
Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Revue de droit suisse

Rivista di diritto svizzero

Revista da dretg svizzer

Herausgegeben von

B. DUTOIT
A. K. SCHNYDER
B. SCHNYDER
D. THÜRER
H. P. WALTER

Neue Folge, Band 120, 2001
Band 142 der gesamten Folge

Index

Helbing & Lichtenhahn

Inhalt des 1. Heftes, Halbband I, 2001

Abhandlungen

DRUEY, JEAN NICHOLAS: Wirtschaftsrecht – leben und lehren	1
HAFNER, FELIX: Die neue Bundesverfassung im Kontext der Verfassungen, Entwürfe und Reformversuche seit 1798	11
BESSON, SAMANTHA: Liberté d’association et égalité de traitement: une dialectique difficile	43

Wirtschaftsrecht – leben und lehren

JEAN NICOLAS DRUEY*

«Wirtschaftsrecht» ist ein Schlüsselwort der Universität St. Gallen und wird es bleiben. An dieses Schlüsselwort trete ich heute aber nicht in dem Sinn heran, dass ich dazu eine Summe ziehen wollte und könnte. Dass ich es in der Tat gelebt und gelehrt habe, heisst im Gegenteil, dass ich den heutigen Anlass wahrnehmen muss, um die daraus entstehende Verpflichtung diesem Begriff gegenüber einzulösen. Ich habe Wirtschaftsrecht betrieben, ohne darüber nachzudenken, und habe damit eigentlich meine erste akademische Verpflichtung nicht erfüllt. Vorbildlich hat dies seit Jahrzehnten vor allem WALTER SCHLUEP getan, ausgelöst – so darf ich wohl sagen – durch seine Tätigkeit hier in St. Gallen. Ich bin insofern eine Art Wildling; beim Betreten dieses geistigen Raums komme ich mir etwa vor, wie wenn ich in T-Shirt und karierten Shorts das Verwaltungsratszimmer der UBS betreten würde. Ich werde versuchen, aus der Not eine Tugend zu machen, in der Hoffnung, auch hier Sinn für Shirts und Shorts zu finden.

Und für Sie alle, meine Damen und Herren, die den Weg in diesen Raum hier so freundlich allenfalls ohne besondere Affinität zum Stichwort «Wirtschaftsrecht» gemacht haben, hoffe ich darum, dass Sie die Gelegenheit zu einigen Einblicken in diese Uni gern wahrnehmen. Es wird um das Verhältnis von Recht zu Wirtschaft gehen. Aber erhoffen Sie sich nicht einen spannenden Match, so etwa wie uns einmal beim Besuch einer Strafanstalt der Match «Urkundenfälscher gegen Sittlichkeitsverbrecher» vorgeführt wurde. Andererseits aber soll es auch nicht einfach um langweilige Interna gehen, nicht um diese ewigen Abgrenzungen der Gärten der verschiedenen akademischen Disziplinen. Sondern es geht um die Überwindung dieser Hecken und Heckenschützen, also um die Interdisziplinarität, anhand dieses konkreten Falls des Verhältnisses von Recht und Wirtschaft, das vorzudenken und vorzuleben die prädestinierte Domäne der HSG ist. Dabei wird der Akzent freilich auf den Schwierigkeiten dieser Interdisziplinarität liegen. Jedes Gespräch unter-

* Emeritierter Professor für Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen. Bei diesem Beitrag handelt es sich um die Abschiedsvorlesung, gehalten am 6. Juni 2000. In der Meinung, dass ein Text entweder als Rede oder «Schreiben» geboren ist, wurde er unverändert gelassen.

liegt Bedingungen, sprachlichen und andern, aus der blossen Verschiedenheit der beteiligten Wesen heraus. Zu oft heisst es, *dass*, und zu wenig, *was* das interdisziplinäre Gespräch sein soll. Ein Gespräch kann eben nur so gut sein wie die Einsicht in diese seine Bedingungen. Das aus der Sicht des Rechts etwas zu illustrieren, ist mein Thema.

I. Wirtschaftsrecht zwischen Wirtschaft und Recht

«Wirtschaftsrecht leben und lehren» soll also auch nicht einfach der Vorwand für einige gemütliche persönliche Reminiszenzen und Anekdoten sein. Aber ich darf autobiographisch beginnen. Meine Grossmutter, die zum Wirtschaftsrecht keinerlei Beziehung hatte, war seinerzeit für uns Kinder der Partner eines immer gleichen Spiels. Wir fragten sie, ob ein Fensterladen ein Fenster oder ein Laden sei, und sie antwortete etwas unwirsch, das sei doch ein Laden. Dann die Frage, ob ein Maschineningenieur eine Maschine oder ein Ingenieur, ein Lausubub eine Laus oder ein Bub sei, und immer ungeduldiger die Antwort, das sei doch klar. Dann die Frage, was Fleischkäse sei . . . und jetzt die Frage, was Wirtschaftsrecht sei.

Die klassische und bis heute massgebende Antwort lautet klar, dass «Wirtschaftsrecht» in die Kategorie «Fleischkäse» gehört. Recht regelt insoweit Wirtschaft und ist insofern ein Teil des Wirtschaftssystems. Wirtschaftsrecht hilft, die wirtschaftlich wünschbaren Vorgänge zu optimieren. So, und wohl nur so, gelangen wir zu einem gedanklich in sich geschlossenen Konzept des Wirtschaftsrechts.

Indessen gehören zum Wirtschaftsrecht fraglos nicht nur Steuerungsmaßnahmen, sondern auch und vielleicht in erster Linie Institutionen, d. h. Gefässe für die wirtschaftlichen Vorgänge, wie Gesellschafts- und Vertragstypen, das Handelsregister, Handelsgerichte usw. Sie sind grundsätzlich inhaltsunabhängig. Auch ein gänzlich unökonomisch funktionierendes Unternehmen geniesst den Schutz dieser Institutionen. Insofern wirkt Wirtschaftsrecht nur allenfalls indirekt steuernd, durch die Beschaffenheit dieser Gefässe. Vor allem aber kommt ein anderes Handicap bei der Wirtschaftssteuerung durch Recht hinzu. Auch der wirtschaftliche Bereich liegt im Gravitationsfeld des Rechts *im Allgemeinen*. So versteht sich, dass allgemeine Rechtsnormen wie Willkürverbot, Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit der Massnahmen usw. im Wirtschaftsbereich ebenso gelten. Aber es muss auch in einem Unternehmen (notabene: auch einem privaten) beispielsweise ein Recht auf *free speech*, d. h. auf freie Meinungsäusserung, und ebenso einen Privatsphärenschutz geben, obwohl all dies der ökonomischen Optimierung vielleicht hinderlich ist.

II. Pragmatischer Begriff

Wenn wir auch solche Rechtsnormen wie über freie Meinungsäusserung im Unternehmen zum Wirtschaftsrecht zählen, so verändert sich der Gesichtspunkt der Zuordnung. Nicht mehr der Zweck der Gestaltung von Wirtschaft ist das Merkmal, sondern einfach der wirtschaftliche Anwendungsbereich. So verstehen es wohl ziemlich selbstverständlich alle die Kollegen, die in der oder für die Wirtschaft tätig sind: Sie bezeichnen mit «Wirtschaft» den Kontext, den Anwendungsbereich, in dem sie tätig sind, unabhängig davon, ob die Normen spezifisch für die Wirtschaft gemacht wurden. Ich selber habe in einer explizit als Wirtschaftsberater bezeichneten Funktion etwa zur Hälfte Erbrecht gemacht, ein Gebiet, das wir mit Sicherheit in keinem Lehrbuch über Wirtschaftsrecht im wissenschaftlichen, zweckbezogenen Sinn antreffen. Dieser pragmatische Gesichtspunkt dürfte auch für eine Lehranstalt wie unsere, die wirtschaftlich orientierte Juristen ausbilden will, massgebend sein. Uns geht es um die Deckung des *Bedarfs* der Wirtschaft: Wirtschaft als Klient.

Damit zerfleddert nun freilich der Begriff des Wirtschaftsrechts in einem inhaltlichen Sinn; aus der inneren Klammer, gegeben durch die Funktion des Steuerns und Organisierens von Wirtschaft, wird eine bloss äusserliche. Und es schwimmt zunächst auch, was wir als «Wirtschaft» verstehen sollen. Der Wirtschaftsjurist ist insofern einfach der, der Recht in die Wirtschaft trägt. «Wirtschaft» ist das Umfeld seines Wirkens, und ebenso pragmatisch können wir vielleicht diese Wirtschaft der Summe dessen gleichsetzen, was wir als Unternehmen bezeichnen.

Alles dies kennzeichnet Wirtschaftsrecht als *Recht*, als Teil des Rechtssystems. «Wirtschaft» ist sein Anwendungsbereich, unabhängig davon, ob das Recht *nur* für die Wirtschaft geschaffen wurde. Den Wirtschaftsjuristen kennzeichnet damit das *besondere Verständnis*, das er für dieses wirtschaftliche Umfeld erworben hat. Und damit bin ich im Zentrum meines Themas: der Integration von Wirtschaft und Recht. Ganz unabhängig davon, was der Inhalt von Wirtschaftsrecht sei, wenn wir es ganz neutral als «Recht mit Bezug zur Wirtschaft» umschreiben, ist das Zusammenkommen rechtlichen und wirtschaftlichen Wissens zu organisieren. Und dieser Kontakt kann wie gesagt nur gelingen, wenn wir uns gewisser Eigenschaften des Rechts bewusst sind, die rechtliches Denken grundsätzlich verschiedenartig von wirtschaftlichem Denken machen.

Eine solche Eigenschaft von Recht, die uns in jeder Einführung ins Recht genannt wird, ist seine *generelle* Natur. Es muss die Inhalte und Zwecke, welche die Einzelnen unter seinem Schutz verfolgen, gleichermaßen akzeptieren, ob sie ihm jeweils mehr oder weniger willkommen sind. Das beschränkt bereits seine Eignung zur ökonomischen Optimierung. Eine andere Eigenschaft des

Rechts ist die qualitative Natur seiner Kriterien. Wirtschaft, das Haushalten mit knappen Gütern, denkt dagegen grundsätzlich quantitativ; «Wert» im ökonomischen und im rechtlichen Sinn sind darum Begriffe, die sich nie finden werden. Recht ist geprägt von der Inkommensurabilität der Werte. Hier und heute möchte ich aber drei andere solche Eigenschaften ins Licht rücken, welche den Dialog mit den wirtschaftlichen Fakten konditionieren.

III. Der Epimetheus

Das eine ist: *Wirtschaft agiert, Recht reagiert*; Wirtschaft produziert Fakten, Recht rennt den Tatsachen hinterher. Der Vergleich mit Prometheus und Epimetheus, dem Vor-Denker und dem Nach-Denker, ist vielleicht ein zu ehrendes Wort für die Wirtschaft angesichts der beängstigenden Kurzfristigkeit ihres Denkens, doch das Recht als der ewige Epimetheus ist treffend bezeichnet. Das *muss* in einer freien Wirtschaft so sein, das Recht soll dem «Bazar der Ideen» (ALFRED MEIER) nicht vorgreifen, wo aber das ordnende *Eingreifen* nötig erscheint, geschieht es lokal, beschränkt auf spezifische Erscheinungen und Gegebenheiten, welche ihrerseits immer in Bewegung sind. Wer Wirtschaftsrecht mit dem Fangen von Forellen von Hand vergleicht, trifft die Sache nicht schlecht. Die Gesetzgebung und Behörden, welche Wirtschaftsrecht schaffen und anwenden, dürfen wahrhaftig keine Tölpel sein. Leicht kann der Griff auch daneben treffen und sogar kontraproduktiv sein. Noch grösser ist aber der gesetzgeberische Frust, wenn eine in der Praxis blühende Institution in dem Augenblick flügelahm wird, wo das Recht sie regelt, wie im Fall des Partizipationsscheins. Nicht geradezu eine Totgeburt war zwar die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), doch jahrzehntelang als deutsches Importgut von der Praxis in die Ecke verbannt. Mit Staunen musste der Gesetzgeber dann aber zusehen, wie der grosse Moment der GmbH paradoxerweise in dem Augenblick kam, als er das Recht einer anderen Gesellschaftsform, der AG, reformiert hatte. Die Sympathiewelle für die GmbH hat nun ihrerseits bei Epimetheus sogleich ein Reformvorhaben für das GmbH-Recht ausgelöst. Die Frage bleibt für den Betrachter der Szene, ob damit die Interessenten von der GmbH wieder weggetrieben werden.

Wirtschaftsrecht erfindet grundsätzlich nicht. Weder die Aktiengesellschaft noch die Finanzderivate wurden von Juristen, geschweige denn vom Gesetzgeber erfunden. Oder ein heute aktuelles Beispiel: Die Organisationsform der *Netzwerke* ist in der Praxis fröhlich daran, sich zu entfalten, mit all den konzeptuellen Missverständnissen und Fehlentwicklungen, die dieses Wuchern in der Praxis mit sich bringt. Auch die Anwaltskanzleien weben sich in solche Netzwerke ein, aber soweit ich sehe, hat sich noch kaum ein Wirtschaftsjurist, geschweige denn ein Gesetzgeber, um eine Ordnung in dem Be-

reich bemüht. Der Dialog mit der Wirtschaft findet nicht statt: Der Jurist wartet ab, und die Wirtschaft – wartet nicht. Das Abwarten der Juristen wäre hier aber *keine Notwendigkeit*, und gegenüber solchen Erscheinungen feiner und rascher zu reagieren, das würde für mich eben den Wirtschaftsrechtler auszeichnen. Ein Beispiel allerdings kennen wir, wo der sonst so vorsichtige schweizerische Gesetzgeber selber unter die institutionellen Erfinder gegangen ist. Das war die sogenannte Heimstätte, die EUGEN HUBER nach texanischem Vorbild ins ZGB eingeführt hat und die aber seither in über 90 Jahren kein einziges Mal angewendet wurde. Die Lehre, die ich aus diesem Beispiel ziehen möchte, ist aber keineswegs die, den Gesetzgeber wegen dieses Misserfolgs an den Schandpfahl zu stellen, im Gegenteil: Unsere gesetzgebenden Instanzen mögen sich in ihrer grossen Vorsicht bewusst sein, dass dieser *flop* dem Ansehen EUGEN HUBERS in keiner Weise geschadet hat!

IV. Über den Interessen

Nun kommt eine weitere Eigenschaft des Rechts hinzu, welche den Abstand zum Puls der Wirtschaft nochmals vergrössert. Das Recht kann bei allem Bestreben, die wirtschaftlichen Interessen so geschmeidig wie möglich zu erfassen, nicht darauf verzichten, diesen Interessen selber *kritisch* gegenüberzustehen. Seine Aufgabe kann es gerade sein, solche wirtschaftlichen Interessen mit ins Spiel zu bringen, welche sich gegenüber andern wirtschaftlichen Interessen zu wenig artikulieren. Es gibt eben nicht «die» Wirtschaft, und auch was die organisierten wirtschaftlichen Interessenverbände sagen, gibt nicht alle Aspekte wieder. Wirtschaftsrecht ist auf die Stimmigkeit seiner Institutionen verpflichtet, auf die übergeordnete Wirtschaftsverfassung, selbst wo sie erst noch zu bauen ist.

In Deutschland heisst dies das «Ordnungsdenken», und diesem deutschen «Ordnungsdenken» gebührt nicht selten unsere Bewunderung dafür, wie es sich wirtschaftlichen Tendenzen eben im Namen der Wirtschaft, verstanden als das *Wirtschaftsrecht*, entgegenstellt. Ein Beispiel ist der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft in Deutschland: Für dieses Gremium besteht die Pflicht, die Arbeitnehmervertreter paritätisch einzubeziehen, was wiederum Vermeidungsstrategien und schlechte Information zulasten des Aufsichtsrats und eine Schwächung dieser Institution zur Folge hat. Ordnungsdenken veranlasst deutsche Gesellschaftsrechtler trotz skeptischer Haltung gegenüber der Mitbestimmung auf die Vollwertigkeit der Institution «Aufsichtsrat», auf bessere Information usw. zu dringen, wegen der Bedeutung des Aufsichtsrats im organisatorischen Gesamtkonzept des Gesetzgebers. Das Beispiel zeigt, dass dieses Ordnungsdenken Gefahr läuft, zu positivistisch zu sein, d. h. allzu dienstfertig den Weichenstellungen des Gesetzgebers zu folgen.

Anders ist es mit der gleichsam englischen Version des Ordnungsdenkens. Englischen Juristen, angeführt durch ihre Gerichte, darf man einen Sinn für Gleichgewicht, für Fairness nachsagen, der sie rascher die juristisch adäquaten Lösungen finden lässt als bei uns, wo allzu lange Stellungskriege und Hahnenkämpfe vorausgehen müssen. Ein Beispiel ist die sogenannte konsolidierte Bilanz, eine Gesamtdarstellung für eine ganze Gesellschaftsgruppe, einen Konzern. Das Bedürfnis für eine solche Gesamtdarstellung war schon lange offensichtlich, und in England wurde sie 1927 gleichsam reibungslos gesetzliches Obligatorium, während bei uns noch in den 80er Jahren ein unschönes Gerangel statt dieses beneidenswert lockeren funktionalen Blicks auf das Ganze stattfand. Und viel früher und konsequenter als bei uns erkannte man dort auch die Notwendigkeit, den Vorgang des Takeovers, der Firmenübernahme durch Kauf der Anteile, zu regeln. Letztlich dient auch dies zweifellos der Wirtschaft, der Erfolg des Finanzplatzes London hat zweifellos auch mit solchen Faktoren zu tun, doch kurzfristig stellt es den Wirtschaftsrechtler in Gegensatz namentlich zu den auf ihre Freiheit bedachten Unternehmen.

V. Eigengesetzlichkeit des Rechts als Wucherungstendenz

Eine dritte Eigenschaft des Rechts, die hier erwähnt werden muss, ist seine Tendenz zum *Wuchern*. Das Thema ist an sich allgemein bekannt: Unter Stichworten wie «Reglementiererei», «Gesetzesflut» und ähnlichen hat es schon manchen Seufzer und Fluch ausgelöst. Die Verrechtlichung des Wirtschaftslebens hat aber noch einen andern, viel weniger sichtbaren Teil. Dort ist der Gegensatz zum hehren Grundsatz der Freiheit, die für wirtschaftliche Tätigkeit gelten soll, fast noch herausfordernder. Schon dem Grundsatz nach gilt nämlich diese Wirtschaftsfreiheit für die Unternehmen nur nach aussen und hat ihr Gegenstück in einer grundsätzlichen Unfreiheit in den Unternehmen selber. Intern gilt nämlich die Sorgfalts- und Treuepflicht, die rechtliche Ausrichtung jedes einzelnen Verhaltens auf die Unternehmensinteressen und die Verantwortlichkeit dafür. Für das Verhalten der Unternehmensbeteiligten gilt also letztlich die völlige Verrechtlichung. So weit sind wir freilich noch nicht. Namentlich in den unteren Chargen ist von dieser rechtlichen Allgegenwart noch wenig zu spüren, und auch in den oberen finden die Auseinandersetzungen meist nicht auf der rechtlichen Ebene statt, so lange es nicht zum Zusammenbruch des Unternehmens kommt. Dann allerdings ist die Aufrechnerei über Jahre zurück häufig und grausam. Doch gibt es viele Gründe, warum ein rechtliches Aufwaschen von alter Wäsche in Zukunft häufiger auch vor dem Zusammenbruch stattfinden könnte, so vor allem im Rahmen von Machtkämpfen, von Herrschaftswechseln usw. Namentlich

aber wird diese Verrechtlichung und Steigerung der Verantwortlichkeit noch eine mächtige Akzentuierung erfahren durch das Phänomen der Informatisierung. Dieses Phänomen hat zwei Seiten: Informatisierung bedeutet nicht nur die riesige Steigerung der technischen Möglichkeiten, Information zu verbreiten und zu verarbeiten, sondern auch eine Veränderung des Bewusstseins, und dies ist für das Recht als geistige Gegebenheit noch viel bedeutender. Vorgänge und Situationen werden aus einer informationellen Optik gesehen, und so werden auch alle die arbeitsteiligen Prozesse im Unternehmen als Informationstransfers und -verarbeitungen wahrgenommen, und sie, bzw. ihre Unterlassung, unterliegen samt und sonders der Lupe der Sorgfaltpflicht. Und die «elektronische Spur», die viele von ihnen hinterlassen, macht diese Vorgänge sehr viel detaillierter und leichter rekonstruierbar. Diese Verrechtlichung könnte eines Tages wirtschaftlich sehr unerwünscht sein; sie kann zu einer lähmenden Formalisierung und Anonymisierung der Vorgänge führen.

VI. Kommunikation der Systeme

Was geht aus alledem hervor? Recht ist ein mühsamer Partner der Wirtschaft. Es steht zu dem, was als wirtschaftliche Optimierung gelten mag, in einem retardierenden, ja antagonistischen, ja usurpatorischen Verhältnis. Das Recht steht zwar als Instrument für die Optimierung wirtschaftlicher Belange zur Verfügung, doch werden diese Belange gleichsam im Medium Recht gebrochen. Dabei müssen die beiden, Wirtschaft und Recht, miteinander reden können. Nicht nur muss Wirtschaft ihre Chancen kennen, wenn sie sich des Rechts bedienen will, sondern Recht, das in der Wirtschaft wirken will, muss sein Anwendungsfeld kennen. Wirtschaftsrecht verlangt für seine Schaffung, für seine Anwendung, seine Auslegung und für die Ausfüllung seiner vielen Lücken ein Maximum an Einblick in dieses Wirkungsfeld. Wirtschaft und Recht sprechen zwar, wie gesehen, verschiedene Sprachen, aber die Übersetzung von einem Bereich in den andern muss möglich sein. Wir können, systemtheoretisch inspiriert, in diesem Zusammenhang von einer «Membran» sprechen: Systeme, auch wenn sie in sich abgeschlossen sind, sind gegenseitig durchlässig für Information. Man mag sich das vorstellen wie die Wand im Besucherraum des Gefängnisses: Sie können zueinander nicht kommen, aber miteinander reden. Aber das viel schönere, ja bewegende Sinnbild für diesen Austausch haben wir in diesem Haus selber an den beiden hölzernen Gestalten von Josef Felix Müller drüben im Bibliotheksbau: Die beiden Figuren sind räumlich entfernt und namentlich auch auf verschiedenen Stockwerken: Sie sind und bleiben getrennt, aber sie sind einander zugewandt und kommunizieren miteinander. Das ist Wirtschaft und Recht.

Wirtschaftsrecht ist also nicht einfach Recht – der Lausbub ist nicht einfach Bub. Es ist abhängig von einer möglichst grossen Menge wirtschaftlichen Wissens, das aber in sein eigenes System *integriert* werden muss. Diese Integration muss in der Gesetzgebung, in der Praxis wie in der Lehre gewährleistet sein.

Von der Kunst der *Gesetzgebung* im Wirtschaftsbereich habe ich kurz schon gesprochen. Information über wirtschaftliche Fakten und Wünschbarkeiten muss in die Rechtsentstehung auf zwei Stufen integriert werden, sowohl als Anlass, die Gesetzgebung in Bewegung zu setzen, wie auch in der Redaktion der Erlasse. In der Umschreibung und der Gewichtung der Ziele ist der Platz der politischen Willensbildung. Die Praxis entspricht diesem Modell aber nur teilweise. Die Politisierung ist zu sehr auf die Detailstufe abgesunken, wo die Kompromisse von Bestimmung zu Bestimmung, ja von Wort zu Wort ineinander gemischt werden: ein Esslöffel freier Markt, eine Prise Sozialschutz, eine Messerspitze Umwelt usw. Der Entscheid des Bundesgerichts, in welchem eine kurz zuvor geschaffene aktienrechtliche Bestimmung im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen recht eigentlich ausgemerzt wurde, illustriert das Problem: Hier sah das gesetzgeberische Rezept nebeneinander das Gewürz Finanzierungsfreiheit und das Gewürz Aktionärschutz vor, gleichsam Pfeffer und Zucker, sodass das Ergebnis ungeniessbar gewesen wäre und das Bundesgericht gleichsam in Notwehr sich über Teile des Rezepts hinwegsetzen musste.

Als eigentliche Spannung spürt diese Aufgabe der Integration wirtschaftlicher und rechtlicher Gesichtspunkte der *praktizierende Wirtschaftsjurist*. Er ist diesem Gegensatz ziemlich unmittelbar ausgesetzt; die Wirtschaftsverfassung und das Wirtschaftsrecht fangen den Konflikt für ihn kaum auf. Rechtliche Form- und Schutzvorschriften, Sorgfalts- und Verfahrenspflichten schiessen allenfalls weit über das ökonomische Optimum hinaus. Die von ihm verlangte Integration lässt ihn leicht auf die eine oder die andere Seite kippen. Man trifft denn auch in der Praxis deutlich einerseits die «juristischen» Wirtschaftsjuristen und andererseits die «wirtschaftlichen» Wirtschaftsjuristen, je nachdem, welchen Kurs zwischen Skylla und Charybdis sie fahren. Wenn man etwa die Positionen der Rechtsabteilung innerhalb der verschiedenen Unternehmen beobachtet, so gibt es diejenigen Juristen, bei denen man kaum merkt, dass sie Juristen sind, so sehr sind sie in das Unternehmensgeschehen einbezogen, und die andern, welche so vornehm zurückgezogen sind, dass die andern kaum merken, dass es sie gibt. Einzelheiten muss ich meinen allfälligen Memoiren vorbehalten. Hier, an diesem Ort, interessiert diese Integrationsaufgabe in erster Linie bezüglich der *Lehre*.

VII. Im Besondern: Sorgenkind Lehre

Wo und wie hat in der Ausbildung des in der Wirtschaft tätigen Juristen die Integration des Rechtlichen und Wirtschaftlichen stattzufinden?

1. Eine erste Feststellung, die sich aus dem Vorangehenden ergibt: Soweit die Studierenden schon im Studium mit wirtschaftlichen Gegebenheiten konfrontiert werden, darf ihnen die Aufgabe der Integration nicht selber überlassen werden, sondern diese ist die Aufgabe der *Dozenten*. Eine Lehranstalt wird darin nur erfolgreich sein, wenn sie die Institutionen besitzt, welche die entsprechenden ständigen, intensiven fachlichen Kontakte unter den Dozenten sicherstellen.

2. Wirtschaftsrecht bedeutet keine Herabsetzung der juristischen Anforderungen, sondern genau das Gegenteil. Je eleganter und weitgespannter die Brücke von Recht zu Wirtschaft sein soll, desto solider und tiefer muss das Widerlager sein. Ich persönlich danke heute noch herzlich den erwähnten Umständen, welche mich in der wirtschaftsrechtlichen Praxis zur Beschäftigung mit Erbrecht veranlasst haben – gewiss keine zentrale Materie aus der Perspektive des Wirtschaftsrechts, aber eine Zucht zum sauberen Denken, die gerade als Gegenstück zum pragmatisch-interessebetonten Argumentieren im Wirtschaftsrecht in der einen oder andern Form unabdingbar ist.

3. Ausbildung im Wirtschaftsrecht ist nicht nur der Wirtschaft, sondern auch dem Recht verpflichtet. Selbst wenn die Wirtschaft kundtut, sie sei etwa an der Ausbildung in Menschenrechten nicht interessiert, haben wir die Studierenden mit solchen Materien ebenfalls vertraut zu machen. Gerade solche Rechtsmaterien müssen sie in der Praxis in einem ökonomisch orientierten Umfeld allein zu vertreten wissen.

4. All dies bedeutet keineswegs, dass wir die Leute zu ewigen Studenten heranziehen wollen. Allzusehr hat sich das Studienprogramm schon verbreitert, statt sich zu verdichten. Wir erziehen unsere Absolventen zu Schmetterlingen, welche oberflächlichen Kontakt mit einer Vielzahl von Blüten haben, statt dass sie lernen, einige wenige auszuloten. Wirtschaftsrechtliche Ausbildung muss als erstes exemplarische, generalisierbare Systemerfahrung des Rechts sein. Auch unter diesem Aspekt ist intensiver, ständiger Austausch unter den Dozenten nötig; solange diese Kontakte sich auf administrative Beschlüsse beschränken, sehe ich für das ehrgeizige Vorhaben des wirtschaftsrechtlichen Studiums keine Chance.

VIII. «Nichts Praktischeres als gute Theorie»

Der Augenblick ist gekommen, wo der Schwanengesang in die Worte vor dem Henker überzugehen hat. Ich sprach von den Schmetterlingen und den Blüten. Etliche meiner Studierenden kennen eine schlichte Zeichnung, die

ich öfters im ersten Jus-Semester an die Wandtafel (nicht auf die Folie!) gemalt habe und welche eine grosse Blütendolde darstellt (oder eher darstellen sollte), die über eine Anzahl Verzweigungen aus einem Stengel hervorgeht. Die Blüten sind die ungeheure, höchst bunte und wahrhaft berauschende Fülle der Praxis, in der wir uns bewegen. Aber unsere Aufgabe ist, den Bezug vom Besondern auf das dahinter stehende Allgemeine zu schaffen. Denn wir schulden die Begründung für das, was wir entscheiden. Das Grossartige ist aber, dass wir uns mit diesem Blick auf das Allgemeine zugleich die Aufgabe enorm erleichtern. Wir können, pädagogisch wie praktisch, Aussagen gleich über eine ganze Anzahl von Blüten machen, und namentlich können wir das Einzelne *verstehen* und damit uns erst wirklich aneignen. Dies auch wenn wir nicht an den Punkt gelangen, wo alles zusammenkommt – da sitzt der Herrgott.

Darum lautet mein akademisches Henkerswort: Meine Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Studierende, verachten wir die Theorie nicht! Wir sind im Rechtswesen besonders unseres Landes und besonders noch im Wirtschaftsrecht zu einer Art Apotheose des Praktischen gelangt. Recht ist aber nur so gut, wie die Theorie, die dahinter steht. Theorie ist nicht blass und dürr, sondern im Recht jedenfalls die Quelle allen Lebens, eben der Stengel zur Blüte. Freilich ist der Stengel, die Theorie, auch nur dann etwas wert, wenn die Verbindung geschaffen wird zur Blüte, zur Praxis. Unsere Leistung als Juristen, ganz gleichgültig, ob wir Theorie oder Praxis betreiben, liegt in der Bewältigung der Strecke dazwischen, in der Gewährleistung dieser Verbindung.

Ich danke zum Schluss dieser Universität für zwanzig glückliche Jahre in einer bemerkenswerten Freiheit, und ich wünsche ihr für die Zukunft jene Differenzierung und gerade damit, so möchten meine Ausführungen sagen, weitere Schritte zu ihrem schönen Ziel der Ganzheitlichkeit. Ich selber werde mich von den Fleischtöpfen Ägyptens, vom dicht besiedelten Gewimmel um die *mainstreams* ein Stück weit auf diese fast leeren Zonen der Theorie zubewegen, gleichsam an den Rand der Wüste, wo die Nächte kalt, der Sternenhimmel jedoch wunderbar klar ist. Doch die Verbindungen mögen bleiben: Emeritierung ist trotzdem nicht Eremitierung.

Die neue Bundesverfassung im Kontext der Verfassungen, Entwürfe und Reformversuche seit 1798

FELIX HAFNER*

I. Einleitung

Mit der Annahme der totalrevidierten Bundesverfassung am 18. April 1999 und deren Inkrafttreten am 1. Januar 2000 hat die Schweiz ein neues verfassungsrechtliches Gewand erhalten. Die Bundesverfassung von 1874 ist von einer modernen, an die seither eingetretenen gesellschaftlichen und rechtlichen Veränderungen angepassten «reformierten» Verfassung abgelöst worden.

Dabei erstaunt vor allem die Tatsache, dass die Verfassung von 1874 eine Geltungsdauer von 125 Jahren aufzuweisen vermochte. Geht man der Frage nach, worauf dieses lange Leben einer Verfassung, deren Totalrevisionsbedarf eigentlich schon viel früher erkannt worden war, zurückzuführen ist, so drängen sich zwei Erklärungsansätze auf, nämlich einerseits das ausgeprägte, mitunter geradezu übermächtig wirkende Geschichtsbewusstsein der politischen Kräfte in der Schweiz und andererseits eine der Bundesverfassung von 1874 offensichtlich inhärente Totalrevisionsresistenz. Ein Blick auf die Verfassungsgeschichte zeigt, dass beide Elemente – Geschichtsbewusstsein und Verfassungsbeständigkeit – eng miteinander verwoben sind. Dies wird namentlich dann deutlich, wenn man sich die Entstehung und jeweils kürzere oder – wie im Falle der Verfassung von 1874 – längere «Lebensdauer» der Verfassungstexte seit 1798 vor Augen führt. Es lohnt sich daher, im Folgenden die Reform der Bundesverfassung von 1999 in den grösseren historischen Zusammenhang der Verfassungen, Entwürfe und Reformversuche seit 1798 zu stellen.

* Prof. Dr. iur. Felix Hafner, Juristische Fakultät der Universität Basel, Maiengasse 51, CH-4056 Basel, Tel. 061 267 25 13, E-Mail: felix.hafner@unibas.ch.
Überarbeitete und mit Anmerkungen versehene Fassung eines im Jahre 1998 an den Universitäten Basel und Luzern gehaltenen Vortrags.
Ich danke Herrn Dr. iur. CHRISTOPH A. SPENLÉ und Frau ULRIKE SCHIEDT für ihre Hilfe.