

GC 3285

Dr. iur. Carl Baudenbacher
PRIVATDOZENT AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Wirtschafts-, schuld-
und verfahrensrechtliche
Grundprobleme der
ALLGEMEINEN
GESCHÄFTSBEDINGUNGEN



Schulthess Polygraphischer Verlag

K83-369/11-6
Schulthess

1. TEIL

Wirtschaftsrechtstheoretische Grundlagen

1. KAPITEL

Entwicklung, Begriff und Wesen des Wirtschaftsrechts

§ 1 DIE ENTWICKLUNG DES MODERNEN WIRTSCHAFTSRECHTS

I. VORBEMERKUNG

Sieht man von der Tatsache ab, daß Rechtsnormen schon immer auch Auswirkungen auf die Wirtschaft hatten, so kann von Wirtschaftsrecht mit dem Aufkommen der liberalen Ökonomie im 19. Jahrhundert gesprochen werden¹. Zu Recht ist festgestellt worden, daß die insbesondere durch Adam SMITH und David RICARDO repräsentierte »Klassische Nationalökonomie« in der *Wirtschaftspolitik* erstmals »einen umfassenden, theoretisch durchkonzipierten . . . Ansatz« geschaffen hat². Damit war das Fundament gelegt zur Entwicklung eines kohärenten, eigenständigen Rechtsgebiets *Wirtschaftsrecht*.

II. DAS LIBERALE WIRTSCHAFTSRECHT

Liberales Wirtschaftsrecht beruht i. w. auf zwei Eckpfeilern: Zum einen ist Voraussetzung jedes Wirtschaftens die öffentlich-rechtliche *Wirtschaftsfreiheit*. Zum anderen werden die Wirtschaftssubjekte durch die *Privatautonomie* in die Lage versetzt, ihre Umsatzbeziehungen (im Rahmen der übrigen Rechtsordnung) selbst abzustimmen. Aus der Privatautonomie wird im *materiellen Recht* die *Vertragsfreiheit* abgeleitet, die grundsätzlich nur durch die guten Sitten beschränkt ist. Lediglich für den Fall, daß die Parteien gewisse, für die Vertragsabwicklung wichtige, Punkte nicht geregelt haben, wird (dispositives) Gesetzesrecht bereitgestellt³. Im *Verfahrensrecht* hat sich die Privatautonomie im *Dispositionsgrundsatz*, im *Parteibetrieb* und in der *Verhandlungsmaxime* niedergeschlagen. Mithin ist es Sache der Privaten, Konflikte vor den Richter zu bringen, den anhängig gemachten Prozeß in Gang zu halten und die Tatsachen in das Verfahren einzuführen und zu beweisen. Das Gericht ist insofern an die Parteianträge gebunden, als es einer Partei nicht mehr oder anderes zusprechen darf, als sie selbst verlangt hat, aber auch nicht weniger, als der Gegner anerkannt hat⁴. Liberales Wirtschaftsrecht ist mithin gleichbedeutend mit *reinem Privatrecht*. Dominieren

¹ Vgl. zu älteren Ansätzen PIEPENBROCK, 31 ff.

² MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, 61.

³ Einzelheiten dazu hinten, 183 ff.

⁴ Vgl. dazu BAUDENBACHER, *Der Zivilprozeß*, 164; STRÄULI/MESSMER, § 54 N. 6.

de Kontrollinstanz ist der *Markt*, der die wirtschaftlichen Beziehungen der Bürger herrschaftsfrei regelt⁵.

Ideengeschichtlicher Hintergrund dieses Wirtschaftsrechts sind die Lehren des Laissez-faire-Liberalismus, der sich zeitlich an die Klassik anschließt und gleichbedeutend ist mit ihrem Niedergang. Diese Richtung der Nationalökonomie charakterisiert sich (mehr als ein halbes Jahrhundert nach SMITH) vor allem durch den erneuten und bedingungslosen Rückgriff auf die Lehre von der *prästabilierten Harmonie der Interessen* und den Glauben an das alles zum Guten wendende freie Spiel der Einzelegoisten. Eine staatliche Wirtschaftspolitik wird grundsätzlich abgelehnt, da gesetzliche Eingriffe in die Freiheit gleichzusetzen sind mit Hemmung des göttlichen Schöpfungsplans. Der Staat wird auf die Rolle eines Sicherheitsgaranten zurückgedrängt; auf diese Weise soll gewährleistet werden, daß die privaten Interessen ungehindert aufeinanderprallen können⁶. Entscheidendes Kennzeichen des liberalen Wirtschaftsrechts ist damit die *Trennung von Staat und Gesellschaft*. Dem entspricht im rechtlichen Bereich die Gliederung in öffentliches und privates Recht. Dem öffentlichen Recht fällt die Aufgabe zu, die staatliche Gewalt zu organisieren und (zumal im Verhältnis zum Bürger) zu begrenzen. Das Privatrecht hat die wirtschaftlichen Aktivitäten der Bürger zu fundieren⁷. In jedem Fall sind nur *allgemeine Gesetze* zulässig. SOMMERT hat dieses Wirtschaftsrecht treffend als »ein System individueller Freiheitsrechte« bezeichnet⁸.

Bei näherem Zusehen erweist sich freilich, daß die Hochblüte des liberalen Wirtschaftsrechts von sehr viel kürzerer Dauer war, als gemeinhin angenommen wird. Nach BRÜGGEMEIER beschränkt sich die »reine« konkurrenzwirtschaftliche Phase in Deutschland auf den Zeitraum von 1866 bis 1873⁹. Für die Schweiz hat neuerdings Christian J. MEIER die liberale, staatsfreie

⁵ Vgl. zum liberalen Wirtschaftsrecht allgemein etwa STEINDORFF, *Einführung*, 8 ff.; GROSSFELD, 13; KÜBLER, *Privatrecht und Demokratie*, 700 f.; MERTENS, *Wirtschaftsrecht*, 66 f.; MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, 188 ff.; MERZ, *Das schweizerische Kartellgesetz*, 1 ff.

⁶ Vgl. zum Laissez-faire-Liberalismus etwa GIDE/RIST, 350 ff.

⁷ Vgl. dazu TSCHÄNI, 13 f.; RAMM, *Einführung in das Privatrecht*, G 9 ff.; BULLINGER, 37 ff.

⁸ Die deutsche Volkswirtschaft, 150 und 150 ff.; im gleichen Sinn für die Schweiz RENGGLI, 553; GRUNER, 149 ff.; Walther HUG, *Wurzeln und rechtliche Anerkennung*, 3 ff.; ferner auch EGGER, *Über die Rechtsethik*, 14.

⁹ *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*, 40 f.

Epochen auf die Jahre zwischen der den Freihandel im Landesinneren verwirklichenden Bundesverfassung von 1848 und der konstitutionellen Verankerung der Handels- und Gewerbefreiheit von 1874 datiert¹⁰. Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland ging man im Sog der schweren Depression der Siebziger Jahre des 19. Jahrhunderts von einer liberal-freihändlerischen zu einer *liberal-interventionistischen Wirtschaftspolitik* über. Das führte u. a. dazu, daß der Wettbewerb als Koordinationstypus partiell durch *Staatswirtschaft* abgelöst wurde¹¹. Gleichzeitig begannen die Unternehmen, sich dem Wettbewerbsdruck durch *kartellistische Selbsthilfemaßnahmen* zu entziehen¹². Auch im *Privatrecht* sind unter dem Eindruck der Weltwirtschaftskrise der Siebziger Jahre Korrekturen des liberalen Leitbildes vorgenommen worden. Das zeigt etwa eine Gegenüberstellung des Dresdner Entwurfs von 1866 und des alten Obligationenrechts von 1881¹³. Vor allem aber weist das Obligationenrecht von 1911 deutliche sozialrechtliche Züge auf¹⁴. Parallel dazu sind im *Verfahrensrecht* die Ersetzung des Parteibetriebs durch den Amtsbetrieb, die Einschränkung des Verhandlungsgrundsatzes durch richterliche Frage- und Belehrungspflichten sowie die richterliche Befugnis zur Beweiserhebung vom Amtes wegen und die Einführung des Armenrechts zu vermelden¹⁵.

III. DAS MODERNE WIRTSCHAFTSRECHT

Liberales Privatrecht ist an die Voraussetzungen gebunden, daß sich annähernd gleich (ohn)mächtige Kontrahenten gegenüberstehen und viele Bürger unternehmerisch am Markt auftreten¹⁶. Beide Bedingungen wurden

¹⁰ *Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts*, 275 ff., m.w.H.

¹¹ *Hauptbeispiel ist die Verstaatlichung der Eisenbahnen. Daneben sind Ausfluß der im Kontext genannten Wirtschaftspolitik die Fabrikgesetzgebung, die obligatorische Unfallversicherung, die Aufsicht über private Versicherungsunternehmen und die Einleitung des Agrarprotektionismus. Vgl. Christian J. MEIER, Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben*, 277, m.w.H.

¹² Vgl. WALTER HUG, *Hundert Jahre*, 92 f.; BRÜGGEMEIER, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*, 51; Christian J. MEIER, *Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts*, 269, 277, m.w.H.

¹³ Vgl. dazu BENÖHR, *passim*.

¹⁴ Vgl. WIDMER, 27 ff.

¹⁵ Vgl. dazu BAUDENBACHER, *Der Zivilprozeß*, 167 ff.; WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozeß*, 57 f.

¹⁶ Dazu TSCHÄNI, 14; GOTTHOLD, *Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie*, 306.

in der Hochblüte des Laissez-faire-Liberalismus einfach fingiert. Ob solche Vorstellung zu irgend einem Zeitpunkt empirisch fundiert war, kann hier dahingestellt bleiben. Tatsächlich sah die Wirtschaftswirklichkeit schon im ausgehenden 19. Jahrhundert anders aus. Eine zunehmende *Vermachtung der Wirtschaft* ließ die liberale Selbstregulierungshypothese illusorisch werden.

Daß das liberale Wirtschaftsrecht die mit einem grundsätzlichen Wandel der Wirtschaftswirklichkeit verbundenen Probleme nicht lösen konnte, hat sich sodann besonders deutlich im Ersten Weltkrieg und in den Nachkriegsjahren gezeigt. Nach dem Dirigismus der Kriegszeit griff der Staat vor allem im Gefolge der schweren Krise der Dreißiger-Jahre »in breitem Ausmaße wirtschafts- und sozialpolitisch steuernd in den Wirtschaftsprozeß ein«¹⁷. Das in dieser Zeit entstandene moderne Wirtschaftsrecht ist durch die sukzessive *Überführung der Wirtschaft von der gesellschaftlichen in die staatliche Zuständigkeit* gekennzeichnet. Von nun an besteht eine dauernde Notwendigkeit zu steuernden wirtschaftspolitischen Maßnahmen¹⁸. *Dabei entsteht der Bedarf an modernem Wirtschaftsrecht in direkter Abhängigkeit von der realen ökonomischen Entwicklung*.

Für das Privatrecht war die Einsicht entscheidend, daß das subjektive Recht in der Hand des Mächtigen zum Herrschafts- und Unterdrückungsinstrument wird¹⁹. Das vor allem nach dem Zweiten Weltkrieg zum Durchbruch gelangende *ordoliberalere Wirtschaftsrecht* zog daraus den zutreffenden Schluß, daß der Private nicht nur vor staatlicher, sondern vor allem auch vor privater Macht geschützt werden muß. Das hat seinen Niederschlag zunächst im Erlaß von *Antitrustgesetzen* gefunden, welche die Privatrechtsordnung gegen Machtmißbräuche schützen sollten²⁰. In neuerer Zeit setzt sich darüber hinaus der Gedanke durch, daß auch dem Privatrecht selbst eine soziale Gestaltungsaufgabe zufällt. Das führt zur Herausbildung des *gesellschaftsbe-*

¹⁷ Christian J. MEIER, *Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben*, 278, mit umfassendem Literaturnachweis; ferner auch HANS HUBER, *Die Handels- und Gewerbefreiheit und ihre heutige Bedeutung*, 10 ff.

¹⁸ Vgl. dazu GYGI, *Die schweizerische Verfassung*, 11, 31; BADURA, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 262; STEINDORFF, *Einführung*, 22 f., 82.

¹⁹ Vgl. dazu TSCHÄNI, 56; zur *Liberalismuskritik* ferner WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 9, 55; WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft*, 69, 178.

²⁰ WIETHÖLTER hat das *ordoliberale Leitbild* gar als einen um ein Antitrustgesetz bereicherten Adam Smith bezeichnet; *Rechtswissenschaft*, 253.

zogenen *Privatrechts*²¹. Der Richter ist mithin gehalten, die klassischen privatrechtlichen Normen so anzuwenden, daß machtbedingte Schutzdefizite abgebaut werden können. Vor allem aber ist der Gesetzgeber aufgefordert, wirtschaftsrechtliche Normen zu setzen, die den aktuellen ökonomischen Realitäten Rechnung tragen. Bereits hier ist zu betonen, daß ihm dabei grundsätzlich *privates* wie *öffentliches Recht* zur Verfügung stehen.

Für das *schweizerische Recht* ist indes festzuhalten, daß die *liberale Basis* im Privatrecht bis auf den heutigen Tag weitgehend erhalten geblieben ist. Zwar hat der Gesetzgeber im *materiellen Recht* versucht, das real bestehende Machtgefälle zwischen den einzelnen Wirtschaftssubjekten durch vermehrte Setzung *zwingender Normen* zu korrigieren²². Dem entsprechen im *Verfahrensrecht* punktuelle Bestrebungen zur Förderung der privaten Klageinitiative und die vereinzelt Einführung des Untersuchungsgrundsatzes²³. Eine Sonderstellung nimmt sodann auch unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten das dualistisch strukturierte *Kartellgesetz* ein, das neben dem Zivilprozeß auch das Verwaltungsverfahren als Mittel zur Rechtsdurchsetzung heranzieht. Im übrigen ist aber das Privatrecht praktisch durchgehend als *wirtschaftspolitisch neutrales Recht* aufgefaßt worden. Das braucht für das Recht des unlauteren Wettbewerbs und das Aktienrecht angesichts der zur Zeit anstehenden Revisionen nicht besonders begründet zu werden²⁴. Es trifft aber auch für das Vertragsrecht zu, wie zumal die Behandlung des Problembereichs AGB durch die Rechtsprechung zeigt²⁵.

§ 2 ZUM BEGRIFF DES WIRTSCHAFTSRECHTS

Erste Versuche zur Entwicklung einer Wirtschaftsrechtstheorie und eines Wirtschaftsrechtsbegriffs sind in der juristischen Doktrin im Anschluß an

²¹ SCHLUEP, *Allgemeines Wirtschaftsrecht*, 82. — WIEACKER, *Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnung*, 5, spricht von *Privatrecht* »mit öffentlich-rechtlichem Einschlag«; LUDWIG RAISER, *Die Zukunft des Privatrechts*, 23 f., von *Privatrecht im öffentlichen Bereich*.

²² Vgl. dazu STAEHELIN, *passim*.

²³ Vgl. BAUDENBACHER, *Der Zivilprozeß*, 175 ff.; ferner WITTHUHN, 152 ff.; KÖTZ, *Klagen Privater im öffentlichen Interesse*, *passim*.

²⁴ Vgl. zum *Recht des unlauteren Wettbewerbs* BGE 107 II 277 ff.; dazu BAUDENBACHER, *Bemerkungen*, 174 ff., DERS., *Zusammenhänge*, 162 ff., 171 ff. und *passim*; zum *Gesellschaftsrecht* VON STEIGER, 216 ff., 220.

²⁵ Dazu hinten, 258 ff.

den enormen wirtschaftlichen Funktionszuwachs des Staates während und im Anschluß an den Ersten Weltkrieg zu verzeichnen²⁶. Die wirtschaftsrechtliche Doktrin hat in der Folge mehr als ein halbes Jahrhundert lang einen großen Teil ihrer Kräfte auf die Abgrenzung und Anerkennung ihres Rechtsgebiets verwendet²⁷. Diesen mannigfaltigen Versuchen soll hier kein weiterer angehängt werden.

Was das *Abgrenzungsproblem* anlangt, so ist mit der neueren Lehre davon auszugehen, daß sich eine scharfe normative Sonderung des Wirtschaftsrechts von anderen Rechtsgebieten als unmöglich erwiesen hat. Die Versuche, Wirtschaftsrecht geschlossen begrifflich zu umschreiben, sind samt und sonders gescheitert²⁸. Sonach kann Wirtschaftsrecht einzig *typologisch*, d. h. mit Hilfe eines beweglichen Systems erfaßt werden, in dem alle möglichen Bestimmungsfaktoren als prinzipiell gleichwertig zugelassen sind²⁹. Dieser offene Ansatz hat auf der einen Seite den »Vorteil hoher begrifflicher Flexibilität und Freiheit in der Gegenstandsbestimmung«³⁰. Auf der anderen bestehen, wie immer bei beweglichen Systemen, in entscheidenden Punkten Freiräume, die durch wertende Entscheidung auszufüllen sind³¹. Daraus folgt, »daß jedes Verständnis des Wirtschaftsrechts nicht auf Erkenntnis, sondern auf Entscheidung« desjenigen beruht, der die Begriffsbildung vornimmt³².

²⁶ Vgl. NUSSBAUM, *Das neue deutsche Wirtschaftsrecht*, *passim*; HEDEMANN, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht*, *passim*.

²⁷ Vgl. etwa die *Zusammenstellung der verschiedenen Theorien* bei SCHLUEP, *Was ist Wirtschaftsrecht?* 40 ff.; FUNK, *passim*; BROHM, 19 ff.; Christian J. MEIER, *Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts*, 284 ff.; wie im Kontext auch Reimer SCHMIDT, *Entwicklung des Wirtschaftsrechts*, 688; RITTNER, *Zur Systematik des Wirtschaftsrechts*, 319 ff.

²⁸ Vgl. dazu WIETHÖLTER, *Wirtschaftsrecht*, 531; HOPT, *Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte*, 1017; BROHM, 19; Christian J. MEIER, *Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts*, 294 f.

²⁹ Zutreffend BROHM, 21; FUNK, 314; ASSMANN, *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*, 197 f.; MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, 187, 191; Claus OTT, *Die soziale Effektivität des Rechts*, 346; Christian J. MEIER, *Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts*, 296 ff.; zum typologischen Ansatz insbesondere SCHLUEP, *Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz*, 91 f.; SCHWARK, *Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht*, 61 f.

³⁰ FUNK, 315.

³¹ Zum beweglichen System grundlegend WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, *passim*, allerdings noch mit stark interessenjuristischer Orientierung (vgl. insbesondere 14, 17); ferner auch OTTE, 319; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 453; OPP, *Sozialwissenschaften*, 198 ff.; FUNK, 315 ff.

³² KOPPENSTEINER, *Wirtschaftsrecht*, 5; im gleichen Sinn FUNK, 315.

Allerdings ist hervorzuheben, daß Freiräume keineswegs gleichbedeutend sind mit Beliebigkeit der Begriffsbildung. Vielmehr lassen sich Voraussetzungen und Grenzen angeben, »innerhalb derer eine sinnvolle Festsetzung des Gegenstandes überhaupt möglich ist«³³. Entscheidend ist aber, daß die bei der Ausfüllung der Freiräume auftretenden Wertungen auf Transparenz, Konsistenz und Plausibilität hin objektiv überprüfbar sind. Mithin sind nicht »objektiv richtige«, sondern intersubjektiv verstehbare Entscheidungen anzustreben³⁴. Das bedeutet, daß eine Begriffsbildung nur im *offenen Diskurs* erfolgen kann³⁵.

Als Systemelemente eines typologisch begriffenen Wirtschaftsrechts sind die eigenständige *Gemeinwohlausrichtung*, der *Steuerungscharakter*, der *gesamtwirtschaftliche Bezug* und die *funktionale Betrachtungsweise* herauszustellen³⁶. Mit der funktionalen Optik hängt die *institutionelle* zusammen³⁷. Aus der Beweglichkeit des Systems folgt von selbst, daß jede Verabsolutierung einzelner Elemente verfehlt ist. Das hindert aber nicht die Gewichtung der einzelnen Bestimmungsfaktoren.

Die skizzierte typologische Erfassung des Wirtschaftsrechts trägt auch dem Umstand Rechnung, daß ein Rechtssatz gleichzeitig Bestandteil von *mehr als einem Systemteil* der Gesamtrechtsordnung sein kann. So schließt die Zugehörigkeit einer Norm zum Schuldrecht ihre Bindung an das Wirtschaftsrecht nicht aus. Tatsächlich stehen die meisten wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen und Rechtsinstitute auch in anderen Sinnzusammenhän-

³³ FUNK, 315.

³⁴ Vgl. dazu OTTE, 319.

³⁵ Vgl. zur wissenschaftstheoretischen Bedeutung des Diskurses hinten, 127 ff.

³⁶ Vgl. dazu Christian J. MEIER, *Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts*, 297 f., mit umfassendem Literaturnachweis in den Anm. 181–184; zur *Gemeinwohlorientierung* etwa SCHLUEP, *Was ist Wirtschaftsrecht?*, 82; DERS., *Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz*, 91 f.; Ludwig RAISER, *Der Gegenstand des Wirtschaftsrechts*, 340; STEINDORFF, *Einführung in das Wirtschaftsrecht*, 8; RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, 12 f.; zum *Steuerungscharakter* hinten, 84; zum *gesamtwirtschaftlichen Bezug* SCHMIDT-RIMPLER, *Wirtschaftsrecht*, 690; SCHLUEP, *Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz*, 93; SCHWARK, *Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht*, 64 f.; NAHAMOWITZ, *Buchbesprechung*, 99; HOPT, *Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte*, 1018 f.; zur *funktionalen Betrachtungsweise* hinten, 82 f.

³⁷ Vgl. dazu SCHLUEP, *Was ist Wirtschaftsrecht?* 85; RAISER, *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht*, 146 ff.; BAUDENBACHER, *Zur funktionalen Anwendung*, 148 ff.

gen³⁸. Des weiteren steht der wirtschaftsrechtliche Charakter einer Norm keineswegs ein für allemal fest. Vielmehr kann ein und dieselbe Vorschrift im einen Fall wirtschaftsrechtliche Relevanz haben, im anderen dagegen nicht³⁹.

Mit diesem Befund ist im Blick auf den aktuellen Stand der Wissenschaftstheorie auch die *Anerkennungsfrage* beantwortet. Da auch einer typologischen Begriffsbestimmung wissenschaftliche Ergiebigkeit nicht abgesprochen werden kann, rechtfertigt es sich, Wirtschaftsrecht als *eigenständigen rechtswissenschaftlichen Systemansatz* zu bezeichnen⁴⁰.

Inhaltlich kann Wirtschaftsrecht nach dem heutigen Stand der Diskussion positiv nur umschrieben werden als *das Recht, welches das gesellschaftliche Teilsystem Wirtschaft und dessen Abläufe normiert*. Anders ausgedrückt ist Wirtschaftsrecht »ein funktionaler Zusammenhang von Normen, der sich um das Koordinations- und damit zugleich um das Subordinationsproblem der Wirtschaft schließt«⁴¹. Damit ist zunächst gesagt, daß sich Wirtschaftsrecht nicht auf die Erfassung des *Gütermarktes* beschränkt. Vielmehr sind auch *Arbeits- und Kapitalmarktrecht* als Elemente eines umfassend verstandenen Wirtschaftsrechts anzusehen⁴². Des weiteren besteht im Blick auf neuere Publikationen nach wie vor zur Feststellung Anlaß, daß Wirtschaftsrecht nicht als an wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkten ausgerichtetes Lenkungsrecht begriffen werden kann, das notfalls in die als vorgegeben zu betrachtenden wirtschaftlichen Handlungsabläufe ein-

³⁸ Vgl. RITTNER, *Staatslexikon*, Sp. 819; DERS., *Zur Systematik des Wirtschaftsrechts*, 324; SCHLUEP, *Was ist Wirtschaftsrecht?*, 94; WENGER, 562; KOPPENSTEINER, *Wirtschaftsrecht*, 4; BAUDENBACHER, *Zur funktionalen Anwendung*, 146.

³⁹ Vgl. BAUDENBACHER, *Zur funktionalen Anwendung*, 146 f., 151 f.

⁴⁰ Vgl. dazu Christian J. MEIER, *Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts*, 298 f., mit Hinweisen auf die einschlägige wissenschaftstheoretische Literatur; zur *Eigenständigkeit des Wirtschaftsrechts* grundlegend schon SCHLUEP, *Was ist Wirtschaftsrecht?*, passim; ferner RITTNER, *Zur Systematik des Wirtschaftsrechts*, 319; DERS., *Wirtschaftsrecht, Staatslexikon*, Sp. 817 ff.; Ludwig RAISER, *Der Gegenstand des Wirtschaftsrechts*, 339 f.; RINCK, *Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts*, 171 f.; BAUDENBACHER, *Zur funktionalen Anwendung*, 146.

⁴¹ SCHLUEP, *Was ist Wirtschaftsrecht?* 94; vgl. dazu auch RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, Sp. 819; WENGER, *Wirtschaftliche Aktivität*, 562; NAHAMOWITZ, *KJ* 1979, 99; BAUDENBACHER, *Zur funktionalen Anwendung*, 146.

⁴² *Zutreffend zum Arbeitsrecht* SCHLUEP, *Überbordungsgefahren*, 177 ff.; STEINDORFF, *Einführung*, 111 ff.; NAHAMOWITZ, *KJ* 1979, 100, 105; zum *Kapitalmarktrecht* grundlegend SCHWARK, *Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht*, passim; auch KÜBLER, *Transparenz am Kapitalmarkt*, 87 ff.; Uwe H. SCHNEIDER, 232; KOHL/WALZ, 29.

greift⁴³. Vielmehr ist auch »das den Leistungsaustausch, die Zuordnung und Verfügungsgewalt über wirtschaftliche Güter regelnde *Zivilrecht zur Zentralmaterie des Wirtschaftsrechts*« zu rechnen.⁴⁴

Schließlich ist bereits mehrfach darauf hingewiesen worden, daß auch das *Verfahrensrecht* zum Wirtschaftsrecht zählt. Was Walther BURCKHARDT für das Recht allgemein festgestellt hat, muß ebenso für das Wirtschaftsrecht Geltung haben: »Beides, das materielle und das formelle Recht, müssen zusammengedacht und vom Gesetzgeber jeweilen zusammen erwogen werden. Beides gehört zum Rechtsanspruch, wie Heft und Klinge zum Messer.«⁴⁵

§ 3 ZUM WESEN DES WIRTSCHAFTSRECHTS

I. FUNKTIONALITÄT

Im Zusammenhang mit der Herausbildung eines eigenständigen wirtschaftsrechtlichen Systemansatzes ist in der Lehre von funktionaler Betrachtungsweise die Rede. Dabei wird unter Funktion der *Beitrag* der wirtschaftsrechtlichen *Norm* zum Vollzug der *Wirtschaftsverfassung* verstanden⁴⁶. Solche Verwendung des Funktionsbegriffs fußt auf der soziologischen Lehre von der *funktionalen Analyse*. Danach stellt die Funktion eine objektive Kategorie dar, die nicht mit der subjektiven des Motivs verwechselt werden darf. Eine *soziale Funktion* ist dadurch charakterisiert, daß sie sich auf die Anpassung eines sozialen Ganzen bezieht, mithin die gegebene Struktur eines Systems in Kontinuität aufrechterhält. Demgegenüber werden als *Dysfunktionen* diejenigen beobachteten Folgen bezeichnet, welche den Fortbestand des Systems mindern. Eine konkrete Handlung ist dann funktional, wenn sie für eine bestimmte Folge kausal ist, die zur Erreichung des Bezugssystems beiträgt. Im konkreten Fall kann sie freilich sowohl funktionale als auch dysfunktionale Folgen haben, »womit sich das schwierige und wichtige Problem stellt, Regeln für die Feststellung der Saldos zusammen auftreten-

⁴³ So aber RINK, *Wirtschaftsrecht*, 1 ff.; kritisch dazu REBE, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung*, 32 Anm. 101; ferner schon die Besprechung von RINCK, *Wirtschaftsrecht*, 1. Aufl., durch Ludwig RAISER, 113 f.

⁴⁴ REBE, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung*, 32 Anm. 101, Sperrung hinzugefügt; dazu auch Ludwig RAISER, *Besprechung von RINCK, Wirtschaftsrecht*, 1. Aufl., 113 f.

⁴⁵ 127.

⁴⁶ Vgl. dazu SCHLUEP, *Das Markenrecht*, 64; JAHR, 14 ff.; REBE, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung*, 81 ff.; BAUDENBACHER, *Zur funktionalen Anwendung*, 146.

der Funktionen zu entwickeln«⁴⁷. Schließlich sind auch *nichtfunktionale* Folgen denkbar, die für das in Frage stehende System keine Relevanz haben⁴⁸.

Mit der funktionalen hängt die *institutionelle* Betrachtungsweise zusammen. Wirtschaftsrecht knüpft an vorrechtliche Sinnzusammenhänge an, wobei es diese gleichzeitig auch prägt und verändert. Der Begriff Institution meint die im sozialen Leben vorgefundenen *typischen Lebensverhältnisse* (z. B. die Vertragsfreiheit), welche das Rechtshandeln strukturieren. Die Institute sind hierarchisch geordnet; über die Rangfolge im konkreten Fall entscheidet die *Wirtschaftsverfassung*⁴⁹. Eine Handlung ist dann *institutsgerecht*, wenn sie der Funktion des Aktors zum Vollzug des Instituts nicht widerspricht. Insofern wird der Einzelne zum *Funktionär des Instituts* und darüber hinaus der *Wirtschaftsverfassung*⁵⁰.

Dem soziologischen Funktionalismus wird vorgeworfen, mit einem *konservativen Vorurteil* zu operieren oder jedenfalls zu *konservativen Ergebnissen* zu gelangen. Tatsächlich gehe es lediglich um eine technokratische Stabilisierung und Legitimierung des status quo. MERTON selbst hat festgestellt, funktionale Analytiker neigten dazu, sich auf die Statik der Sozialstruktur zu konzentrieren und die Untersuchung strukturellen Wandels zu vernachlässigen⁵¹. Der Konservatismusvorwurf trifft für den älteren Funktionalismus zu, läßt sich aber heute kaum mehr halten. Vielmehr ist davon auszugehen, »daß die funktionale Methode sowohl konservativer wie radikaler Ausdeutung fähig ist«⁵². Bei MERTON wird der Zugang zu *Dynamik und sozialem Wandel* mit dem Begriff der Dysfunktion erschlossen.

⁴⁷ MERTON, 195, vgl. zum Ganzen DERS., 171 ff., 193 ff.; SCHELSKY, *Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, 43, 56; PRIESTER, 484; SCHMID, 242 f.

⁴⁸ MERTON, 195.

⁴⁹ Vgl. zum institutionellen Ansatz im Wirtschaftsrecht Ludwig RAISER, *Rechtsschutz und Institutionenschutz*, 146 ff.; SCHLUEP, *Was ist Wirtschaftsrecht?*, 85, 94; KOPPENSTEINER, 20; BAUDENBACHER, *Zur funktionalen Anwendung*, 148 ff.; zum soziologischen Hintergrund SCHELSKY (Hrsg.), *Zur Theorie der Institution*, passim.

⁵⁰ Im Interesse begrifflicher Klarheit muß festgehalten werden, daß vom Privaten als »Funktionär der Gesamtrechtsordnung« in der wirtschaftsrechtlichen Doktrin üblicherweise im Zusammenhang mit der Klagebefugnis die Rede ist. In dieser Optik dient der einzelne Kläger vorab der Erhaltung und Durchsetzung des Rechtsinstituts; vgl. dazu hinten, 136 f. Weit wichtiger als diese Deutung der Privatklage, deren praktische Relevanz gering ist, ist die im Kontext angesprochene materielle Funktionärsstellung der Privaten; vgl. dazu SCHLUEP, *Über Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb*, 24; BAUDENBACHER, *Suggestivwerbung*, 136 f.; DERS., *Zur funktionalen Anwendung*, 152.

⁵¹ 198; zum Kontext auch VON BEYME, 112; DAHM, 85.

⁵² VON BEYME, 112.

II. WIRTSCHAFTSRECHT ALS STEUERUNGSRECHT

Eine Hauptfunktion des Wirtschaftsrechts besteht in der *Steuerung des ökonomischen Gesamtprozesses*. Wirtschaftsrecht zielt auf *Gestaltung der Wirtschaft* und ist daher auf tatsächliche *Effektivität* seiner Normen angewiesen. Insofern ist Wirtschaftsrecht *politisches Recht*, das in einem Gegensatz steht »zu jenem Recht, welches sich auf die Zuteilung von Rechten und Pflichten oder z. B. im strafrechtlichen Bereich auf Vergeltung konzentriert, ohne sich darum zu kümmern, ob Rechte und Pflichten faktisch durchgesetzt werden oder Strafe eine Verhaltensänderung bewirkt«⁵³. Man kann auch sagen, Wirtschaftsrecht sei jener Teil der Rechtsordnung, »der sich nicht damit begnügt, die Streitigkeiten und Probleme zu bewältigen, die sich als Folge unserer tatsächlichen Wirtschaftsordnung ergeben, sondern vielmehr jene tatsächliche Wirtschaftsordnung zu gestalten versucht, und zwar zur Verwirklichung politischer Gemeinschaftsziele und tatsächlicher Gerechtigkeit und damit zur Beseitigung von Streitansätzen«⁵⁴. Die Qualifikation des Wirtschaftsrechts als zielbezogenes Steuerungsrecht darf freilich nicht dazu verleiten, seine Aufgabe lediglich in der Realisierung ökonomischer Effizienz zu erblicken. Vielmehr ist Wirtschaftsrecht auch unter Steuerungsgesichtspunkten durch *Zielvielfalt* gekennzeichnet. Neben ökonomischen sollen insbesondere gesellschafts- und staatspolitische Ziele verwirklicht werden⁵⁵.

III. DER DOPPELCHARAKTER DES WIRTSCHAFTSRECHTS

Steht der instrumentale Charakter des Wirtschaftsrechts außer Zweifel, so ist das Maß seiner sozialkybernetischen Vereinnahmung umstritten. Zunächst wird behauptet, neben der Steuerungsfunktion des Wirtschaftsrechts dürfe seine konstitutive *freiheitsverbürgende Rolle* nicht übersehen werden. Die wesentliche Aufgabe des Juristen bestehe darin, »das Spannungsverhältnis von Recht als Gesellschaftssteuerung und Recht als Freiheitsverbür-

⁵³ STEINDORFF, *Einführung in das Wirtschaftsrecht*, 7.

⁵⁴ STEINDORFF, *Einführung in das Wirtschaftsrecht*, 7; zum Steuerungscharakter des Wirtschaftsrechts anstelle vieler auch HOPT, *Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte*, 1018 ff.; Claus OTT, *Die soziale Effektivität des Rechts*, 349 ff.; ASSMANN, *Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht*, 241; neuerdings Christian J. MEIER, *Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts*, 12 f., m.w.H.

⁵⁵ Dazu etwa TSCHÄNI, 115 f.

gung aufrechtzuerhalten«⁵⁶. Andere Autoren sehen den Doppelcharakter des Wirtschaftsrechts darin, daß es außer der Zielsetzung Steuerung auch spezifische *Gerechtigkeitsanliegen* vertrete. Mithin sollen neben funktionalen auch personale Gesichtspunkte zum Zuge kommen⁵⁷.

Nach der hier vertretenen Auffassung kann von einem Spannungsverhältnis zwischen instrumentaler und freiheitsverbürgender Funktion des Wirtschaftsrechts nicht gesprochen werden. Zwar ist insofern von einer dualistischen Konzeption auszugehen, als die private Wirtschaftsfreiheit so lange ungebunden bleibt, als ihr Gebrauch das Funktionieren des Systems Wirtschaft, das seinerseits ein Systemteil des Gesamtsystems Gesellschaft ist, nicht gefährdet. Anders als in faschistischen oder sozialistischen Rechtsordnungen wird also der Private nicht schlechthin in die Pflicht genommen. Wirkt aber der Gebrauch der privaten Wirtschaftsfreiheit dysfunktional und führt somit zu einer *Gefährdung des Systems*, so hat der freiheitsverbürgende Aspekt zurückzutreten⁵⁸. »Die Entgegensetzung von Systemsteuerung und Freiheitsverbürgung durch Recht macht nur Sinn auf dem Hintergrund der empirisch illusionären, klassisch-neoliberalen These von der Selbstregulierungsfähigkeit des Marktes, der im Grunde nicht nur keiner Staatseingriffe bedürfe, sondern dessen Freiheit durch diese gefährdet und dysfunktionalisiert werde«⁵⁹.

Hingegen stellt sich tatsächlich die Frage, ob Wirtschaftsrecht außer funktionalen auch personale Aspekte zu berücksichtigen habe. Das ist grundsätzlich zu bejahen. Zwar kann bezüglich der Berechtigung des systemfunktionalen Ansatzes im Wirtschaftsrecht kein Zweifel bestehen. Indes vermag die funktionale Betrachtungsweise eine umfassende Analyse des Rechts nicht zu leisten. Man wird nicht übersehen, daß die einseitige Betonung des Systemgesichtspunkts, wie sie insbesondere bei LUHMANN⁶⁰ zum

⁵⁶ MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, 190, zum Ganzen 187 ff.

⁵⁷ Vgl. dazu Ludwig RAISER, *Der Gegenstand des Wirtschaftsrechts*, 340; STEINDORFF, *Einführung in das Wirtschaftsrecht*, 7 f.; RINCK, *Wirtschaftsrecht*, 14; NAHAMOWITZ, *Wirtschaftsrecht im »Organisierten Kapitalismus«*, 51 ff.; TETTINGER, 150; mit Bezug auf das Vertragsrecht schon WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 20.

⁵⁸ Vgl. HOPT, *Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte*, 1019; REBE, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung*, 54 ff.; Ludwig RAISER, *Die Zukunft des Privatrechts*, passim; Jürgen SCHMIDT, 38 ff. und passim; BAUDENBACHER, *Zur funktionalen Anwendung*, 152.

⁵⁹ NAHAMOWITZ, *Wirtschaftsrecht im »Organisierten Kapitalismus«*, 52.

⁶⁰ Vgl. insbesondere Soziologische Aufklärung, 178 ff.

Ausdruck kommt, in der soziologischen Literatur auf scharfe Kritik gestoßen ist. LUHMANN, so wird eingewandt, definiere die individuelle Person dem sozialen System gegenüber als »Umwelttatbestand«; das funktionierende System sei zum Zentrum geworden⁶¹. Demgegenüber sei eine Betrachtungsweise zu betonen, »die eine Stärkung des sich im personalen Rechtsanspruch verwirklichenden und bewährenden individuellen Freiheits- und Verantwortungsbewußtseins begründet und die Wahrung der subjektiven Rechte als die politische Grundforderung der westlich-demokratischen Gesellschaftsverfassung verdeutlicht«⁶². Auch wenn man dieser (ebenfalls einseitigen) Auffassung nicht beipflichtet, so muß insofern von einem *Doppelcharakter* des Wirtschaftsrechts gesprochen werden, als es zum einen auf *Erhaltung und Förderung des Gesamtsystems Wirtschaft* abzielt, zum anderen aber auch auf *Verwirklichung personaler Gerechtigkeit* gerichtet ist. Unter dem letztgenannten Titel sind die Selbstbestimmung der Person durch Anerkennung subjektiver Rechte (besonders deutlich im Immaterialgüterrecht), der Schutz von Vertrauen, aber auch die Mitbestimmung und andere Formen der Partizipation zu nennen⁶³. Allerdings steht außer Zweifel, daß ökonomische Richtigkeit als Ausdruck von Systemrationalität in jedem Fall auch der Realisierung individueller Gerechtigkeit dient. Trotzdem sind *Konflikte zwischen den Zielen Steuerung und Gerechtigkeit* denkbar. Beispiel ist die Frage der Monopoldauer im Immaterialgüterrecht. Unter systemfunktionalen Gesichtspunkten wird man in einer wettbewerbsorientierten Ordnung tendenziell für stärkere zeitliche Beschränkung des Monopols eintreten, unter personalen eher für eine Ausdehnung des Schutzes⁶⁴. Ein Spannungsverhältnis zwischen funktionaler und personaler Optik besteht sodann bei der Mitbestimmung. Aus funktionaler Sicht wird gegen die (paritätische) Mitbestimmung insbesondere vorgetragen, sie führe zu einem Verlust an Reaktionsge-

⁶¹ Vgl. SCHELSKY, *Die Soziologen und das Recht*, 17 ff.; *kritisch gegenüber einer Überbetonung des Systembezugs* auch LLOMPART, 52; SCHEIT, 132 ff.; *ferner aus theologischer Sicht* DAHM, 85.

⁶² SCHELSKY, *Systemfunktionaler, anthropologischer und personenfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, 39.

⁶³ Vgl. dazu STEINDORFF, *Einführung in das Wirtschaftsrecht*, 8; *zur Problematik im Immaterialgüterrecht grundlegend* VON SILVA TAROUCA, 6 ff.; *ferner* KLIPPEL, *passim*; *zum personalen Gehalt der Mitbestimmung* auch SCHLUEP, *Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Aspekte*, 212.

⁶⁴ *Allerdings darf nicht übersehen werden, daß eine angemessene Monopoldauer wegen des damit verbundenen Anreizes auch aus funktionaler Sicht zu begrüßen ist; vgl. dazu* BAUDENBACHER, *Die Revision des schweizerischen UWG*, 167 f.

schwindigkeit der Unternehmen und sei somit in einer wettbewerbsorientierten Wirtschaftsverfassung untragbar⁶⁵. Auf der anderen Seite werden die personalen Bezüge der Mitbestimmung hervorgehoben⁶⁶.

Eine Entscheidung kann in solchen Fällen nur *diskursiv* getroffen und begründet werden. Dabei muß der personale Gesichtspunkt grundsätzlich deshalb vorgehen, weil der letzte Sinn allen Rechts darin besteht, Gerechtigkeit zu verwirklichen. Unter rechtstatsächlichen Gesichtspunkten ist für das schweizerische Recht von folgenden Positionen auszugehen: Die Gefahr, daß der *Richter* den Steuerungsaspekt auf Kosten der Gerechtigkeit überbetont, ist als gering zu veranschlagen. Hingegen werden wirtschaftsrechtliche *Gesetzesvorlagen* zumal auf dem Gebiet des Konsumentenschutzes nicht selten unter Hinweis auf rein ökonomische Kosten-Nutzen-Überlegungen bekämpft, ohne daß ihre gerechtigkeitsverbürgende Wirkung gebührende Berücksichtigung findet⁶⁷.

§ 4 DIE GELTENDE WIRTSCHAFTSVERFASSUNG ALS BEZUGSSYSTEM

I. DAS LIBERALE WIRTSCHAFTSRECHT

Mit Bezug auf das liberale Wirtschaftsrecht muß (jedenfalls für die Zeit des ungehemmten Freihandels) von einer *reinen Wettbewerbsverfassung* gesprochen werden. Der Wettbewerb erfüllt dabei nicht nur alle ökonomischen, sondern auch die außerökonomischen Funktionen. Ein Steuerungs-auftrag des Staates entfällt. Die *unsichtbare Hand der Vorsehung* führt die Einzelgoismen unfehlbar zu sozialer Harmonie und zu größtmöglichem Reichtum⁶⁸. Damit ist auch klar, daß sich einzelwirtschaftliche und gesamtwirtschaftliche Rationalität decken.

⁶⁵ Vgl. dazu LUTTER, 617 f.; TEGTMEIER, 188 f.; SACHVERSTÄNDIGENKOMMISSION, *Teil III Nr. 47 und 48*; *zum Ganzen* SCHLUEP, *Wettbewerbsverfassung und Unternehmensverfassung*, 380 ff.

⁶⁶ Vgl. SCHLUEP, *Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Aspekte*, 212.

⁶⁷ Vgl. dazu hinten, 321.

⁶⁸ Vgl. dazu etwa KRAMER, *Die »Krise«*, 19 ff., m.w.H.