

Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts

Eine Skizze zum aktuellen Stand der Wirtschaftsrechtsdiskussion

von Dr. CHRISTIAN J. MEIER
Fürsprecher und Notar, Grenchen/Biel

«Il existe sans nul doute un droit économique: les juristes s'accordent en général sur ce point.»¹ Diese gleichsam beiläufige Diagnose des französischen Berichterstatters eines 1970 abgehaltenen internationalen Symposions erscheint wahr und trügerisch in einem. Richtig ist, daß von Juristen aus allen Breitengraden (seit längerem und immer mehr) über die Kategorie «Wirtschaftsrecht» verhandelt wird. Feststeht aber auch, daß trotz des hierfür angebotenen Scharfsinns und trotz der daran geknüpften rechtswissenschaftlichen Heilserwartung deren einheitliche begriffliche Ausmarchung bis anhin nicht gelang. In der Schweizer Lehre und Rechtsprechung gar ist «kaum von Wirtschaftsrecht als einer eigenständigen Disziplin die Rede». Das mag zusammenhängen mit der «Praxisnähe der schweizerischen Jurisprudenz . . ., die oft in Furcht vor jeglicher wissenschaftlicher Auseinandersetzung oberhalb einer gewissen Abstraktionshöhe und unterhalb einer bestimmten Verwertungskurve ausartet»².

Diese Ausgangssituation verlockt, gerade aus Schweizer Sicht einen Über- und Ausblick zum aktuellen Stand der Wirtschaftsrechtsdiskussion zu wagen. Zu diesem Zwecke soll vorab (rechtsvergleichend am Beispiel Deutschlands und der Schweiz) eine *historische Rückschau* die Entwicklung des Wirtschaftsrechts aufzeigen. Hernach sind anhand der einzelnen definitiven Anknüpfungsmerkmale die weitverzweigten Bemühungen um eine *begriffliche Eingrenzung* des Rechtsgebietes auseinanderzusetzen. Schließlich muß die Frage interessieren, was einem *eigenständigen Systemansatz* «Wirtschaftsrecht» im Rahmen der rechtsinternen Folgewirkungen moderner Wirtschaftsordnung zu vollbringen aufgetragen ist.

Die vollständigen bibliographischen Angaben werden in einem Literaturverzeichnis am Ende des Beitrags aufgeführt (S.308f.).

¹ SAVY, S. 185.

² So GYGI/SCHLUEP, S. 87.

A. Über die Entwicklung des Wirtschaftsrechts

I. Deutschland

1. In Vernachlässigung der Tatsache, daß ein Wirtschaftsrecht der allerweitesten Deutung in dem Sinne schon immer bestand, daß Recht auf das wirtschaftliche Geschehen ausstrahlt³, wird man die Geburtsstunde des deutschen Wirtschaftsrechts im heraufkommenden Industriezeitalter des 19. Jahrhunderts ansiedeln müssen⁴. Ideengeschichtlich schlugen nach Ablösung der Ketten merkantiler Staatslenkung⁵ die Lehren des klassischen *Liberalismus* durch, welche – zumal auf dem Boden des epochalen Werkes von A. SMITH⁶, des «Luther der Nationalökonomie» (MARX) – sich zu einem «umfassenden, theoretisch durchkonzipierten wirtschaftspolitischen Ansatz»⁷ verdichteten⁸. Die rechtliche Umsetzung dieser Konzeption erfolgte durch Begründung öffentlich-rechtlicher Gewerbefreiheit⁹ und durch Ausformung des Privatrechts als selbststeuerndes Marktverkehrsrecht¹⁰. In diesem Licht wurde liberales Privat-

³ Vgl. dazu insb. CHRISTEN, S. 185 f.; ebenso RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 9.

⁴ Über theoretische Vorläufer insb. PIEPENBROCK, S. 31 f.

⁵ Vgl. zu dieser Entwicklung statt aller GÄFGEN, S. 80 f.

⁶ Insb. A. SMITH, An Inquiry into the Nature and the Causes of Wealth of Nations, 1776.

⁷ MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 61.

⁸ Man kennt die Fundamentalprinzipien dieser Theorie: Ausgegangen wird von der (naturrechtlich begründeten) Freiheit des Individuums, welche im wirtschaftlichen Bereich zu einem auf dem Markt beruhenden prästabilen Gleichgewicht führe. Denn die Natur habe es mit ihrer List so eingerichtet, daß der individuelle Vorteil des Einzelnen mit dem Vorteil der Gesamtheit harmoniere (so – in Anlehnung an die berühmten Worte von BÖHM – SCHWARK, S. 44). – Vgl. zu den «Klassikern» die Übersichten bei NAWROTH, S. 15 f., WIETHÖLTER, Wirtschaftsrecht, S. 535 f., TOLKSDORF, S. 785 f. und MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 61 f.; ausführlich L. ROBBINS, The Theory of Economic Policy in English Classical Political Economy, London 1953.

⁹ Verankert im Preussischen Gewerbebesteuereidikt und in der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund.

¹⁰ Vgl. SCHWARK, S. 44 f. und MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 63 sowie RITTNER, Wirtschaftsrecht, S. 1; zu den Charakteristika eines solchen Zivilrechts (Formalität, Abstraktheit, Positivität, Generalität) vgl. in kritischer Sicht auch BRÜGGEMEIER, Probleme, S. 20 f. – Rechtsdogmatisch wurzelt diese formale Qualifikation des Privatrechts in der Verbindung zwischen den Lehren der Historischen Rechtsschule bzw. der Pandektistik und den Postulaten des rationalen Naturrechts, während sie philosophisch auf den deutschen Idealismus, namentlich auf die Kantsche Ethik zurückgreift. (Vgl. etwa RAISER, Zukunft, S. 213 f., BRÜGGEMEIER, Probleme, S. 26 f. sowie R. WIETHÖLTER, Bürgerliches Recht, in: Handlexikon der

recht zum ersten (in diesem sich erschöpfenden) Wirtschaftsrecht¹¹.

Zunächst setzte sich (für kurze Zeit) der liberale Systemansatz weitgehend durch während des markanten konjunkturellen Aufschwungs zu Beginn der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts¹². Wenig später indessen vollzog sich die für die Geschichte des deutschen Wirtschaftsrechts historische *Wende* mit der tiefgreifenden *Depression* der beiden nachgehenden Jahrzehnte¹³. Im Soge des wirtschaftlichen Niederganges leiteten die Behörden von einer liberal-freihändlerischen zu einer interventionistischen Wirtschaftspolitik über¹⁴. Im Gleichschritt mit den staatlichen Vorkehren¹⁵ eröffneten die Unternehmen den Kampf gegen die Krise mittels kartellistischer Selbsthilfemaßnahmen¹⁶. Wiewohl die damalige Rechtswissenschaft Deutschlands von einem neuen Zweig «Wirtschaftsrecht» (noch) nicht redete¹⁷, erfolgte mit der Trendwende vom Absti-

Rechtswissenschaft, Bd. 1, Reinbek b. Hamburg 1972, S. 47 f., insb. S. 50 f.; darüber einläßlich auch WIEACKER, S. 348 f.)

¹¹ STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, S. 9; vgl. ebenfalls ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 157 f.

¹² Vgl. dazu BRÜGGEMEIER, Entwicklung, Bd. 1, S. 39 f. – Der Autor belegt an anderer Stelle (Probleme, S. 40 f.), daß die («reine») konkurrenzwirtschaftliche Phase sich bei näherem Zusehen auf den Zeitraum von 7 Jahren (1866–1873) beschränkte.

¹³ Darüber BRÜGGEMEIER, Entwicklung, Bd. 1, S. 53 f.; ausführlich H. ROSENBERG, Große Depression und Bismarck-Zeit, Berlin 1967.

¹⁴ Im Vordergrund steht natürlich die «Nationale Wirtschaftspolitik» Bismarcks, die mit der Einführung von Schutzzöllen in Deutschland Ketten interventionistischer Außenhandelsregelungen im gesamten (nicht-englischen) europäischen sowie amerikanischen Raum auslöste. (Vgl. – mit Aufzählung des Kranzes flankierender Maßnahmen – BRÜGGEMEIER, Probleme, S. 47 f.)

¹⁵ Arbeiterversicherung, Börsengesetz, Hypothekengesetz, Versicherungsaufsichtsgesetz usw. – Über die ganze «Phase des liberalen Staatsinterventionismus» GÄFGEN, S. 83 f.; vgl. ferner SCHWARK, S. 45 f. und MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 65 f.

¹⁶ Mit Recht werden die in jenen Zeiten entstandenen Kartelle «Kinder der Not» geheißen. (So der Pionier der wissenschaftlichen Kartellforschung F. KLEINWÄCHTER, Die Kartelle, Ein Beitrag zur Frage der Organisation der Volkswirtschaft, Innsbruck 1883, S. 143, zit. nach BRÜGGEMEIER, Probleme, S. 51.) – Vgl. zu den historischen Hintergründen der Kartellbildung u. a. LIEFMANN, S. 19 f., F. MARBACH, Kartelle, Trusts und Sozialwirtschaft, Bern 1932, S. 27 f. sowie E. MASCHKE, Grundzüge der deutschen Kartellgeschichte bis 1914, Dortmund 1964.

¹⁷ Vgl. SCHMIDT-RIMPLER, S. 687, RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 9 und MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 66; dazu (mit Hinweis auf die Problemstellung für die damalige Rechtswissenschaft) RITTNER, Wirtschaftsrecht, S. 2.

nenz- zum Interventionsstaat in der Sache der wirtschaftsrechtlich maßgebliche Durchstich der Idee, daß sich der Staat aktiv des Schicksals seiner Volkswirtschaft annehmen müsse¹⁸. Zwar verließ (namentlich im Privatrecht) die Gesetzgebung vorläufig noch kaum den Boden liberaler Tradition¹⁹. Gleichwohl darf gefolgert werden, daß sich in jener Periode «die praktizierte Relation von Staat und Wirtschaft vom Prinzip der Staatsneutralität zum Prinzip der zunehmend geregelten wechselseitigen Beeinflussung» verschob²⁰.

2. Einen vorläufigen Höhepunkt erreichten die hoheitlichen Ausgriffe auf die Wirtschaft im (auf das bekannte Ermächtigungsgesetz von 1914 gestützten) *Kriegswirtschaftsrecht* des Ersten Weltkrieges, das in eine «fast totale Bewirtschaftung eines fast grenzenlosen Mangels» einmündete²¹. Obwohl ihm eine geschlossene ordnungspolitische Konzeption abging, leitete es die eigentliche literarische Auseinandersetzung mit der Disziplin «Wirtschaftsrecht» ein²².

Nach dem Auslaufen des Kriegsdirigismus verankerte die Weimarer Verfassung erstmals konstitutionell die (Mit-) Ver-

– Vgl. zu dieser Zeit immerhin den bemerkenswerten Beitrag von H. LEHMANN, Grundlinien des deutschen Industrierechts, in: FS Zitelmann, München/Leipzig 1913, S. 1f.

¹⁸ Einen eigentlichen Systemwechsel diagnostiziert auch SCHWARK (S. 45f.); vgl. ferner RITTNER, Staatslexikon, S. 818, MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 66 und BRÜGGEMEIER, Probleme, S. 52f.; a. M. offenkundig RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 17 und RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 9.

¹⁹ Das betrifft namentlich das auf den 1. Januar 1900 in Kraft getretene BGB. Von namhafter Seite ist in der Folge darauf aufmerksam gemacht worden, daß diese Zivilrechtskodifikation bereits bei ihrem Erlaß auf einem überholten Sozialmodell fußte. (WIEACKER, S. 478f.; ausführlich DERSELBE, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953; vgl. außerdem – den aktuellen Meinungsstand zusammenfassend – WESTERMANN, S. 152f. sowie KÜBLER, S. 707f.)

²⁰ MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 66.

²¹ RITTNER, Wirtschaftsrecht, S. 3; vgl. auch SCHWARK, S. 40f. und RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 10; eingehender BRÜGGEMEIER, Entwicklung, Bd. 1, S. 84f. und HENNING, S. 32f.

²² Grundanliegen der damaligen Autoren bildete die systematische Sichtung des Dschungels interventionistischer Lenkungsmaßnahmen. Symptomatisch vor allem A. NUSSBAUM, Das neue Deutsche Wirtschaftsrecht, Berlin 1920, R. KAHN, Rechtsbegriffe der Kriegswirtschaft, Ein Versuch der Grundlegung des Kriegswirtschaftsrechts, München 1918 und E. HEYMANN, Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts, Marburg 1921.

antwortung des Staates für den Gang der Wirtschaft²³. Auf Gesetzesebene prägten die *Zwischenkriegsphase* zunächst der Ausbau des Arbeits-²⁴ sowie die Einführung eines (freilich wenig griffigen) Kartellrechts²⁵. Im Zusammenhang mit der Weltwirtschaftskrise schließlich baute der Staat abermals seine sozialpolitischen²⁶ und wirtschaftssteuernden²⁷ Eingriffe aus. Die Rechtswissenschaft ihrerseits vertiefte die Erörterungen zum Thema «Wirtschaftsrecht» (unter Verarbeitung soziologischer und nationalökonomischer Denkanstöße) durch vermehrte Hinwendung zu rechtstheoretischen und methodologischen Fragen²⁸.

Ein neues Rechtszeitalter versuchte in der Folge das Wirtschaftsrecht des *Nationalsozialismus* zu begründen²⁹. Unter dem Motto «Der Staat als Herr und Verwalter der Wirtschaft»³⁰ richtete er eine neomerkantile Interventionsordnung ein, die auf einer (ständig ausgerichteten) Zwangskartellie-

²³ Art. 151: «Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern.»

²⁴ Insb.: Tarifvertragsordnung, Betriebsrätegesetz.

²⁵ Die Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen führte Registrierung und Schriftform für Kartelle ein und lockerte den internen Kartellzwang. Gleichzeitig konnten wettbewerbsbeschränkende Verbände bei Gemeinwohlsschädlichkeit durch Richterspruch aufgelöst werden. Die Praxis wandte dieses kartellrechtliche Instrument nur mit Zurückhaltung an, was Deutschland den Ruf eines kartellfreundlichen Landes eintrug. (Vgl. zum Text der Kartellverordnung von 1923 BRÜGGEMEIER, Entwicklung, Bd. 1, S. 338f.; aus dem Schrifttum der Zeit LIEFMANN, S. 207f. und S. SCHERER, Aufgaben der Kartelljurisprudenz, München/Leipzig 1930.)

²⁶ Übersicht bei HENNING, S. 126f.

²⁷ Zu erwähnen ist vor allem Brünnings Deflationspolitik, die mittels Herabsetzung von Preisen, Zinsen und Löhnen die liberale Selbstregulation zwangsweise zu restituieren suchte. (Vgl. BRÜGGEMEIER, Entwicklung, Bd. 1, S. 285f.)

²⁸ Vgl. NAHAMOWITZ, S. 99, RITTNER, Staatslexikon, S. 818 und DERSELBE, Wirtschaftsrecht, S. 5; Übersichten über Autoren der Zeit bei SCHMIDT-RIMPLER, S. 687f., SCHWARK, S. 41f. und SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 41f.; mit aufschlußreichem Zitatmaterial MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 56f.

²⁹ Vgl. etwa H. HÄMMERLE, Wirtschaftsrecht als Disziplin, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1936, S. 258f., P. GIESEKE, Zur Systematik des Wirtschaftsrechts, in: FS Jung, Marburg 1937, S. 90f., J. W. HEDEMANN, Deutsches Wirtschaftsrecht, Berlin 1939 und H. KRAUSE, Bericht über Stand und Aufgaben des Wirtschaftsrechts, in: Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 2, Hamburg 1937, S. 28f.

³⁰ HEDEMANN (zit. Anm. 29), S. 145.

rung³¹ und Arbeitsverfassung³² sowie auf einem letzten Endes umfassenden Zwangsbewirtschaftungssystem³³ gründete. Obwohl die damalige Rechtswissenschaft in vielen Zügen verhängnisvoll den politischen Zeitgeist nachzeichnete, verliehen einige Autoren der Epoche der Wirtschaftsrechtsdiskussion neue und wichtige Akzente³⁴.

3. Im Anschluß an die hier nicht näher interessierende Besatzungszeit³⁵ entwickelten sich – vor dem Hintergrund eines beispiellosen wirtschaftlichen Aufschwungs³⁶ – in der neu formierten *Bundesrepublik Deutschland* unter der Leitformel der «Sozialen Marktwirtschaft»³⁷ eine Wirtschaftspolitik und ein Wirtschaftsrecht, die deutlich wieder den mittels Preismechanismus gesteuerten freien Wettbewerb ins Zentrum rück-

³¹ Das Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen machte Kartelle zu Instrumenten staatlicher Wirtschaftslenkung, indem der Reichswirtschaftsminister ihre Zwangsbegründung zwecks Etablierung marktregender Ordnungen für bestimmte Branchen anordnen konnte. – Im gleichen Zuge erfolgte eine integrale Organisation der Wirtschaft in Bereichsgruppen und Wirtschaftsgruppen im Gesetz zur Vorbereitung des organischen Aufbaus der deutschen Wirtschaft.

³² Gesetz zur Ordnung der natürlichen Arbeit, mit einer Einpflanzung des Führer-Gefolgschaft-Dogmas in das Arbeitsverhältnis.

³³ Bereits die Verordnung über den Warenverkehr regelte einläßlich Erzeugung, Lagerung und Verteilung der Wirtschaftsgüter. Beachtlich ist unter wirtschaftsrechtlichem Gesichtswinkel auch der wenig später verhängte Preis- und Lohnstopp. – Vgl. zu Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik des Nationalsozialismus STEINDORFF, *Wirtschaftsrecht*, S. 12f., RINCK, *Wirtschaftsrecht*, S. 11, RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, S. 5f. und SCHMIDT-RIMPLER, S. 688; eingehender BRÜGGEMEIER, *Entwicklung*, Bd. 2, S. 49f., HENNING, S. 141f. sowie R. ERBE, *Die nationalsozialistische Wirtschaftspolitik 1933–1939 im Lichte der modernen Theorie*, Zürich 1958.

³⁴ Neben deutlichen Tendenzen zu einer Auflockerung der herkömmlichen Rechtssystematik vermerkt man zumal eine (freilich ideologisch verbrämte) Ausrichtung des Wirtschaftsrechts an Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl. (Vgl. Übersicht und Würdigung bei SCHMIDT-RIMPLER, S. 688 und RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, S. 6.)

³⁵ Wirtschaftspolitische Schwerpunkte bildeten die Zwangsdezentralisierung, die Wiedereinfuhr der Gewerbefreiheit sowie ein Verbot von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. (Vgl. RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, S. 6f., RINCK, *Wirtschaftsrecht*, S. 11f. sowie BRÜGGEMEIER, *Entwicklung*, Bd. 2, S. 279f.)

³⁶ Vgl. – mit Zahlenmaterial – HENNING, S. 193f.

³⁷ Der Begriff findet sich erstmals bei A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, Hamburg 1947; vgl. auch DERSELBE, *Studien zur sozialen Marktwirtschaft*, Köln 1960.

ten³⁸. Ideologische Grundlage der ersten beiden Nachkriegsjahrzehnte bildeten zweifelsfrei die Lehren des *Neoliberalismus*³⁹, die herausgearbeitet hatten, daß freie Märkte sich nicht allein durch (staatlich tolerierte) Einzelwillkür einspielen, sondern Wettbewerb als «staatliche Aufgabe» (MIKSCH) durchgesetzt und begriffen werden muß. Diese Doktrin inspirierte in der Folge auch den Erlass des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (1957) als «Kernstück des neuen Wirtschaftsrechts»⁴⁰. Ein solches Wirtschaftsrecht ordoliberalen Zuschnitts verstand sich theoretisch als «Marktverwaltungsrecht», in dem dem Privatrecht abermals die autonome Verwirklichung und Gestaltung des Wettbewerbs anvertraut wurde⁴¹.

Auf den ersten rezessiven Einbruch in das bislang ungebrochene Wirtschaftswachstum (1966/67) reagierte die deutsche Wirtschaftspolitik mit einer bemerkenswerten Kehrtwende durch Erlass des berühmten Stabilitätsgesetzes⁴² als Ausdruck einer «einschneidenden Revision der normativen Wirtschafts-

³⁸ Vgl. zur Entwicklung des Wirtschaftsrechts nach dem Zweiten Weltkrieg die Übersichten bei JOERGES, S. 20f., SCHMIDT-RIMPLER, S. 688f., NAHAMOWITZ, S. 100, RINCK, *Wirtschaftsrecht*, S. 12f., STEINDORFF, *Wirtschaftsrecht*, S. 14f., HART, S. 32f., RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, S. 8f. und BRÜGGEMEIER, *Entwicklung*, Bd. 2, S. 247f.

³⁹ Versammelt in der sog. Freiburger Schule und am wirkungsvollsten wohl vertreten vom Oekonom EUCKEN und vom Juristen BÖHM. Vgl. aus deren umfangreichem Schrifttum etwa W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 4. Aufl., Tübingen/Zürich 1968, DERSELBE, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, 8. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1965, F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin 1933, DERSELBE, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Tübingen 1949 und DERSELBE, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, Ordo 1966, S. 143f.

⁴⁰ So RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, S. 8.

⁴¹ Privatrecht gewährleistet über seine Basisinstitute Kontrakt und Eigentum den institutionellen Rahmen, der zum richtigen (weil ordnungspolitisch gesicherten) freien Spiel der Kräfte führt. (Vgl. zur Wirtschaftsrechtskonzeption des Neoliberalismus hinten S. 285f.)

⁴² Das (auf den neuen Art. 109 GG sich abstützende) Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft verlangt in Art. 1 von Bund und Ländern Maßnahmen, die «im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung gleichzeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen». – Vgl. aus der dem Stabilitätsgesetz gewidmeten Literatur statt vieler R. ZUCK, *Wirtschaftsverfassung und Stabilitätsgesetz*, München 1975 sowie K. STERN/P. MÜNCH/K.-H. HANSMEYER, *Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft*, Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart 1972.

verfassung»⁴³. Unter Rezeption des keynesianischen Instrumentariums⁴⁴ vollzog man den *Übergang von der «Ordnungs- zur «Prozeßpolitik»,* will heißen zum funktionalen Einsatz der Wirtschaftspolitik für eine antizyklische stabilisierende Globalsteuerung⁴⁵. Eine derartige Verankerung der staatlichen Verantwortung für das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht mußte auch auf die wissenschaftliche Auseinandersetzung um das Wirtschaftsrecht ausstrahlen. So ist einmal ein spürbar wachsendes Interesse für eine «Theorie des Wirtschaftsrechts» zu vermerken⁴⁶. Zum andern hat die wirtschaftspolitische Akzentverschiebung ein gewandeltes Aufgabenverständnis des Wirtschaftsrechts mit sich gebracht, das nunmehr überwiegend als Medium der Durchsetzung wirtschaftspolitischer Ziele begriffen wird⁴⁷. Freilich ist dieser instrumentalen Deutung

⁴³ BRÜGGEMEIER, *Entwicklung*, Bd. 2, S. 294.

⁴⁴ Vgl. darüber insb. die Globaldarstellung von G. BOMBACH/H.-J. RAMSER/M. TIMMERMANN/W. WITTMANN, *Der Keynesianismus, Theorie und Praxis keynesianischer Wirtschaftspolitik*, 3 Bde., 1976.

⁴⁵ Dies bedeutet unverkennbar, daß Wettbewerb nur noch als *ein* (zwar wichtiger, aber nicht mehr alleiniger) Steuerungsfaktor der Wirtschaft betrachtet wird. (Vgl. zu dieser Entwicklung HART, S. 38 f., JOERGES, S. 21 f. und BRÜGGEMEIER, *Entwicklung*, Bd. 2, S. 294 f.) – Als Übersichten über die Grundlagen einer solchen Stabilitätspolitik ziehe man insb. heran H. K. SCHNEIDER/W. WITTMANN/H. WÜGLER, *Stabilisierungspolitik in der Marktwirtschaft*, 2 Bde., Berlin 1975 sowie MÜLLER/RÖCK, *Konjunktur- und Stabilisierungskonzepte*, Stuttgart 1976.

⁴⁶ Vgl. auch RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, S. 10 f. und NAHAMOWITZ, S. 100 f. – Bemerkenswert etwa das Anwachsen der (mit einem «Allgemeinen Teil» versehenen) Gesamtdarstellungen sowie der verstärkte Einsatz für eine theoretische Erfassung von Begriff und Aufgabe des Wirtschaftsrechts. (Dazu die Darstellung der einzelnen Ansätze hinten S. 284 f.)

⁴⁷ ASSMANN, *Wirtschaftsrecht*, S. 178 f., DERSELBE, *Transformationsprobleme*, S. 30 f., HART, S. 38 f., JOERGES, S. 21 f.; vgl. dazu auch hinten S. 292 f. – Besonders deutlich treten die veränderten Grundpositionen in Wettbewerbstheorie und Wettbewerbsrecht zutage. Die unter dem Diktum «Versöhnung von Freiburger Imperativ mit der keynesianischen Botschaft» verkündete neue Theorie bindet Wettbewerb in die staatliche Wirtschaftspolitik ein und instrumentiert ihn hiermit im Dienste eines umfassenden Wohlfahrtskonzeptes. (Vgl. REICH, *Markt*, S. 40 f., JOERGES, S. 22 und ASSMANN, *Transformationsprobleme*, S. 31 sowie GOTTHOLD, S. 287 f.) Eine solche funktionalistische Wettbewerbstheorie schlägt sich auch in einem «Funktionswandel» des Kartellrechts nieder, das stärker an gesamtwirtschaftlicher Effizienz denn an idealtypischer Unternehmerfreiheit ausgerichtet wird. (Vgl. als Auswahl U. IMMENGA, *Politische Instrumentalisierung des Kartellrechts*, Tübingen 1976, W. KARTTE, *Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik*, Köln/Berlin/Bonn/München 1969, I. SCHMIDT, *US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegen-*

von seiten einer «Neoklassik» wiederum harte Kritik erwachsen, die sich eine modifizierte neo- (oder gar paläo-) liberale Rückbesinnung wünscht auf einen «Wettbewerb als Entdeckungsverfahren» (HAYEK), der sich selber gleicherweise Mittel wie Ziel ist⁴⁸.

II. Schweiz

I. Die Geschichte des Schweizer Wirtschaftsrechts mag sich auf erstes Zusehen maßgeblich von derjenigen des deutschen abheben. Stellt man indessen die bereits erwähnte Pragmatik schweizerischen Rechtsdenkens sowie die stabilere Entfaltung von Gesellschaft und Staatswesen in Rechnung, wird man erkennen, daß in der Sache die Entwicklungen des Verhältnisses zwischen Staat/Recht und Wirtschaft beider Länder sich in weiten Zügen ähneln. Das Schweizer Wirtschaftsrecht nimmt seinen Ausgang ebenfalls in der Auseinandersetzung um die normative Verankerung allmählich durchschlagender *liberaler Lehren*. Diese verbuchten einen ersten Erfolg⁴⁹ mit der den Freihandel im Landesinnern realisierenden Bundesverfassung

über Marktmacht, Berlin 1973 und D. SCHMIDTCHEN, *Wettbewerbspolitik als Aufgabe: Methodologische und systemtheoretische Grundlagen für eine Neuorientierung*, Baden-Baden 1978.)

⁴⁸ In Abwendung von der Marktformenlehre (insb. EUCKENS) wird Wettbewerb als freiheitliches Interaktionssystem verstanden, das automatisch bestimmte Ergebnisse erzielt. Deshalb stellt einen unzulässigen Einbruch in diese Koordinationsordnung dar, mittels «performance-test» ihr (irgendwie definierte) gesamtwirtschaftliche Resultate vorgeben zu wollen. Sonach darf Wettbewerb nicht instrumental zur Durchsetzung wettbewerbspolitischer Partikularziele eingesetzt werden, sondern will begriffen sein als «allgemeine Ordnung einer Katallaxie als einer spontanen Ordnung» (HOPPMANN). Diese neoklassische Lehre verwehrt sich folgerichtig auch gegen eine Instrumentalisierung des Kartellrechts im Rahmen der allgemeinen Wirtschaftspolitik. (Übersichten bei SCHLUEP, *Wettbewerbspolitik*, S. 102 f., REICH, *Markt*, S. 37 f., ASSMANN, *Transformationsprobleme*, S. 31 f. und TOLKSDORF, S. 796 f.) Sie wird (als Renaissance des klassischen Paradigmas) führend insb. von HOPPMANN vertreten; ihr liegt namentlich die Rechtsstaatsphilosophie von HAYEK zugrunde. (Ausführlich – mit Zusammenstellung des einschlägigen Schrifttums – neuerdings GOTTHOLD, S. 290 f.; vgl. ferner WIETHÖLTER, *Privatrecht*, S. 680 f.)

⁴⁹ Dies in Vernachlässigung der Verfassung der Helvetik von 1798, die (unter französischem Diktat) erstmals Gewerbefreiheit in der Schweiz proklamiert hatte. (Vgl. MARTI, *Wirtschaftsfreiheit*, S. 3, SCHLUEP, *Wettbewerbspolitik*, S. 109, MÖTTELI, S. 156 f. und BAUER, S. 52 f.)

von 1848⁵⁰. Obwohl damit lediglich «notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzungen einer Wettbewerbswirtschaft verwirklicht»⁵¹ wurden und formell die wirtschaftspolitischen Kompetenzen (insbesondere: Gewerbefreiheitsgarantie) den Kantonen verblieben waren⁵², entfaltete sich vorerst – nicht zuletzt im Gefolge der wirtschaftlichen Hochkonjunktur⁵³ – eine liberal geprägte helvetische Wirtschaftsordnung⁵⁴. Dazu steuerte viel auch das zielgerichtet auf die Bedürfnisse einer freien Marktwirtschaft zugeschnittene (kantonale) Privatrecht als Wirtschaftsrecht bei⁵⁵. Durchwegs dem Geist der Zeit entsprach gleichfalls die förmliche Aufnahme der Handels- und Gewerbefreiheit in die Bundesverfassung von 1874⁵⁶.

⁵⁰ Die Bundesverfassung von 1848 gewährleistete dem Schweizer (christlicher Konfession) Niederlassungsfreiheit, beseitigte Zölle und andere handels-hemmende Abgaben und zentralisierte Zollhoheit sowie Post- und Münzregal beim Bund. (Vgl. HUG, Jahre, S. 9f., RENGGLI, S. 73, CLERC, S. 14f., MARTI, Wirtschaftsfreiheit, S. 4f., DERSELBE, Handelsfreiheit, S. 86f., MÖTTELI, S. 159f. und HUG/KAUFMANN, S. 600.)

⁵¹ SCHLUEP, Wettbewerbspolitik, S. 108; im gleichen Sinne HUG, Jahre, S. 10.

⁵² Obwohl die wirtschaftspolitischen Grundeinstellungen der Kantone ursprünglich beträchtlich voneinander abwichen (vgl. insb. CLERC, S. 16f.), setzte sich zunehmend das gewerbefreiheitliche Dogma durch. Immerhin ist bemerkenswert, daß in einzelnen (zumal deutschschweizerischen) Kantonen sich die alten Zunftverfassungen erstaunlich lange am Leben zu halten vermochten. (Vgl. BAUER, S. 85f., HUG, Jahre, S. 10f. und RENGGLI, S. 72f.; zur Wirtschaftspolitik der Kantone H. SCHMID, Die Unterscheidung zwischen wirtschaftspolizeilichen und wirtschaftspolitischen Maßnahmen im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen 1974, S. 87f.)

⁵³ Vgl. zum schweizerischen Konjunkturzyklus in den Jahren 1849 bis 1872/73 insb. BÖHI, S. 72f. sowie die graphische Darstellung bei KNESCHAUREK, Trendbruch, S. 6.

⁵⁴ JÖHR, S. 580 und KNESCHAUREK, Wandel, S. 132f.; differenzierend GRUNER, S. 39f.

⁵⁵ Vgl. HUG/KAUFMANN, S. 600. – Die Kantone anerkannten zunehmend die für die liberale Tauschwirtschaft konstitutiven Zivilrechtsinstitute und bemühten sich darüber hinaus um einheitliche Kodifikation der privatrechtlichen Gesetzbücher. (Vgl. HUG, Jahre, S. 10f., L. CARLEN, Rechtsgeschichte der Schweiz, Bern 1968, S. 95f. sowie E. HUBER, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd. IV, Bern 1893.)

⁵⁶ Vgl. zur wirtschaftsverfassungsrechtlichen Bedeutung der neuen Bundesregelung RENGGLI, S. 75f., MÖTTELI, S. 160f., MARTI, Handelsfreiheit, S. 86f. und HUG, Jahre, S. 12f. – Im Schrifttum ist umstritten, ob die verfassungsrechtliche Gewerbefreiheitsgarantie lediglich (negativ) staatliche Abstinenz oder (positiv) freies Konkurrenzspiel gewährleistete. (Vgl. den Disput zwischen E. GEYER, Handels- und Gewerbefreiheit und Kartelle im Licht der ersten Urteile des Bundesgerichts, WuR 1959, S. 179f. und E. GRUNER, Die Handels- und Gewerbefreiheit und die Staatsordnung von 1874–1914, WuR 1960, S. 149f.)

Nach dieser konstitutionellen Verankerung einer staatsfreien Wirtschaft als eigentlichem Abschluß der liberalen Epoche prägte die schwere *Depression* der 70er Jahre⁵⁷ maßgeblich die weitere Entwicklung des schweizerischen Wirtschaftsrechts^{57a}. Den entscheidenden *Umschwung* bahnten zum einen die Behörden durch verstärkte wirtschafts- und sozialpolitische Staatseingriffe im Rahmen eines (ordnungspolitisch wenig kohärenten)⁵⁸ «industriefreundlichen strukturerhaltenden Interventionismus» an⁵⁹. Zum andern suchten auch die Schweizer Unternehmen den gewachsenen Konkurrenzdruck mittels wettbewerbsbeschränkenden Kartellen zu lockern⁶⁰. Wirtschaftsrechtlich herauszustellen ist obendrein die Vereinheitlichung des Privatrechts auf Bundesebene im Zeitraum von wenigen Jahrzehnten⁶¹. Alles in allem stand man somit in der Schweiz schon vor dem Ersten Weltkrieg der Wirtschaftsordnung und dem Wirtschaftsrecht eines (dauerhaften)⁶² gemäßig-

⁵⁷ Vgl. zu den Auswirkungen insb. BÖHI, S. 75f. und GRUNER, S. 43f. – Für die Schweiz als Exportland besonders folgenschwer erwies sich der Übergang von der Fiskal- zu einer Schutzzollpolitik. (Vgl. MARTI, Wirtschaftsfreiheit, S. 5, BABEL/SENGLET/L'HUILLIER, S. 573f. und JÖHR, S. 581; einläßlich insb. A. BOSSHARDT, Zollpolitik, in: Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Bd. II, Bern 1955, S. 671f., insb. S. 673f.)

^{57a} Daraus geht hervor, daß auch in der Schweiz die «Epoche des voll verwirklichten Liberalismus» (JÖHR, S. 580) von verhältnismäßig kurzer Dauer war.

⁵⁸ JÖHR (S. 580f.) stellt heraus, daß Bedenken außer Spiel blieben, «ob solche Verletzungen des Liberalismus effektiv gerechtfertigt seien, ob die Marktwirtschaft die Eingriffe auch assimilieren könne . . .». – Über die ambivalenten politisch-ideologischen Hintergründe auch GRUNER, S. 44f.; vgl. ferner HUG, Jahre, S. 13.

⁵⁹ GRUNER, S. 45. – Zu erwähnen sind etwa Fabrikgesetzgebung, obligatorische Unfallversicherung, Aufsicht über private Versicherungsunternehmen, Kranken- und Unfallversicherung, Verstaatlichung der Eisenbahnen sowie Einleitung des Agrarprotektionismus. (Vgl. die Übersichten bei FLEINER/GIACOMETTI, S. 276f., IMBODEN, S. 38f., GRUNER, S. 47f., KLEINWEFERS/PFISTER, S. 67f. und HUG, Jahre, S. 13f.)

⁶⁰ Vgl. HUG, Jahre, S. 17, MERZ, S. 358f., J. GOLDSTEIN, Kartellwesen, in: Handwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, Bd. II, Bern 1912, S. 717f. und L. SCHÜRMAN, Zur Entwicklung der kartellrechtlichen Doktrin in der Schweiz, in: FS Hug, Bern 1968, S. 135f., insb. S. 144f.

⁶¹ Bundeskompetenz bezüglich Obligationen- und Handelsrecht in der Bundesverfassung von 1874; Bundesgesetz über das schweizerische Obligationenrecht; Erlasse in den Bereichen Markenschutz, Muster- und Modellschutz sowie Patentschutz; schweizerisches Zivilgesetzbuch.

⁶² GRUNER (S. 50) betont zu Recht, daß der pragmatische Interventionismus während des mit dem ausgehenden 19. Jahrhundert einsetzenden wirtschaftlichen Aufschwungs unverändert weiterlebte.

ten Interventionismus⁶³ gegenüber als Ausdruck eines pragmatischen Verständnisses für die ambivalente Verschlungenheit von Wirtschaft und Staat.

2. Die Extremsituationen der nachfolgenden Kriegs- und Krisenwirren führten dazu, daß (ohne Revision des formellen Wirtschaftsverfassungsrechts)⁶⁴ die Wirtschaftsfreiheit nach «1914 unter dem Zwange der Not weitgehend aufgehoben» wurde⁶⁵. So brachte bereits die besondere weltwirtschaftliche Konstellation des *Ersten Weltkrieges*⁶⁶ einen ausgeprägten hoheitlichen Dirigismus mit sich⁶⁷. Die damit angelaufene «Epoche des stark entwickelten Interventionismus»⁶⁸ setzte sich in der ganzen *Zwischenkriegszeit* fort. Ganz besonders im Umfeld der folgenschweren Krise der 30er Jahre⁶⁹ griff der Staat in breitem Ausmaße wirtschafts- wie sozialpolitisch steuernd in den Wirtschaftsprozeß ein⁷⁰. Zu diesen vertikalen Staatseingriffen gesellten sich horizontale Privatvorkehren, indem Kartelle (unter Schirmherrschaft der toleranten bun-

⁶³ Vgl. JÖHR, S. 580, KLEINWEFERS/PFISTER, S. 71 und HUG, Jahre, S. 13.

⁶⁴ Formell stand für die ganze Zeit die liberale Gewerbefreiheit der Bundesverfassung von 1874 in Kraft. Die gesamte wirtschaftspolitische Steuerung wurde über das Notverordnungsrecht des Bundes abgewickelt. (Dazu statt aller A. HUBER, Die Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit durch das Notverordnungsrecht des Bundes, Bern 1925.)

⁶⁵ HUG, Jahre, S. 18; vgl. auch MARTI, Handelsfreiheit, S. 89, DERSELBE, Wirtschaftsfreiheit, S. 5, MÖTTELI, S. 162f. sowie HUG/KAUFMANN, S. 600f.

⁶⁶ Vgl. dazu KLEINWEFERS/PFISTER, S. 73f., BÖHI, S. 84f. und BABEL/SENGLER/L'HUILLIER, S. 574; ausführlich T. GEERING, Handel und Industrie der Schweiz unter dem Einfluß des Weltkrieges, Basel 1928.

⁶⁷ Nebst Preiskontrollen und einer Rationierung von Lebensmitteln sowie Rohstoffen wurden eine Zwangsbewirtschaftung von Grund und Boden sowie eine partielle Zentralisierung des zwischenstaatlichen Güterverkehrs verordnet. (Vgl. HUG, Jahre, S. 18; dazu auch BABEL/SENGLER/L'HUILLIER, S. 574 und BÖHI, S. 86.)

⁶⁸ So JÖHR (S. 581), mit Übersicht über die einzelnen «Wellen» staatlicher Interventionen.

⁶⁹ Über Hintergründe und Auswirkungen insb. BÖHI, S. 91f.

⁷⁰ Wirtschaftspolitisch sind etwa zu vermelden: Strukturschutz für existenzgefährdete Branchen, Protektionismus im Agrarbereich, Einführung des gebundenen Zahlungsverkehrs, Eingriffe in den Preismechanismus, Ausbau wirtschaftslenkender Subventionen sowie verstärkter Einsatz der Zollpolitik als handelspolitische Waffe; sozialpolitisch sind besonders erwähnenswert: Arbeitszeitnovelle, Gesetze über Jugend-, Frauen- und Heimarbeit und über wöchentliche Ruhezeit sowie Ordnung des Arbeitsnachweises und der Arbeitslosenversicherung. Vgl. die Übersichten bei MÖTTELI, S. 162f., GRUNER, S. 60f., RENGGLI, S. 83f., FLEINER/GIACOMETTI, S. 278f., HUG, Jahre, S. 18f., JÖHR, S. 581f., IMBODEN, S. 57f. und BÖHLER, S. 33f.)

desgerichtlichen Rechtsprechung)⁷¹ zunehmend autonome Marktregelungen durchsetzten⁷². Mithin erstaunt nicht, daß (im Zusammenhang mit ausgedehnten ordnungspolitischen Diskussionen)⁷³ das liberale Credo des konkurrenzwirtschaftlichen «ordre naturel» rapide einem starken Vertrauen in die etatistische Wirtschaftslenkung wich⁷⁴. Indessen ist bemerkenswert, daß die schweizerische Rechtswissenschaft – von systematisierenden Übersichten über den neuen Rechtsstoff, Abhandlungen zur Gewerbefreiheit sowie Einzelproblem-erörterungen abgesehen⁷⁵ – sich kaum um eine wirtschaftsrechtstheoretische Gesamtschau der gemeinhin anerkannten Interdependenz zwischen Staat und Wirtschaft bemühte⁷⁶.

3. Nach dem Abbau des Kriegswirtschaftsregimes des Zweiten Weltkrieges (als wohl einschneidendste staatliche Interven-

⁷¹ Während das Bundesgericht von Anbeginn kartellinterne Bindungen großzügig behandelte, verlief seine Spruchpraxis zum externen Kartellrecht nicht gradlinig. Nach anfänglicher Anprangerung des Boykottes ging es über zu dessen grundsätzlicher Anerkennung in den Schranken der (an Zweck, Mittel und Verhältnismäßigkeit gemessenen) sittenwidrigen Schädigung. (Vgl. dazu mit Fundstellenübersicht SCHLUEP, Wettbewerbspolitik, S. 110f.)

⁷² Vgl. KLEINWEFERS/PFISTER, S. 77, GRUNER, S. 62, MERZ, S. 364f., Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, Bern 1957, S. 26f. sowie M. FELDMANN, Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Basel 1931, S. 11f. – Diese Entwicklung bildete Anlaß zu ersten (ordnungspolitisch freilich diffusen) Vorstößen zugunsten einer staatlichen Erfassung konkurrenzschädlicher Praktiken. (Vgl. ALLEMANN, S. 370f.)

⁷³ Die Kampfansage gegen die freie Marktwirtschaft erfolgte einerseits von mittelständisch-korporativ ausgerichteten Kräften (katholische Erneuerungsbewegung, Gewerbe), andererseits aus sozialdemokratischen Kreisen. (Vgl. hierüber die sehr beachtlichen Ausführungen bei GRUNER, S. 57f.)

⁷⁴ Bezeichnend etwa der Ausspruch des damaligen Bundesrates Schultheß (zit. nach GRUNER, S. 56): «Die Handels- und Gewerbefreiheit ist die Wirtschaftsform des Aufstiegs, der Perioden, in der sich ein jeder frei betätigt, ohne daß der andere in seinen Interessen verletzt wird. Sobald aber das Betätigungsfeld eingeeengt wird und die egoistische Wirtschaftsführung eines jeden die andere verletzt, erschallt der Ruf nach Ordnung, dem nur der Staat gerecht werden kann.» – Vgl. dazu auch GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 65f., KNESCHAUREK, Wandel, S. 133f., KLEINWEFERS/PFISTER, S. 76f. und MÖTTELI, S. 162f.

⁷⁵ Vgl. dazu die aus jener Epoche stammende Literatur im umfangreichen Schrifttumverzeichnis bei MARTI, Wirtschaftsfreiheit, S. 189f.

⁷⁶ Als – soweit ersichtlich – einziger Versuch der Begründung einer eigenständigen Disziplin des Wirtschaftsrechts ist die Arbeit von HUG (Problematik) zu nennen.

tionsordnung der jüngeren Schweizer Geschichte)⁷⁷ erlebte das Land – an der Schwelle eines bedeutenden wirtschaftlichen Aufschwungs⁷⁸ – in der *Nachkriegszeit* einen erstaunlichen wirtschaftspolitischen Gesinnungswandel durch eine eigentliche Renaissance des liberalen Glaubens an die Kräfte der freien Marktwirtschaft⁷⁹. Diesem Umschwung trug die Wirtschaftsverfassungsnovelle von 1947 nicht vollends Rechnung. Zwar verankerte sie die Gewerbefreiheit erneut, gab dieser aber im gleichen Zuge einen breiten Ausnahmekatalog als Kranz staatlicher Eingriffskompetenzen bei⁸⁰. Weitgehend ohne Austragung theoretischer Grundsatzkontroversen⁸¹ entwickelte sich auf ihrer Basis ein zumal auf die Bereiche Sozial- und Konjunkturpolitik konzentrierter Partikularinterventionismus⁸² im

⁷⁷ Zur Sicherung der Landesversorgung erfolgte eine integrale Wirtschaftslenkung durch Zentralisierung des Imports, Reglementierung von Lagerhaltung und Verteilung, Preisvorschriften, Eingriffe in das Bodenrecht sowie Verordnung der Arbeitsdienstpflicht. (Vgl. BÖHLER, S. 34f., MÖTTELI, S. 164, BÖHI, S. 95f. sowie BABEL/SENGLET/L'HUILLIER, S. 576; einläßlich J. LAUTNER, System des schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts, Zürich 1944.)

⁷⁸ Vgl. zur wirtschaftlichen Ausgangssituation und Entwicklung BÖHI, S. 96f. sowie W. BICKEL, Wachstum und Strukturwandel der Wirtschaft, in: Die Schweiz seit 1945, Bern 1971, S. 56f.; für die neuere Zeit insb. KLEINWEFERS/PFISTER, S. 79f. und KNESCHAUREK, Trendbruch, S. 8f.

⁷⁹ So auch KÜNG, S. 341, GRUNER, S. 65 und JÖHR, S. 582f. – Als Beleg sei die Reihe negativer Volksabstimmungen im Bereiche des Staatsinterventionismus genannt. (Vgl. SENTI, S. 100f. und KÜNG, S. 330f. sowie – zum Ringen um die Einführung eines konstitutionellen Konjunkturartikels – SCHÜRMAN, S. 319f.)

⁸⁰ Vgl. Art. 31 bis Abs. 3. – Zu Recht wird deshalb darauf hingewiesen, daß die neuen Wirtschaftsartikel noch «teils stark nach rückwärts gerichtet sind» und «ohne diese Verkettung mit dem Interventionismus der dreißiger Jahre» nicht voll verstanden werden können. (H. HUBER, Rückblick auf die «neuen» Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, in: FS Sieber, Bern 1976, S. 58; ähnlich GRUNER, S. 62f.)

⁸¹ Die herrschende Wirtschaftsverfassungsdoktrin unterstellte eine verhältnismäßig geschlossene (dogmatisch im Begriffspaar «Inhalt» und «Schranken» der Handels- und Gewerbefreiheit erfaßte) schweizerische Wirtschafts- und Sozialverfassung (exemplarisch MARTI, Wirtschaftsfreiheit, S. 40f.), in der Wirtschaftspolitik (als Abkehr von der Gewerbefreiheit) nur enger Gestaltungsraum zugestanden wurde. (Vgl. die Übersicht bei SCHLUEP, Wirtschaftsverfassung, S. 358f.; in kritischer Sicht insb. GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 38f. und DERSELBE, Wirtschaftspolitik, S. 73f.)

⁸² Vgl. zu den Anfängen insb. BÖHLER, S. 35f., KÜNG, S. 330f. und GRUNER, S. 64f.; die einzelnen Etappen sind anschaulich präsentiert bei SENTI, S. 98f. – Als Übersichten über die schweizerische Wirtschaftspolitik der Gegenwart ziehe man etwa heran: GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 109f., DERSELBE, Wirtschaftsverfassung, S. 102f. und SCHÜRMAN, S. 98f.; dazu die einschlägigen Kapitel aus dem Werk von KLEINWEFERS/PFISTER.

Sinne einer *pragmatischen*⁸³ «Gesamtwirtschaftspolitik»⁸⁴. Für die jüngere Entwicklung ist unter ordnungspolitischem Gesichtswinkel in Sonderheit der Erlaß des (auf Mißbrauchsaufsicht mit kasuistischem Ergebnistest beruhenden) Kartellgesetzes von 1964 herauszustellen⁸⁵. Außerdem vermerkt man seit Mitte der 60er Jahre eine Akzentuierung der (teilweise auch rechtstheoretischen) Diskussionen im Bereiche des Wirtschaftsrechts. So ist beispielsweise verfassungsrechtlich der traditionell begriffenen Wirtschafts- und Sozialverfassung «in the books» die praktizierte «in action»⁸⁶ gegenübergestellt und für das moderne Verständnis einer «Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik» votiert worden⁸⁷. Des weiteren hat namentlich SCHLUEP sich um eine konzeptionelle Erfassung des Wirtschaftsrechts als Rechtsdisziplin bemüht⁸⁸. Schließlich

⁸³ So diagnostizierten BABEL/SENGLET/L'HUILLIER (S. 578) schon früh, «daß der Staat sich in seinen wirtschaftlichen Eingriffen mehr von den vernünftigen Erfahrungen der Wirklichkeit als von doktrinären Erwägungen leiten läßt». – Vgl. auch (mit negativem Tenor) KLEINWEFERS/PFISTER, S. 81.

⁸⁴ Vgl. zu Begriff und Darstellung insb. GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 69f.

⁸⁵ Vgl. zur (für die schweizerische Wettbewerbspolitik aufschlußreichen) Entstehungsgeschichte SCHLUEP, Wettbewerbspolitik, S. 119f., ALLEMANN, S. 374f., H. MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, Bern 1967, S. 20f. und J. SCHNEGELBERG, Das schweizerische Kartellgesetz, Köln/Berlin u. a. 1964, S. 17f.

⁸⁶ Zur Terminologie SCHLUEP, Wirtschaftsverfassung, S. 357 und 360.

⁸⁷ Vor allem GYGI hat sich gegen eine Stigmatisierung der Handels- und Gewerbefreiheit gewendet und dafür gehalten, daß die reale Wirtschafts- und Sozialverfassung sich in den Rechtstatsachen und ganz besonders in der umgesetzten Wirtschaftspolitik offenbare. Beide indizierten das Leitbild einer «marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschafts- und Sozialordnung», welcher alleine eine (die formelle Verfassung der Gewerbefreiheit sprengende) «Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik» gerecht werde. (Vgl. GYGI, Wirtschaftsverfassung, S. 80f., DERSELBE, Wirtschaftspolitik, S. 77f. und DERSELBE, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 15f.)

⁸⁸ Hier kann auf das gesamte Schrifttum des Autors verwiesen werden, zumal aber auf SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 66f., DERSELBE, Kartellgesetz, S. 85f., DERSELBE, Wettbewerbspolitik, S. 95f., GYGI/SCHLUEP, S. 87f. sowie W. R. SCHLUEP, Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten in unserer Zeit, Bern 1973. – Im Gefolge der von SCHLUEP angeführten Grundsatzdiskussionen haben in den letzten Jahren auch jüngere Autoren versucht, konkrete Rechtsprobleme unter wirtschaftsrechtlichem Gesichtswinkel anzugehen. (Vgl. z. B. BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, S. 134f., DERSELBE, Anwendung, S. 146f., TSCHÄNI, S. 115f., MEIER, Vertrieb, Bd. 2, S. 25f. und 215f., DERSELBE, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 312f.) – Vehement gegen diese Bemühungen – unter Rekurs auf die «Unverwechselbarkeit» der Schweiz (als «société des amitiés et des camaraderies», als «société des autorités naturelles»), in der «keine sozialen Klassen, Schichten oder Bildungskasten im Sinne der Soziologie mehr vorhanden sind» (S. 11) – neuerdings M. USTERI, Das Verhältnis von Staat

entzündeten sich ordnungspolitische Debatten auch hierzu-lande⁸⁹ anhand etwa der Frage um den instrumentalen Charakter des Schweizer Kartellrechts⁹⁰.

III. Ergebnis

Die vorstehenden Kurzfassungen der deutschen bzw. schweizerischen Wirtschaftsrechtsgeschichte gestatten unter historischem Aspekt die nachstehenden *Folgerungen*:

1. Wirtschaftsrecht als konkreter Inbegriff der jeweils wirtschaftlich relevanten Vorschriften folgt gemeinhin der Entwicklung der von ihm normierten Wirtschaft⁹¹. In den westlichen Demokratien reagieren wirtschaftsrechtliche Bestimmungen vor allem auf *zwei Variable* der ökonomischen Entfaltung freier Marktwirtschaften⁹²: Einmal begegnen sie der Tendenz einer *Selbstaufhebung der Konkurrenzordnung* durch deren Teilnehmer. Dazu (und vor allem) widerspiegeln sie die virulente *Krisenanfälligkeit* wettbewerblich koordinierter Systeme. Unter diesem Aspekt stellt historisch «die Frage der Krisenbewältigung bei Beibehaltung privatwirtschaftlicher Strukturen» in der Tat «eine thematisch verhältnismäßig einheitliche Entwicklungslinie» des Wirtschaftsrechts dar⁹³.

und Recht zur Wirtschaft in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 1981, S. 8f.

⁸⁹ Als Beleg verfolge man die heftig geführte Auseinandersetzung um die Revision des Kartellgesetzes. (Vgl. dazu den Sammelband «Umstrittene Wettbewerbspolitik», Zürich 1981.)

⁹⁰ Exemplarisch die Kontroverse zwischen HOMBURGER (E. HOMBURGER, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, ZSR 89 II, 1970, S. 1f., insb. S. 70f.) und SCHLUEP (Kartellgesetz, S. 113f., in Anlehnung an K. H. BIEDENKOPF, Rechtsfragen der Konzentration, ZbJV 1972, S. 1f.; Replik bei E. HOMBURGER, Zur Funktion des Kartellrechts in einer auf Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung, WuR 1976, S. 333f.).

⁹¹ Gl. M. RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 9.

⁹² Vgl. für das deutsche Wirtschaftsrecht der Nachkriegszeit die Terminologie bei HART, S. 32f. bzw. 40; im gleichen Sinne ASSMANN, Steuerung, S. 255.

⁹³ MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 69. – Diese Tatsache ist durchwegs auch in der Schweiz erkannt worden. So stellt IMBODEN (S. 54f.) seit 1874 eine Interdependenz zwischen Interventionismus und Konjunkturverlauf fest. Nach GRUNER (S. 38) erscheinen die «Etappen der schweizerischen Wirtschaftspolitik» ebenfalls als «Resultanten ... der Konjunkturbewegung und ... der internationalen Politik». – Vgl. überdies die Aufzählung der für die Entwicklung der schweizerischen Wirtschaftsordnung maßgeblichen Faktoren bei E. SCHÄTTI, Die Wirtschaftsordnung der Schweiz, Entwicklungstendenzen seit 1939, Diss. Bern 1978, S. 95f.

2. Wirtschaftsrecht als neuer Rechtsgedanke (bzw. als eigenständiger Systemansatz) erweist sich als *rechtsinterne Antwort auf gesamtgesellschaftliche Veränderungen*⁹⁴, gewachsen im Schlepptau für eine funktionstaugliche Wettbewerbsordnung offenkundig unerläßlicher staatlicher Ordnungs- und Steuerungseingriffe⁹⁵. Seine Geschichte verkörpert bezüglich des Verhältnisses zwischen Staat und Wirtschaft die allmähliche *Umkehr vom liberalen Trennungsdanken* hin zu einer neuen *Deutung als organisierte Interdependenz*⁹⁶. Schrittmacher dieser Trendwende bildete die langwierige Spannung zwischen liberal deklariertem und interventionistisch praktizierter Wirtschafts-koordination. In diesem Lichte ist das klassische Zivilrecht (als erstes Wirtschaftsrecht) gleichzeitig Triebfeder eines neuen wirtschaftsrechtlichen Rechtsgedankens (bzw. eines neuen Systemansatzes), weil die reale sozio-ökonomische Gesellschaftsordnung zusehends aus der liberalen Privatrechtsverfassung herauswuchs⁹⁷. Daraus erhellt, «daß die Bildung des Begriffs Wirtschaftsrecht ganz offenbar damit zusammenhängt, daß Wirtschaft bewußt zum Gegenstand staatlicher

⁹⁴ Darauf verweisen unter vielen SCHMIDT-RIMPLER, S. 687, MERTENS, S. 63, BRÜGGEMEIER, Probleme, S. 40, ASSMANN, Transformationsprobleme, S. 28, DERSELBE, Wirtschaftsrecht, S. 153 und MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 58.

⁹⁵ Vgl. ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 159; im gleichen Sinne RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 13, RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 17 und RAISER, Buchbesprechung, S. 112.

⁹⁶ Vgl. MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 65f. – Nach ASSMANN (Wirtschaftsrecht, S. 153) ist «der Gedanke eines Wirtschaftsrechts als die Erkenntnis eines spezifischen Zusammenhanges von Wirtschaft und Recht ... entstanden und gegenüber liberaler Wirtschaftstheorie einerseits und begriffsjuristischer Rechtswissenschaft andererseits zur Geltung gebracht worden». – Nicht ohne Grund spricht BROHM (S. 18) deshalb vom «Übergang vom liberalen zum Wirtschaftsverwaltungsstaat» und WIETHÖLTER (Position, S. 50) vom «Übergang des Nachtwächterstaates zum Wohlfahrtsstaat».

⁹⁷ Vgl. RITTNER, Staatslexikon, S. 819 und ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 158f. – Jüngere deutsche Untersuchungen gehen sogar so weit, Wirtschaftsrecht als Ausdruck des Dilemmas zu begreifen, «daß der Privatrechtsordnung keine Privatrechtsgesellschaft entsprach». (ASSMANN, Transformationsprobleme, S. 28; ausführlich BRÜGGEMEIER, Entwicklung, Bd. 1, S. 18f. und DERSELBE, Probleme, S. 74f.) Unter diesem Aspekt wird (als historischer Befund) Wirtschaftsrecht gekennzeichnet als «funktionale Reaktion des bürgerlichen Privatrechts auf einen säkularen Strukturwandel der von ihm rechtlich verfaßten bürgerlichen Gesellschaft» (BRÜGGEMEIER, Probleme, S. 11).

Politik gemacht wird»⁹⁸. Hiermit ist auch gleich die Brücke zwischen Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik geschlagen, indem die wirtschaftspolitische Einbindung von Rechtsnormen augenfällig rechtsinterne Probleme eröffnet⁹⁹. Sie führt abschließend zur historischen Charakterisierung von Wirtschaftsrecht als Versuch, «bislang disparate Regelungsgebiete im Hinblick auf Wandlungen des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft neu zu erschließen und damit Anpassungsmaßnahmen im Recht einzuleiten»¹⁰⁰.

B. Über den Begriff des Wirtschaftsrechts

I. Übersicht über die einzelnen Begriffsansätze

Nach diesem historischen Befund interessiert, wie die neuere¹⁰¹ Doktrin den Begriff des «Wirtschaftsrechts» auszieht. Der schier unüberblickbaren Meinungsvielfalt lassen sich schwerpunktmäßig die nachstehenden Begriffsansätze entnehmen:

1. Ablehnungstheorien

Die Vertreter der Ablehnungstheorie weisen Wirtschaftsrecht als eigenständiges Systemglied oder als innovativen Rechtsgedanken im Rahmen der aktuellen gesellschaftspolitischen und rechtstheoretischen Fundamentalparadigmata zurück¹⁰². Sie sichten ein vollumfängliches Scheitern der Thematisierungsbemühungen¹⁰³ und lasten der Disziplin die Funktion einer schalen *Verschleierungsstrategie* (im Geiste eines systemerhaltenden

⁹⁸ MERTENS, S. 66. – Wegbereiter des Wirtschaftsrechts wird so allemal die Diskussion um die «richtige» Wirtschaftsordnung. (RITTNER, Staatslexikon, S. 819; vgl. auch RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 13 und WIETHÖLTER, Position, S. 50.)

⁹⁹ Et vice versa. Dazu insb. MERTENS, S. 66; näheres hinten S. 301 f.

¹⁰⁰ ASSMANN, Steuerung, S. 242; vgl. auch DERSELBE, Wirtschaftsrecht, S. 153.

¹⁰¹ Im folgenden wird vornehmlich das jüngere Schrifttum abgehandelt. (Vgl. über ältere Ansätze vor allem SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 40 f.; über eigentliche Vorläufer PIEPENBROCK, S. 31 f.)

¹⁰² Vgl. etwa WIETHÖLTER, Position, S. 41 f., DERSELBE, Wirtschaftsrecht, S. 531 f., DERSELBE, Rechtswissenschaft, Frankfurt a. M./Hamburg 1968, S. 249 f. sowie BRÜGGEMEIER, Entwicklung, Bd. 1, S. 17 f. und DERSELBE, Probleme, S. 11 f.

¹⁰³ WIETHÖLTER, Wirtschaftsrecht, S. 531, DERSELBE, Position, S. 50 f.; vgl. ebenfalls BRÜGGEMEIER, Probleme, S. 11 f. und DERSELBE, Entwicklung, Bd. 1, S. 17.

«Als-ob-Rechts») an¹⁰⁴. Sinnerfülltes (materiales) Wirtschaftsrecht sei daher allein durch Aufbruch in eine neue, «nur gesellschaftstheoretisch zu fundierende Verfassungstheorie des Sozialstaats» zu gewinnen¹⁰⁵.

Sieht man davon ab, daß solche Aussagen ein gerüttelt Maß «politische Kampfvokabel»¹⁰⁶ darstellen und daß der ihnen weitgehend zugrundeliegende materialistisch-deterministische Ansatz vom Verfasser nicht geteilt wird¹⁰⁷, ist ihnen entgegenzuhalten was folgt: Sie verharren in großen Zügen in analytischer Kritik am status quo und sehen Morgenröte eines echten Wirtschaftsrechts erst für Zeiten grundlegender gesellschaftspolitischer Veränderung voraus. Damit bleiben sie die Antwort schuldig, wie («in der Zwischenzeit») Recht ohne grundlegenden Paradigmenwechsel seiner politischen Umwelt sich auf die gewandelten Beziehungen zwischen Staat und Wirtschaft einstellen muß¹⁰⁸.

2. Identitätstheorie

Die unter diesem Titel zu rubrizierende Theorie des Neoliberalismus geht von der Idee einer *Wirtschaftsgesellschaft als Privatrechtsgesellschaft* aus¹⁰⁹. Die sozio-ökonomische Entwicklung steht danach unter dem Diktat der mittels Markt koordinierten Privatrechtsordnung, da der Staat im wesentlichen sich zurückzieht auf die normative Absicherung der Wettbewerbsverfassung. Auf dieser Grundlage erschöpfen sich (unter Vorbehalt des Rahmgestaltungrechts) wirtschaftsrechtliche in

¹⁰⁴ «Wirtschaftsrecht als Ergebnis des dilemmatischen Versuchs, die spätkapitalistische soziale Wirklichkeit immer noch bürgerlichrechtlich bewältigen zu wollen, ist Als-ob-Recht» (BRÜGGEMEIER, Probleme, S. 73). – Fazit: Wirtschaftsrecht als «zauberisches Paradoxon» (WIETHÖLTER, Wirtschaftsrecht, S. 531) ist re vera «ein Recht ohne Raum, ein Recht auf dem Papier» (WIETHÖLTER, Position, S. 44).

¹⁰⁵ BRÜGGEMEIER, Probleme, S. 81; vgl. ferner DERSELBE, Entwicklung, Bd. 1, S. 25 und REICH, Markt, S. 66; ähnlich WIETHÖLTER, Position, S. 61. – Wirtschaftsrecht muß alsdann als «Teil politisch-sozialer Theorie und politisch-sozialer Praxis» wirken (WIETHÖLTER, Wirtschaftsrecht, S. 539).

¹⁰⁶ So MERTENS, S. 67.

¹⁰⁷ Vgl. aus systemtheoretischer Sicht etwa die Bedenken bei ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 155 f.; ferner DERSELBE, Steuerung, S. 338 f.

¹⁰⁸ Zu Recht diagnostiziert ASSMANN (Wirtschaftsrecht, S. 156), daß Wirtschaftsrecht in dieser Blickweise «nicht als handlungsleitendes zukunfts-trächtiges Recht entwickelt werden» kann. – Vgl. außerdem die Vorbehalte bei MERTENS, S. 67.

¹⁰⁹ Vgl. dazu im historischen Kontext vorn S. 272 f.

privatrechtlichen Regelungen¹¹⁰. Weil Wirtschaftsordnung namentlich durch Zivilrecht und Konkurrenz begründet werden soll, ist Wirtschaftsrecht identisch mit dem (als Voraussetzung und Gestaltung des Wettbewerbs begriffenen) Privatrecht.

In kritischer Auseinandersetzung mit den Lehren des Neoliberalismus wird man zunächst eine «Reduktion der wirtschaftsrechtlichen Problematik auf den Koordinationstypus des Wettbewerbs» vermerken müssen¹¹¹. Außerdem lassen sie gesellschaftspolitisch den paläoliberalen Glauben an eine zwangsläufige Gemeinwohlverwirklichung kraft (staatlich gewährleister) preistheoretischer Selbstregulierung des freien Kräftespiels wieder aufleben¹¹². Angesichts der notorischen Tatsache, daß die reale wirtschaftliche und wirtschaftspolitische Entwicklung dieser Harmonieerwartung zuwiderläuft, kann augenfällig auch die darauf gegründete wesensmäßige Gleichsetzung von Wirtschaftsrecht und Privatrecht durch die ordoliberalen Identitätstheorie nicht mehr vertreten werden. Mehr noch: Die jüngeren wirtschaftsrechtlichen Untersuchungen entpuppen sich mehrheitlich geradezu als «Antwort auf die theoretisch und als Leitbild nicht mehr zu haltende Identifizierung von Privatrechtsordnung und Wirtschaftsordnung»¹¹³.

3. Dualitätstheorien

Die (außerordentlich heteronomen) Begriffsansätze, die an dieser Stelle besprochen werden, kennzeichnen als gemeinsames Merkmal, daß sie entweder am Regelungssubstrat *Wirtschaft*,

¹¹⁰ Wirtschaftsrecht ist alsdann in der Tat «gerade und in erster Linie die liberale und auf das individualistische Prinzip gegründete Privatrechtsordnung des Wirtschaftslebens» (SCHWARK, S. 57; ebenso TSCHÄNI, S. 64 und ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 167; vgl. ferner HART, S. 35 und WIETHÖLTER, Wirtschaftsrecht, S. 335).

¹¹¹ SCHLUEP, Kartellgesetz, S. 97; gl. M. TSCHÄNI, S. 66.

¹¹² Dies teils auch im Geiste einer «Ethisierung und Verabsolutierung des Wettbewerbsprinzipes». (Darüber einläßlich NAWROTH, S. 19 f.)

¹¹³ ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 168; ebenso SCHWARK, S. 59. – Vgl. zu Darstellung und Entgegnung des neoliberalen Ansatzes STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, S. 14 f., KÜBLER, S. 716 f., NAWROTH, S. 17 f., TSCHÄNI, S. 62 f., SCHWARK, S. 57 f., WIETHÖLTER, Wirtschaftsrecht, S. 534 f., HART, S. 32 f., ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 161 f., DERSELBE, Steuerung, S. 280 f. und DERSELBE, Transformationsprobleme, S. 25 f.; ausführlich des weiteren die Abhandlungen von M. WULFF, Die neoliberale Wirtschaftsordnung, Tübingen 1976, U. RUNGE, Antinomien des Freiheitsbegriffs im Rechtsbild des Ordoliberalismus, Tübingen 1971 und J. MARCHAL, Demokratie und Marktwirtschaft in der Theorie des Neoliberalismus, Diss. Gießen 1970.

an der Regelungsinstanz *Staat* oder an dem (diese verbindenden) Regelungsmedium *Recht* anknüpfen¹¹⁴. Damit scheinen sie regelmäßig – mehr oder minder ausgeprägt – einen Dualismus zwischen Staat und Wirtschaft als einander gegenüberstehende gesellschaftliche Teilsysteme zu unterlegen. Nach den geschilderten Bezugspunkten lassen sich drei Definitionsrichtungen auseinanderhalten:

a) Mit Bezugspunkt Wirtschaft

aa) Vernachlässigt man den (allenfalls historisch interessanten) Versuch einer begrifflichen Anknüpfung an der *Produktion*¹¹⁵, ist unter den substratgerichteten Ansätzen einmal jene Auffassung zu erwähnen, welche die *Unternehmung* als «Kristallisationskern des Wirtschaftsrechts»¹¹⁶ ansieht, sonach für ein «als Recht der Unternehmen begriffenes Wirtschaftsrecht» votiert¹¹⁷. Dagegen wurde mit Fug die Enge des Blickwinkels eingewendet¹¹⁸. Die wirtschaftsrechtliche Fragestellung nach dem Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft sowie die daraus fließende Kernthematik der gesamtwirtschaftlichen Ordnung bleiben hier außer Spiel¹¹⁹. Der (reine)¹²⁰ unternehmensorien-

¹¹⁴ Ähnlich ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 169; vgl. (negierend) auch WIETHÖLTER, Wirtschaftsrecht, S. 532 f.

¹¹⁵ Vgl. insb. H. GOLDSCHMIDT, Reichswirtschaftsrecht, Berlin 1923. – Ihm ist selbstredend entgegenzuhalten, daß Wirtschaftsrecht sich nicht sektoral auf die Erzeugung eingrenzen läßt, sondern jedenfalls die Gesamtheit der wirtschaftlichen Tätigkeitsbereiche erfassen muß. (Vgl. RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 4 und SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 74.)

¹¹⁶ So in jüngerer Zeit insb. KOPPENSTEINER, S. 18; gl. M. C. CHAMPAUD, Contribution à la définition du droit économique, Chronique Dalloz 1967, S. 125 f. und die bei JACQUEMIN/SCHRANS (S. 122) aufgelisteten Autoren; über ähnliche osteuropäische Ansätze berichtet MEZNERICS, S. 165. – Vgl. aus der älteren Literatur überdies HUG, Problematik, S. 22 f., W. KASKEL, Gegenstand und systematischer Aufbau des Wirtschaftsrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach, Juristische Wochenschrift 1926, S. 11 f. und F. KLAUSING, Wirtschaftsrecht, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Marburg 1931, S. 1 f.

¹¹⁷ KOPPENSTEINER, S. 20.

¹¹⁸ RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 4, BROHM, S. 20, MERTENS, S. 63, WITTHUN, S. 7 f. und SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 72.

¹¹⁹ Vgl. ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 171 sowie SCHLUEP, Kartellgesetz, S. 89 Fn. 32.

¹²⁰ Bezeichnenderweise vermag KOPPENSTEINER seinen unternehmensrechtlichen Ansatz nicht schlüssig durchzuhalten. Im Blick auf die wirtschaftspolitische Wirklichkeit sieht er sich genötigt, ihn um das «Recht der makroökonomischen Rahmenordnung» anzureichern (S. 35). Das aber ist fraglos «Ausdruck der Verlegenheit, sozio-ökonomische Zusammenhänge nicht

tierte Ansatz verharret letztendlich in einer ausschließlich privatrechtlichen Optik¹²¹. Außerdem ist zu bedenken, daß die wirtschaftsrechtliche Spannung um die Koexistenz konfligierender Interessen sich nicht durch begriffliche Ausrichtung auf den «Hauptort» ihrer Austragung lösen läßt¹²².

bb) Gleichfalls am Normgegenstand knüpfen jene Autoren an, welche die Wirtschaft schlechthin ins Licht stellen und Wirtschaftsrecht durch den *Wirtschaftsbezug* seiner Vorschriften eingrenzen. Auf solcher Grundlage wird Wirtschaftsrecht etwa verstanden als auf die Wirtschaft als ganzes, mithin auf die Volkswirtschaft bezogenes Recht¹²³. Da nun aber bloße Wirtschaftsrelevanz Rechtsnormen nicht hinlänglich zu markieren vermag, wird man an diesem Begriffsverständnis das fast vollständige Verfließen seiner Konturen bemängeln können¹²⁴. Außerdem bleibt seine Anknüpfung gänzlich einseitig, indem es bloß auf die eine Seite der (in Tat und Wahrheit vielfach verschlungenen) Beziehungen zwischen Staat und Wirtschaft ausgerichtet ist¹²⁵.

cc) Einen auf erstes Zusehen ähnlichen Ansatz verfolgen diejenigen Auffassungen, welche ebenfalls am Regelungssubstrat *Wirtschaft* sich orientieren, im gleichen Zuge aber dessen *Ordnung und Gestaltung* durch Recht definitiv mitverarbeiten¹²⁶. SCHLUEP in Sonderheit geht formal von einem Wirt-

durch eine zentrale Schnittstelle in irgendeiner ökonomischen Institution hinreichend beschreiben zu können» (ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 172; kritisch hinsichtlich dieser Zweiteilung des Wirtschaftsrechts auch WITTHUN, S. 8, BROHM, S. 20 und MERTENS, S. 63).

¹²¹ Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 72 f. und HART, S. 31.

¹²² Vgl. auch SAVY, S. 187 f.

¹²³ Exemplarisch A. ARNDT, Wesen des Wirtschaftsrechts, Kartellrundschaue 1927, S. 554 f., insb. S. 556. – Vgl. auch STÖBER, S. 26 f. sowie G. RADBRUCH/K. ZWIEGERT, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., Stuttgart 1969, S. 120. – Über Vorläufer dieser Rechtsauffassung PIEPENBROCK, S. 206.

¹²⁴ Gl. M. RAUSCHENBACH, Abgrenzung, S. 809, WITTHUN, S. 5, SCHWARK, S. 68, SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 68 f. und KOPPENSTEINER, S. 9; ablehnend auch WIETHÖLTER, Position, S. 51. – FUNK (S. 309 f.) zeigt überzeugend auf, daß auch die begriffliche Einengung auf eine «besondere» Wirtschaftsrelevanz hier nicht weiterhilft.

¹²⁵ Vgl. auch ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 182 f.

¹²⁶ So spricht RITTNER (Staatslexikon, S. 819) vom Wirtschaftsrecht als «Sinnzusammenhang aller Normen ..., welche die Wirtschaft gestalten und ihre Abläufe regeln sollen». – Ähnlich HUG/KAUFMANN, S. 600, CHRISTEN, S. 184 und NIPPERDEY/STUMPF, S. 638.

schaftsrecht als «Recht der Wirtschaft»¹²⁷ aus, hält sich aber nachgehend an die «konkrete Wirtschaftsordnung»¹²⁸ und umschreibt demzufolge Wirtschaftsrecht als «Recht der wirtschaftlichen Koordination», das auf die «Verrechtlichung des Koordinationssystems» angelegt ist¹²⁹. Solche Ausdeutungen heben sich von den beschriebenen Gegenstandstheorien ab, indem sie einerseits das Normobjekt Wirtschaft präzisieren¹³⁰, andererseits (und vor allem) dieses mit dem Norminstrument Recht verbinden. Mit ihrer Unterstellung einer rechtlichen Regelungs- (bzw. Koordinations-)bedürftigkeit der Wirtschaft nähern sie sich ersichtlich den später abgehandelten¹³¹ Interdependenztheorien an¹³². Gleichwohl bleiben sie letzten Endes an einem Dualitätsdenken ausgerichtet, weil sie zufolge ihrer grundsätzlich disparaten gegenständlichen Anknüpfung nicht die offene Interdependenz zwischen Wirtschaft und Staat (bzw. deren rechtliche Gestaltung) zum begrifflichen Richtpunkt wählen¹³³.

¹²⁷ SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 69.

¹²⁸ SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 73.

¹²⁹ SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 74 f.; vgl. auch DERSELBE, Kartellgesetz, S. 86 f. und GYGI/SCHLUEP, S. 88 f.; anlehnend CHRISTEN, S. 184.

¹³⁰ Dies gilt zumal für SCHLUEP, der Wirtschaftsrecht nicht schlechthin an die Wirtschaft adressiert, sondern das Koordinationsproblem, will heißen die mittels Markt, Plan oder Gruppenvereinbarung (bzw. deren Mischformen) determinierte Grundordnung ins Zentrum rückt (Wirtschaftsrecht, S. 74 f.). – KOPPENSTEINER (S. 10 f.) setzt ihn freilich gleichwohl mit den Autoren der reinen Gegenstandstheorie gleich, weil die einzelnen Koordinationsformen «nur im Wege der Induktion aus dem gesamten einschlägigen Normenbestand» gewonnen werden könnten und damit ein solcher Wirtschaftsrechtsbegriff in fine gleicherweise ausfere. Dieser Kritik ist der Richtigstellung zuliebe entgegenzuhalten, daß SCHLUEP die einschlägige Koordinationsordnung nicht aus einem unbegrenzten Normenbestand, sondern vor allem aus einem politischen (Vor-) Entscheid herleiten will (vgl. Wirtschaftsrecht, S. 75). Dazu hält der Autor selber fest, daß nicht alles Recht mit Wirtschaftsbezug in Wirtschaftsrecht umschlägt, sondern nur solches mit Koordinationsrelevanz oberhalb der Schwelle bloßer Ablaufhilfe (vgl. Wirtschaftsrecht, S. 81).

¹³¹ Vgl. hinten Ziff. 4.

¹³² Das wird erneut besonders klar bei SCHLUEP, der in einer späteren Publikation Wirtschaftsrecht (verstanden «als instrumentales Maßnahmerecht») die «funktionale Abstimmung der Normen unter Beachtung der wirtschaftlichen Eigengesetzlichkeit» abfordert (Kartellgesetz, S. 88).

¹³³ Mit gleichem Ergebnis (und einläßlicherer Begründung) ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 175 f.

b) Mit Bezugspunkt Staat

Wirtschaftsrechtliche Definitionen mit Bezugspunkt Staat blicken nicht auf den geregelten Bereich Wirtschaft, sondern halten sich umgekehrt an die diesen regelnde hoheitliche Autorität. Damit wird Wirtschaftsrecht gleichgesetzt mit *Interventionsrecht*, erfaßt also staatliche «Maßnahmen zur Lenkung, Förderung oder Begrenzung der selbständigen Erwerbstätigkeit»¹³⁴. Dieser Standpunkt stellt begrifflich den Gegenpol zu den eben besprochenen gegenstandsgerichteten Dualitätstheorien dar. Wirtschaftsrecht gerät hier zum «folgenlosen Sammel-titel»¹³⁵ wirtschaftslenkender Staatseingriffe, dessen eingeleisige Funktionsbestimmung fälschlich das Recht der wettbewerblichen Selbstbestimmungsordnung ausklammert¹³⁶. Damit erfolgt abermals eine verfehlte Isolierung der einen Seite im ambivalenten Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaft und Staat¹³⁷.

c) Mit Bezugspunkt Recht

aa) Hilflose Charakterisierungen von Wirtschaftsrecht als «Auffanglager für systemflüchtige Normen»¹³⁸ unbesehen¹³⁹, zeichnen sich am Recht orientierte Begriffsbildungsversuche

¹³⁴ RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 3; ebenso DERSELBE, Begriff, S. 170 f.; vgl. weiter STEICHEN, S. 213 sowie die bei ASSMANN (Wirtschaftsrecht, S. 177 f.) und SAVY (S. 188 f.) aufgeführten Autoren; über historische Vorläufer moderner Interventionstheorien PIEPENBROCK, S. 205 f. – Einen ähnlichen Ansatz vertritt für das sozialistische Wirtschaftsrecht LAPTEV, S. 138.

¹³⁵ MERTENS, S. 64.

¹³⁶ Vernachlässigt werden alle wirtschaftsrechtlich belangvollen Normen außerhalb des traditionellen öffentlich-rechtlichen Interventionsrechts. Zutreffend läßt daher RAISER (Buchbesprechung, S. 113) Wirtschaftsrecht nicht erst da beginnen, «wo der Staat in einen (als naturgesetzlich vorgegeben betrachteten) wirtschaftlichen Handlungsablauf eingreift». – Vgl. auch die gleichgelagerte Kritik bei WESTERMANN, S. 165, SCHMIDT-RIMPLER, S. 693, WITTHUN, S. 6 und SAVY, S. 189 f.

¹³⁷ Dazu insb. ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 182 f.; ähnlich MERTENS, S. 65 und WIETHÖLTER, Position, S. 60 Fn. 46. – Der interventionsrechtliche Begriff wird weiter abgelehnt von CHRISTEN, S. 186, RAISER, Gegenstand, S. 343, HUG/KAUFMANN, S. 599, WIETHÖLTER, Wirtschaftsrecht, S. 531 und KOPPENSTEINER, S. 12 f.

¹³⁸ So deren Bezeichnung durch SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 68.

¹³⁹ Vgl. insb. RAUSCHENBACH, Abgrenzung, S. 809 und 812; zu älteren historischen Ansätzen PIEPENBROCK, S. 208. – Dagegen ist vorzubringen, daß einmal die «Systemferne» kaum derart groß ist, daß Systemintegration vollends ausgeschlossen erscheint. Kommt dazu, daß bloße Systemfremdheit allein kein System zu konstituieren vermag. (Vgl. BROHM, S. 21 und SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 68.)

dadurch aus, daß sie besondere rechtliche Eigenheiten des Wirtschaftsrechts heraus- (und damit dem «gemeinen» Recht gegenüber-) stellen¹⁴⁰. Aufzuführen ist im Kontext vorab die Benennung als «Konfliktsrecht», wonach das Besondere des Wirtschaftsrechts dessen Einfassung in den Widerstreit zwischen Freiheit und Bindung ausmache¹⁴¹. Daß hierauf indessen nichts ankommen kann, erkennt jedermann, der sich erinnert, daß die Antinomie zwischen Freiheit und deren Schranken die Rechtsordnung schlechthin durchzieht¹⁴².

bb) Gelegentlich hat man versucht, Wirtschaftsrecht von seiner *Methode* her zu erschließen. So wurde schon früh vorgetragen, dessen «vollrechtliche Betrachtungsweise» sei durch den Einbezug der soziologischen Daten geprägt¹⁴³. Später hat namentlich FRÖHLER aus der Diagnose, Wirtschaftsrecht erfordere eine besondere Methode, auf dessen Existenz als eigenständiges Rechtsgebiet geschlossen¹⁴⁴. Solchen Begriffsverständnissen ist zu erwidern, daß sie im Grunde auf einer gegenstandsgebundenen Basis fußen¹⁴⁵. Denn methodische Eigenheiten können wohl nur aus den Besonderheiten des vom methodisch besonderen Recht geregelten Sachverhalts hervorgehen¹⁴⁶. Derweise bleibt offen, wann überhaupt die arteigene Methode spielen und was denn diese ausmachen soll¹⁴⁷. Feststeht, daß die sozialwissenschaftliche Ausrichtung bzw. die Rezeption der entspre-

¹⁴⁰ Kritisch zu dieser Ausgangsposition SCHLUEP (Wirtschaftsrecht, S. 66 f.) mit dem Fazit, es fehle «der stringente Nachweis einer spezifischen Differenz zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Recht» (S. 69). – Ebenso BAUDENBACHER, Anwendung, S. 146; vgl. ferner MERTENS, S. 67.

¹⁴¹ Vgl. vor allem E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1, Tübingen 1958, S. 10 f.; ebenso RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht, S. 18 und DERSELBE, Abgrenzung, S. 812.

¹⁴² Wie hier SCHMIDT-RIMPLER, S. 693, BROHM, S. 19, SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 68 und SCHWARK, S. 52 f.

¹⁴³ M. RUMPF, Der Sinn des Wirtschaftsrechts, AcP 1922, S. 153 f.; vgl. auch K. GEILER, Moderne Rechtswandlungen auf dem Gebiete des Privatrechts, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Marburg 1931, S. 173 f. sowie H. KRONSTEIN, Wirtschaftsrecht – Rechtsdisziplin und Zweig der Rechtsstatsachenkunde (1928), in: Ausgewählte Schriften, Karlsruhe 1962, S. 3 f.

¹⁴⁴ FRÖHLER, Wirtschaftsrecht, S. 166 f., DERSELBE, Lage, S. 44 f.

¹⁴⁵ Gl. M. ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 175.

¹⁴⁶ Sonach erscheint es «methodologisch fragwürdig, die Individualisierung eines solchen (normativen) Komplexes von der Methode (der Wirkung) und nicht ihren Grundlagen (den Ursachen) her vorzunehmen» (KOPPENSTEINER, S. 8).

¹⁴⁷ Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 67. – Die Fragen lassen sich ohne Rekurs auf den Gegenstand abermals kaum beantworten. (Ebenso WITTHUN, S. 5 und KOPPENSTEINER, S. 8.)

chenden Begriffswelt allein kein konstitutives Merkmal zu bilden vermag, da die Aufgeschlossenheit gegenüber den Realien (bzw. gegenüber den zuständigen wissenschaftlichen Disziplinen) in allen Rechtsgebieten sich durchgesetzt hat¹⁴⁸.

cc) Als Wirtschaftsrechtsdefinition mit Bezugspunkt Recht sei schließlich jene Auffassung erwähnt, die eine *gesamtwirtschaftliche Wertung* als bestimmendes Merkmal heraushebt. Danach sind alle «Rechtssätze Wirtschaftsrecht, deren Richtigkeitsgrund ein gesamtwirtschaftlicher ... ist»¹⁴⁹. Einer derartigen Umschreibung mag man zunächst den Rekurs auf einen Begriff («Gesamtwirtschaft») anlasten, der sich (namentlich angesichts des modernen Wertpluralismus)¹⁵⁰ als wenig abgrenzungskräftig erweist¹⁵¹. Kommt dazu, daß ihr ein Trennungsdenkens unterliegt, das Einzel- und Gesamtinteressen einander antinomisch gegenüberstellt¹⁵². Demnach wird ein Modell beansprucht, das der gegenseitigen Verklammerung von Wirtschaft und Staat und damit den verfließenden Interessensphären unzulänglich Rechnung trägt¹⁵³.

4. Interdependenztheorien

Die interdependenztheoretischen Begriffsansätze sondert von den eben erörterten der Umstand, daß sie «Wirtschaftsrecht vor dem Hintergrund kontingenter Beziehungen von Staat und Wirtschaft» thematisieren¹⁵⁴. Ihre Ausgangspositionen verarbeiten den durchdringenden Funktionszusammenhang von Staat und Wirtschaft¹⁵⁵. Damit erfolgt im gleichen Zuge eine

¹⁴⁸ BROHM, S. 20, WIETHÖLTER, Position, S. 51, SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 67 und KOPPENSTEINER, S. 8f. – Dem methodologischen Begriffsansatz widersetzen sich ferner auch BAUDENBACHER, Anwendung, S. 147, MERTENS, S. 64, CHRISTEN, S. 191 sowie FUNK, S. 308f.

¹⁴⁹ SCHMIDT-RIMPLER, S. 693; ähnlich RITTNER, Wirtschaftsrecht, S. 14 und SCHWARK, S. 64f.

¹⁵⁰ Über die Erkenntnisse der zeitgenössischen Wertlehre statt vieler BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, S. 119 und R. ZÄCH, Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, ZSR 96I, S. 313f., insb. S. 329f.

¹⁵¹ So WITTHUN, S. 7, MERTENS, S. 63, BROHM, S. 19f. und KOPPENSTEINER, S. 16; vgl. auch ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 173.

¹⁵² BROHM (S. 19f.) sieht nicht ohne Grund Parallelen zu der hergebrachten Differenzierung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht nach der Interessentheorie. – Vgl. ferner KOPPENSTEINER, S. 16f.

¹⁵³ Der erörterte Ansatz scheint auch nach MERTENS (S. 63) «nicht in die realistische Landschaft der mixed economy zu passen».

¹⁵⁴ ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 183.

¹⁵⁵ Vgl. auch OTT, S. 389 und MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 71f.

begriffliche Integration der wechselseitigen *Interdependenz zwischen Staat und Wirtschaft*. Diese Weitung des Blickwinkels belegen zumal zwei von den hier zu besprechenden Auffassungen besonders herausgestellte Eigenheiten des Wirtschaftsrechts:

Einmal wird Wirtschaftsrecht in Beziehung gebracht zur *Wirtschaftspolitik* als Ausdruck heteronomer staatlicher Systemsteuerung¹⁵⁶ anstelle gänzlich autonomer marktwirtschaftlicher Selbstregulierung. Man unterstreicht die reziproke Bestimmung von Wirtschaftspolitik und einem Wirtschaftsrecht, unter das die «rechtlichen Bedingungen und Ausformungen wirtschaftspolitischer Regelung ... zu fassen» sind¹⁵⁷. So wird Wirtschaftsrecht definiert als Inbegriff der «Entscheidungen des Rechtssystems ..., die (gerechterweise) nicht ohne rationale Ausrichtung an wirtschaftspolitischen Optimierungskriterien getroffen werden können»¹⁵⁸.

Eng mit dessen wirtschaftspolitischer Orientierung verknüpft ist die als weiteres Charakteristikum hervorgehobene *Instrumentalisierung* des Wirtschaftsrechts. Es konstituiert sich unter diesem Aspekt in der Funktion, die seinen «Normen zur Stützung und Sicherung der jeweils ... praktizierten Wirtschaftsordnung zukommt»¹⁵⁹. Mithin übernimmt es die Aufgabe einer eigentlichen (politischen) Gestaltung dieser Wirtschaftsordnung¹⁶⁰. Damit wird Wirtschaftsrecht instrumental für die Umsetzung wirtschaftspolitischer Ziele in Dienst genommen. Die Disziplin läßt sich folgerichtig als «Instrument der Wirtschaftspolitik» begreifen¹⁶¹.

¹⁵⁶ HOPT (S. 1018) spricht in systemtheoretischer Sicht von «Systemregelungsrecht». – Vgl. außerdem NAHAMOWITZ, S. 99.

¹⁵⁷ MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 187. – Eine Ausrichtung des Wirtschaftsrechts auf die Wirtschaftspolitik vollziehen auch STEINDORFF (Wirtschaftsrecht, S. 7), RAISER (Gegenstand, S. 340), RAUSCHENBACH (Abgrenzung, S. 809f.) sowie HART (S. 31f.); ausführlich über den «wirtschaftspolitische(n) Bezug als Kriterium des Wirtschaftsrechts» MERTENS, S. 66f.

¹⁵⁸ MERTENS, S. 68. – Vgl. im Kontext auch WESTERMANN (S. 166f.), nach dem wirtschaftspolitische Optimierungskriterien aus dem Sozialmodell des Wirtschaftsrechts fließen.

¹⁵⁹ RAISER, Zukunft, S. 212.

¹⁶⁰ Diese Gestaltungsaufgabe des Wirtschaftsrechts wird zumal von STEINDORFF (Wirtschaftsrecht, S. 7 und Politik, S. 231f.) unterstrichen. Vgl. aber auch MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 187f., RAISER, Gegenstand, S. 340f., OTT, S. 407f. und RAUSCHENBACH, Abgrenzung, S. 809f. – Ein analytisches Modell des Steuerungsprozesses findet sich bei HOPT (S. 1019f.).

¹⁶¹ So STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, S. 7; vgl. ebenfalls DERSELBE, Politik, S. 235 und RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 9. – Besonders pointiert vertreten wird der instrumentale Ansatz von OTT, der Wirtschaftsrecht ausschließ-

Solchen interdependenzorientierten Ausdeutungen des Wirtschaftsrechts läßt sich in wenig Worten etwa entgegenhalten was folgt: Zunächst dürfte die begriffliche Verbindung mit der Wirtschaftspolitik in der Sache nicht entscheidend weiterhelfen. Die Vokabel «Wirtschaftspolitik» selber scheint als Anknüpfungspunkt zu unbestimmt, als daß ihr verbindlicher Abgrenzungswert für die Ausmarchung wirtschaftsrechtlicher Normen abgewonnen werden könnte¹⁶². Außerdem gehört die Umsetzung politischer Aktionsprogramme zu den «Eigentümlichkeiten normativer Akte ... , die bei allen sozialgestaltenden Maßnahmen ... anzutreffen sind»¹⁶³. Schließlich ist an die Gefahr einer Überbetonung der reinen Instrumentalfunktion zu erinnern. Darob werden die «konstitutiven, über die jeweiligen zweckrational-instrumentellen Interessen an Recht hinausgehenden ordnungssichernden Funktionen» vernachlässigt¹⁶⁴.

II. Ergebnis

1. Aus dem vorstehenden Aufriß der verschiedenen Begriffsansätze erhellt, daß die Vorstöße, Wirtschaftsrecht geschlossen begrifflich einzufangen, sich als wenig fruchtbar erwiesen haben¹⁶⁵. Somit scheint beim heutigen Stand der wissenschaft-

lich als Instrument zur Steuerung und Optimierung ökonomischer Prozesse betrachtet, das nicht mehr «bürgerorientierte Wohlerhaltensnorm, sondern Organisationsrecht» (S. 407) sei und eben deshalb als «Wirtschaftslenkungsrecht» reines «Instrumental- oder Spiegelrecht» darstelle (S. 408). – Die Instrumentalfunktion wird des weiteren betont von FUNK, S. 313, JACQUEMIN/SCHRANS, S. 127, SAVY, S. 193, ZIETZ, S. 234, TSCHÄNI, S. 155 f. und RAISER, Gegenstand, S. 340 f.; vgl. ferner die Darstellung bei STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, S. 3 f. – Schließlich bezeichnet auch SCHLUEP (Kartellgesetz, S. 88) Wirtschaftsrecht «als instrumentales Maßnahmerecht» mit politischer Gestaltungsaufgabe und schlägt damit die Brücke von einer ursprünglich eher gegenstandsorientierten zu einer interdependenzgerichteten Betrachtungsweise.

¹⁶² ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 203. – Gl. M. auch BROHM (S. 21), der überdies auf das Problem aufmerksam macht, daß gesetzgeberische Zwecksetzungen selten monofinal angelegt sind. – Man wird sich an dieser Stelle auch fragen müssen, ob hinsichtlich «Definitionsschärfe» viel gewonnen ist, wenn man (Wirtschafts-) Politik als «zielgerichtetes Handeln unter Optimierungsgesichtspunkten» konkretisiert (so MERTENS, S. 67).

¹⁶³ BROHM, S. 21.

¹⁶⁴ ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 182; ebenso MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 187. – Dazu ausführlicher hinten S. 301 f.

¹⁶⁵ Wie hier BROHM, S. 19, HOPT, S. 1017, FUNK, S. 312, WITTHUN, S. 4 und WIETHÖLTER, Wirtschaftsrecht, S. 531.

lichen Forschung ein in sich *abgegrenzter konsensfähiger Begriff* des Wirtschaftsrechts *nicht in Sicht*. Dies vermag kaum zu überraschen, wenn man sich auf die Ergebnisse der modernen Wissenschaftstheorie besinnt, wonach aus dem «Wesen» des Definitionssubstrates gewonnene (essentialistische) Definitionsversuche allemal scheitern müssen¹⁶⁶, wissenschaftstheoretisch sich somit eigentlich bloß Nominal- (nicht aber Real-) definitionen vertreten lassen¹⁶⁷. Aus dieser Einsicht ist in der Tat zu folgern, «daß jedes Verständnis des Wirtschaftsrechts nicht auf Erkenntnis, sondern auf Entscheidung beruht»¹⁶⁸. Indessen harrt weiter einer Antwort die Frage, für welches Wirtschaftsrechtsverständnis man sich auf der Grundlage der angestellten historischen und begrifflichen Vorabklärungen zu entscheiden habe.

Mißlingt alles in allem eine geschlossene Definition, kann nurmehr eine *offene Ausdeutung* des Wirtschaftsrechts unter Verzicht auf eine scharfe normative Abgrenzung angehen¹⁶⁹. So ist in systemtheoretischer Sicht folgerichtig gefordert worden, «Wirtschaftsrecht nicht als statisches, in sich abgeschlossenes Normensystem zu sehen, sondern als einen das System Wirtschaft regelnden und umgekehrt von diesem beeinflussten Steuerungsprozeß»¹⁷⁰. Dieser Steuerungsprozeß (und damit das sich darin konstituierende Wirtschaftsrecht) ist bezogen auf ein sich stets in Wandlung und Entwicklung befindliches, ambivalent verschlungenes Zusammenwirken von Staat und

¹⁶⁶ Vgl. KOPPENSTEINER, S. 4 f., mit Fundstellenmaterial insb. zum kritischen Rationalismus; vgl. im Kontext (einführend) die Übersichten bei STEGMÜLLER, Hauptströmungen, S. 346 f. sowie (insb. aus theologischer Sicht) H. KÜNG, Existiert Gott? Antwort auf die Gottesfrage der Neuzeit, Zürich 1980, S. 121 f.

¹⁶⁷ Dazu statt aller SEIFFERT, S. 46 f. – Das klassische Definitionsverständnis ist von der modernen Wissenschaftstheorie zumal im Banne der Schriften von CARNAP und HEMPEL bedeutend revidiert worden. (Vgl. STEGMÜLLER, Hauptströmungen, S. 368 f. und DERSELBE, Wissenschaftstheorie, S. 334 f.)

¹⁶⁸ KOPPENSTEINER, S. 5; gl. M. WITTHUN, S. 8; vgl. ferner RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 3.

¹⁶⁹ In diesem Sinne die Mehrheit des jüngeren Schrifttums. (Vgl. etwa OTT, S. 346, MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 187 und 191, ZACHER, S. 22 Tz 13, ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 197 f., MERTENS, S. 66, WIETHÖLTER, Position, S. 61, JACQUEMIN/SCHRANS, S. 124 und FUNK, S. 314.)

¹⁷⁰ HOPT, S. 1022; vgl. im Kontext auch HART, S. 31. – Zur programmierten Offenheit gehört ebenfalls die inhaltliche Wandelbarkeit im Flusse der Zeit. Der konkrete Gehalt des Wirtschaftsrechts läßt sich daher nur für einen bestimmten Zeitraum (als Momentanaufnahme) darstellen. (Zutreffend RAISER, Gegenstand, S. 340; vgl. auch RITTNER, Systematik, S. 322, BAUDENBACHER, Anwendung, S. 147 und REICH, Tendenzen, S. 1449.)

Wirtschaft¹⁷¹. Regelungsmaterie wie begrifflicher Richtpunkt des Wirtschaftsrechts bildet in der Folge das *offene (aber organisierte) Interdependenzverhältnis* zwischen Staat und Wirtschaft¹⁷². Wirtschaftsrecht wird unter diesem Gesichtswinkel zur *Integrationsdisziplin*¹⁷³, die soziologisch (unter Veranschlagung des ordnungskonstitutiven Eigenranges des Rechts) mit der Einfassung der gesellschaftlichen Teilsysteme Wirtschaft und Staat (bzw. mit der Verbindung von deren Koordinationsprinzipien Wettbewerb und Wirtschaftspolitik), rechtswissenschaftlich mit der Verklammerung und Überbrückung der angestammten Rechtszweige betraut ist¹⁷⁴.

2. Was ist aus diesem Ergebnis für Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts zu folgern? In *theoretischer* Hinsicht wird man mit Blick auf den aktuellen Diskussionsstand den Durchbruch eines konsensfähigen geschlossenen Begriffes kaum erwarten können. Die zur Zeit entwicklungsfähigste Untersuchungsrichtung (in Abkehr von materialistisch-deterministischen Ansätzen) dürfte in einer Fruchtbarmachung von Erkenntnissen der funktionalistischen *Systemtheorie*¹⁷⁵ liegen. So verspricht sich neuerdings etwa ASSMANN¹⁷⁶ auf dieser Grundlage frische Horizonte von der Entfaltung eines Sozialmodells der mixed economy, will sagen von einer neuen Ordnungsidee als «Mechanismus einer offenen, sich aber limitierenden Ordnung gesellschaftlicher Interdependenz»¹⁷⁷. Einheitlicher Bezugspunkt wird somit «Angabe und Ausarbeitung der Bedingungen

¹⁷¹ Ähnlich ZACHER, S. 22 Tz 13. – Das führt hin zur Bezeichnung des Wirtschaftsrechts als besonderer «Problemtitel für die Art und Weise, in der Recht auf eine spezifische Problemlage im Verhältnis eines stets schon rechtlich geprägten Verhältnisses von Staat und Wirtschaft reagiert» (ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 198).

¹⁷² Vgl. ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 204.

¹⁷³ So insb. BROHM, S. 25f.; vgl. auch HOPT, S. 1017 sowie FUNK, S. 312f. – ASSMANN (Steuerung, S. 253) redet von einer «Kontrollinstanz auf nächst höherer Ebene».

¹⁷⁴ Vgl. näheres hinten S. 304f.

¹⁷⁵ Dazu das ganze Schrifttum LUHMANNs, vor allem aber Rechtssoziologie, Bd. 2, S. 217f., DERSELBE, Funktionale Methode und Systemtheorie, in: DERSELBE, Soziologische Aufklärung 1, Opladen 1970, S. 31f., DERSELBE, Handlungstheorie und Systemtheorie, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1978, S. 211f., DERSELBE, Zweckbegriff und Systemrationalität, Tübingen 1968 sowie DERSELBE, Selbstreflexion des Rechtssystems, Rechtslehre 1979, S. 159f.

¹⁷⁶ Wirtschaftsrecht, S. 198f.; vgl. auch DERSELBE, Steuerung, S. 311f.

¹⁷⁷ ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 204.

der Möglichkeit der Abstimmung verschiedener dezentraler privater intermediärer und staatlicher Akteure»¹⁷⁸.

Die *Praxis* des Wirtschaftsrechts freilich wird sich vorläufig mit einem pragmatischeren Verständnis bescheiden müssen¹⁷⁹. Hilfreich für wirtschaftsrechtliche Rechtsetzung wie Rechtsanwendung erweist sich hiebei der *typologische* Ansatz, welcher Wirtschaftsrecht durch einen Kranz von Typenelementen zu erfassen sucht¹⁸⁰. Unter diesen Typenmerkmalen kann etwa die eigenständige Gemeinwohlausrichtung herausgestellt werden, welche wirtschaftsrechtliche Entscheidungen an gesamtgesellschaftlichen (ökonomischen und metaökonomischen) Richtigkeitsvorstellungen zu messen gebietet¹⁸¹. Des weiteren mag man die Steuerung des wirtschaftlichen Gesamtprozesses anführen¹⁸². Schließlich ist unter methodologischem Aspekt das

¹⁷⁸ ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 207. – Er argumentiert im wesentlichen wie folgt (vgl. insb. Wirtschaftsrecht, S. 228f.): In der modernen mixed economy ist «der Wirtschaftsablauf von Markt (Wettbewerb) und Politik gleichermaßen bestimmt» (S. 228), was eine «neue, eigenständige und integrierte Form der Wirtschaft» indiziert. «Die auf diese Weise aus der Verflechtung von Staat und Wirtschaft resultierenden Abstimmungsprobleme bilden den Gegenstand eines Sozialmodells der mixed economy» (S. 229). Sie stellen im gleichen Zuge das Recht vor neue Koordinationsaufgaben und zwingen es zur Entwicklung neuer Rechtsformen. Wirtschaftsrecht begreift sich unter diesem Aspekt als «rechtssysteminterne Ausdifferenzierung zur Neurelationierung rechtlicher Entscheidungen» (S. 230). Daraus erwächst ein neues Paradigma des Wirtschaftsrechts als «grobes Modell der Herstellung von Ordnung aus den Interaktionen der (neuen) Wirtschaftssubjekte der mixed economy» (S. 282).

¹⁷⁹ Gl. M. offenbar BROHM, S. 21 und FUNK, S. 314.

¹⁸⁰ Vgl. dazu (und zum folgenden) SCHLUEP, Kartellgesetz, S. 91f.; ferner SCHWARK, S. 61f.

¹⁸¹ Vgl. RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 2f., DERSELBE, Begriff, S. 172f., SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 82, DERSELBE, Kartellgesetz, S. 91f., GYGI/SCHLUEP, S. 89, JACQUEMIN/SCHRANS, S. 123, RAISER, Gegenstand, S. 340, STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, S. 8, RITTNER, Wirtschaftsrecht, S. 12f., DERSELBE, Systematik, S. 332, STEICHEN, S. 219, ZIETZ, S. 234, SCHMIDT-RIMPLER, S. 690f., SAVY, S. 193, RAUSCHENBACH, Abgrenzung, S. 812 und DERSELBE, Wirtschaftsrecht, S. 18.

¹⁸² So ist etwa die Rede vom «gesamtwirtschaftliche(n) Bezug» (BAUDENBACHER, Anwendung, S. 146 und SCHWARK, S. 64f.) oder von der Bewältigung der «Makroproblematik» (GOLDSTAJN, S. 76). – Vgl. zu diesem typologischen Kennzeichen außerdem CHRISTEN, S. 189, MEZNERICS, S. 158, NAHAMOWITZ, S. 99, SCHLUEP, Kartellgesetz, S. 93, RAUSCHENBACH, Abgrenzung, S. 812, RITTNER, Wirtschaftsrecht, S. 12, DERSELBE, Staatslexikon, S. 819, ZIETZ, S. 232, STEINDORFF, Politik, S. 330 und SCHMIDT-RIMPLER, S. 690. – Besonders einprägsam releviert wird es von systemtheoretischen Ansätzen. (Vgl. insb. HOPT, S. 1018f.; dazu auch RAISER, Gegenstand, S. 339f.)

Heranwachsen besonderer wirtschaftsrechtlicher Auslegungsgesichtspunkte zu vermehren¹⁸³. Im Vordergrund steht hierbei die funktionale Betrachtungsweise, welche «von mehreren möglichen Normhypothesen» derjenigen den Vorzug gibt, «welche am ehesten zur Realisierung der konkreten Wirtschaftsverfassung beiträgt»¹⁸⁴.

C. Über die Aufgaben des Wirtschaftsrechts

Die Feststellung, daß eine wirtschaftsrechtliche Begriffsbildung derzeit nur offen resp. pragmatisch ausfallen kann, führt zur Frage hin, ob ein derartiger Begriff überhaupt noch einen *eigenständigen Systemansatz* des Wirtschaftsrechts zu rechtfertigen vermag¹⁸⁵. Nun erkennt die moderne Wissenschaftstheorie «Begriffsexplikationen» immerhin dann Berechtigung zu, falls sie insbesondere wissenschaftlich fruchtbar sind sowie dem «Explikandum» ähneln¹⁸⁶. Die im Kontext entscheidende wissenschaftliche Fruchtbarkeit¹⁸⁷ wird man demnach dem

¹⁸³ Eine besondere Methode des Wirtschaftsrechts verlangen auch FRÖHLER, Wirtschaftsrecht, S. 166f., DERSELBE, Begriff, S. 44, STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, S. 7f., RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 2, DERSELBE, Begriff, S. 171, GYGI/SCHLUEP, S. 93 und GOLDSTAJN, S. 76; aus dem älteren Schrifttum RUMPF (zit. Anm. 143).

¹⁸⁴ BAUDENBACHER, Anwendung, S. 147; vgl. zur funktionalen Rechtsanwendung namentlich auch SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 83f., DERSELBE, Kartellgesetz, S. 95f., BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, S. 134f., DERSELBE, Machtbedingte Wettbewerbsstörungen als Unlauterkeitstatbestände, GRUR 1981, S. 19f., insb. S. 21f., MEIER, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 312f. sowie (für das Europakartellrecht) DERSELBE, Vertrieb, Bd. 2, S. 40f., S. 44f. und S. 127f. – Eine funktionsgerichtete Schau fordern ferner STEINDORFF, Politik, S. 330f., FRÖHLER, Wirtschaftsrecht, S. 176 und DERSELBE, Begriff, S. 44. – Mit Vorbehalt neuerdings E. BREM, Funktionale Rechtsanwendung und Interessenjurisprudenz, in: Beiträge zur Methode des Rechts, Bern und Stuttgart 1981, S. 87f., insb. S. 95f.

¹⁸⁵ Bejahend etwa MERTENS (S. 65), der zu Recht darauf hinweist, daß die geforderte Definitionsschärfe von der wissenschaftlichen Zweckverwendung abhängt.

¹⁸⁶ So insb. die Theorie CARNAPS über die Kriterien zur Beurteilung der Adäquanz einer Begriffsexplikation. (Vgl. darüber anstelle vieler STEGMÜLLER, Hauptströmungen, S. 374f. und DERSELBE, Wissenschaftstheorie, S. 338f.)

¹⁸⁷ «Damit ist gemeint, daß der fragliche Begriff die Aufstellung möglichst vieler Gesetze gestatten soll» (STEGMÜLLER, Hauptströmungen, S. 375). – Die ändern von CARNAP relevierten Kriterien dürften für unsere Belange weniger bedeutsam sein. Zumal wird man die geforderte Affinität zwischen Explikat und Explikandum bejahen müssen, weil der hier unterlegte

Wirtschaftsrecht nicht absprechen, «wenn sich daraus ein Verständnisvorteil, eine verbesserte Chance ergibt, die normativen und sozialen Dimensionen einschlägiger Problemlagen zu erfassen»¹⁸⁸. Diese eine wirtschaftsrechtliche Begriffsbildung legitimierende Voraussetzung ist nach der hier vertretenen Auffassung in zweifacher Hinsicht erfüllt¹⁸⁹: Zum einen haben Breite und Tiefe rechtlicher Systemsteuerung im Wirtschaftsbe- reich ein Ausmaß angenommen, das als solches einer die Gesamtschau vermittelnden Rechtsdisziplin ruft. Zum andern entfesselt die offenkundige Interdependenz zwischen Wirtschaft und Staat rechtsinterne Wandlungen, die eine auch qualitative Neubetrachtung durch eine übergreifende Rechtsdisziplin erheischen. In diesem Lichte rechtfertigen namentlich die nachstehend geschilderten besonderen Aufgaben des Wirtschaftsrechts dessen Existenz als eigenständiger rechtswissenschaftlicher Systemansatz.

I. Rechtsinterne Ausrichtung auf die mixed economy

Wie bereits aus der historischen Analyse hervorgeht, hat sich Wirtschaftsrecht vor dem Hintergrund eines veränderten Verhältnisses von Staat und Wirtschaft entfaltet. Eine selbständige Kategorie Wirtschaftsrecht erscheint daher sinnvoll als *rechtsinterne Reaktion* zur Erfassung der «volle(n) Bandbreite des Funktionszusammenhangs zwischen Staat und Wirtschaft»¹⁹⁰. Sie soll die herangewachsene Interdependenz der beiden gesellschaftlichen Teilsysteme bzw. deren organisatorische Ausdifferenzierung normativ umsetzen¹⁹¹ und im gleichen Zuge die

Wirtschaftsrechtsbegriff im Rahmen des umgangssprachlichen Begriffshofes verbleibt. (Grundsätzlich wissenschaftstheoretisch strenger SEIFFERT, S. 47f.) Außerdem ist anzumerken, daß im Konfliktfall das Fruchtbarkeitsgebot die Ähnlichkeitsforderung verdrängt (STEGMÜLLER, Hauptströmungen, S. 375 und DERSELBE, Wissenschaftstheorie, S. 339).

¹⁸⁸ KOPPENSTEINER, S. 5f.

¹⁸⁹ Vgl. BROHM (S. 21f.), der die Existenzberechtigung des «Wirtschaftsrechts» ebenfalls mit einem quantitativen und einem qualitativen Aspekt untermauert.

¹⁹⁰ OTT, S. 389; im gleichen Sinne REICH, Tendenzen, S. 1449 und RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 2; mit gleichem Ergebnis, aber in gegengewandeter (und daher kritisch-ablehnender) Haltung BRÜGGEMEIER, Probleme, S. 72f.

¹⁹¹ Wirtschaftsrecht wird als Antwort der Rechtsordnung auf die aktuellen Fragen um die Integration gesellschaftlicher Differenzierungen von Staat, Recht und Wirtschaft namentlich von MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE (S. 71f.) ausführlich dargestellt. Nach diesen Autoren bedeutet Interdepen-

eigentümliche Verschränkung der beiden Steuerungsträger Markt und Staat zur Geltung bringen¹⁹². Diese Interaktion wird man deshalb als Kernpunkt der wirtschaftsrechtlichen Thematik behandeln müssen, weil sie unmittelbar aus der *realen Wirtschaftsform der mixed economy* fließt¹⁹³. Die mixed economy ist ihrerseits durch zwei im Kontext belangvolle Entwicklungstendenzen geprägt¹⁹⁴: einerseits durch die Verrechtlichung der Ökonomie¹⁹⁵, andererseits durch die Ökonomisierung des Rechts¹⁹⁶. Überhaupt prägen die Eigenheiten einer solchen mixed economy Wirtschaftsrecht maßgeblich. So kann als Beleg etwa auf die Verflüchtigung des formalen Gesetzestypus im Wirtschaftsrecht verwiesen werden¹⁹⁷. Im weiteren ist

denz, «daß Probleme im Bereich der Wirtschaft sich als Staatsprobleme erweisen können wie umgekehrt staatliches Handeln wirtschaftliche Fragen definieren kann». Organisiert ist sie deshalb, «weil die Verfahren nach erschließbaren ... Regelsystemen verlaufen» (S. 71). – Vgl. zum Stichwort «veränderte Sozialstruktur zahlloser Interdependenzen» auch WIETHÖLTER, Position, S. 53; ferner WESTERMANN, S. 166 und JACQUEMIN/SCHRANS, S. 131.

¹⁹² Vgl. die wirtschaftsrechtliche Aufgabenbestimmung bei RAISER, Gegenstand, S. 341; zudem ASSMANN, Steuerung, S. 320 f. – In die gleiche Richtung zielt (kritisch) REICHS These von der doppelten Instrumentalität des Wirtschaftsrechts, das einerseits «marktmäßig ablaufende ökonomische Prozesse organisiert» und andererseits danach trachtet, «auf diese Marktprozesse Einfluß zu nehmen und andere, sozialstaatliche Zielsetzungen in diese Prozesse einzubringen» (REICH, Markt, S. 65).

¹⁹³ Zu den komplexen Strukturmerkmalen der mixed economy die Übersichten bei ASSMANN, Transformationsprobleme, S. 30 und Steuerung, S. 313 f.; ausführlich auch DERSELBE, Wirtschaftsrecht, S. 299 f.

¹⁹⁴ Vgl. ASSMANN, Steuerung, S. 316 f.

¹⁹⁵ Als Ausdruck zunehmender rechtlicher Regulierung des Subsystems Wirtschaft. (Vgl. zum Terminus auch OTT, S. 397 und CHRISTEN, S. 179.)

¹⁹⁶ Etwa im Sinne einer Rückstrahlung der wirtschaftswissenschaftlichen Begriffswelt auf das Regelungsinstrument Recht. (Darüber statt vieler SCHMIDT, S. 697 f. und CHRISTEN, S. 198 f.; vgl. ferner zum Problem – mit weiteren Angaben – BAUDENBACHER, Anwendung, S. 149 f.) – An dieser Stelle kann auch auf die Lehren der ÖAR (Ökonomischen Analyse des Rechts) hingewiesen werden, welche die konsequente Ausrichtung des Rechtssystems am marktökonomischen Effizienzmodell verlangt. (Gründlich im deutschsprachigen Schrifttum insb. der Sammelband H. D. ASSMANN/CH. KIRCHNER/E. SCHANZE, Ökonomische Analyse des Rechts, Kronberg 1978.)

¹⁹⁷ WIETHÖLTER (Wirtschaftsrecht, S. 532) spricht drastisch von der Ablösung des «klassischen ... Rechts- (= Substanz-)Gesetzes» durch eine «planmäßige und instrumentale politische Zweck- (Ziel-)Orientierung». Gemeint ist eine neue Rechtsetzungstechnik, welche der Gesetzesebene substantiell vor allem wirtschaftspolitische Zielformeln als allgemein gehaltene Ermächtigungen beläßt, die konkrete Interventionssteuerung

der faktische «Rechtsquellenpluralismus» anzuführen, nach dem Wirtschaftsrecht als Systemsteuerungsordnung sich nicht in staatlicher Rechtserzeugung erschöpft, sondern «Möglichkeiten «apokrypher» Rechtsetzung» vor allem «auf Grund des Zusammenwirkens staatlicher und parastaatlicher Institutionen mit Verbänden und Unternehmen» miteinfaßt¹⁹⁸.

All das legt klar, daß Wirtschaftsrecht in modernen Rechtssystemen über weite Strecken normativ «Niederschlagungsort» sozialen Wandels im Bereich der Wirtschaftsordnung geworden ist¹⁹⁹. Seine auch rechtskategoriale Verselbständigung drängt sich sonach auf angesichts der Eigentümlichkeiten und Bedürfnisse der praktizierten mixed economy.

II. Vermittlung zwischen Wirtschaftspolitik und Recht

Zufolge dieser Ausrichtung auf die mixed economy wird Wirtschaftsrecht eingepflanzt in das *Spannungsfeld zwischen Wirtschaftspolitik und Recht*. Damit gerät es in den Brennpunkt

aber den Administrativbehörden überantwortet. Anvisiert wird damit erhöhte Flexibilität im Steuerungssystem. (Vgl. dazu etwa RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 7 und JOERGES, S. 21 f. sowie – ausführlicher – ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 210 f. und DERSELBE, Steuerung, S. 246 f.) – Rechtssoziologisch ist in diesem Zusammenhang an die Theorie der «Positivität» des Rechts zu erinnern, nach der dessen Abänderbarkeit (und damit vorprogrammierte Kurzlebigkeit) zum eigentlichen Legitimationskriterium erkoren wird. (So namentlich LUHMANN, Bd. 2, S. 207 f.; ausführlich auch DERSELBE, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1970, S. 175 f.)

¹⁹⁸ MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 126. – So hat es Wirtschaftsrecht «heute mit einem Netzwerk staatlicher Kryptonormen, halbstaatlicher Regulierungen, privater Normsetzung und Rechtsfortbildung bzw. Neuschaffung von Recht durch die Rechtsprechung und einer damit verbundenen Vielzahl sich wechselseitig beeinflussender Akteure zu tun ... , die erst in ihrer Gesamtheit das Regelungs- und Normierungspotential einer mixed economy ausmachen» (ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 218). – MERTENS (S. 68) knüpft folgerichtig Wirtschaftsrecht nicht am Begriff der Norm, sondern am (weitergefaßten) Begriff der «Entscheidung» an, weil der Bereich wirtschaftsrechtlicher Entscheidungen denjenigen als wirtschaftsrechtlich zu bezeichnender Normen überdehnt. – Einläßlich zu dieser Entwicklung die Darstellungen bei ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 213 f. und MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 124 f.

¹⁹⁹ Nach OTT (S. 408) werden im Wirtschaftsrecht geradezu Möglichkeiten und Grenzen sozialen Wandels durch Recht sichtbar. Vgl. auch NAHAMOWITZ, S. 99.

doppelter Orientierung: Hier steht es für wirtschaftliche Effizienz (als Ausdruck maximaler Zweckmäßigkeit), dort für selbsttragende Rechtswerte (als Ausdruck materialer Gerechtigkeit)²⁰⁰. Erstrebt wird die Versöhnung zwischen den Leitprinzipien der Wirtschaftspolitik und den Erfordernissen des Rechtsstaates²⁰¹.

Dieses unabwendbare Spannungsverhältnis wirkt sich auch auf die Legitimationsfrage um eine selbständige Kategorie des Wirtschaftsrechts aus. So wird man nicht abstreiten können, daß Recht und Wirtschaftspolitik engstens ineinander verzahnt sind. Recht läßt sich mithin in die Realisierung wirtschaftspolitischer Ziele einspannen²⁰². Indessen muß trotz dieser Instrumentalisierung dessen *Eigenstruktur* beachtet werden. Dies gleich aus zwei Gründen:

Einmal ist in systemtheoretischer Sicht zu unterstreichen, daß Grenzen rechtlicher Steuerung im Steuerungsmittel Recht selber liegen, weil «jeder Eingriff in das soziale Substrat des Rechts Rückwirkungen auf das Rechtssystem selbst ... mit sich bringt»²⁰³. Unter diesem Aspekt stellt sich zunächst die Frage nach der «Rezeptionsfähigkeit der gesellschaftlichen Bereiche

²⁰⁰ H. M.: Vgl. SCHMIDT-RIMPLER, S. 690f., SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 82, RAISER, Wirtschaftsverfassung, S. 30f., DERSELBE, Buchbesprechung, S. 113, HOPT, S. 1017, ZIETZ, S. 231 und STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, S. 4; einläßlich ASSMANN, Steuerung, S. 260f. – Zu diesen elementaren Rechtswerten gehört fraglos auch der Freiheitsschutz. Daher verwundert nicht, daß im gleichen Zusammenhange nicht selten gerade das «Spannungsverhältnis von Recht als Gesellschaftsteuerung und Recht als Freiheitsverbürgung» herausgestellt wird. (So MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 190; vgl. auch FRÖHLER, Wirtschaftsrecht, VIII, FROMONT, S. 66 sowie SCHMIDT-RIMPLER, S. 692.)

²⁰¹ Vgl. insb. RAISER, Gegenstand, S. 340; ebenso ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 204 und DERSELBE, Steuerung, S. 260.

²⁰² Vgl. dazu vorn S. 293.

²⁰³ ASSMANN, Steuerung, S. 269. – Auf diesen «Rückkoppelungseffekt» verweist auch SCHWARK (S. 63); vgl. weiter HOPT, S. 1018f. – Die Systemtheorie analysiert die in Rede stehende Steuerungsproblematik anhand der Verknüpfung von Handlungen und Systemen. Letztere als emergente Ordnungen (WILLKE/LUHMANN) betrachtend, wird davon ausgegangen, daß komplexe Systeme sich nicht durch Aggregation von Einzelhandlungen konstituieren lassen. Daraus folgert man, daß Recht nicht länger bloß als Problem der Steuerung von Einzelhandlungen (d. h. instrumental) begriffen werden darf, sondern sich den internen wie externen Emergenzproblemen zu stellen hat. Unter diesem Aspekt übernimmt Wirtschaftsrecht die Abstimmung von Regelungen auf verschiedenen Emergenzniveaus. (Vgl. ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 222f. und DERSELBE, Steuerung, S. 274f.)

für Rechtsänderung» schlechthin²⁰⁴. Außerdem muß jede Rechtsänderung sich wieder in das bestehende Rechtssystem integrieren lassen. «Beide Bezüge des Rechts (Rezeptionsfähigkeit und Konsistenz/Normativität) konstituieren den Steuerungsprozeß durch Recht»²⁰⁵ und begrenzen damit der Natur der Sache nach dessen beliebige Instrumentalisierung im Dienste der Wirtschaftspolitik.

Nämliches Ergebnis erbringen Überlegungen aus dem gesellschaftspolitischen Selbstverständnis des Rechts heraus. In der Tat kann Recht als «konstitutives Element von Gesellschaft ... in einer auf Würde und Freiheit des Menschen gestützten Gesellschaftsordnung nicht allein als ein Problem «ökonomischer Funktionalität» behandelt werden»²⁰⁶. Nebst utilitaristischen Zielen der Wohlfahrtsökonomik hat es auch (und gerade) rechtsimmanente Werte zur Geltung zu bringen²⁰⁷. Wirtschaftsrechtliche Steuerung setzt derartige Grundwerte regelrecht voraus und in diesem Sinne auch gegen die ökonomische Realität durch²⁰⁸.

Aus dem Ausgeführten folgt zweierlei: Zum einen verlangt die moderne mixed economy der Rechtsordnung die Austragung der Ambivalenz zwischen wirtschaftspolitischer Steuerung und Eigenstruktur des Rechts ab. Zum andern entpuppt sich das darin gegründete Spannungsverhältnis als Kernpro-

²⁰⁴ ASSMANN, Steuerung, S. 332. Der Autor macht damit klar, daß sich Steuerung nicht nur als «imperativer Handlungsvollzug» darstellt, sondern «als ein sozialer Prozeß, bei dem teilweise Umstrukturierungen in der Handlungs- und Erwartungsstruktur der rezipierenden Systeme vollzogen werden ...».

²⁰⁵ ASSMANN, Steuerung, S. 333. – In diesem Zusammenhange ist auch an die Kritik an der Theorie der ÖAR zu erinnern, die Analyse des Rechts ausschließlich am preistheoretischen Effizienzmodell zu messen und damit sämtliche gesellschaftlichen Steuerungsmomente als abhängige Variable der ökonomischen Eigengesetzlichkeit zu behandeln. (Vgl. dazu – mit weiteren Hinweisen – ASSMANN, Transformationsprobleme, S. 49f. und DERSELBE, Steuerung, S. 305f.)

²⁰⁶ MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 190.

²⁰⁷ Nach RAISER (Gegenstand, S. 340; vgl. auch DERSELBE, Wirtschaftsverfassung, S. 31f.) geht es hierbei sowohl um rechtsstaatliche Sicherungen wie auch um das eigentliche Gerechtigkeitsanliegen. – Vgl. außerdem SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 82, GYGI/SCHLUEP, S. 89f., HOPT, S. 1017, SCHMIDT-RIMPLER, S. 703, RINCK, Wirtschaftsrecht, S. 14, ZIETZ, S. 234, STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, S. 8, JACQUEMIN/SCHRANS, S. 123 und CHRISTEN, S. 179f.

²⁰⁸ Ebenso HOPT, S. 1024; im gleichen Sinne SCHWARK, S. 62 und MERTENS, S. 66. – Hierbei muß man sich zumal auch «vor der Gefahr hüten, die wirtschaftssteuernden Aufgaben des Rechts als gerechtigkeitsimmun (ab-)zuqualifizieren» (STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, S. 8).

blem der rechtsinternen Bewältigung interdependenter Beziehungen zwischen Staat und Wirtschaft. Aus beidem geht das Erfordernis hervor, in einer eigenständigen Kategorie Wirtschaftsrecht eben diese Aufgabe der Vermittlung zwischen Wirtschaftspolitik und Recht zu thematisieren²⁰⁹.

III. Überwindung der Dichotomie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht; Funktionalisierung des Privatrechts

Eine derartige Mittlerfunktion des Wirtschaftsrechts im Rahmen interdependenter Ordnungen muß spezifische rechtsinterne Auswirkungen zeitigen. Zwei sind im Kontext ganz besonders herauszuheben: Einmal registriert man ein Verfließen klassischer Systemkonturen. Eingedenk auch der allgemein gültigen Erkenntnis, daß die traditionellen Systemglieder «in keinem logisch zwingenden Zusammenhang» stehen²¹⁰, läßt sich namentlich eine starre *Zweiteilung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht* nicht mehr aufrechterhalten. Diese stringente Sonderung wurzelt in der liberalen Auftrennung von Staat und Gesellschaft²¹¹ und wird deshalb der Realität vielschichtiger Verflechtungen nicht mehr gerecht²¹². Mit Fug unterstreicht man denn auch allerorten, daß die Kategorie Wirtschaftsrecht Regeln des privaten wie des öffentlichen Rechts in sich aufnimmt²¹³. Mehr noch: Wirtschaftsrecht als Integrationsdisziplin obliegt geradezu die Aufgabe, in übergrei-

²⁰⁹ Vgl. ASSMANN, *Steuerung*, S. 260, RAISER, *Gegenstand*, S. 340, MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 187 und STEINDORFF, *Wirtschaftsrecht*, S. 7.

²¹⁰ SCHLUEP, *Wirtschaftsrecht*, S. 93, mit Rekurs auf die wichtige Arbeit von T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 3. Aufl., München 1965; vgl. ferner RITTNER, *Systematik*, S. 322 f., DERSELBE, *Wirtschaftsrecht*, S. 14 und RAISER, *Zukunft*, S. 217.

²¹¹ Hierüber etwa MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 102 f. und RAISER, *Zukunft*, S. 215 f.; grundsätzlich insb. M. BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart/Berlin/u. a. 1968.

²¹² Dazu statt aller RAISER, *Zukunft*, S. 216 f.; vgl. außerdem SCHMIDT, S. 696.

²¹³ Vgl. BROHM, S. 20, CHRISTEN, S. 189, NIPPERDEY/STUMPF, S. 637 f., RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, S. 13, DERSELBE, *Staatslexikon*, S. 819, SCHMIDT-RIMPLER, S. 694, STOBER, S. 26, BAUMANN, S. 287, RINCK, *Wirtschaftsrecht*, S. 5, SCHWARK, S. 67, STEINDORFF, *Wirtschaftsrecht*, S. 5, ASSMANN, *Steuerung*, S. 250, SCHLUEP, *Wirtschaftsrecht*, S. 93, ZIETZ, S. 231, SAVY, S. 191 und JACQUEMIN/SCHRANS, S. 124; aus der sozialistischen Wirtschaftsrechtsliteratur GORSKI, S. 81 und MEZNERICS, S. 158 f. – PIEPENBROCK (S. 207) belegt, daß Wirtschaftsrecht als Privatrecht und öffentliches Recht umfassende Disziplin lange Tradition hat.

fender Gesamtschau die hergebrachte strenge Dichotomie zu überwinden²¹⁴. Und weil es obendrein in keinem andern der bekannten systematischen Ordnungsmodelle aufgeht, ist damit «zugleich erwiesen, daß Wirtschaftsrecht eine eigenständige Disziplin» darstellt²¹⁵.

Als weitere Folgewirkung der Verkettung von Wirtschaftspolitik und Recht ist der Transformationsprozeß im zivilrechtlichen Bereich selber anzuführen. Durch Aufgabe der Konzeption eines formalen Rahmenrechts²¹⁶ und durch Einbindung in die globale Systemsteuerung erfolgt eine eigentliche *Funktionalisierung des Privatrechts*²¹⁷. Sie offenbart sich einerseits in einem Funktionswandel der Zivilrechtsinstitute nach der bekannten These, «daß der Grad der Privatheit oder Öffentlichkeit eines ... Lebensbereichs auch zu rechtlich relevanten Unterschieden in der Funktion und der Handhabung privatrechtlicher Rechtsinstitute führen muß»²¹⁸. Es geht allemal darum, sie aus der ausschließlichen Anknüpfung an Einzelinteressen herauszulösen und (auch) deren Bestimmung im Rahmen des gesamtwirtschaftlichen Steuerungsprozesses zur Geltung zu bringen²¹⁹. Andererseits wird die Funktionalisierung sichtbar

²¹⁴ Vgl. auch RAUSCHENBACH, *Wirtschaftsrecht*, S. 17, RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, S. 14, ASSMANN, *Steuerung*, S. 250 f. und RAISER, *Zukunft*, S. 212; auf die ungewöhnlich enge Verzahnung von Privatrecht und öffentlichem Recht im Wirtschaftsrecht verweisen ebenfalls SCHMIDT-RIMPLER, S. 694, BAUMANN, S. 287 und RINCK, *Wirtschaftsrecht*, S. 5.

²¹⁵ SCHLUEP, *Wirtschaftsrecht*, S. 93; ebenso DERSELBE, *Kartellgesetz*, S. 94; gl. M. BAUDENBACHER, *Anwendung*, S. 146 und RITTNER, *Systematik*, S. 319. Dies hindert nicht, wirtschaftsrechtliche Bestimmungen auch überlieferten Rechtsgebieten (wie Handelsrecht, Gesellschaftsrecht usw.) zuzuweisen. Grund bildet die notorische Tatsache, daß die einzelnen Systembildungskriterien sich überschneiden, weil rechtswissenschaftliche Systematik nicht mit einem einzigen Gliederungsschema auskommen kann. (Vgl. KOPPENSTEINER, S. 4, RITTNER, *Systematik*, S. 324 und SCHLUEP, *Wirtschaftsrecht*, S. 92.)

²¹⁶ So die liberale (und neoliberale) Betrachtungsweise; vgl. vorn S. 285 f.

²¹⁷ Vgl. dazu (und zum folgenden) ASSMANN, *Steuerung*, S. 249 f. sowie RAISER, *Zukunft*, S. 221 f.

²¹⁸ RAISER, *Zukunft*, S. 223. – Vgl. auch WIETHÖLTER, *Privatrecht*, S. 646, RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, S. 18 und SCHMIDT, S. 694; eingehend insb. STEINDORFF, *Wirtschaftsordnung*, S. 631 f.; wegweisend (für das anglo-amerikanische Recht) noch immer M. FRIEDMANN, *Recht und sozialer Wandel*, Frankfurt a. M. 1969.

²¹⁹ Das heißt etwa für den Vertrag, daß es, «vom Wirtschaftsrecht her gesehen, nicht so sehr auf die Richtigkeitsvoraussetzungen auf seiten des einen oder des anderen Partners» ankommt, sondern darauf, «ob der Vertrag auch gesamtwirtschaftlich richtig ist, ob er etwa die Marktverhältnisse positiv beeinflusst». (RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, S. 18; ähnlich DERSELBE, *Staats-*

in der Abkehr von einer «rein formale(n) Qualifikation des Privatrechts als stimmige Gruppe von Freiheits- und Machträumen»²²⁰. Nachdem die ursprüngliche formale Freiheitsethik in neuerer Zeit ersichtlich von einer materialen Ethik sozialer Verantwortung abgelöst worden ist²²¹, steht die moderne Zivilrechtsordnung (unter der Devise «Materialisierung des Privatrechts»)²²² zumal vor der doppelten Aufgabe, in Ausschöpfung des Sozialstaatsgedankens²²³ das Gefälle gesellschaftlicher Durchsetzungschancen privater Rechtspositionen zu vermindern und gleichzeitig unbefriedigende Ergebnisse im Gefolge rein formaler Rechtsfindung auszugleichen²²⁴.

Eine solche Funktionsbestimmung muß letzten Endes in ein aktualisiertes Selbstverständnis des Privatrechts ausmünden. Die einzelnen *Zivilrechtsinstitutionen* wandeln sich in der wirtschaftsrechtlichen Betrachtungsweise zu *gesamtwirtschaftlich erheblichen Steuerungsfaktoren* jenseits der Schranken bloßer Einzelkonfliktsbewältigung²²⁵. Durch ihre Integration in ein eigenständiges Wirtschaftsrecht werden sie mithin zu Instrumenten wirtschaftsrechtlicher Gestaltung²²⁶. Damit «entsteht

lexikon, S. 821 f. und SCHMIDT-RIMPLER, S. 720 f.; ausführlich über die moderne vertragsrechtliche Funktionsproblematik MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 112 f.) – Vgl. ferner aus der umfangreichen Literatur L. RAISER, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Die Aufgabe des Privatrechts, Kronberg 1977, S. 62 f. und E. A. KRAMER, Die «Krise» des liberalen Vertragsdenkens, München/Salzburg 1974; über den Ordnungsbezug subjektiver Rechte neuerdings vor allem B. REBE, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, Bielefeld 1978, S. 51 f.; zur Instrumentalisierung von Vertrag und subjektivem Recht aus systemtheoretischer Sicht LUHMANN, Bd. 2, S. 327 f.

²²⁰ SCHLUEP, Kartellgesetz, S. 83.

²²¹ Dazu bahnbrechend WIEACKER, S. 539 f.; anlehnend und ergänzend KÜBLER, S. 707 f. sowie WIETHÖLTER, Position, S. 56 f.

²²² Vgl. JOERGES, S. 22, ASSMANN, Wirtschaftsrecht, S. 159, DERSELBE, Steuerung, S. 251 und (kritisch) BRÜGGEMEIER, Entwicklung, Bd. 1, S. 19. – SCHLUEP (Kartellgesetz, S. 83) spricht von «soziale(r) Aufladung».

²²³ Daß sich «hinter dem modernen privatrechtlichen Normativismus i. S. sozialorientierter Ethisierung ein gut Teil Sozialstaatlichkeit» verbirgt, gibt auch WIETHÖLTER (Position, S. 57 f.) zu. – Zur Verwirklichung des Sozial-schutzes im Privatrecht vgl. STEINDORFF, Wirtschaftsordnung, S. 638 f.

²²⁴ So namentlich ASSMANN, Steuerung, S. 251 f.; vgl. ebenfalls OTT, S. 365 und RAISER, Zukunft, S. 209 f.

²²⁵ Zutreffend MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, S. 188; vgl. auch STEINDORFF, Wirtschaftsrecht, S. 5.

²²⁶ Will sagen zu Instrumenten im Dienste der Realisierung einer gesamtwirtschaftlich richtigen Ordnung. (RITTNER, Wirtschaftsrecht, S. 12 und 18; vgl. außerdem DERSELBE, Staatslexikon, S. 821 sowie WIETHÖLTER, Position, S. 48 f.) – Zu dieser Instrumentalität des Privatrechts auch KÜBLER,

die Kategorie des funktionalisierten (gesellschaftsbezogenen) Privatrechts»²²⁷ als Medium politischer Sozialgestaltung²²⁸ im Rahmen interdependenter Beziehungen zwischen Staat und Wirtschaft. Das aber verlangt einer «Privatrechtstheorie, die über den Stand hermeneutischer und neohermeneutischer Dogmatikkritik hinausgeht ...», ab, daß sie «ihrerseits die dem Privatrecht zufallende Funktion der «Sozialgestaltung» als Voraussetzung des «Freiheit, Selbstbestimmung und Eigenverantwortung des Menschen», die «öffentlichen Funktionen» des Privatrechts und damit die Notwendigkeit der Legitimation von Privatrechtspraxis» herausstellt²²⁹.

S. 721 sowie (mit zahlreichen Rechtsfolgebeispielen) STEINDORFF, Wirtschaftsordnung, S. 631 f.; ferner konsultiere man die Übersicht bei REICH, Markt, S. 47 f.

²²⁷ SCHLUEP, Kartellgesetz, S. 82.

²²⁸ Ebenso ASSMANN, Steuerung, S. 253 und P. BADURA, Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht, AcP 1976, S. 120 f., insb. S. 128.

²²⁹ ASSMANN, Transformationsprobleme, S. 34 f. (mit weiteren Hinweisen).

Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Schriften werden nur mit dem Namen des Verfassers, gegebenenfalls mit zusätzlichen Stichwörtern zitiert. Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen.

- ALLEMANN, H. Die Wettbewerbspolitik, in: FS Marbach, Bern 1962, S. 369 f.
- ASSMANN, H. D. Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die ökonomische Analyse des Rechts, in: ASSMANN, H. D./KIRCHNER, CH./SCHANZE, E. Ökonomische Analyse des Rechts, Kronberg 1978, S. 21 f. (zit. Transformationsprobleme).
- Wirtschaftsrecht in der mixed economy, Königstein 1980 (zit. Wirtschaftsrecht).
 - Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht, in: ASSMANN, H. D./BRÜGGEMEIER, G./HART, D./JOERGES, CH. Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Königstein 1980, S. 139 f. (zit. Steuerung).
- BABEL, A./SENGLET, J.-J./L'HUILLIER, J. Wirtschaftsgeschichte, in: Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Bd. II, Bern 1955, S. 571 f.
- BAUDENBACHER, C. Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Zürich 1978 (zit. Suggestivwerbung).
- Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 1980, S. 145 f. (zit. Anwendung).
- BAUER, H. Von der Zunftverfassung zur Gewerbefreiheit in der Schweiz 1798-1874, Diss. Basel 1929.
- BAUMANN, J. Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl., München 1980.
- BÖHI, H. Hauptzüge einer schweizerischen Konjunkturgeschichte, SZfVS 1964, S. 71 f.
- BÖHLER, E. Konjunktur- und Krisenpolitik, in: Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Bd. II, Bern 1955, S. 32 f.
- BROHM, W. Wirtschaftsrecht - Anrecht und Aufgabe, DÖV 1979, S. 18 f.
- BRÜGGEMEIER, G. Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus, Bd. 1 und 2, Frankfurt a. M. 1977/1979 (zit. Entwicklung).
- Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, in: ASSMANN, H. D./BRÜGGEMEIER, G./HART, D./JOERGES, CH. Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Königstein 1980, S. 9 f. (zit. Probleme).
- CHRISTEN, H. P. Die Verfassung des Interventionismus, Zürich/St. Gallen 1970.
- CLERC, J. O. Contribution à l'étude de la liberté du commerce et de l'industrie en Suisse de 1877 à 1914, Diss. Lausanne 1939.
- FLEINER, F./GIACOMETTI, Z. Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.
- FRÖHLER, L. Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik, Wien/New York 1969 (zit. Wirtschaftsrecht).
- Zur Lage des Wirtschaftsrechts in Österreich, in: RINCK, G. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1971, S. 43 f. (zit. Lage).

- FROMONT, M. Les Principes du Droit Economique Français, in: RINCK, G. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1971, S. 55 f.
- FUNK, B.-CH. Das Wirtschaftsverwaltungsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts, in: FS Fröhler, Berlin 1980, S. 299 f.
- GÄGGEN, G. Theorie der Wirtschaftspolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd. 2, 3. Aufl., Göttingen 1972, S. 1 f.
- GOLDSTAJN, A. Zur Konzeption des Wirtschaftsrechts in Jugoslawien, in: RINCK, G. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1971, S. 67 f.
- GORSKI, J. Das Wirtschaftsrecht im Polnischen Rechtssystem, in: RINCK, G. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1971, S. 79 f.
- GOTTHOLD, J. Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie, ZHR 1981, S. 286 f.
- GRUNER, E. 100 Jahre Wirtschaftspolitik, SZfVS 1964, S. 35 f.
- GYGI, F. Wirtschaftspolitik als Begriff des Verfassungsrechtes, in: FS Sieber, Bern 1976, S. 73 f. (zit. Wirtschaftspolitik).
- Die schweizerische Verfassung, 2. Aufl., Bern 1978 (zit. Verfassung).
 - Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981 (zit. Wirtschaftsverfassungsrecht).
- GYGI, F./SCHLUEP, W. R. Schweizerisches Wirtschaftsrecht, in: RINCK, G. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1971, S. 87 f.
- HART, D. Zur Instrumentierung des Wirtschaftsrechts am Beispiel Verfassung, ZHR 1976, S. 31 f.
- HENNING, F.-W. Das industrialisierte Deutschland 1914 bis 1972, Paderborn 1974.
- HOPT, K. J. Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte im Wirtschaftsrecht, BB 1972, S. 1017 f.
- HUG, W. Die Problematik des Wirtschaftsrechts, St. Gallen 1939 (zit. Problematik).
- Hundert Jahre schweizerisches Wirtschaftsrecht, in: Recht und Wirtschaft 1848-1948, Zürich 1948, S. 7 f. (zit. Jahre).
- HUG, W./KAUFMANN, O. K. Wirtschaftsrecht, in: Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Bd. II, Bern 1955, S. 599 f.
- IMBODEN, F. Die Handels- und Gewerbefreiheit und die schweizerische Wirtschaftsordnung, Diss. Bern 1948.
- JACQUEMIN, A./SCHRANS, G. Notion et principes du droit économique, in: RINCK, G. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1971, S. 119 f.
- JOERGES, CH. Vorüberlegungen zu einer Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts, RabelsZ 1979, S. 6 f.
- JÖHR, W. A. Wirtschaftspolitik, Gesamtüberblick, in: Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Bd. II, Bern 1955, S. 579 f.
- KLEINWEFERS, H./PFISTER, R. Die schweizerische Volkswirtschaft, Frauenfeld 1977.
- KNESCHAUREK, F. Wandel der wirtschaftspolitischen Zielvorstellungen, WuR 1975, S. 125 f. (zit. Wandel).
- Der «Trendbruch» der siebziger Jahre und seine wirtschaftlichen Konsequenzen, Dießenhofen 1980 (zit. Trendbruch).
- KOPPENSTEINER, H.-G. Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie 1973, S. 1 f.

- KÜBLER, F. Privatrecht und Demokratie, in: FS Raiser, Tübingen 1974, S. 697f.
- KÜNG, E. Grundtendenzen der staatlichen Wirtschaftspolitik, in: FS Marbach, Bern 1962, S. 329f.
- LAPTEV, V. V. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts der UdSSR, in: RINCK, G. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1971, S. 133f.
- LIEFMANN, R. Kartelle, Konzerne und Trusts, 8. Aufl., Stuttgart 1930.
- LUHMANN, N. Rechtssoziologie, Bd. 1 und 2, Reinbek b. Hamburg 1972.
- MARTI, H. Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel und Stuttgart 1976 (zit. Wirtschaftsfreiheit).
- Von der Handels- zur Wirtschaftsfreiheit, in: FS Sieber, Bern 1976, S. 85f. (zit. Handelsfreiheit).
- MEIER, CH. J. Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, Bd. 1 und 2, Dießenhofen 1979 (zit. Vertrieb).
- Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und schweizerisches Kartellrecht, WuR 1980, S. 299f. (zit. Wettbewerbsbeschränkungen).
- MERTENS, H.-J. Wirtschaftsrecht, AG 1976, S. 62f.
- MERTENS, H.-J./KIRCHNER, CH./SCHANZE, E. Wirtschaftsrecht, Reinbek b. Hamburg 1978.
- MERZ, H. Das Wettbewerbsrecht, in: FS Marbach, Bern 1962, S. 355f.
- MEZNERICS, I. Neuere Diskussion über die Frage des Wirtschaftsrechts in Ungarn, in: RINCK, G. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1971, S. 157f.
- MÖTTELI, H. Staat und Wirtschaft, in: Recht und Wirtschaft 1848–1948, Zürich 1948, S. 154f.
- NAHAMOWITZ, P. Buchbesprechung von REICH, STEINDORFF und MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE, KJ 1979, S. 99f.
- NAWROTH, E. Die wirtschaftspolitischen Ordnungsvorstellungen des Neoliberalismus, Köln/Berlin/u. a. 1962.
- NIPPERDEY, H. C./STUMPF, H. Wirtschaftsrecht, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. II (Volkswirtschaft), Köln und Opladen 1966, S. 333f.
- OTT, C. Die soziale Effektivität des Rechts bei der politischen Kontrolle der Wirtschaft, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972, S. 345f.
- PIEPENBROCK, P. Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum ersten Weltkrieg, Köln/Berlin/u. a. 1964.
- RAISER, L. Buchbesprechung von RINCK, ZHR 1964, S. 111f. (zit. Buchbesprechung).
- Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: Die Aufgabe des Privatrechts, Kronberg 1977, S. 22f. (zit. Wirtschaftsverfassung).
- Die Zukunft des Privatrechts, in: Die Aufgabe des Privatrechts, Kronberg 1977, S. 208f. (zit. Zukunft).
- Der Gegenstand des Wirtschaftsrechts, ZHR 1979, S. 338f. (zit. Gegenstand).
- RAUSCHENBACH, G. Wirtschaftsrecht, Stuttgart/Düsseldorf 1965 (zit. Wirtschaftsrecht).
- Abgrenzung und neuer Inhalt des Wirtschaftsrechts, BB 1973, S. 809f. (zit. Abgrenzung).
- REICH, N. Neue Tendenzen des Wirtschaftsrechts, BB 1973, S. 1449f. (zit. Tendenzen).

- Markt und Recht, Neuwied und Darmstadt 1977 (zit. Markt).
- RENGGLI, P. Das Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit in der schweizerischen Bundesverfassung, in: FS Schultheß, Zürich 1938, S. 71f.
- RINCK, G. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, in: DERSELBE, Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1971, S. 167f. (zit. Begriff).
- Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., Köln/Berlin/u. a. 1974 (zit. Wirtschaftsrecht).
- RITTNER, F. Wirtschaftsrecht, in: Staatslexikon, Bd. 8, Freiburg 1963, S. 818f. (zit. Staatslexikon).
- Zur Systematik des Wirtschaftsrechts, in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 319f. (zit. Systematik).
- Wirtschaftsrecht, Karlsruhe 1979 (zit. Wirtschaftsrecht).
- SAVY, R. La notion de droit économique en droit français, in: RINCK, G. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1971, S. 185f.
- SCHLUEP, W. R. Was ist Wirtschaftsrecht?, in: FS Hug, Bern 1968, S. 25f. (zit. Wirtschaftsrecht).
- Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in: FS Sieber, Bern 1976, S. 95f. (zit. Wettbewerbspolitik).
- Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, in: Zum Wirtschaftsrecht, Bern 1978, S. 82f. (zit. Kartellgesetz).
- Wirtschafts- und Sozialverfassung, ZSR 97I, S. 335f. (zit. Wirtschaftsverfassung).
- SCHMIDT, R. Die Bedeutung der Entwicklung von Wirtschaft und Wirtschaftsrecht für das klassische Privatrecht, in: FS Nipperdey, Bd. 1, München/Berlin 1965, S. 687f.
- SCHMIDT-RIMPLER, W. Wirtschaftsrecht, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 12, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1965, S. 686f.
- SCHÜRMAN, L. Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 1978.
- SCHWARK, E. Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, München 1979.
- SEIFFERT, H. Einführung in die Wissenschaftstheorie, 9. Aufl., Bd. 1, München 1980.
- SENTI, R. Die staatliche Wirtschaftspolitik, in: Die Schweiz seit 1945, Bern 1971, S. 98f.
- STEGMÜLLER, W. Wissenschaftstheorie, in: Fischer Lexikon «Philosophie», Frankfurt a. M. 1967, S. 334f. (zit. Wissenschaftstheorie).
- Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie, Bd. 1, Stuttgart 1978 (zit. Hauptströmungen).
- STEICHEN, F. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, in: RINCK, G. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1971, S. 213f.
- STEINDORFF, E. Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: FS Larenz, München 1973, S. 217f. (zit. Politik).
- Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht?, in: FS Raiser, Tübingen 1974, S. 621f. (zit. Wirtschaftsordnung).
- Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Darmstadt 1977 (zit. Wirtschaftsrecht).
- STOBER, R. Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin u. a. 1980.
- TOLKSDORF, M. Stand und Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie, WuW 1980, S. 785f.
- TSCHÄNI, R. Funktionswandel des Gesellschaftsrechts, Bern 1978.

- WESTERMANN, H.-P. Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP 1978, S. 150 f.
- WIEACKER, F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967.
- WIETHÖLTER, R. Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: FS Böhm, Karlsruhe 1965, S. 41 f. (zit. Position).
- Wirtschaftsrecht, in: Handlexikon zur Rechtswissenschaft, Bd. 2, Reinbek b. Hamburg 1972, S. 531 f. (zit. Wirtschaftsrecht).
- Privatrecht als Gesellschaftstheorie?, in: FS Raiser, Tübingen 1974, S. 645 f. (zit. Privatrecht).
- WITTHUN, W. Die Ausgestaltung der privaten Klage im Wirtschaftsrecht, Diss. Hamburg 1976.
- ZACHER, H.F. Bericht über das in der Bundesrepublik Deutschland geltende Wirtschaftsrecht, in: Kommission der europäischen Gemeinschaften, Kollektion Studien, Reihe Wettbewerb-Rechtsangleichung Nr. 20, Bd. 1, 1973.
- ZIETZ, H.-H. Bericht über die Diskussion auf dem wirtschaftsrechtlichen Symposium in Göttingen 1970, in: RINCK, G. Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts, Frankfurt a. M./Berlin 1971, S. 231 f.

Eine Auswahl an Festschriften

Die Besprechung von Festschriften entspricht einer von der ZSR schon seit langem gepflegten Tradition. Professor GUTZWILLER hatte seinerzeit in «E Hämpfeli Festgaben» (ZSR 80 I, 1961, S. 417–35) die zusammenfassende Rezension von sechs Festgaben zum Anlaß genommen, um auf die spezielle Art juristischer Publikationen hinzuweisen. Die große Anzahl von Festschriften mit stattlichem Umfang und hochinteressantem Inhalt, welche in den letzten Jahren erschienen sind, rechtfertigt es wieder einmal, im Besprechungsteil diese im Buchhandel eher wenig gefragten Werke besonders hervorzuheben. Festschriften sind nicht nur Ausdruck einer außergewöhnlichen Ehrung eines prominenten Juristen oder einer Institution zu einem besonderen Anlaß durch ihre Berufskollegen, sie geben auch den Autoren der einzelnen Beiträge Gelegenheit, neue Gedanken zu einem grundlegenden Problem oder einer ungelösten oder unbefriedigend geregelten Frage zu äußern und dies auf eine Weise, welche aus Gründen der Konzeption oder des verfügbaren Platzes in einer Monographie oder einem Kommentar nicht möglich ist. So können Festschriften für den praktizierenden Juristen wie für den Rechtswissenschaftler eine wahre Fundgrube sein, was aus den folgenden Rezensionen deutlich hervorgeht. Der bessere Zugang zu dieser «Spezialliteratur» wird durch die am Schluß besprochene, nun schon zum vierten Mal erscheinende Bibliographie von HELMUT DAU ermöglicht.

Dr. PETER ISLER

RECHT ALS PROZESS UND GEFÜGE. *Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, hrsg. von K. EICHENBERGER und J. P. MÜLLER. Bern 1981 (Stämpfli & Cie.). VIII, 699 S. Fr. 140.–.

Erschienen zum 70. Geburtstag des Berner Staatsrechtslehrers Professor HANS HUBER, unter dem Titel «Rechtstheorie–Verfassungsrecht–Völkerrecht» ausgewählte Aufsätze aus den Jahren 1950 bis 1970, so haben sich, wie schon zum 60. Geburtstag, Kollegen (46 an der Zahl) zusammengetan, um den Jubilaren durch ein ihm würdiges Geschenk zu ehren. Sie erweisen damit gleichzeitig der Rechtswissenschaft und