecke des Verkaufs, sondern zu gänzlich anderen Zwecken hervorgebracht wird“ (*loc. cit.*: 107), „Boden wiederum [...] nur eine andere Bezeichnung für Natur [ist], die nicht von Menschen produziert wird“ (*op. cit.*: 107), und „Geld [...] nur ein Symbol für Kaufkraft [ist], das in der Regel überhaupt nicht produziert, sondern durch den Mechanismus des Bankwesens oder der Staatsfinanzen in die Welt gesetzt wird“ (*op. cit.*: 107 f.), entstehe mit dieser „Warenfiktion“ (*op. cit.*: 108) ein Schutzdefizit für andere als ökonomische Werte: „Die Warenfiktion liefert somit ein entscheidendes Organisationsprinzip für die Gesellschaft als Ganzes, das praktisch alle ihre Institutionen auf vielfältige Art und Weise beeinflusst, nämlich das Prinzip, wonach keine Vorkerhungen oder Verhaltensweisen zugelassen werden dürfen, die das Funktionieren des Marktmechanismus im Sinne der Warenfiktion verhindern“ (*op. cit.*: 108; cf. auch 183). In der Folge veranschaulicht dann Polanyi diese Analyse anhand zahlreicher praktischer Beispiele.

32 Cf. in diesem Zusammenhang auch Kley 1993: 49 ff., der (in sozialphilosophischer Auseinandersetzung mit v. Hayeks Rechtfertigung des Liberalismus, aber ohne Rekurs auf Polanyis Lehre) zu vergleichbaren Ergebnissen kommt; ferner (mit ähnlichem Tenor) Lachmann 1979; aus der Sicht von *Law & Economics* Roe 1998. Parallelen bestehen auch im neuhegelianischen Schrifttum; cf. Kukathas 1989: 92 f. m.Nw.

33 Polanyi 1944 [1995]: 182. Eine eingehendere Definition der „Doppelbewegung“ findet man drei Seiten weiter, wo insb. im Hinblick auf ihre Natur präzisiert wird, daß diese „dargestellt werden [kann] als das Wirken zweier Organisationsprinzipien innerhalb der Gesellschaft, von denen jedes sich selbst bestimmte institutionelle Ziele setzt, von bestimmten gesellschaftlichen Kräften unterstützt wird und seine eigenen, besonderen Me-

Für das Verständnis dieser sozialen, in Rechtsformen sich niederschlagenden „Gegenbewegung“ ist entscheidend, daß man sie nicht als Leugnung, sondern als *Ermöglichung* des Marktes begreift, und zwar dahingehend, daß sie die *Bedingungen für dessen gesellschaftliche Verträglichkeit* schafft.³⁴ Der Befund deckt sich mit den historischen Gegebenheiten: Fernab jeglichen Widerspruches gestaltet sich das Verhältnis von staatlicher Aktivität und Marktwirtschaft als *organische Notwendigkeit*. Das Problem ist nun freilich, daß diese Gegenbewegung aus einem *unreflektierten* Bedürfnis heraus gewachsen ist: sie erwies sich „[...] von keiner Meinung gelenkt und von einem rein pragmatischen Geist beseelt“.³⁵ Damit befindet man sich vor dem Paradoxon, daß *Laissez-faire* zwar die Frucht „bewußten staatlichen Eingreifens“ war, dessen Einschränkung demgegenüber aber nicht.³⁶ Polanyi hat diese Erkenntnis mit der eindrücklichen Formel zusammengefaßt: „Das *Laissez-faire* wurde geplant, die Planung selbst aber nicht“.³⁷

Bedenkt man im Anschluß an die These Polanyis, daß die Gegenbewegung gesellschaftlicher Kräfte ihren praktischen Ausdruck in *Rechtssätzen* welcher Art auch immer (Gesetz, Richterrecht, Gewohnheitsrecht usw.) fand,³⁸ wird leicht erkennbar, daß die Emergenz des Wirtschaftsrechts nicht eigentlich vom Versuch herrührt, der spätkapitalistischen Rechtswirklichkeit weiterhin den Schein einer (tatsächlich nur ideologisch relevanten) modelliberalen Ordnung zu verpassen. Warum sich am Anfang des 20. Jahrhunderts ein wirtschaftsrechtlicher Diskurs ausdifferenziert hat, ist viel eher damit in Zusammenhang zu bringen, daß sich allmählich das Bedürfnis verspüren ließ, die zunehmend problematische „nicht geplante Planung“ Polanyis systemintern („selbstreflexiv“) zu thematisieren und vermittels „Kohärenz-Stiftungs“-Versuche zu bewältigen.³⁹ In diesem Sinne haben die Bemühungen um ein „Wirtschaftsrecht“ ihren Grund im unkoordinierten Heranwachsen von verschiedenartigen Normen, denen nur gerade gemeinsam ist, daß sie für den *evolutorischen Erfolg* der Marktge-

thoden anwendet“ (*op. cit.*: 185). Im übrigen hat Polanyi verdeutlichend hinzugefügt, daß diese Gegenbewegung „[...] mehr bedeutete, als die übliche defensive Reaktion einer Gesellschaft auf Veränderungen. Es handelte sich vielmehr um eine Reaktion auf eine Umschichtung – eine Umschichtung, die die Substanz der Gesellschaft als solche angriff und gerade die durch den Markt hervorgerufenen Produktivkräfte vernichtet hätte“ (*op. cit.*: 182). Cf. dazu eingehend Baum 1996: 3 ff.; ferner auch Polanyi Levitt 2000: 7 f.; kritisch Roustang 1998.

34 Cf. zum Ganzen ausführlich Polanyi 1944 [1995]: 192 ff.

35 Polanyi 1944 [1995]: 195.

36 Polanyi 1944 [1995]: 195.

37 Polanyi 1944 [1995]: 195.

38 Das unterstreicht Polanyi 1944 [1995]: 195, unter Hinweis auf Dicey 1905 [1940], selber. Cf. dazu Block & Somers 1984: 57.

39 In diese Richtung gehen auch die Überlegungen von Walz 1980: 199 ff., 353 ff.

sellschaft unverzichtbar sind. Für das Verständnis des wirtschaftsrechtlichen Diskurses muß das einschneidende Folgen haben: *Wirtschaftsrecht erscheint dann als Chiffre für das Fehlen eines marktgesellschaftlichen „ius supra iura“*.⁴⁰ Es verkörpert die Suche nach *Metaregeln, die das gegenseitige Verhältnis jener Rechtsregeln zum Gegenstand haben, die die Marktwirtschaft (im Polanyischen Sinne) zu einer sozial durchhaltefähigen Gesellschaftsstrategie machen*. Vielleicht läßt sich diese – nachstehend in ihren Implikationen näher zu entfaltende – These am besten mit einem Vergleich einführen:

Der geschichtliche Befund, daß *Laissez-faire* das Ergebnis geplanten Handelns des Staates war, dessen Einschränkung durch soziale Kräfte, die dem Markt in „blinder“ Evolution gesellschaftlich unentbehrliche (auch in die Form von Rechtsregeln gekleidete) Gegengewichte setzen, hingegen nicht, läuft auf eine Problemlage hinaus, die im Recht nicht völlig unbekannt ist. Sie findet sich – ansatzweise – in der Frage wieder, die von den Konflikten unterschiedlicher nationaler Rechtsordnungen auf territorialer Basis aufgeworfen wird und die für die Entwicklung einer hochkomplexen Dogmatik des *internationalen Privatrechts* ursächlich ist. Bei den Kollisionen zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht,⁴¹ diesem und den verschiedenen Immaterialgüterrechten,⁴² zwischen öffentlichem Interventions- und Marktverhaltensrecht im allgemeinen,⁴³ Umweltschutz-, Sozialgesetzen und den „Institutionen des Kapitalismus“⁴⁴ im besonderen,⁴⁵ zwischen Wettbewerbs- und Unternehmensverfassung,⁴⁶ zwischen Wirtschaftsverwaltungspraxis und Deregulierungsmaßnahmen⁴⁷ usw. geht es mithin (mindestens *der Struktur nach*) um eine Problemlage, die jener des IPR stark gleicht: Darum nämlich, „[...] daß zwei oder mehrere Normtatbestände ein und denselben Sachverhalt ‚betreffen‘, daß also der *eine* Sachverhalt ‚in Fall‘ mehrerer Normtatbestände ist“.⁴⁸ Diese Problematik kann auch dahingehend umschrieben werden, daß mit dem unkoordinierten Heranwachsen von Normen, die die *sustainability* der Marktgesellschaft gewähr-

40 Ähnlich Kübler 1994: 386; zum Begriff des *ius supra iura* statt anderer Brogini 1969: 416 m.Nw.; Trammer 1973: 368; Schnyder 1995: 128.

41 Cf. grundlegend Baudenbacher 1981; ders. 1983b; ders. 1989; ferner auch Schlupe 1988: 173 ff., 344 ff., 418 ff.

42 Das Schrifttum zu diesem Themenbereich ist ausufernd. Cf. dazu hinten 309 ff.

43 Cf. Amstutz 1995; ders. 1996 jeweils m.Nw.

44 O.E. Williamson 1985.

45 Cf. zur umweltrechtlichen Frage: Bovet 1995; zur sozialrechtlichen Frage: Schlupe 1973; ders. 1988: 162 ff. jeweils m.Nw.; Meier-Schatz 1991: 40.

46 Cf. etwa Steinmann 1969; Ott 1977: 127 ff., 226 ff.; Ulrich 1977; Steinmann & Gerum 1978; Tschäni 1978; ders. 1979; Nobel 1978.

47 Cf. statt aller Breyer 1987.

48 Schlupe 1995: 337; ähnlich Riemer 1995: 315; cf. auch die präzisen Ausführungen von Brogini 1969: 416 f.

leisten, als negative Folgeerscheinung *Anwendbarkeitsfragen* auftreten: Die jeweiligen *Anwendungsbereiche* dieser Normen sind wechselseitig nicht abgestimmt, was zu *Kollisionen* und entsprechenden *Abgrenzungsproblemen* führt.

Diese lösen sich kaum von selber, jedenfalls nicht, wenn sie sich über längere Zeit anhäufen und (in kritischer Masse) die Rechtspraxis hemmen und langsam, aber sicher erstarren lassen. Das Recht der Marktgesellschaft ist über kurz oder lang angewiesen, *intern* auf solche Störungen zu reagieren. Es muß die Kollisionen seiner „gesellschaftsgewährleistenden“ Normen entschärfen. Erst dadurch werden jene systemischen Operationen durchführbar, die für die *Erhaltung* und *Änderung* dieses Rechts unerlässlich sind.⁴⁹ Das setzt ganz generell einen Mechanismus der *Selektion* voraus, ein Auswahlverfahren, das in *adäquater* Manier von mehreren potentiell berufenen Normen die *anwendbare* bestimmt. Es soll ein gesellschaftlicher „Konsistenztest“ durchgeführt werden, der bestimmt, „[...] welches Verständnis einer Norm in den Kontext anderer Normen paßt“,⁵⁰ und der in eine Lehre des *juristischen Argumentierens* (des juristischen *Entscheidens*) überführt werden kann. Denn nur so wird gewährleistet, daß Konsistenz *systemische Strukturqualität* erlangt und im Rechtssystem *dauerhaft* zum Tragen kommt.⁵¹

Das also die hiesige Einschätzung des *Desiderats*, das dem wirtschaftsrechtlichen Diskurs zugrundeliegt. Aber dann fragt sich sofort – vorausgesetzt natürlich, man lasse sich auf den eben vorgetragenen Befund ein –: Wie ist das angedeutete *marktgesellschaftliche „ius supra iuris“* zu artikulieren und auszuformen? Wo seine Bauelemente finden, wie seine Baulinien zeichnen? Angaben einer Route werden hier in Auseinandersetzung mit *drei Lehren* gesucht, deren jeweiliges (theoriekonstitutives) Problemempfinden ganz betonte Affinitäten und Geistesverwandtschaften mit der in den vorangehenden Überlegungen ausgebreiteten „Kollisions-Vision“⁵² besitzt: Schlueps Lehre von der marktwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeit,⁵³ v.

49 Luhmann 1984: 79.

50 Luhmann 1993: 279.

51 Cf. Garrn 1973: 28.

52 Diese „Kollisions-Vision“ ist bisher in ihrer differenziertesten Form in den Arbeiten von Wiethöler herausgeschält worden (cf. insb. Wiethöler 1977; ders. 1992; ders. 1995). Paradoxalerweise hat dieser Autor aber bis anhin keine eigentliche „Lehre“ entwickelt, die hier als Basis einer Analyse genommen werden könnte. Das hängt vor allem mit der (auf Zulassung von „Reflexions-Wettbewerb“ zwischen „Theorien“ gerichtete) Zurückhaltung zusammen, der Wiethölter „juristischer Negativismus“ verpflichtet ist.

53 Cf. sogleich 21 ff.

Hayeks Theorie der abstrakten Ordnung⁵⁴ und Teubners Konstruktion eines sonderrechtlichen „*ordre public*“.⁵⁵

II. *Lehre von der marktwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeit*

1. „*Mixed economy*“ und der *Stufenbau der Rechtsordnung*

Die Lehre, die Schlupe vorschlägt, beruht einerseits auf einem *hierarchischen* Verständnis der Rechtsordnung und andererseits auf *werttheoretischen* Erwägungen. Ausgangspunkt der Überlegungen bildet der von Schlupe vertretene Wirtschaftsrechtsbegriff: „Wirtschaftsrecht ist die Summe der Rechtsnormen, denen in einer arbeitsteiligen Wirtschaft das Wirtschaften der Wirtschaftsbürger menschenwürdig zu organisieren aufgegeben ist“.⁵⁶ Um diese „Summe der Rechtsnormen“ zu klassifizieren, unterscheidet Schlupe zwischen *Wirtschaftsverfassungsrecht* und *Wirtschaftsfolgerecht*, „[...] wie man rechtstheoretisch allenthalben eine Grundordnung auf Verfassungsstufe von einer Folgeordnung auf Gesetzes- und Verordnungsstufe sondert“.⁵⁷

Die *Wirtschaftsverfassung* umschreibt er „[...] als jenen Teil der Staatsverfassung (formal eingekleidet in Grundrechte, Kompetenzen, Staatsziele, Gesetzesaufträge), der sich auf die Organisation der Wirtschaft bezieht“.⁵⁸ Weil die Wirtschaft nicht Selbstzweck sei, handle es sich dabei nicht um die Festlegung ökonomischer Ziele, sondern um die Verwirklichung *staatspolitischer* Ziele überhaupt. Damit gehe aber, wie sich noch zeigen wird, ein folgenreicheres Problem einher: „Die besondere Schwierigkeit der Realisierung solcher staatspolitischer Ziele entsteht dadurch, daß diese mitunter nicht *harmonisch* oder *neutral*, sondern im Verhältnis der *Antinomie* (oder gar des Widerspruches) zueinander stehen“.⁵⁹ Dementsprechend müsse die Wirtschaftsverfassung für jedes Ziel festlegen, durch

54 Cf. hinten 30 ff.

55 Cf. hinten 44 ff.

56 Schlupe 1998b: 350. Diesen Begriff hat Schlupe „[ü]ber die Jahre ... durch Untersuchungen nach verschiedensten Richtungen hin“ (*op. cit.*: 349) entwickelt. Die wichtigsten Veröffentlichungen in dieser Hinsicht sind: Schlupe 1968: 66 ff.; ders. 1973: 9 ff.; ders. 1978: 339 ff.; ders. 1987a: 3; ders. 1988: 300 ff.; ders. 1989a: 581 ff.; ders. 1989b: 242 f.; ders. 1990a: 136 ff.; ders. 1991: 60 ff.; ders. 1993: 506 ff.; ders. 1994: 145 ff.; ders. 1995: 355; ders. 1997a: 3 ff.; ders. 1998a; cf. zum Wirtschaftsrechtsbegriff von Schlupe statt anderer Assmann 1980: 175 f.; Meier(-Schatz) 1982: 288 f.; Kellerhals 1995.

57 Schlupe 1998b: 351; cf. schon ders. 1968: 77 ff.; ders. 1987a: 3 ff.; ders. 1989a: 585 ff.; ders. 1989b: 243; ders. 1991: 65 ff.; ders. 1993: 506 ff.; ders. 1994: 146.

58 Schlupe 1998b: 351 (H.i.Orig. weggelassen).

59 Schlupe 1989a: 582; cf. auch ders. 1998b: 353.

welchen „*Organisationstyp*“ (Markt, Plan oder Korporatismus) dieses am besten realisiert werden könne.⁶⁰ Daraus ergebe sich die Notwendigkeit einer *gemischten Wirtschaftsverfassung*.⁶¹ Schlupe präzisiert allerdings, daß im Westen aus historischen Gründen das *marktwirtschaftliche Prinzip* zur „rechtlichen Kernverfassung“ mit *Grundordnungscharakter* gewachsen ist.⁶²

Das *Wirtschaftsfolgerecht*, dem aufgetragen ist, die Wirtschaftsverfassung auszuführen, unterteilt Schlupe in *institutionalisierendes* und *gestaltendes* Folgerecht. Mit jenem wird (in freiheitlich-demokratischen Staaten) das „Grundmuster“ der marktwirtschaftlichen Ordnung *ermöglicht, gesichert und erleichtert*,⁶³ während mit der zweiten Folgerechtskategorie *Mängel* der Grundordnung wettgemacht werden.⁶⁴ Dieses gestaltende Wirtschaftsfolgerecht wird seinerseits von Schlupe in *drei* Unterklassen gegliedert: (1) *Ergänzendes* Folgerecht betrifft den Fall, daß der Markt unter „technischen“ Gesichtspunkten *versagt* (Kollektivgüter, externe Effekte, natürliche Monopole usw.).⁶⁵ (2) *Korrigierendes* Folgerecht bezieht sich auf die marktwirtschaftliche Verteilungsordnung und ordnet *Umverteilungen* an, wo diese Ordnung als unbefriedigend empfunden wird (Steuerprogression, abgestufte Beitragspflicht zu Sozialversicherungen usw.).⁶⁶ (3) *Steuernendes* Folgerecht legt die *Zulässigkeit* „*anderer Wirtschaftspolitiken*“, die vom Marktwirtschaftsprinzip abweichen (Umweltschutzpolitik, Ablaufpolitik, Strukturpolitik usw.), fest.⁶⁷

Dieser *Stufenbau* des „Rechts der Wirtschaft“⁶⁸ weist ersichtlich einen „außerordentlichen Komplexitätsgrad“ auf. Dieser hat nach der Ansicht Schlupe im wesentlichen zwei Gründe. (1) Komplexität entstehe einmal daraus, daß in einer „*mixed economy*“ verschiedene Wirtschaftsverfassungsmodelle *horizontal* nebeneinanderständen und daher parallel institutionalisi-

60 Cf. Schlupe 1973: 9 f.; ders. 1978: 335 ff.; ders. 1987a: 3; ders. 1989a: 582 f. ders. 1989b: 243; ders. 1993: 506 f.; ders. 1994: 147 f.; ders. 1997a: 4; ders. 1998b: 354.

61 Cf. insb. Schlupe 1994: 147 f.; diese Ansicht deckt sich mit der empirischen Tatsache, daß nahezu alle westlichen Staaten einer „*mixed economy*“ verpflichtet sind.

62 Cf. Schlupe 1993: 506 f.; ders. 1994: 146 f.; ders. 1998b: 353.

63 Das institutionalisierende Folgerecht besteht für Schlupe im wesentlichen aus den Instituten der Privatautonomie (Vertrags- und Sachenrecht, Gesellschaftsrecht usw.), aus Marktverfassungsrecht (Wettbewerbsbeschränkungsrecht, marktverfassungsrechtliche Sonderregeln z.B. im Bereich der „*marchés publics*“, des Kapitalmarktes usw.) und Marktverhaltensrecht (Lauterkeitsrecht, Vertrauensprinzip usw.). Cf. eingehend Schlupe 1997a: 4 ff.; ferner ders. 1993: 508; ders. 1994: 148; ders. 1998b: 353.

64 Schlupe 1997a: 6; ders. 1998b: 353 f.

65 Schlupe 1993: 508; cf. dazu ausführlich ders. 1990a: 141 ff. *et passim*; ferner ders. 1997a: 6; ders. 1998b: 354.

66 Schlupe 1993: 509 f.; cf. auch die Nw. in Anm. 64.

67 Schlupe 1993: 510; cf. auch die Nw. in Anm. 64.

68 Schlupe 1968: 69 ff.

siert werden müßten: „Zur Symptomatik solcher Komplexität gehören etwa die Parallelen von Privatrecht als Kern des Wirtschaftsrechts der Marktwirtschaft, von Wirtschaftsverwaltungsrecht (z.B. als Wirtschaftsrecht der Landwirtschaft) und von GAV-Recht (einschließlich Allgemeinverbindlicherklärung) als Ordnung des Arbeitsmarkts.“⁶⁹ (2) Als weiterer Komplexitätsfaktor wirkt nach Schlupe der Umstand, „[...] daß die jeweiligen (mitunter parallel nebeneinander stehenden) Institutionalisierungen ihrerseits vertikaler Mischung zugänglich sind, weil etwa sozial-, beschäftigungs-, verteilungs- oder strukturpolitische Zielformulierungen die Grundmodelle umzugestalten gebieten“.⁷⁰

2. *Verhältnismäßigkeit und Grundordnung des Wirtschaftens*

Damit stellt sich die Frage, wie „[...] das Ganze systematisch ... noch erfaßt werden [kann]“.⁷¹ Hier greift Schlupe auf *werttheoretische* Überlegungen zurück.⁷² Er hält sich zunächst an die Hierarchie der Rechtsordnung und ermittelt die Wertordnung, die die geltende Staatsverfassung enthält. Da man es mit einem *Optimierungsproblem* zu tun habe, müsse versucht werden, einen bestimmten Wert so weit zu verwirklichen, „[...] daß eine zusätzliche Verwirklichungseinheit einen *Grenznutzen* abwirft, der dem *Grenzscha-*den aus der Nichtverwirklichung des anderen ... [Werts] entspricht“.⁷³ Diese sog. „*(bereinigte) Rangordnung der Werte I*“ stellt Schlupe alsdann dem „Grundmuster“ der Wirtschaftsverfassung gegenüber (in einem freiheitlich-demokratischen Staat ist das, wie geschildert, die marktwirtschaftliche Ordnung). Diese Gegenüberstellung kann einmal zum Ergebnis führen, daß die Verwirklichung der Werte der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundordnung mit der allgemeinen staatsverfassungsrechtlichen Wertordnung („Rangordnung der Werte I“) in einem Verhältnis der *Harmonie* oder der *Neutralität* steht. Die Gegenüberstellung kann aber auch ergeben, daß das marktwirtschaftliche Prinzip mit den allgemeinen staatsverfassungsrechtlichen Werten kollidiert.⁷⁴ Das weitere Vorgehen der Reduktion „wirtschaftsrechtlicher Komplexität“ hängt nach Schlupe von der konkreten Konstellation ab, die sich aus dieser Wertanalyse ergibt:

(1) Hat man es mit der ersten Konstellation zu tun, in der das wirtschaftsverfassungsrechtliche „Grundmuster“ mit der allgemeinen Wertord-

69 Schlupe 1994: 148.

70 Schlupe 1994: 148 (H.i.Orig. weggelassen).

71 Schlupe 1994: 149.

72 Cf. Schlupe 1999.

73 Schlupe 1989a: 582; cf. auch ders. 1998b: 353 f., 386 („Kompromiß“).

74 Schlupe 1999; cf. auch ders. 1998b: 353.

nung der Verfassung *harmoniert* oder dazu in einem *neutralen* Verhältnis steht, so ist die marktwirtschaftliche Ordnung *ohne Einschränkungen* auszuführen. Diese juristische Entfaltung der Grundordnung kann allerdings mit dem *ergänzenden* Folgerecht *kollidieren*.⁷⁵ Solche Kollisionen sind nach Maßgabe des sogleich zu schildernden Prinzips der marktwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeit aufzulösen.

(2) Zeigt die Wertanalyse demgegenüber, daß *Antinomien* oder *Widersprüche* zwischen den Werten der Grundordnung des Wirtschaftens und der staatsverfassungsrechtlichen „Rangordnung der Werte I“ bestehen, muß vorerst ein Abwägungsurteil gefällt werden. Dieses führt zu einer sog. „*Rangordnung der Werte II*“. Es besteht in einer *Abgleichung* der „Verwirklichungsinteressen“ des Marktwirtschaftsprinzips und der damit konfligierenden staatsverfassungsrechtlichen Werte und drückt sich in einer „möglichst klare[n] Sonderung von *Grund- und Ausnahmereichen*“⁷⁶ aus.⁷⁷ Weil (wirtschaftspolitische) Ausnahmereiche zwangsläufig *korrigierendes* und *steuerndes* Folgerecht mit sich bringen, fragt sich sodann, in welchem Verhältnis diese Folgeordnung zum wirtschaftsverfassungsrechtlichen „Grundmuster“ der Verkehrswirtschaft steht. Auch diese Frage ist anhand des marktwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips zu beantworten.⁷⁸

Wie Schaubild 1 erkennen läßt, kommt in Schlueps Theorie dem *marktwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip* eine Schlüsselrolle zu. Dieses Prinzip folgt nach Schlupe aus dem *Grundordnungscharakter* der Marktwirtschaft. Es besagt, „[...] daß die Ausschöpfung der Ausnahmekompetenzen ... im Sinne des verfassungsmäßigen Ziel-Mittel-Instrumentariums unzulässig wird, wenn sie die Funktionsfähigkeit der marktwirtschaftlichen Grundordnung durch Neben- oder Rückwirkungen gefährdet“.⁷⁹ Bezweckt wird somit eine *Einbindung* der „Ausnahme- und Politbereiche“⁸⁰ in die marktwirtschaftliche Grundordnung: „Das ergänzende, steuernde oder korrigierende FR [sc. Folgerecht] muß nötig, zweckgerecht und möglichst schonend sein. Alsdann wird man (wie im klassischen Staatsrecht) das Ergebnis dem unterliegenden Grund- und Ausgangswert gegenüberstellen (im *klassischen Staatsrecht*: *Freiheit* und *Eingriff*; im *Wirtschaftsrecht*: *Marktwirtschaft* als Grundordnung ... und *ergänzendes, steuerndes* oder *korrigierendes FR* als *gestaltendes* [im Unterschied zum institutionalisierenden] Fol-

75 Schlupe 1999.

76 Schlupe 1994: 150.

77 Schlupe 1999; cf. auch ders. 1997a: 4; zur Frage der wirtschaftspolitischen Ausnahmereiche statt anderer R.H. Weber 1986.

78 Schlupe 1999.

79 Schlupe 1993: 507 (H.v.Verf.); cf. auch *op. cit.*: 510 f.; ders. 1994: 150; ders. 1997a: 6 f.; ders. 1998a: B26; ders. 1998b: 385; dazu Amstutz 1995: 79; ders. 1996: 887.

80 Schlupe 1993: 513; cf. in diesem Zusammenhang auch die parallelen Überlegungen von F. Müller 1997: 262 f.

gerecht“.⁸¹ Schlupe weist darauf hin, daß man auch von „Markt- oder Systemkonformität“ reden könnte, daß aber der Ausdruck marktwirtschaftliches Verhältnismäßigkeitsprinzip vorzuziehen sei, „[...] weil er die rechtliche Stringenz der Anforderungen besser unterstreicht“.⁸²

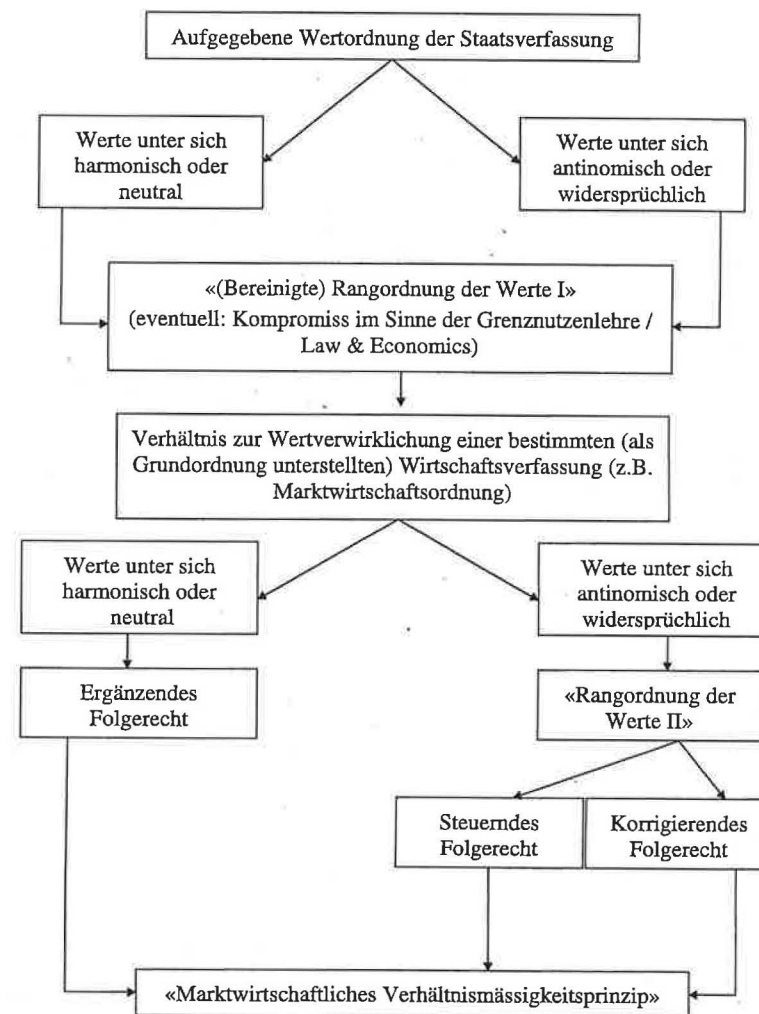


Schaubild 1: Schlueps Konstruktion einer gemischten Wirtschaftsverfassung

81 Schlupe 1999.

82 Schlupe 1993: 513 Anm. 89.

3. Analyse

In seinen bisherigen Schriften hat Schlupe das marktwirtschaftliche Verhältnismäßigkeitsprinzip erst in den Grundzügen entworfen. Er hat dieses in seine Wirtschaftsrechtslehre sorgfältig eingefügt und dessen „Ort“ im Theoriegebäude bestimmt. Die *inhaltliche Konkretisierung* des Prinzips bleibt aber in der Hauptsache noch zu leisten. Trotzdem verhilft dieses Prinzip schon in seinem gegenwärtigen „fetalen“ Stadium zu zwei Einsichten, die den weiteren Untersuchungsgang maßgeblich prägen:

(1) Zunächst zeigt die Lehre von der marktwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeit, daß die Wirtschaftsverfassung (oder die Staatsverfassung schlechthin) die Antinomien und Widersprüche, die dem Recht einer Marktgesellschaft innewohnen, *aus sich selbst heraus* (d.h. aus der „Dogmatik“ des Verfassungsrechts) *nicht* zu bewältigen vermag. Es bedarf hier des Rückgriffes auf *rechtstheoretische* Überlegungen und Konstruktionen (wie Schlupe's Ausrichtung am Verhältnismäßigkeitsprinzip hinlänglich belegt). Daraus ist im vorliegenden Zusammenhang zu folgern, daß das im wirtschaftsrechtlichen Diskurs gesuchte „*ius supra iura*“ des Rechts der Marktgesellschaft *nicht* in unmittelbarer Anknüpfung an die Wirtschaftsverfassung entwickelt werden kann; vielmehr muß zu diesem Zweck *rechtstheoretische* Grundlagenforschung betrieben werden.

Diese Folgerung steht letztlich im Einklang mit der Polanyischen These der „Doppelbewegung“, insofern nämlich, als die geschichtlich gegenwärtige „planlose Planung“ der Marktgesellschaft einschneidende Spuren in der Form von „*Unentscheidbarkeitslatenzen*“ auch in den Verfassungswerken westlicher Staaten hinterlassen hat. Mit einer wirtschaftsbezogenen Umsetzung des *Ideals einer „offenen“ Verfassung* hat das nichts zu tun: Fragt man nach dem Sinn und Zweck dieses Ideals, stößt man regelmässig auf Ausführungen der Art, daß „[...] für das vor allem an Smend mit seiner Forderung nach einer ‚elastische[n], ergänzende[n], von aller sonstigen Rechtsauslegung weit abweichende[n] Verfassungsauslegung‘ anknüpfende dynamische, ‚offene‘ Verfassungsverständnis ... wichtige Gründe [sprechen]: die Dynamik des gesellschaftlichen und politischen Prozesses, der Gegenstand der verfassungsrechtlichen Regelung ist, läßt eine Starrheit dieser Regelung nur schwer denkbar erscheinen“. ⁸³ Die „Verfassungsoffenheit“ zielt also in erster Linie auf *institutionell abgesicherte Adaptationsfähigkeit*: Die stabilitätsstiftenden normativen Eckwerte, innerhalb welcher sich gesellschaftliche Prozesse abspielen, sollen (im

83 Bryde 1982: 19. Der auf diese Weise beschriebene Grund für eine Offenheit der Verfassung ist weitgehend anerkannt. Cf. nur K. Hesse 1995: 12 ff. N 19 ff.; Eichenberger 1991: 176 f., 180 ff.; Haller & Kölz 1999: 86 f. Zum Problem aus rechtssoziologischer Sicht Luhmann 1993: 557 ff.

Sinne einer „dynamischen Standfestigkeit“) dem Richter disponibel sein, damit dieser auf neu auftretende, evolutionsbedingte Spannungs- oder Gefahrenlagen reagieren kann.⁸⁴ Eines solchen *heteronomen* Sukkurses bedarf es in einer am Marktprinzip ausgerichteten (d.h. marktgesteuerten) Ordnung nun aber gerade *nicht*. Das ist unschwer zu erkennen, wenn man sich vergegenwärtigt, daß *Anpassungs-* und *Lernfähigkeit* des Systems eine der wichtigsten Eigenschaften dieser Ordnung ist.⁸⁵ Dadurch, daß diese ihren Adaptationsbedarf mit *systemeigenen Mitteln* zu decken vermag, unterscheidet sie sich von zahlreichen anderen „*semi-autonomous social fields*“⁸⁶, auf die das erwähnte „Offenheitsideal“ der Verfassung eigentlich zugeschnitten ist.⁸⁷

In Wahrheit hat die Selbstbeschränkung westlicher Wirtschaftsverfassungen, lediglich „Grundpflocke einer dezentralen Zuständigkeitsordnung“⁸⁸ zu setzen, einen ganz anderen Grund. Geht man, wie vorliegend, von der Annahme aus, daß die „Marktwirtschaft“ *als solche* keine sozial durchhaltefähige Gesellschaftsstrategie ist, daß also bestimmte Staatseingriffe nicht Einbrüche in das Prinzip, sondern vielmehr *Teil davon* sind, und bedenkt man ferner, daß solche Interventionen über keine überdachende Theorie verfügen, die Vorgehensweise in diesem Zusammenhang also *experimentell* („planlos“) ist, so wird augenscheinlich, daß die marktzentrierte Gesellschaft dem spezifischen Risiko eines „Systemschwundes“ ausgesetzt ist: Weil die Konkretisierung einer solchen Ordnung in jenem Bereich, der nicht *Laissez-faire*, sondern „soziale Durchhaltefähigkeit“ betrifft, „im Wege eines Testens und Wiedertestens von Problemlösungen“⁸⁹ vor sich geht, droht dem System ein *Identitätsverlust*. Um einer Drift des Systems vorzubeugen, werden – qua Verfassung – in die Rechtsordnung der Marktgesellschaft *Leitplanken* auf Dauer eingebaut.⁹⁰ Der Mechanismus ist mit demjenigen des „*unity of type*“ Darwins⁹¹ oder der

84 Cf. Eichenberger 1991: 181 f.; ferner K. Hesse 1995: 16 N 36 f.

85 Cf. in diesem Zusammenhang statt aller Schlupe 1987a: 8.

86 S.F. Moore 1973.

87 Cf. in diesem Zusammenhang (aus rechtssoziologischer Sicht) Luhmann 1993: 561. In der Wirtschaftswissenschaft, namentlich in der sog. „evolutionären Ökonomie“ ist das Phänomen des „autarken“ Adaptationsvermögens marktzentrierter Gesellschaften – was mit selbstregulatorischem Optimum, an dem diese Gesellschaften kaum je teilhaben, nicht zu verwechseln ist – gut belegt; cf. statt anderer Burk 1988: 111 ff.; Rutherford 1994: 83 ff.; Allen & Phang 1994: 125 ff.; Vromen 1995: 60 ff.

88 Papier 1994: 810 N 25.

89 Luhmann 1993: 562.

90 Im Grunde geht es hier genau um das, was Nozick 1974: 28 ff., meint, wenn er davon spricht, daß Handlungen „side-constraints“ auferlegt werden; cf. dazu auch MacCormick 1986: 12.

91 Im VI. Kapitel seines „*On the Origin of Species*“ setzt sich Darwin mit möglichen Einwänden gegen die Varietätsprämisse seiner Evolutionstheorie auseinander. Unter an-

Lehre von dem *Bauplan* der deutschen Naturphilosophen aus dem 19. Jahrhundert⁹² vergleichbar. Mit diesen Begriffen – heute spricht man schlichter von *constraints*⁹³ – wird der Umstand bezeichnet, daß das Varietätsspektrum, auf das Selektionsprozesse wirken, nicht grenzenlos, sondern eben *limitiert* ist. Das erklärt sich dadurch, daß biotische (wie im Grunde auch soziale) Systeme, sollen sie ihre funktionelle Integrität bewahren, nicht beliebige Wandlungen durchmachen können. „Baupläne“ stellen dementsprechend den Inbegriff der *begrenzten Toleranz* dar, die komplexe Strukturen gegenüber Deviationen des Systems besitzen. Ihr Vorzug liegt darin, daß sie inadäquate Entwicklungstrajektorien absorbieren, ohne Evolution abzublocken. Nach diesem Schema des «Bauplanes», das ist das Fazit, operieren offensichtlich auch die Wirtschaftsverfassungen rechtsstaatlicher Marktgesellschaften und just davon rührt ihr Unvermögen her, das Design eines marktgesellschaftlichen „*ius supra iura*“ vorzugeben.

Folgt man dem, so ist dieser erste aus Schlueps Lehre von der marktwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeit gezogene Schluß nur konsequent: Mit der der Wirtschaftsverfassung der Marktgesellschaft zugewiesenen Aufgabe, „systemidentitäts“-wahrende *Leitplanken* zu setzen, geht naturgemäß der Verzicht einher, gesellschaftsbestimmende Werte bis in die letzten sozialen Tiefenstrukturen hinein auszubreiten und dort zu petrifizieren. Das verschlägt nichts, ist vielmehr funktional: Denn letztlich unterliegen auch diese Werte, freilich in einem begrenzten Ausmaß, den evolutorischen Kräften der Marktgesellschaft. Sie dürfen verfassungsrechtlich nicht „paralysiert“ werden, sondern sind als „*bewegliche Systeme*“ zu erhalten. Das deckt sich mit Schlueps Sicht der Dinge, wenn er die Frage nach dem Ethos der Marktgesellschaft beantwortet: „[D]as moralische Urteil über die Marktwirtschaft [ist] nicht zu trüben ... aus einem Grund, der ... zu den höchsten *moralischen Qualitäten des Systems* gehört: [...] Lautet die sozialetische Frage: Was sollen wir tun?, so wird immer die *Fähigkeit*

derem beschäftigt er sich an dieser Stelle mit folgender Frage: „[I]s it possible that an animal having, for instance, the structure and habits of a bat, could have been formed by the modification of some animal with wholly different habits?“ (Darwin 1859: 171). In diesem Zusammenhang unterstreicht er, daß Varietät nicht unbeschränkt ist, eine Aussage, die von Gegnern des Darwinismus gerne übersehen wird, um Frontalangriffe dagegen zu lancieren (cf. etwa Dawkins 1986: 308 ff.). Deshalb formuliert Darwin den Grundsatz des (von ihm selber so genannten) „*unity of type*“: „By unity of type is meant that fundamental agreement in structure, which we see in organic beings of the same class, and which is quite independent of their habits of life“ (*op. cit.*: 206).

92 Cf. im Kontext Gould & Lewontin 1979: 593 ff.; S.J. Gould 1980; Haszprunar 1994; ferner etwa Plotkin 1993: 42 f.; Dennett 1995: 277 f.; Ruse 2000: 240 ff.; Sober 2000: 151 f.

93 Cf. im Kontext Maynard Smith et al. 1985; ferner auch Dawkins 1986: 311 f.; Depew & Weber 1995: 481 f.; cf. auch hinten 267 ff.

vorausgesetzt, aus eigenem Fehlverhalten zu lernen. Diese Anpassungs- und Lernfähigkeit des Systems ist eine der wichtigsten Qualitäten der marktwirtschaftlichen Ordnung“.⁹⁴

(2) Sodann weist die Lehre der marktwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeit auf die Notwendigkeit hin, die Verwirklichung des (in Schluepscher Sprache) gestaltenden Folgerechts bzw. (in vorliegend präferierter Begrifflichkeit) des marktgesellschaftlichen „*ius supra iura*“ auf die *marktgesteuerten Operationen der Lebenswelt zu beziehen*. Dieser Aspekt der Lehre ergibt sich aus dem klassischen staatsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsbegriff, der *Geeignetheit, Notwendigkeit* und *Schonung* impliziert.⁹⁵ Gerade der Gedanke der Schonung setzt voraus, daß das zu verwirklichende Ziel (die „Konsistenz“ des marktgesellschaftlichen Rechts) *am Grund- bzw. am Ausgangswert* (das Marktprinzip) *gemessen* wird.⁹⁶ Es muß m.a.W. ein „*Maß-Nehmen*“ am sozialen Organisationsprinzip erfolgen. Wie das konkret geschehen soll, hat Schlupe (noch) nicht ausgeführt. Insb. ist unklar, ob man sich an einem *idealen* Referenzmodell oder an einer „*gelebten*“ Ordnung zu orientieren hat.⁹⁷ Folgt man einem Verständnis des Wettbewerbs (das tragende Element der Marktgesellschaft) als „*Entdeckungsverfahren*“,⁹⁸ erscheint die zweite Sinnvariante plausibler: Die Marktgesellschaft verwirklicht sich erst „*in action*“; „*in the books*“ ist sie schlüssig nicht zu definieren.⁹⁹ Ist dem so, legt die Theorie der marktwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeit nahe, daß die „wirtschaftsrechtliche“ Aufgabe der normativen Kollisionslösung *nur unter „Nutzung“ der realen Impulse gelöst werden kann, die das Rechtssystem von der Marktgesellschaft (bzw. von seinen sozialen Subsystemen) empfängt*. Allerdings ist damit noch keineswegs gesagt, in welcher Weise diese „realen Impulse“ in das Recht (hin-)eingebracht werden können.

94 Schlupe 1987a: 8.

95 Cf. zum Verhältnismäßigkeitsprinzip weiterführend Zimmerli 1978; Stelzer 1991; Albrecht 1995; Leisner 1997; Yi 1998; Emmerich-Fritsche 2000.

96 Cf. Schlupe 1999.

97 Damit will gesagt sein, daß Schlupe zum Referenzsystem des „marktwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip“ *bis anhin* noch nichts vorgetragen hat. Frühere Äußerungen des Autors legen nahe, daß ein Idealmodell der Marktwirtschaft Bezugspunkt bilden soll; cf. dazu auch hinten 57 ff. Das geht im übrigen auch aus der ordoliberalen Ausrichtung der frühen Schriften von Schlupe hervor. Ob diese ideale Ausrichtung dem „marktwirtschaftlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip“ gerecht werden kann, muß hier offengelassen werden.

98 V. Hayek 1968.

99 Für diese These spricht letztlich auch der Umstand, daß die Wettbewerbstheorie inzwischen darauf verzichtet hat, den Begriff „Wettbewerb“ umfassend zu definieren; cf. dazu nur Schmidtchen 1988: 120.