

# Aspekte des Wirtschaftsrechts

Festgabe zum  
Schweizerischen Juristentag 1994

Herausgegeben im Auftrag der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

von  
HANS ULRICH WALDER  
TOBIAS JAAG  
DIETER ZOBL



Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1994

# Über Funktionalität im Wirtschaftsrecht

WALTER R. SCHLUEP\*

- I. Über Funktionalität und Funktionen
- II. Über das Wirtschaftsrecht
- III. Über die Merkmale des Wirtschaftsrechts
  - A. Funktionalität
  - B. Institutionalität
  - C. Interdisziplinarität
  - D. Flexibilität
  - E. Folgenorientierung
  - F. Internationalität
  - G. Regelung wirtschaftlicher Gesamtabläufe
  - H. Gemeinwohlrelevanz
  - I. Folgerungen aus dem Merkmalskranz
- IV. Rechtliche Funktionen der Funktionalität des Wirtschaftsrechts
  - A. Übersicht
  - B. Funktionale Gesetzgebung
    - 1. Wirtschaftsverfassungsrecht
    - 2. Wirtschaftsfolgerecht
      - a) Institutionalisiertes Folgerecht
      - b) Gestaltendes Folgerecht
  - C. Funktionale Auslegung und Lückenfüllung
- V. Rückblick und Ausblick

## I. Über Funktionalität und Funktionen

1. Unter Funktionalität soll hier eine besondere Relation zwischen zwei Gegebenheiten (A und B) verstanden werden. Die Besonderheit der Beziehung besteht darin, dass sie *funktionaler*, also nicht vorab anderer (z. B. kausaler) Art ist, dass mithin B als *Funktion* von A erscheint. «Funktion» ist ein mehrdeutiger Begriff<sup>1</sup>: In den exakten Wissenschaften wird B als Funktion von A bezeichnet, wenn B so von A abhängt, «dass die . . . gefundenen

\* Dankbar bin ich meinen beiden Mitarbeiterinnen: Frau Annemarie Madliger-Beck für die gewohnt sorgfältige Betreuung des Manuskripts und Frau lic. iur. Damaris Rhiner für die Mithilfe bei der Beschaffung des Materials.

<sup>1</sup> Vgl. dazu die juristische Begriffslehre bei WALTER R. SCHLUEP, «Wirksamer Wettbewerb» –

Messwerte nach einem «Gesetz» berechenbar sind»<sup>2</sup>. In der Mathematik heisst «Funktion» die unter den als Objektklassen A und B bestehende Korrespondenz oder Zuordnung, «durch die jedem Element einer dieser Klassen (sc. A und B) genau ein Element der anderen zugewiesen wird»<sup>3</sup>.

2. Die funktionale Beziehung zwischen A und B kann aber auch in einem anderen als im mathematischen und exakt wissenschaftlichen Sinn verstanden werden: Seit *Aristoteles*<sup>4</sup> begreift man unter «Funktion» auch den Sachverhalt, dass A im Blick auf ein System B bestimmte Leistungen erbringt und dadurch dem System dient, weil diesem ein spezifischer Beitrag zu seinem «Funktionieren» geleistet wird<sup>5</sup>. Dieses Verständnis liegt dem allgemein biologischen, dem besonderen physiologischen, aber auch dem soziologischen und dem juristischen Begriff «Funktion» zugrunde: «Biologischer wie sozialwissenschaftlicher Funktionsbegriff stellen auf Wirkungen (bzw. Leistungen) ab, die bestimmbar Strukturen oder Prozesse für ein System ermöglichen»<sup>6</sup>. In der *Psychologie* sind physiologische Vorgänge, Bedürfnisse des biologi-

Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern/Stuttgart/Toronto 1987, S. 6–42.

2 CHRISTIAN THIEL, Stichwort Funktion(alismus), in: Handlexikon zur Wissenschaftstheorie (ed. Helmut Seiffert/Gerard Radnitzky), München 1989, S. 87.

3 MICHAEL OTTE, Stichwort «Funktionalismus, mathematischer», in: Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften (ed. Hans Jörg Sandkühler), Bd. 2, Hamburg 1990, S. 211; vgl. auch CHRISTIAN THIEL, Stichwort «Funktion», in: Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 1, Mannheim/Wien/Zürich 1980, S. 691: «In der Mathematik – wo man oft auch synonym von «Abbildung» spricht – ist die heutige Verwendungsweise von «F.» das Ergebnis einer ständigen Erweiterung des Funktionsbegriffs von G.W. Leibnizens Einführung des Wortes «F.» für geometrische Grössen, die wie z. B. Tangente oder Subtangente von einem innerhalb eines Koordinatensystems gleitend gedachten Kurvenpunkt abhängen, über L. Eulers «beliebige Abhängigkeit» zweier oder mehrerer mathematischer Grössen bis zu J.P.G.L. Dirichlets «willkürlichen Funktionen», bei denen von der funktionalen Abhängigkeit nicht mehr gefordert wird, dass sie mit vorgegebenen mathematischen Ausdrucksmitteln formulierbar sei. Die moderne konstruktive Mathematik nimmt diese Verallgemeinerung zum Teil als zu weitgehend zurück indem sie Funktionen als Abstrakta aus Termen auffasst und die Darstellung aller Funktionen durch Terme fordert»; DERS., in: Handlexikon zur Wissenschaftstheorie (Anm. 2), S. 79 f.

4 ARISTOTELES, *Nikomachische Ethik*, 2. Aufl., Darmstadt 1960, I, S. 15 f. (Ziff. 7, Rz. 1098b): «An die einzelnen Grundgegebenheiten aber muss man heranzukommen suchen auf dem Weg, der ihrer Natur entspricht, und muss sich bemühen, sie richtig in ihrer Besonderheit zu bestimmen. Denn sie haben grosses Gewicht für alles Weitere, meint man doch, der Anfang sei mehr als die Hälfte des Ganzen und es falle von ihm her viel Licht auf die behandelten Fragen»; vgl. auch PLATON, *Sämtliche Werke*, Bd. II, Ausgabe Heidelberg/Berlin o.J., *Der Staat*, 43 (352 D–353 B): «Glaubst du, dass es ein Geschäft des Pferdes gibt? Ja. Nimmst du das als Geschäft eines Pferdes oder irgendeines anderen an, was man entweder ausschliesslich oder doch am besten mit jenem verrichtet? Ich verstehe dich nicht, sagte er. Oder so: Siehst du mit etwas anderem als mit den Augen? Natürlich nein. Und hörst du mit etwas anderem als mit den Ohren? Keineswegs. So werden wir also mit Recht sagen, dass dies dieser Geschäft sei? Allerdings.»

5 THIEL, in: Handlexikon zur Wissenschaftstheorie (Anm. 2), S. 86.

6 KARL STEINBACHER, Stichwort «Funktion (sozialwissenschaftlich)/Funktionalismus», in: Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften (Anm. 3), S. 206.

schen Organismus und soziale Umweltfaktoren nach den Lehren der Funktionspsychologie Beiträge für die Phänomene und Leistungen des Bewusstseins<sup>7</sup>. *Soziologisch* ist genau dieses Verständnis der Funktion (als Beitrag zu einem übergeordneten System) von *Parsons* herausgestellt worden<sup>8</sup>. Die Elemente des Systems liefern Beiträge zu dessen Anpassung an die Umwelt, zur Zielerreichung, zur Integration (der Systemelemente) sowie zur Spannungsbewältigung<sup>9</sup>. In dieser Gestalt wird das Funktionsproblem zu einem Aspekt der Beziehungen eines Ganzen zu seinen Teilen<sup>10</sup>. Das macht denn auch klar, dass Systeme als Teilsysteme ihrerseits Leistungen für ein übergeordnetes System erbringen («Funktionen erfüllen») können.

3. Eine spezifische soziologische Bedeutung erhält der Ausdruck «Funktion» im Schrifttum *Luhmanns*<sup>11</sup>. Zwar versteht auch *Luhmann* unter «Funktion» die Beziehung eines Systems zum umfassenden Gesamtsystem<sup>12</sup>. Anders gewendet: «Funktion ist jeder Beitrag zur Erhaltung eines Systems oder zur Erhaltung bestimmter Systemzustände»<sup>13</sup>. Doch qualifiziert *Luhmann* so verstandenen als «frühen» Funktionalismus<sup>14</sup>, der nach Jahren kritischer Diskussion namentlich durch «neupositivistisch orientierte Autoren» zu «vorsichtiger Skepsis» geführt habe. Im Ergebnis fasst *Luhmann* heute den Funktionsbegriff als rein formale Beziehung auf, als «ein regulatives Sinnschema, das einen Vergleichsbereich äquivalenter Wirkungen organisiert»<sup>15</sup>. Damit wird potentielle Äquivalenz zur Hauptqualität der Funktion: Die funktionale Methode ist darauf angelegt, äquivalente Funktionen nachzuweisen. Es geht um den Beleg dafür, dass neben einem gegebenen Beitrag für das Sinnganze (System) zahlreiche äquivalente Wege bestehen. Die verschiedenen Wege sollen vergleichbar werden, so dass das Substitutionsproblem ins Zentrum rückt. So erscheint z. B. «das Recht als ein Problemlösungsmechanismus besonderer Art, der mit anderen verglichen und in vielen Situationen durch

7 THIEL, in: Handlexikon zur Wissenschaftstheorie (Anm. 2), S. 86 f.

8 TALCOT PARSONS, *General Theory in Sociology*, in: R. Merton (ed.), *Sociology Today*, New York 1959, S. 3 ff.

9 Vgl. dazu auch STEINBACHER (Anm. 6), S. 208.

10 Vgl. dazu GUSTAVO BUENO MARTINEZ, Stichwort «Ganzes/Teil», in: Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften (Anm. 3), S. 219 ff.

11 Vgl. dazu vor allem NIKLAS LUHMANN, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, Archiv des öffentlichen Rechts 1969, S. 1 ff.

12 Vgl. dazu NIKLAS LUHMANN, *Systemtheorie, Evolutionstheorie und Kommunikationstheorie*, in: LUHMANN (ed.), *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen 1975, S. 198; DERS., *Funktion der Religion*, Frankfurt a.M. 1977, S. 54 ff. – Neben den Funktionen nennt *Luhmann* als weitere Systemreferenzen: Leistung (Beziehung des Systems zu anderen Teilsystemen) und Reflexion (Beziehung des Systems zu sich selbst).

13 LUHMANN, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung* (Anm. 11), S. 7.

14 LUHMANN, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung* (Anm. 11), S. 7, unter Verweis namentlich auch auf TALCOT PARSONS, *The Social System*, Glencoe/Ill. 1951, S. 20 f.

15 NIKLAS LUHMANN, *Funktion und Kausalität*, in: *Luhmann* (ed.), *Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Köln/Opladen 1970, S. 14.

andere ersetzt werden kann. Die Soziologie fragt also nicht nur nach rechtsbezogenen Handlungen, sondern auch nach ihren funktionalen Äquivalenten»<sup>16</sup>.

4. Endlich ist zu vermerken, dass man sich auch in der Rechtswissenschaft des Begriffs «Funktion» annimmt. Dabei ist ein spezifischer *rechtlicher* von einem *rechtssoziologischen* Funktionalismus zu sondern. Die Frage nach der Funktion eines Rechtssatzes kann sich im Rahmen des Rechtssystems selbst stellen<sup>17</sup>. So kann etwa für das Gesellschaftsrecht nachgewiesen werden, dass die Normen über Auflösung und Liquidation funktional die Beendigung der rechtlichen Institution «Gesellschaft» regeln sollen. Sehr viel wichtiger (und umstrittener) ist aber das Verständnis, wonach die Funktion eines Rechtssatzes oder eines Rechtsinstitutes «in einer die Wirklichkeit gestaltenden Aufgabe, in der Bewirkung geschätzter Wirkungen, in einem Zweck» besteht<sup>18</sup>. Damit wird der streng neukantianische Dualismus von Sein und Sollen in der Weise gemildert, dass Recht als «social engineering» (*Roscoe Pound*) begriffen werden darf.

5. Freilich sind gegen diese zweite Deutung erhebliche *Bedenken* erhoben worden. So wird gerügt, die Mitherrückichtigung sozialer und politischer Funktionen bei der Anwendung von Rechtssätzen drohe, «die Verbindung zwischen Recht und Wirklichkeit zu einer festen gesetzmässigen Abhängigkeit zu verbiegen und dabei das Recht der Wirklichkeit grundsätzlich unterzuordnen»<sup>19</sup> und rechtliche Institutionen «funktional» auszuhöhlen oder (gegentils) auszuweiten<sup>20</sup>. Doch ist kaum zu bestreiten, dass nicht nur der Gesetzgeber die «Realien» (*Eugen Huber*) als Einwirkungsobjekt zu beachten hat, sondern auch der Rechtsanwender sich von «soziologischen Gesichtspunkten»<sup>21</sup> grundlegend leiten lassen muss. In der Tat gehört das Paradigma

<sup>16</sup> LUHMANN, Funktionale Methode und juristische Entscheidung (Anm. 11), S. 16. Dort auch der weiterführende Gedanke: «Ob und wie weit ein System (juridifiziert) wird, ist für sie (sc. die Soziologie) eine Variable. Aber nicht nur dies: Auch rechtswidriges Handeln kann soziologisch als Problemlösung, und zwar als durchaus systemrationale Problemlösung begriffen werden.»

<sup>17</sup> Überhaupt gilt: Funktionsanalysen können sich «auf jedes Sozialsystem beziehen, zum Beispiel auf die Gesellschaft im ganzen, auf ihr politisches System, auf die bürokratische Verwaltung in diesem System, auf einzelne Ressorts, einzelne Behörden, einzelne Referate oder Ausschüsse, ja selbst auf einzelne Konferenzen»; LUHMANN, Funktionale Methode und juristische Entscheidung (Anm. 11), S. 9.

<sup>18</sup> LUHMANN, Funktionale Methode und juristische Entscheidung (Anm. 11), S. 2; grundsätzlich dazu WERNER KRAWITZ, Das positive Recht und seine Funktion, Berlin 1967.

<sup>19</sup> HELMUT LECHLER, «Funktion» als Rechtsbegriff?, NJW 1979, S. 2273 ff., S. 2277.

<sup>20</sup> LECHLER (Anm. 19), S. 2275 f.; vgl. demgegenüber die überzeugende Replik von WERNER KLAUSER, Funktionale Rechtstheorie — eine Gefahr für unsere Rechtsordnung?, NJW 1980, S. 753 f.

<sup>21</sup> Grundlegend und unübertroffen: EUGEN HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Aufl., Basel 1925; BK-ARTHUR MEIER-HAYOZ, N 210 ff. zu Art. 1 ZGB; HANS MICHAEL RIEMER, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1987, S. 41 N 42 ff.;

vom «Recht als sozialer Ordnungsmacht» (*Hans Merz*) und von der sozialen Funktion der Rechtssätze zum längst klassisch gewordenen Arsenal zünftiger Interpretationskriterien. Selbst die *Luhmann'sche* Äquivalenztheorie ist ersichtlich geeignet, mindestens im Rahmen der Gesetzgebungslehre neue Durchblicke zu öffnen. Wenn denn die funktionale Analyse in der Tat «eine unkonventionelle Art des Zusammenstellens und Vergleichens unter abstrakten Problemgesichtspunkten» anstrebt<sup>22</sup>, liegt die Tauglichkeit für die Gesetzgebung auf der Hand: «Die grösste Tragweite hat die funktionale Analyse für jenen Bereich rechtlicher Entscheidung, der sich selbst eine entsprechende Freiheit zu weit ausgreifenden Vergleichen zugestehen kann: für die Gesetzgebung»<sup>23</sup>. Endlich ist zu registrieren, was hier im Vordergrund steht: dass die jüngere Entwicklung des Wirtschaftsrechts einen spezifischen rechtlichen Funktionalismus ausgeformt hat.

6. Nach all dem ist leicht zu bestätigen, dass die funktionale Betrachtungsweise grundsätzlich in beliebigen Sach- und Denkbereichen anwendbar ist. Man kann generell von *Funktionalismus* reden und meint damit einen wissenschaftstheoretischen Standpunkt, der nach jener Beziehung zwischen zwei Quidditäten fragt, die man als *Funktion* bezeichnet. Dabei muss man sich darüber klar sein, dass die spezifische Art der Beziehung genau davon abhängt, *wie* man den Funktionsbegriff im betreffenden Untersuchungsfeld fasst. So meint man etwa in der Architektur mit Funktionalismus «die Problematik progressiver Architektur(-theorien) der zwanziger Jahre, nach der die Form eines Bauwerks, allgemeiner: das Design eines Gebrauchsgegenstandes, seiner intendierten Funktion dienlich sein sollte»<sup>24</sup>. Diese spezifisch architektonische Sicht wird überlagert von einem allgemeinen *ästhetischen Funktionalismus*, worunter «räumliches, gegenständliches und flächliches Gestalten unter dem Primat der praktischen Funktion» verstanden wird<sup>25</sup>. Hier begreift man den Ausdruck «praktische Funktion» als «Gewährleistung und Umhüllung von Lebensprozessen durch Bauwerke, die Haltbarkeit von Gegenständen und die Decodierbarkeit von Zeichen zum Zwecke

OSCAR A. GERMANN, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967, S. 160 f.; DERS., Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Bern 1968, S. 19, S. 93, S. 99, S. 102, S. 104, S. 191, S. 264; EDUARD E. OTT, Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979, S. 175 ff.; ERNST ZELLER, Auslegung von Gesetz und Vertrag, Zürich 1989, S. 255, Nr. 17 (zurückhaltend); ERNST HÖHN, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993, S. 223 ff.; PETER FORSTMOSER/WALTER R. SCHLUEP, Einführung in die Rechtswissenschaft, Bd. 1, Einführung in das Recht, Bern 1992, S. 441 N 97 ff.; RENÉ A. RHINOW, Rechtssetzung und Methodik, Basel/Stuttgart 1979, S. 72 ff.

<sup>22</sup> LUHMANN, Funktionale Methode und juristische Entscheidung (Anm. 11), S. 14.

<sup>23</sup> LUHMANN, Funktionale Methode und juristische Entscheidung (Anm. 11), S. 20.

<sup>24</sup> THIEL, in: Handlexikon zur Wissenschaftstheorie (Anm. 2), S. 87, mit Hinweis auf den Slogan: «form follows function».

<sup>25</sup> HEINZ HIRDINA, Stichwort «Funktionalismus, ästhetischer», in: Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften (Anm. 3), S. 214.

der Information, Kommunikation und Handlungsorientierung»<sup>26</sup>. Es geht also darum, *das* als Quelle ästhetischen Genusses zu betrachten, was unmittelbar dem Verwendungs- oder Nutzungszweck des Gegenstandes dient.

7. Wieder anders wird Funktionalität verstanden, wenn man mit «Funktion» die *Funktionsfähigkeit* einer Erscheinung meint. Es handelt sich genau genommen um eine Mittel-Zweck-Relation: Die Mittel haben die Funktion, den Zweck zu realisieren. Wird die Aufgabe erfüllt, «funktioniert» das Ganze (das System nämlich). Wird der richtige Einsatz der Mittel aus irgendeinem Grunde dagegen gestört, kann der Zweck nicht oder nur unzureichend verwirklicht werden, was als *fehlende Funktionsfähigkeit* disqualifiziert wird. So kann offenbar nach deutschem Recht die Grundrechtsausübung einem Beamten untersagt werden, «soweit sie dazu geeignet ist, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu beeinträchtigen»<sup>27</sup>: Ähnlich spricht *Leo Schürmann* von einem «funktionalen System», «wenn es dank seines Aufbaues und seiner Geschlossenheit die ihm zustehenden oder zugeordneten Leistungen zuverlässig zu erbringen vermag. Politik muss als System funktionieren . . .»<sup>28</sup>. Diesen teleologischen Aspekt der Funktionalität findet man auch im EGV, wo z. B. in Art. 100 eine Kompetenz der EG zur Rechtsangleichung geschaffen worden ist, soweit Rechts- und Verwaltungsvorschriften betroffen sind, «die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken»<sup>29</sup>.

8. Für die weiteren Untersuchungen genügt es, an das allgemeine sozialwissenschaftliche Verständnis des Begriffs «Funktionalität» anzuknüpfen. Allemal geht es somit darum, eine Gegebenheit A daraufhin zu untersuchen, welchen Beitrag sie im Rahmen eines Systems B leistet. Daraus können dann Folgerungen gezogen werden: etwa für die rechtliche Ausgestaltung oder Interpretation von A, aber auch für die Relevanz von A im Blick auf die Funktionsfähigkeit von B. Im hier einschlägigen Wirtschaftsrecht zielt Funktionalität somit auf die Untersuchung des Beitrags, den Rechtsnormen für die zielbezogene Organisation der Wirtschaft leisten<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> HIRDINA (Anm. 25), S. 214.

<sup>27</sup> LECHER (Anm. 19), S. 2276.

<sup>28</sup> LEO SCHÜRMAN, Politik als funktionales System, Bern 1987, S. 7.

<sup>29</sup> Vgl. dazu LUCIA SERENA ROSSI, Il «buon funzionamento del mercato comune», Milano 1990, wo das europarechtliche Erfordernis des «guten Funktionierens» mit weiteren Beispielen belegt wird.

<sup>30</sup> Im römischen Recht ist «functio» vorab ein Pflichtbegriff: Funktionen sind öffentliche Aufgaben, die der Amts- oder Funktionsträger zu erfüllen verpflichtet ist; vgl. HEUMANN Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts (neu bearbeitet von E. Seckel), 9. Aufl., Jena 1907, Stichwort «Fungio», Anm. 1: «einen Dienst verrichten, leisten, eine Obliegenheit erfüllen oder zu erfüllen, zu tragen haben, ein Amt verwalten, z. B. *Fungi tutela* . . .; a.a.O., Stichwort «Functio» im Sinn von «Dienstverrichtung, Amtsobliegenheit, Zwangsdienst, Zwangsberuf; Bestimmung, Zweck; öffentliche Abgabe». Ähnlich verwendet Thomas von Aquin den Begriff «operationes animae» im Sinne seelischer Funktionen und Leistungen.

## II. Über das Wirtschaftsrecht

1. Am Ende des Zweiten Jahrtausends gibt es immer noch keine allgemein akzeptierte Definition des Wirtschaftsrechts. Das Konzept des Verfassers geht davon aus, dass das Wirtschaften (Produzieren, Verteilen und Konsumieren im Umgang mit knappen Ressourcen) allemal rechtlich organisiert ist. Es gilt sogar für den Fall, dass die Wirtschaft (und damit die wirtschaftenden Menschen) sich selbst überlassen bleibt. Dies ist nämlich nur möglich *sub condicione libertatis*. Freiheit ist aber immer (auch) eine rechtliche Veranstaltung, weil sowohl der *Staat* (vertikal) als auch die *Mitbürger* (horizontal) mit Rechtsnormen (d. h. unter Einsatz des staatlichen Zwangsapparates) dazu angehalten werden müssen, normativ definierte Freiheitsräume der Bürger zu respektieren.

Rechtliche Organisation des Wirtschaftens wird darüber hinaus erst recht unabdingbar, wenn die Wirtschaft nicht gänzlich sich selbst überlassen, sondern bestimmten wirtschaftlichen und ausserwirtschaftlichen Zielen genügen soll, die Freiheit allein nicht zu gewährleisten vermag. Alsdann müssen ausserrechtliche ökonomische Abläufe in irgendeiner Weise beeinflusst werden. Da es Sache des Staates ist, für die Wohlfahrt der Bürger einzustehen, liegt es nahe, ihm die Aufgabe der zielbezogenen Beeinflussung des natürlichen Wirtschaftsgeschehens aufzutragen. Als Mittel zur Realisierung solcher Ziele bieten sich die üblichen Formen staatlichen Handelns an, wobei aus ersichtlichen Gründen das *wirtschaftsgestaltende Verwaltungsrecht* im Vordergrund steht.

2. Wirtschaftsrecht wird hier somit begriffen als die (*staats-*)zielbezogene rechtliche Organisation des Wirtschaftens<sup>31</sup>. Wie alles Recht steht auch das Wirtschaftsrecht im Dienste der Würde des (wirtschaftenden) Menschen. Doch ist allemal zu beachten, dass die *personale Würde* im Rahmen einer Wirtschaftsrechtsbetrachtung immer auch eingebettet ist in einen *funktional-*

Diese «operationes animae» werden bei Campanella und Vives zu «functiones animae», denen Descartes und Spinoza die «functiones corporis» gegenüberstellen; so THIEL, in: Handlexikon zur Wissenschaftstheorie (Anm. 2), S. 86.

<sup>31</sup> Diese Sicht des Wirtschaftsrechts findet sich in nucleo in allen wirtschaftsrechtlichen Schriften des Verfassers. Auf Einzelnachweise wird hier verzichtet. Der Bogen reicht von der grundsätzlichen Fragestellung (Was ist Wirtschaftsrecht?, in: Riccardo L. Jagmetti/Walter R. Schlupe, Festschrift für Walther Hug zum 70. Geburtstag am 14. April 1968, Bern 1968, S. 25 ff. = WALTER R. SCHLUEP, Zum Wirtschaftsrecht, Bern 1978, S. 1 ff.) bis zu den jüngsten Überlegungen (WALTER R. SCHLUEP, Revitalisierung, Deregulierung, Reprivatisierung, Wettbewerb der Systeme – was sonst noch an neuen wirtschaftsrechtlichen Delikatesen?, in: Walter R. Schlupe et al. [Hrsg.], Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern/Stuttgart/Wien 1993, S. 477 ff.; DERS., Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Lauterkeitsrechts, in: Un droit européen de la concurrence déloyale en formation?, Actes du Colloque de Lausanne, Comparativa 51, Genève 1994, S. 69 ff.).

len *Zusammenhang von Würdigkeiten*, die aus dem Wertgehalt einer funktionierenden, in das System der Ziele der staatlichen Gemeinschaft eingebundenen Wirtschaftsrechtsordnung folgen.

3. Das in diesem Sinn begriffene Wirtschaftsrecht lässt sich wie folgt *systematisieren*:

a) Es ist zu sondern zwischen *Wirtschaftsverfassungsrecht* und *Wirtschaftsfolgerecht*. Die *Wirtschaftsverfassung* ist jener Teil der (formellen oder materiellen) Staatsverfassung, der die *Grundordnung* für die Organisation der Wirtschaft (recte: des Wirtschaftens) konsistent festlegt. Der politische Grundentscheid über die Organisation der Wirtschaft findet sich mitunter *explizit*, in der Regel nur (aber immerhin) *implizit* in den Staatsverfassungen. Häufig lässt sich eine organisationstaugliche Konsistenz wirtschaftsrelevanter Staatsverfassungsnormen überhaupt *nicht ausmachen*. Ausdrücklichen Bekenntnissen zu einer bestimmten wirtschaftlichen Grundordnung begegnet man namentlich in den Verfassungen der ehemaligen sozialistischen Staaten<sup>32</sup>. Das ist verständlich, weil das Grundthema der marxistisch-leninistischen Staats- und Gesellschaftsideologie die Abschaffung eines kapitalistischen Wirtschaftssystems war.

b) Ganz anders verhält es sich mit den Wirtschaftsverfassungen rechtsstaatlicher Demokratien. Hier war aus historischen Gründen die *Freiheit der Bürger* und deren *grundrechtliche Verankerung* überragendes Thema der Verfassungsgebung. Dass ein Grundrecht auf Freiheit auch *Gewerbefreiheit* meinen muss, blieb in diesem Kontext lange Zeit bestritten<sup>33</sup>. Bemerkenswert dazu ist, dass sich das freiheitliche Gedankengut des aufgeklärten Naturrechts<sup>34</sup> im Common Law und in den kontinentalen Privatrechtskodifikationen durchgesetzt

<sup>32</sup> Vgl. etwa Art. 9 der ehemaligen Verfassung der DDR (Bekenntnis zur Planwirtschaft); neuerdings auch Art. 15 der Staatsverfassung der Volksrepublik China (Bekenntnis zu einer «sozialistischen Marktwirtschaft»).

<sup>33</sup> Vgl. dazu neben den einschlägigen Lehrbüchern zum Wirtschaftsrecht (hinten, Anm. 40) namentlich GERHARD OESTREICH, Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Karl-August Bettermann/Franz L. Neumann/Hans-Carl Nipperdey, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte I, 1. Halbband, S. 5 ff.; HANS HUBER, Die Grundrechte in der Schweiz, *ibid.*, S. 179 ff.; OTTO BACHOF, Freiheit des Berufs, *ibid.*, Bd. III/1, S. 155 ff.; HANS MARTI, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Stuttgart 1976; besonders auch ETIENNE GRISEL, Liberté du commerce et de l'industrie, Vol. I, Bern 1993, S. 15 ff.; vgl. auch den interessanten Beitrag von H. LENTZE, HRG I, Berlin 1971, Stichwort «Handwerk», Spalten 1976 ff.; HANS HEINRICH RUPP, HdWW III, Stuttgart/New York/Tübingen/Göttingen/Zürich 1981, Stichwort «Grundrechte», S. 709 ff.

<sup>34</sup> Darin «spiegelt sich die ganze deistisch-mechanistische Auffassung der Wirtschaftsgesellschaft: die Hand des Schöpfers, der «natürliche» Lauf der Dinge, der nicht gehemmt werden darf, der Egoismus als die treibende Kraft, schliesslich die Harmonie zwischen Privat- und Gesamtinteresse»; WALTER ADOLF JÖHR, Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Bd. 1, St. Gallen 1943, S. 18.

hat, *bevor* es verfassungsrechtlich verankert wurde<sup>35</sup>. Freiheit und Eigentum waren somit vorab die verfassungsrechtlichen Themata, aus denen sich erst nach und nach (mit Hilfe der Physiokraten und der Grundeinsichten des Adam Smith<sup>36</sup>) das Vorbild einer auf Freiheit und Wettbewerb gründenden *Marktwirtschaftsverfassung* entfaltete. Dies geschah aber gleichsam *nebenher*, sozusagen als Beiwerk der errungenen politischen Freiheiten und nicht im Sinne der expliziten (oder auch nur bewusst impliziten) Verrechtlichung eines ordnungspolitischen Grundentscheids, auch wenn im nachhinein immer wieder versucht wurde, das System der politischen, grundrechtlich gesicherten Freiheiten als *implizite Marktwirtschaftsverfassung* zu deuten<sup>37</sup>.

c) Die *systematischen* Schwierigkeiten der politisch gewachsenen und daher unspezifisch artikulierten Wirtschaftsverfassungen demokratischer Rechtsstaaten des Westens liegen in der *mangelnden Eindeutigkeit* (im Blick auf den *numerus clausus* der verfügbaren wirtschaftsrechtlichen Organisationsmodelle). So genügt z. B. die Gewähr der einschlägigen Grundrechte (Gewerbefreiheit, Eigentumsgarantie, Niederlassungsfreiheit usw.) zur Implementierung einer Marktwirtschaftsverfassung nicht. Dies jedenfalls, solange die mit der *Gewerbefreiheit* uno actu gegebene *Vertragsfreiheit* mit genuin privatrechtlichen Rekursen (auf Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit) nicht am Einsatz für wettbewerbsbeschränkende Abreden gehindert werden kann. Wird Vertragsfreiheit als Voraussetzung des Wettbewerbs nicht durch ausdrückliche Verbote von Wettbewerbsbeschränkungen und Missbräuchen subjektivrechtlicher Marktmacht begrenzt, fehlt es an einer konsistenten, den Wettbewerbsbereich gegenüber privaten Planwirtschaften abgrenzenden Marktwirtschaftsverfassung. Die Wirtschaftsverfassung der Freiheiten ist somit trotz ihrer politischen Relevanz wirtschaftsverfassungsrechtlich vage, solange nicht auch die *Wettbewerbsfreiheit* (mindestens materiell) *Verfassungsrang* erhält.

d) Dazu kommt, dass selbst eine einwandfrei verfasste Marktwirtschaft aus sich selbst heraus nicht allen staatspolitischen, mitunter auch formell verfassungsrechtlich deklarierten *Zielen* zu genügen vermag. Die westlichen Demokratien leben daher in Systemen der «Mixed Economy», die auf Verschrän-

<sup>35</sup> WALTER R. SCHLUEP, Über den Zusammenhang zwischen Demokratie und Marktwirtschaft, in: Weiterentwicklung der Europäischen Gemeinschaften und der Marktwirtschaft, Referate des XXV. FIW-Symposiums, FIW-Schriftenreihe, Heft 148, Köln/Berlin/Bonn/München 1992, S. 181 ff.

<sup>36</sup> ADAM SMITH, Der Wohlstand der Nationen, Ausgabe München 1974.

<sup>37</sup> Vgl. dazu einlässlich REINER SCHMIDT, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokio/Hong Kong 1990, S. 70 ff.; KARL-HEINZ FEZER, Homo Constitutionis – Über das Verhältnis von Wirtschaft und Verfassung, NJW 1991, S. 889 ff., S. 892; auch hinten, Anm. 152, S. 175.

kungen der grundsätzlich nur im numerus clausus verfügbaren Organisationsmodelle für die Wirtschaft setzen<sup>38</sup>.

e) Dabei hat man eine *horizontale* von einer *vertikalen* Mischung zu sondern.

aa) *Horizontal* lässt sich eine Wirtschaftsverfassung dadurch mischen, dass bestimmte Wirtschaftsbereiche je verschiedenen Organisationsmodellen unterstellt werden (z. B. die Landwirtschaft der Planverfassung, der Arbeitsmarkt der korporativen Ordnung und die übrigen Produktions- und Dienstleistungssparten der marktwirtschaftlichen Wettbewerbsverfassung). Hier besteht die Schwierigkeit des Gesetzgebers namentlich darin, dass bei Ausführung der verschiedenen Grundtypen jedwedes «*overspilling*» vermieden werden muss. Der Gesetzgeber hat mithin dafür zu sorgen, dass z. B. landwirtschaftliche Planelemente nicht auf irgendwelchen Umwegen oder in irgendeinem Reflex auf anders organisierte Wirtschaftsbereiche übergreifen.

bb) Von *vertikaler Mischung* ist dann die Rede, wenn sich zwar aus der formellen oder aus der materiellen Wirtschaftsverfassung ein einheitlicher Organisationstyp als gesollt erweist, die Verfassung aber daneben Zielvorstellungen, Gesetzesaufträge oder auch nur Zuständigkeiten festlegt, deren Realisierung vom Grundordnungsmodell der Wirtschaftsverfassung abweicht. Nicht anders verhält es sich, wenn *mehrere* (horizontal gemischte) Grundordnungen nicht nur implementiert, sondern verfassungskonform *gestaltet* werden sollten.

f) Damit wird das im Anschluss an die Wirtschaftsverfassung ergehende *Wirtschaftsfolgerecht* ausserordentlich *komplex*. Einmal ist zu beachten, dass es die Wirtschaftsverfassung zu *institutionalisieren* (d. h. zu ermöglichen, zu erleichtern und zu sichern) hat. Hier entsteht Komplexität schon daraus, dass in einer «Mixed Economy» verschiedene Wirtschaftsverfassungsmodelle horizontal nebeneinander stehen und daher (sozusagen parallel) *institutionalisiert* werden müssen. Zur Symptomatik solcher Komplexität gehören etwa die Parallelen von Privatrecht als Kern des Wirtschaftsrechts der Marktwirtschaft, von Wirtschaftsverwaltungsrecht (z. B. als Wirtschaftsrecht der Landwirtschaft) und von GAV-Recht (einschliesslich Allgemeinverbindlichkeitsklärung) als Ordnung des Arbeitsmarkts.

g) Dazu kommt, dass die jeweiligen (mitunter parallel nebeneinander stehenden) *Institutionalisierungen* ihrerseits *vertikaler* Mischung zugänglich sind, weil etwa sozial-, beschäftigungs-, verteilungs- oder strukturpolitische Zielformulierungen die Grundmodelle *umzugestalten* gebieten. Insoweit steht über den *institutionalisierenden Folgeordnungen* der jeweils *horizontal* gemischten Grundordnungen die zielbezogene *vertikale* Gestaltung durch *ergänzendes, steuerndes und korrigierendes Wirtschaftsfolgerecht*. Ersichtlich

<sup>38</sup> Vgl. dazu HEINZ-DIETER ASSMANN, Wirtschaftsrecht in der mixed economy, Königstein/Ts. 1980, wo zutreffend die Interdependenz von Staat, Recht und Wirtschaft betont wird.

kann das Ganze systematisch nur noch erfasst werden, wenn man von den hier angedeuteten *Grund- und Folgefunktionen* ausgeht<sup>39</sup>.

4. Das vom Verfasser entwickelte Konzept des Wirtschaftsrechts ist im allgemeinen gut aufgenommen worden, muss aber *ergänzt* und *verfeinert* werden. Das lässt sich am besten mit dem Referat der «Richtungen» belegen, in denen sich die Dynamik und die Lebendigkeit der Wirtschaftsrechtstheorie niederschlagen<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Vgl. dazu zuletzt: SCHLUEP, Revitalisierung (Anm. 31), S. 506 ff.

<sup>40</sup> Vgl. dazu aus schweizerischer Sicht: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts, ZSR 1982 I, S. 267 ff.; DERS., Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität, Zürich 1989, S. 33 ff.; ROLF H. WEBER, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmehereichen, Baden-Baden 1986; CARL BAUDENBACHER, Funktionszuwachs des Staates als wirtschaftsrechtliches Problem, SAG 1985, S. 57 ff.; DERS., Verfahren als Alternative zur Verrechtlichung im Wirtschaftsrecht?, ZRP 1986, S. 301 ff.; ERNST A. KRAMER, Entwicklungstendenzen des Wirtschaftsrechts im ausgehenden Jahrhundert, SZW 1990, S. 249 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Rahmenverträge, Zürich 1993, S. 5 ff.; MARC AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, Bern 1993, S. 11 ff.; PAUL RICHLI, Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze, Bern 1983, S. 56 ff.; KLAUS A. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 2. Aufl., Bern 1991, S. 1 ff.; vgl. zum italienischen Recht: MASSIMO GHENGHINI/AURELIO GENTILI/MICHELE TAMPONI, I rapporti economici nella costituzione, Vol. III: Impresa, proprietà e credito, Milano 1989; zur Entwicklung in Deutschland: HANS-JOACHIM MERTENS/CHRISTIAN KIRCHNER/ERICH SCHIANZE, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Opladen 1982; ROBERT WEIMAR/PETER SCHIMIKOWSKI, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, München 1983; ROLF STÖBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, Allgemeiner Teil und Wirtschaftsverfassungsrecht, 3. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1984; KARL WENGER, Wirtschaftsrecht – eine juristische Disziplin im Spannungsfeld von Sein und Sollen, in: Bernhard Raschauer (Hrsg.), Beiträge zum Verfassungs- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Günther Winkler, Wien/New York 1989, S. 121 ff.; WINFRIED TILMANN, Wirtschaftsrecht, Berlin/Heidelberg/New York/Tokio 1986; WOLFGANG FIKENTSCHER, Wirtschaftsrecht, Bde. I und II, München 1983; NORBERT REICH, Markt und Recht, Neuwied, Darmstadt 1977; GERD RINCK/EBERHARD SCHWARK, Wirtschaftsrecht, 6. Aufl., Köln usw. 1986; FRITZ RITTNER, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1987; ERNST STEINDORFF, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Darmstadt 1985; SCHMIDT (Anm. 37). Im Zusammenhang mit der EU sind grundsätzliche Auseinandersetzungen zum Wirtschaftsrecht nur im Blick auf die Wirtschaftsverfassung der EG zu vermerken; vgl. etwa JOSEF SCHERER, Die Wirtschaftsverfassung der EWG, Baden-Baden 1970; JÜRGEN BASEDOW, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, Tübingen 1992; ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HANS MÖLLER/HANS-PETER SCHWARZ (Hrsg.), Eine Ordnungspolitik für Europa, FS für Hans von der Groeben, Baden-Baden 1987; MANFRED ZULEEG, Die Wirtschaftsverfassung der europäischen Gemeinschaften, in: Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Ordnungsprobleme der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1978, S. 73 ff.; vgl. dazu aber auch SCHMIDT (a.a.O.), S. 80 ff.; FIKENTSCHER I (a.a.O.), S. 410 ff.; STEINDORFF (a.a.O.), S. 27 ff.; WEIMAR/SCHIMIKOWSKI (a.a.O.), S. 50 ff.; TILMANN (a.a.O.), S. 264 ff. – Angesichts der Globalisierung der Wirtschaft rücken Theorie und Praxis des *internationalen* Wirtschaftsrechts zunehmend in den Vordergrund; vgl. dazu wegweisend ANTON K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Zürich 1990; MEINHARD HILF/ERNST-ULRICH PETERSMANN (Hrsg.), National Constitutions and International Economic Law, Deventer/Boston 1993. – Zu der im Kontext erwähnten Ergänzungsbedürftigkeit gehört (selbstverständlich) der Einbezug des (hier übergangenen) Wirtschaftsorganisationsrechts (i. e. S.) und des Wirtschaftsverfassungsrechts.

a) Man ist versucht, die hier vorgetragene Wirtschaftsrechtstheorie jenen den Liberalismus<sup>41</sup> übersteigenden Lehren zuzuweisen, die aufgrund eines umfassend verstandenen *Marktversagens* den Staat als *Träger interventionistischer Wirtschaftspolitik* einbeziehen. Man spricht von *instrumentalem Wirtschaftsrecht*<sup>42</sup>.

Diese Einstufung trifft im Kern zu, wird aber der *Universalisierbarkeit* des Ansatzes nicht gerecht. Das zeigt sich etwa darin, dass auch planwirtschaftliche Modelle jedweder Prägung oder Mischung (wie z. B. die «sozialistische Marktwirtschaft» der Volksrepublik China) mit der vorgeschlagenen Systematisierung erschlossen werden können: auch hier lässt sich eine wirtschaftsverfassungsrechtliche *Grundordnung* (Verankerung der Planwirtschaft in der Staatsverfassung) von institutionalisierenden und gestaltenden Folgeordnungen sondern. Die Planwirtschaft muss (wie die Marktwirtschaft) rechtlich *institutionalisiert* werden; auch sie kann (oder muss) im Blick auf andere verfassungsrechtlich legitimierte Ziele gestaltet werden. Man denke etwa an die Einführung von «Wettbewerbsinseln» (z. B. im Bereich des Fremdenverkehrs) oder an die Zulassung des privatwirtschaftlichen Unternehmertums für Kleinlandwirte.

b) In allen Fällen dient das vorgeschlagene System *nicht nur der Sammlung und Ordnung wirtschaftsrelevanter Normmassen*<sup>43</sup>, sondern auch der Erfassung *dogmatischer Funktionen* und damit der Artikulation systemgerechter, *rechtspolitisch konsistenter Postulate*. So fordert etwa eine *horizontale Mischung* verschiedener Grundordnungen eine möglichst klare Sonderung von *Grund- und Ausnahmbereichen*, um funktionsgefährdende «overspillings» der Ausnahme- auf die Grundordnung zu verhindern<sup>44</sup>. Im Blick auf die *vertikale Mischung* wird ein *grundordnungsspezifisches Verhältnismässigkeitsprinzip* gefordert, das nicht nur den gestaltenden Staat betrifft, sondern die Frage nach Träger, Quellen und Art der Gestaltung in die Diskussion einbezieht<sup>45</sup>.

c) Damit ist klargestellt, dass das vorgeschlagene Konzept eines *allgemein verstandenen Wirtschaftsrechts*<sup>46</sup> durchaus geeignet ist, *neuere* Entwicklungen im Verständnis des Zusammenwirkens von Staat und Wirtschaft *kritisch* zu

<sup>41</sup> Einlässlich und neuestens dazu: AMSTUTZ (Anm. 40), S. 19 ff. (mit umfassenden Hinweisen).

<sup>42</sup> Vgl. dazu MEIER-SCHATZ, Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität (Anm. 40), S. 39 ff.; DERS.; Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts (Anm. 40), S. 267 ff., besonders S. 286 ff.; TILMANN (Anm. 40), S. 38 ff.

<sup>43</sup> Vgl. dazu TILMANN (Anm. 40), S. 18 ff.

<sup>44</sup> Vgl. dazu WALTER R. SCHLUEP, Wirtschafts- und Sozialverfassung, ZSR 1978 I, S. 335 ff.

<sup>45</sup> Vgl. dazu SCHLUEP, Revitalisierung (Anm. 31), S. 510 f. (wo im Blick auf eine marktwirtschaftliche Grundordnung ein «marktwirtschaftliches Verhältnismässigkeitsprinzip» gefordert wird).

<sup>46</sup> Im Sinne einer Quasi-Explikation des Gegenstandes des Wirtschaftsrechts ist auch der Versuch des Verfassers nur (aber immerhin) als Vorschlag zu verstehen, der seine «Zweckmässigkeit erst über die Fruchtbarkeit der . . . angeregten Systematisierung . . . zu erweisen» hat; WEIMAR/SCHIMIKOWSKI (Anm. 40), S. 7. Vgl. zu dieser Frage auch VON DER CRONE (Anm. 40), S. 68 f.

beurteilen (d. h. zu integrieren oder abzuweisen). Genau in dieser Fähigkeit offenbart sich die *dogmatische Tauglichkeit* der hier vorgeschlagenen Sichtweise. Das soll im folgenden (angesichts des verfügbaren Raumes allerdings nur kurz) *belegt* werden:

aa) Im Zug der Zeit liegt offenkundig der *systemtheoretische Ansatz* mit Akzent auf *Selbstregulierung* und eben deshalb auf einer *prozeduralen Rahmenordnung*. Der Unterschied zum «interventionistischen» oder «steuernden» (Massnahme-)Wirtschaftsrecht besteht darin, dass das *gestaltende Folgerecht* nicht mehr als Sache des Staates allein, sondern als *Selbstorganisation durch die Beteiligten* und als *systemspezifischer*, d. h. *selbstreflexiver* Vorgang aufgezogen wird.

Grundsätzlich ist dazu zu bemerken, dass die Anerkennung vertikaler Mischung (wie sie das vom Verfasser entwickelte System vornimmt) formell nichts darüber aussagt, *wem und mit welchen Mitteln die Gestaltung der Grundordnung* obliegt. Materiell folgt aus dem System freilich, dass die Funktionsfähigkeit der Grundordnung weder durch horizontale Ausnahmebereiche noch durch vertikale Gestaltungen beeinträchtigt werden darf<sup>47</sup>.

bb) Niemand wird bestreiten wollen, dass es *gute Gründe* gibt, dem intervenierenden Staat *zu misstrauen*. Die Erwartungen heilsbringender Lenkung der Wirtschaft durch den Staat sind zunehmend enttäuscht worden. Das findet Ausdruck in der Chiffre des «Staats- oder Politikversagens». Jetzt schon ist anzumerken, dass der Tadel keinesfalls die *institutionalisierende Folgeordnung* treffen kann. Nach einhelliger Auffassung ist es nämlich Sache der *staatlichen Ordnungspolitik*, Wirtschaftsabläufen eine rechtliche *Rahmenordnung* zu setzen.

cc) Die resignierende Feststellung des Staats- oder Politikversagens betrifft also zumal das *gestaltende Folgerecht*. Die angeführten Gründe überzeugen in der Regel<sup>48</sup>: Am Anfang der Kritik am intervenierenden Staat stehen theoretische (genauer: systemtheoretische) Bedenken: Politik, Wirtschaft und Recht haben sich als selbständige Subsysteme aus dem System «Gesellschaft» ausdifferenziert und damit gegeneinander abgegrenzt. Sie kommunizieren je über eigene Medien, operieren also mit je besonderen «Codes» oder «Sprachen». Daraus folgt dann:

<sup>47</sup> Vgl. dazu WALTER R. SCHLUEP, Wettbewerbsfreiheit – staatliche Wirtschaftspolitik: Gegensatz oder Ergänzung, ZSR 1991 I, S. 5 ff.

<sup>48</sup> Vgl. dazu WALTER R. SCHLUEP, Selbstreferentielles Recht – Ein Weg zur Neubegründung des Wirtschaftsrechts?, Festgabe Alfred Röhli, Solothurn 1990, S. 135 ff., besonders S. 145 ff.; VON DER CRONE (Anm. 40), S. 55 ff.; AMSTUTZ (Anm. 40), S. 43 ff.; TILMANN (Anm. 40), S. 29 ff.; MEIER-SCHATZ, Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität (Anm. 40), S. 44 ff.; WEBER (Anm. 40), S. 34 f.; KRAMER (Anm. 40), S. 249 ff.; vgl. auch die allgemeine Kritik an der «Verrechtlichung»: HELMUT HOLZHEY/GEORG KOHLER (Hrsg.), Verrechtlichung und Verantwortung, Bern/Stuttgart 1987; RÜDIGER VOIGT (Hrsg.), Verrechtlichung, Königstein/Ts. 1980; DIETER GRIMM (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990; MICHAEL BOCK, Recht ohne Mass, Berlin 1988.

«Einerseits schliesst die Eigengesetzlichkeit eines selbstreferentiell verstandenen Systems Wirtschaft eine eigentliche Steuerung aus. Das innere Funktionieren des Systems Wirtschaft kann nicht in einen systemübergreifenden Regelkreis eingebunden werden, jedenfalls so lange nicht, als die Funktion der Vermittlung des Zugriffs auf knappe Güter nicht generell in ein anderes System, etwa das politische, verlagert wird. Weder politisches System noch Rechtssystem können indirekt in die für die Wirtschaft spezifische Kommunikation mit dem Medium Geld über das Problem Knappheit eingreifen»<sup>49</sup>.

dd) Da Lenkung als gestaltendes Folgerecht im Sinne verrechtlichter Wirtschaftspolitik immer auch Planvorstellungen enthält, wird das *Planversagen* des bankrotten «real existierenden Sozialismus» als Beleg für Staatsversagen angerufen. In der Tat wird das Recht (grundsätzlich) überfordert, wenn es trotz seines Mediums «Recht/Unrecht» als Instrument zur Verfolgung wirtschaftspolitischer und damit «fremdsprachiger» Ziele eingesetzt wird. Intervenierendes Wirtschaftsrecht «nimmt (nämlich) auf die Eigenlogik des Rechtssystems keine Rücksicht und setzt das Medium «Recht» nahezu ausschliesslich *instrumental* ein»<sup>50</sup>.

ee) Dazu kommen Argumente der *analytischen Politologie*, die über die «public-choice-theory»<sup>51</sup> eingebracht werden. Weiter sind zu veranschlagen: der Erkenntnisnotstand regulierender Behörden im Blick auf die Wirtschaft, das Vollzugsversagen der anwendenden Behörden<sup>52</sup> und die mangelnde Akzeptanz regulatorischer Programme durch die Normadressaten<sup>53</sup>. Solche Defizienzen führen zwangsläufig dazu, dass die Wirtschaft, deren Lenkung mit wirtschaftspolitischen Gesetzen bezweckt wird, ihrerseits das Heft in die Hand nimmt und auf mannigfach verschlungenen Pfaden Politik und Recht nach eigenen Vorstellungen zu prägen versucht<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> VON DER CRONE (Anm. 40), S. 70, unter Verweis auf GUNTHER TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a.M. 1989, S. 22 ff. Dazu weiter VON DER CRONE (Anm. 40), S. 70: «Das Sozialsystem Wirtschaft scheint sich in eigentümlicher Weise der Lenkung zu entziehen, um dann doch auf gewisse mit Lenkungsabsicht unternommene Eingriffe zu reagieren.»

<sup>50</sup> AMSTUTZ (Anm. 40), S. 43, mit Verweis auf LUDWIG RAISER, *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin/New York 1971, S. 209 f.

<sup>51</sup> MEIER-SCHATZ, *Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität* (Anm. 40), S. 47 (mit zahlreichen Hinweisen in Anm. 60): Nach dieser Theorie wird «die Entstehung regulatorischer Programme als Prozess (gesehen), in dem Gruppen und Individuen in einem polit-ökonomischen Marktplatz sich um die Wette bewerben. Hierbei schwängen letzten Endes jene Interessen obenaus, die sich am besten für (oder gegen) die betreffende Regulierung zu organisieren wüssten. Verrechtlichungsprozesse neigten daher zu einer Begünstigung kleiner, straff organisierter Gruppen, und das zur Legitimation des Steuerungseingriffs angerufene «öffentliche Interesse» spiele bestenfalls eine untergeordnete Rolle» (a.a.O., S. 47 f.); vgl. auch AMSTUTZ (Anm. 40), S. 45 f.; KARL-ERNST SCHENK, «Institutional Choice», Tübingen 1982.

<sup>52</sup> Vgl. etwa RENATE MAYNTZ (Hrsg.), *Implementation politischer Programme*, Empirische Forschungsberichte, Bd. I, Königstein/Ts. 1980; DIES. (Hrsg.), *Implementation politischer Programme, Ansätze zur Theoriebildung*, Bd. II, Opladen 1983; auch SCHLUEP, *Selbstreferentielles Recht* (Anm. 48), S. 146.

<sup>53</sup> Vgl. dazu AMSTUTZ (Anm. 40), S. 45.

<sup>54</sup> Vgl. dazu TILMANN (Anm. 40), S. 71: «Wirtschaftsrechtliche Gesetze und Verordnungen werden mit den beteiligten Kreisen» vorbesprochen und abgestimmt. Die gruppenmässig vertretenen Wirtschaftenden nehmen dabei an der planmässigen Vorbereitung der Rechtset-

ff) Endlich gehört in diesen Zusammenhang die These vom *regulatorischen Trilemma*<sup>55</sup>: «Jeder regulatorische Eingriff, der diese (sc. durch Eigengesetzlichkeit des Subsystems bestimmte) Grenze überschreitet, ist entweder irrelevant oder hat desintegrierende Wirkung für den gesellschaftlichen Lebensbereich oder aber desintegrierende Wirkungen auf das regulatorische Recht selbst zur Folge»<sup>56</sup>.

gg) Alles in allem lässt sich somit Staatsversagen zurückführen auf theoretische und praktische Grenzen der *Machbarkeit*<sup>57</sup>, auf die Irrtümer des *Konstruktivismus*<sup>58</sup> und auf «*Anmassung von Wissen*»<sup>59</sup>. Allerdings ist daran zu erinnern, dass auch ausdifferenzierte Systeme (wie Recht und Wirtschaft) «über systemübergreifende *Interferenzmechanismen*»<sup>60</sup> miteinander zu kommunizieren und daher aufeinander einzuwirken vermögen. Freilich ist diese Öffnung relativ geschlossener Systeme nach der Systemtheorie nur (aber immerhin) möglich, wenn z. B. die Steuerung der Wirtschaft durch das Recht (aber auch Einwirkungen anderer Systeme aufeinander) *indirekt*, d. h. über die Medien des Target-Systems erfolgt. Damit bleibt die Kategorie des *gestaltenden Wirtschaftsfolgerechts* unangetastet: zur hergebrachten Einzel- und Globalsteuerung<sup>61</sup> tritt neu die *Selbststeuerung*.

d) Die hier vorgeschlagene Kennzeichnung des Wirtschaftsrechts als *Recht der Organisation des Wirtschaftens* kann somit beibehalten werden. Dies einmal, weil an der Notwendigkeit *institutionalisierendem Folgerechts* im Sinne einer spezifischen Aufgabe des Rechtssystems niemand zweifeln will. Zum Beleg genügt ein Verweis auf die vom Wirtschaftssystem aus eigenem

zung teil, wobei die Interessen der Gruppenmitglieder bereits von der Gruppe abgeschliffen und eingebunden worden sind. Für die gruppenmässig nicht Vertretenen sind die demokratische Beteiligung in Gestalt der Wahl des Parlaments und die Möglichkeiten der Aktivierung der öffentlichen Medien nur ein vergleichsweise schwacher Ersatz»; vgl. zum schweizerischen Recht: BAUDENBACHER, *Funktionszuwachs des Staates* (Anm. 40), S. 57 ff., besonders S. 66 ff.

<sup>55</sup> GUNTHER TEUBNER, *Verrechtlichung — Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, in: Friedrich Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden 1984, S. 316 f.

<sup>56</sup> TEUBNER, *Verrechtlichung* (Anm. 55), S. 316.

<sup>57</sup> Vgl. dazu EGON TUCHTFELDT, *Über die Grenzen der Machbarkeit in der Wirtschaftspolitik*, in: Bausteine zur Theorie der Wirtschaftspolitik (Hrsg. Ernst Dürr/Hugo Sieber), Bern/Stuttgart 1983, S. 381 ff.

<sup>58</sup> FRIEDRICH A. VON HAYEK, *Die Irrtümer des Konstruktivismus*, Tübingen 1975, S. 7: Es wurde «jedenfalls ein menschlicher Wille, den sie als den Schöpfer aller gesellschaftlichen Bildungen betrachteten und aus dessen Absichten sie ihre Rechtfertigung ableiten mussten. Die Gesellschaft erschien ihnen als eine Konstruktion der Menschen für einen angestrebten Zweck . . .».

<sup>59</sup> Vgl. FRIEDRICH A. VON HAYEK, *Die Verfassung der Freiheit*, Tübingen 1971, S. 30 ff.; DERS., *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. I, München 1980, S. 27 ff.

<sup>60</sup> TEUBNER, *Recht als autopoietisches System* (Anm. 49), S. 82.

<sup>61</sup> Vgl. dazu vor allem STEINDORFF (Anm. 40), S. 126 ff. («globale und gezielte Steuerung»); FIKENTSCHER I (Anm. 40), S. 296 ff., S. 357 ff.

Bedürfnis geforderte «rechtliche Rahmenordnung»<sup>62</sup>. Zum andern ist eben gezeigt worden, dass das *gestaltende Folgerecht* keineswegs ausschliesslich mit staatlichem Interventionsrecht (im Sinne verrechtlichter Ablauf-, Sozial- und Strukturpolitik) identifiziert werden darf. Gegenteil sind Träger und Methoden der Gestaltung (nicht nur nach Kriterien der Effizienz, sondern zumal auch nach Massstäben gesellschaftlicher «Richtigkeit» unter Berücksichtigung des jeweiligen Wissensstandes) kritisch zu überprüfen<sup>63</sup>.

e) Allerdings muss unter solchen Voraussetzungen gefordert werden, dass *Theorien der Selbststeuerung* plausibel zu erklären in der Lage sind, wie diese «funktioniert».

aa) Mit Sicherheit darf man nicht einfach den Staat als Steuermann *eliminieren*. Sieht man von den marginalen Fällen ab, in denen Wirtschaft gänzlich ohne Recht funktioniert<sup>64</sup>, ist der Staat nicht nur für die Setzung des *institutionalisierenden Folgerechts* unverzichtbar, sondern auch als Träger einer *gestaltenden Folgeordnung*, die auf (mindestens weitgehende) Selbststeuerung angelegt ist. Augenscheinlich kommen Kirche, Moral oder Tradition als ausschliessliche Gestalter der Wirtschaft (in systemeigenen Strukturen und mittels wirtschaftsspezifischer Medien) kaum in Frage<sup>65</sup>. Auch der blosser Verweis auf die grössere Sachnähe der «Beteiligten» bietet aus sich selbst heraus noch keine Richtigtigkeitsgewähr.

bb) Es bedarf also zusätzlicher Nachweise, mit welcher Wahrscheinlichkeit und mit welchen «Strukturen» und «Medien» die «Beteiligten» zur angestrebten Selbstorganisation (mit dem erhofften Ergebnis) angehalten werden können. Ausschliesslich prozedurale Vorschriften (im technischen Sinn) können zwar durch *Fairness* das Verfahren legitimieren, nicht aber die Richtigkeit der Ergebnisse. Auch wenn man mit *Teubner* und anderen<sup>66</sup> «Prozeduralisierung» als «Erhaltung einer Pluralität von Handlungsoptionen, der Kompatibilisierung von Dissensen (und nicht der Erreichung von Konsensen), der Ermöglichung von Durchlässigkeit verschiedener Sprachspiele füreinander, der Gewährleistung des Wandels durch Konstruktion von «Unter-

<sup>62</sup> Vgl. dazu: WEIMAR/SCHIMIKOWSKI (Anm. 40), S. 5 f. Dabei kann nichts darauf ankommen, dass sich einzelne Bereiche der rechtlichen Institutionalisierung spezialisiert und damit bis zu einem gewissen Grade aus dem Wirtschaftsrechtssystem ausgegrenzt haben. Das trifft etwa zu für das Handelsrecht (im klassischen Sinn), das Gesellschaftsrecht, das Immaterialgüterrecht, das Steuerrecht, das Konkurs- und Nachlassrecht usw.

<sup>63</sup> Vgl. dazu TUCHTFELDT (Anm. 57), S. 386: «Gestaltung im hier verstandenen Sinne eines *empirischen Rationalismus* bedeutet behutsame Formung des Vorhandenen, wie aus den historischen Kräften entstanden ist. Politik als «Daseinsgestaltung» unterscheidet sich daher schon im Anspruch notwendigerweise von der Hybris des *konstruktivistischen Rationalismus*».

<sup>64</sup> Vgl. dazu namentlich VON DER CRONE (Anm. 40), S. 72 ff. und hinten S. 171.

<sup>65</sup> Vgl. freilich EGON TUCHTFELDT, *Moral Suasion* in der Wirtschaftspolitik, in: *Bausteine zur Theorie der Wirtschaftspolitik* (Anm. 57), S. 272 ff.

<sup>66</sup> TEUBNER, *Recht als autopoietisches System* (Anm. 49), S. 83; vgl. auch AMSTUTZ (Anm. 40), S. 116.

brechern» gegenüber sich selbst verstärkenden Diskursen etc.»<sup>67</sup> versteht, bleibt das damit verfolgte Ziel allemal dasselbe: Elimination von Defizienzen der *institutionalisierten wirtschaftsrechtlichen Grundordnung*. Hier bleibt die perennierende Frage, ob der als intervenient versagende Staat (und mit ihm Politik und Recht) in der Lage sei, zugleich in seiner eigenen Sprache (aber sozusagen mit «fremden Zungen»), im anders codierten Wirtschaftssystem sachgerechte Anstösse auszulösen.

cc) Zudem ist bislang nicht ausreichend nachgewiesen, ob überhaupt (und gegebenenfalls inwieweit) selbstreflexives Wirtschaftsrecht mehr oder anderes meinen kann als spontane Ordnung im Sinne des *Neoliberalismus* oder Gruppenvereinbarung im Sinne des *Neokorporatismus*<sup>68</sup>. Zu bedenken ist weiter, dass die Effizienz wirtschaftlicher Steuerung letztlich davon abhängt, dass sie im Mikrobereich aktualisiert wird<sup>69</sup>. Kurz: der Pragmatik selbstreferentiellen Wirtschaftsrechts fehlen vorläufig noch die zu Vergleichszwecken erforderlichen scharfen Konturen und die Verwertung der Erfahrungen mit den hergebrachten Formen der «*Selbstverwaltung der Wirtschaft*»<sup>70</sup>.

f) Allerdings darf nicht übersehen werden, dass *Ansätze* zu einer *Pragmatik* nicht fehlen. Man hat einen *praktisch-beschreibenden Bereich* von überwiegend *theoretischen Anläufen* zu unterscheiden:

aa) Im *praktischen Bereich* ist zunächst an die Arbeiten *Baudenbachers* zu erinnern, der anhand zahlreicher Beispiele nachgewiesen hat, in welchem Ausmass in der Schweiz und in Deutschland der Gedanke der *indirekten*

<sup>67</sup> KARL-HEINZ LADEUR, «Prozedurale Rationalität» – Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems?, *ZfRSoz* 1986, S. 273; TEUBNER, *Recht als autopoietisches System* (Anm. 49), S. 85, beruft sich ausdrücklich auf diese Umschreibung von Ladeur; ebenso AMSTUTZ (Anm. 40), S. 116.

<sup>68</sup> Vgl. dazu einerseits ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *Organisationen in spontanen Ordnungen*, Freiburg i.Br. 1992; andererseits QUIRIN WEBER, *Korporatismus statt Sozialismus*, Freiburg/Schweiz 1989, S. 130: «Nach einmütiger Auffassung der katholischen Korporatisten gebot es angesichts der aufkommenden nationalen Erneuerungsbewegungen die Stunde, die Diskrepanz zwischen Verfassung und Verfassungswirklichkeit innert nützlicher Frist zu überwinden. Es ging ihnen dabei im wesentlichen darum, nach dem Grundsatz der Subsidiarität im Verhältnis von Staat und Wirtschaft eine neue Grenzregulierung vorzunehmen. Nach ihrer Intention bestand das Ziel der berufsständischen Ordnung namentlich darin, den Staat von seinen wirtschafts- und sozialpolitischen Aufgaben zu entlasten und diese den berufsständischen Organen zu übertragen. Man wollte Staat und Wirtschaft ihre wesensgemässen (originären) Aufgaben wieder zuteilen und damit gleichzeitig die Gefahr des Staatssozialismus möglichst reduzieren». Einlässlich zum Problem auch SCHLUEP, *Selbstreferentielles Recht* (Anm. 48), S. 160 ff.

<sup>69</sup> Vgl. dazu VON DER CRONE (Anm. 40), S. 80 ff.

<sup>70</sup> Vgl. dazu SCHMIDT (Anm. 37), S. 405 ff.; MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE (Anm. 40), S. 142 ff. («Gemengelage zwischen staatlicher und privater Rechtsetzung»); vgl. zum Problem auch MEIER-SCHATZ, *Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität* (Anm. 40), S. 48 ff.; AMSTUTZ (Anm. 40), S. 151 ff., besonders S. 153: «Inskünftig müssen die Bemühungen vermutlich aber vor allem um das Problem kreisen, wie ein «optimal mix» zwischen formal, material und reflexiv operierenden Interventionsmodi im wirtschaftsrechtlichen Regelbestand hergestellt werden kann.»

Steuerung bereits verwirklicht worden ist<sup>71</sup>. Besonders beachtlich sind auch die Bemühungen *Richlis*, Nutzen und Notwendigkeit einer *Partnerschaft* zwischen Staat und Bürgern nicht nur mit zahlreichen Beispielen aus dem öffentlichen Recht der Schweiz zu belegen, sondern auch rechtstheoretisch, rechtspraktisch, systemtheoretisch und zumal psychologisch zu begründen<sup>72</sup>. Daneben illustrieren «klassisch» gewordene Anwendungen des Selbstregulierungsgedankens, wie man sich dessen pragmatische Verwirklichung vorzustellen hat: «konzertierte Aktion», «social contract», «orderly marketing», «Selbstbeschränkungsabkommen», «Codes of Conduct» usw.<sup>73</sup>

bb) Systemtheoretisch bleibt die Argumentation schwierig, weil der Erklärungsbedarf im Blick auf die Ausgangsthese relativ geschlossener Systeme mit je eigenem Code unabweislich wird, will man nicht jedes Teilsystem sich selbst überlassen. Das aber soll genau im Blick auf die Defizienzen des Marktes vermieden werden: Die Devise lautet nicht «zurück zur invisible hand», sondern: es «findet keine «soziale Entladung» statt. In diesem Sinn hebt sich reflexives Recht klar von der *deregulation*-Debatte ab<sup>74, 75</sup>. Der scheinbare Widerspruch (Systemautonomie versus Fremdsteuerung) wird von den Systemtheoretikern wie folgt aufgelöst: Die relative (operative) Geschlossenheit ist nicht auch *kognitive Isolation* der operativ geschlossenen Systeme gegenüber ihrer Umgebung<sup>76</sup>. Die ausdifferenzierten Teilsysteme können also ihre Umwelt (will sagen: andere Teilsysteme) «wahrnehmen», aber nur durch die eigene «blaue Brille». Damit wird auch «das Recht über systemübergreifende *Interferenzmechanismen* real mit seinen gesellschaftli-

<sup>71</sup> BAUDENBACHER, Verfahren als Alternative zur Verrechtlichung im Wirtschaftsrecht? (Anm. 40), S. 301 ff.; DERS., Funktionszuwachs des Staates als wirtschaftsrechtliches Problem (Anm. 40), S. 57 ff.; DERS., Kartellrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte gesetzvertretender Vereinbarungen zwischen Staat und Wirtschaft, DJZ 1988, S. 689 ff.; vgl. aber auch kritische Bemerkungen zu dem im schweizerischen Kartellrecht «bevorzugten Verhandeln»: WALTER A. STOFFEL, Verhandlung und Wettbewerb in der Schweiz (Urteilsbesprechung von BGE 109 II 260), SAG 1984, S. 133 ff.

<sup>72</sup> PAUL RICHLI, Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, ZBI 1991, S. 381 ff. (mit zahlreichen Literaturhinweisen); DERS., Possibilités de négociation en droit Publique Suisse, in: Jean Ruegg/Nicolas Mettan/Luc Vodoz, La négociation, son rôle, sa place dans l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement, Lausanne 1992, S. 137 ff.; DERS., Die Bewilligung von Endlagern für radioaktive Abfälle im Spannungsfeld zwischen Machbarkeit und Verfahrensgerechtigkeit – kritische Bemerkungen zum bundesrätlichen Revisionsentwurf, AJP 1994; DERS., Für «gerechteres» Verfahren bei der Bewilligung von Endlagern für radioaktive Abfälle, Basler Zeitung vom 18. Mai 1994, S. 53; ROLF SCHMID, Kooperatives Verwaltungshandeln in den Kartellverfahren der Schweiz und der EG, Diss. St. Gallen 1994, S. 1 ff.

<sup>73</sup> Vgl. dazu auch SCHLUEP, Selbstreferentielles Recht (Anm. 48), S. 164 ff.

<sup>74</sup> AMSTUTZ (Anm. 40), S. 113.

<sup>75</sup> Vgl. auch GUNTHER TEUBNER, Reflexives Recht, ARSP 1980, S. 27; AMSTUTZ (Anm. 40), S. 113.

<sup>76</sup> Vgl. SCHLUEP, Selbstreferentielles Recht (Anm. 48), S. 157 ff.

chen Umwelten verbunden<sup>77</sup>. Diese «Koppelung»<sup>78</sup> ermöglicht es, dass Subsysteme miteinander kommunizieren. Dadurch entstehen «Gesprächskreise, Kollektivverhandlungen, Vernehmlassungsverfahren, konzertierte Aktionen»<sup>79</sup>, die dem Recht den «Zugriff auf zentrale Selbststeuerungsmechanismen»<sup>80</sup> geben. Das Recht steuert die Wirtschaft, indem es Impulse zur Selbststeuerung auslöst<sup>81</sup>. Die (interventionistischen) zweckgerichteten Massnahmen zur materiellen Aufladung (Max Weber) liberal verstandenen, bloss *formalen Rechts* sollen somit durch eine neue Strategie abgelöst werden: Nach ursprünglich formaler (Liberalismus), hernach materialer Rationalität (Interventionismus) ist jetzt die Systemrationalität reflexiven Rechts (Fremdsteuerung durch Selbststeuerung)<sup>82</sup> am Zuge.

cc) Der praktisch referierende Ansatz zur Entwicklung einer Pragmatik der Selbststeuerung (lit. aa) weist namentlich in der Ausprägung *Richlis* eine Tendenz zur zunehmenden theoretischen Explikation auf. Umgekehrt versuchen die Systemtheoretiker vermehrt, die Fruchtbarkeit ihrer Theorien im Sinne des Postulates sorgfältiger Fallstudien<sup>83</sup> zu erhärten. In der Schweiz ist vorab auf die Habilitationsschriften von *Meier-Schatz*<sup>84</sup> und von *v. der Crone*<sup>85</sup> hinzuweisen: Jener weist nach, wie gesellschaftsrechtliche *Publizitätsvorschriften* zur Selbstregulierung erwünschten unternehmerischen Verhaltens führen können; dieser fruktifiziert die Selbstregulierungsthese für eine zutreffende funktionale (rechtsdogmatisch und rechtspolitisch gleichermaßen wichtige) Erfassung der *Rahmenverträge*. *Amstutz* hat versucht, einschlägiges Privatrecht für eine sinnvolle *Konzernorganisation* reflexiv-wirtschaftsrechtlich zu konditionieren<sup>86</sup>.

dd) Die Brücke zu solchen praktischen Verwertungsmöglichkeiten der Selbststeuerungsmodelle schlägt *Amstutz* im Anschluss an *Teubner* und *Willke*<sup>87</sup> mit einer Darstellung der *reflexiven Steuerungsstrategien* des Rechts.

<sup>77</sup> TEUBNER, Recht als autopoietisches System (Anm. 49), S. 82.

<sup>78</sup> AMSTUTZ (Anm. 40), S. 108 f. (unter Berufung auf T. M. HEYL, Die Theorie autopoietischer Systeme: Perspektiven für die soziologische Systemtheorie, Rechtstheorie 1982, S. 65: «strukturelle Koppelung»).

<sup>79</sup> TEUBNER, Recht als autopoietisches System (Anm. 49), S. 118.

<sup>80</sup> TEUBNER, Recht als autopoietisches System (Anm. 49), S. 118.

<sup>81</sup> Vgl. SCHLUEP, Selbstreferentielles Recht (Anm. 48), S. 159.

<sup>82</sup> Vgl. dazu (TEUBNER referierend): AMSTUTZ (Anm. 40), S. 112 ff.

<sup>83</sup> SCHLUEP, Selbstreferentielles Recht (Anm. 48), S. 167.

<sup>84</sup> MEIER-SCHATZ, Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität (Anm. 40).

<sup>85</sup> VON DER CRONE (Anm. 40).

<sup>86</sup> Erwünscht ist nach AMSTUTZ (Anm. 40), S. 554 f., den Konzern als Heterarchie auszugestalten. Rechtlich wird dafür eine *Verbund- oder Netzorganisation* mit «der (kompatiblen) Koexistenz von Individual- und Kollektivinteressen» gefordert; a.a.O., S. 555. In den Kontext gehört auch eine Untersuchung über den schweizerischen Finanzmarkt: HANS-DIETER VONTOBEL/LUKAS MORSCHER, Wettbewerb als Chance: Anstösse zur Reform des Finanzplatzes Schweiz, Zürich 1992.

<sup>87</sup> GUNTHER TEUBNER/HELMUT WILLKE, Kontext und Autonomie: gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, ZfRSoz 1984, S. 4 ff., S. 14 ff.

Er unterscheidet Strategien evolutionärer Ordnung (im Sinne einer Erweiterung des Zugangs zum Recht als Folge eines unbefriedigenden Rechtszustandes; z. B. Einführung der Verbandsklage oder der «class action»), Strategien residualer Ordnung (im Sinne der schlichten Ermöglichung spontaner Selbstordnungen), Strategien direkter Ordnung (im Sinne einer Nutzung der Interferenz) und Strategien dezentraler Ordnung (im Sinne der organisatorischen Förderung von Beziehungen zwischen Repräsentanten der verschiedenen Systeme)<sup>88</sup>. Im wirtschaftsrechtlichen Kontext steht offenkundig die *Strategie direkter Ordnung* im Vordergrund. Dem Recht fällt dabei die Aufgabe zu, die Rahmenbedingungen für die Selbstorganisation so zu setzen, dass die erwartete (weil material richtige) Selbstregelung zustande kommt. Insoweit sind diese Rahmennormen nicht frei verfügbar, sondern aller Regel nach *zwingend*<sup>89</sup>.

g) All das bestätigt, dass die neuen Lehren ohne weiteres in das hier vorgeschlagene Konzept des Wirtschaftsrechts aufgenommen werden können: Die Grundordnung muss nach wie vor implementiert werden (bei horizontaler Mischung sogar mehrfach); die gestaltende Folgeordnung wird *neu* auch zu einer rechtlich organisierten Selbstgestaltung, die ihrerseits unter dem Titel der «prozeduralen Rahmenordnung» institutionalisiert werden muss.

### III. Über die Merkmale des Wirtschaftsrechts

Versucht man, das Wirtschaftsrecht angesichts der Inhaltsarmut einer klassenlogischen Definition (Wirtschaftsrecht als rechtliche Organisation des Wirtschaftens) zu beschreiben, lassen sich die folgenden *Typenmerkmale* herausstellen<sup>90</sup>:

#### A. Funktionalität

1. Weil das Wirtschaftsrecht eine Grundordnung zu institutionalisieren und zielbezogen zu gestalten hat, stehen seine Rechtssätze im Dienste der Organisation des Systems Wirtschaft und daher in einem *funktionalen Zusammen-*

<sup>88</sup> AMSTUTZ (Anm. 40), S. 118 ff.

<sup>89</sup> Vgl. dazu AMSTUTZ (Anm. 40), S. 115 ff.

<sup>90</sup> Ausführlicher dazu SCHLUEP, Was ist Wirtschaftsrecht? (Anm. 31), S. 1 ff.; DERS., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, in: Heinz Saueremann/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 569 ff.

*hang* (im oben umschriebenen sozialwissenschaftlichen Sinn)<sup>91</sup>. Mit Recht ist gesagt worden, im Wirtschaftsrecht gehe es darum, «den rechtstheoretisch zu sehr vernachlässigten Bezug auf die Wirklichkeit . . . und die Bezogenheit aller Bauelemente des positiven Rechts auf die von ihm zu leistenden Funktionen zum Ausgangspunkt» zu nehmen<sup>92</sup>.

2. Die Bedeutung der Aussage liegt namentlich darin, dass Rechtssätze in diesen funktionalen Zusammenhang einbezogen werden können, die *primär* andere (z. B. personale) Funktionen zu erfüllen haben und die man deswegen als *multifunktional* qualifizieren muss. Solche auch in anderen Sinn- oder Systemzusammenhängen stehende Normen sind alsdann *auch* im Blick genau auf die Funktion zu konzipieren oder anzuwenden, die sie zum Vollzug der gegebenen (gesetzten oder gewachsenen) Wirtschaftsverfassung zu versehen haben. Das erfordert vom Gesetzgeber und vom Rechtsanwender *Prognose* der mutmasslichen *Folgen* (Folgenorientierung): «So müssen diese zwischen den verschiedenen möglichen Normhypothesen diejenige auslesen, *welche am ehesten zur Realisierung der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Vorgaben beiträgt*»<sup>93</sup>.

3. An der so verstandenen Funktionalität wird neuerdings gerügt, sie vermöge als Gesichtspunkt im Rahmen des Rechtssystems aus diesem nicht auszubrechen und kümmern sich daher nicht um die «sozialen, tatsächlichen (realen) Konsequenzen»<sup>94</sup> seiner Handhabung<sup>95</sup>. Der so diagnostizierte «feedback loop» soll überwunden werden durch «reflexives Wirtschaftsrecht», das die «Sprache» des Wirtschaftssystems mitberücksichtigt und damit auch den *Vollzugsprozess* zu bewältigen erlaubt. Das Verhalten der Wirtschaftsbürger soll so beeinflusst werden, dass der das Wirtschaftsrecht kennzeichnende funktionale Zusammenhang im Selbstregulierungsmuster aufgenommen und so auch implementiert wird<sup>96</sup>.

Dem ist insoweit zu widersprechen, als *Vollzugsdefizite* der funktional konzipierten Regelung des Wirtschaftsrechts mit dem wirtschaftsrechtlichen Funktionalismus nichts zu tun haben. Was in Frage steht, ist ausschliesslich das Problem *effizienter Gestaltungs- und Vollzugsformen*, dessen Bewältigung ebenso auf funktionale Einsichten angewiesen ist, wie der wirtschaftspolitische Interventionismus es war (und ist). Funktionale Rechtssetzung und Rechtsanwendung sind auch unter reinen Rechtskriterien («intrasyste-

<sup>91</sup> Vgl. vorne, S. 146.

<sup>92</sup> KRAWIETZ (Anm. 18), S. 21.

<sup>93</sup> AMSTUTZ (Anm. 40), S. 129; einlässlich auch MARC AMSTUTZ/MARCEL NIGGLI, Unrecht im Unrecht?, AJP 1994, S. 188 ff., bes. S. 189 f.; vgl. auch ULRICH IMMENGA/ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, GWB-Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., München 1992, N. 26 ff. der Einleitung.

<sup>94</sup> AMSTUTZ (Anm. 40), S. 129.

<sup>95</sup> Ähnlich KRAMER (Anm. 40), S. 252; TILMANN (Anm. 40), S. 52.

<sup>96</sup> Vgl. AMSTUTZ (Anm. 40), S. 133.

misch») genau dann ausgeschlossen, wenn die Eigenheiten und Chiffren des Objektsystems nicht bekannt sind. Das Konzept des selbstreflexiven Wirtschaftsrechts lehrt allerdings – und hier liegt sein Verdienst –, dass der Erfolg funktional «richtig» angesetzter Steuerung von der Tauglichkeit der Steuerungsmechanik abhängt. Diese wird beim wirtschaftsrechtlich bislang üblichen Einsatz interventionistischer Zweckprogramme mit Argumenten rechtlicher Einwirkungsvorstellungen und Machbarkeitsannahmen vorausgesetzt, ohne dass sie einem Test in der «Sprache» des Wirtschaftssystems unterworfen worden wäre. Die Funktionalität als Voraussetzung konsistenter Ordnungsvorstellungen des Wirtschaftsrechts bleibt aber auch dann (und vermutlich erst recht) unabdingbar, wenn die Wirtschaft durch Selbststeuerung gestaltet werden soll; alsdann müssen nämlich die in Frage stehenden Selbststeuerungsmechanismen ihrerseits unter funktionalen Aspekten auf ihre Effizienz abgefragt werden.

## B. Institutionalität

Der funktionale Zusammenhang der eine Wirtschaftsverfassung vollziehenden Wirtschaftsrechtsordnung ist schon in der Grundentscheidung auf ausserrechtliche Institute wie «Freiheit», «Wettbewerb», «Plan» und «Verständigung» gebunden. Es sind also nicht subjektive Rechts- und Pflichtstellungen, die (wie bei der rechtlichen Beilegung personaler Interessenkonflikte) im Vordergrund stehen. Dazu kommt das Erfordernis der Schaffung *rechtlicher* Institute im Zusammenhang mit der Institutionalisierung einer oder (bei horizontal gemischter Wirtschaftsverfassung) mehrerer Grundordnungen. Man denke an Institutionen wie die Aktiengesellschaft, die Zentralbank, das Vertragstypenrecht, den Wirtschaftsvertrag der ehemaligen DDR, den Gesamtvertrag und seine Allgemeinverbindlicherklärung usw.

## C. Interdisziplinarität

1. Weil Wirtschaftsrecht das Teilsystem Wirtschaft rechtlich und zielbezogen organisieren will, kommt es an den *Eigengesetzlichkeiten* der Wirtschaft nicht vorbei. Institutionalisierung und Gestaltung einer Wirtschaftsverfassung, deren Kern direkt oder indirekt an ordnungspolitische Muster der Wirtschaftswissenschaften anknüpft, lassen sich nicht ohne Rekurs auf eben diese Wirtschaftswissenschaften vollbringen. Das gilt sowohl im Rahmen einer

interventionistisch verstandenen, auf Zweckgesetze («Massnahmegesetze»)<sup>97</sup> bauenden Wirtschaftsrechtsphilosophie als auch (und ganz besonders) für das Konzept reflexiven Wirtschaftsrechts. Beim *interventionistischen* Ansatz gehört das Zusammenspiel von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften zu den Essentialien<sup>98</sup>. Aber auch die *systemtheoretische* (reflexive) Gestaltung muss die systemspezifischen Eigenarten der Wirtschaft in Rechnung ziehen. Sie sind massgebend für die Wahl der Steuerungsstrategien durch die Rechtsordnung<sup>99</sup>. Im besondern setzt die Strategie der direktiven Kontextsteuerung «technologischer Ordnung»<sup>100</sup> voraus, «dass das intervenierende System sich ein «detailliertes Wissen» über bestimmte selbstreferentielle Aspekte des zu beeinflussenden Systems aneignet»<sup>101</sup>.

2. Vorzügliche Dienste leistet in diesem Kontext die *Ökonomische Analyse des Rechts* (ÖAR)<sup>102</sup>. Die ÖAR vermittelt ausgezeichnete Erkenntnisse zur Diagnose optimaler Effizienz von Rechtsregeln, trägt aber ihrerseits den Eigenheiten anderer Teilsysteme (namentlich des Rechtssystems) nicht aus-

<sup>97</sup> WALTER R. SCHLUEPEP, Über den Rechtsgehalt von Massnahmegesetzen, in: Otto K. Kaufmann et al. (Hrsg.), Zur Zukunft von Staat und Wirtschaft in der Schweiz, Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Dr. Kurt Furgler, Zürich/Köln 1984, S. 114 ff.

<sup>98</sup> Vgl. schon GÜNTHER JAHR, Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, in: Das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N.F. Bd. 33, Berlin 1964, S. 14 ff.; GÉRARD FARJAT, Droit économique, Paris 1971, S. 30; ALEX JACQUEMIN/GUY SCHRANS, Le droit économique, Paris 1970, S. 96: «La règle de droit se présente, en effet, comme un instrument destiné à exercer le plus efficace possible certaines fonctions vis-à-vis de l'économie»; PETER RAISCH/KARSTEN SCHMIDT, Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Bd. 1, 2. Aufl., München 1976, S. 143 ff.; HANS-GÜNTER KRÜSELBERG, Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft, ebenda, S. 168 ff.; vgl. auch NORBERT HORN/REINHARD TIETZ, Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. I, Zivil- und Wirtschaftsrecht, München 1977. – Für Juristen sehr ertragreich: HENNER KLEINWEFERS, Grundzüge einer allgemeinen Wirtschaftsordnungstheorie, Tübingen 1988.

<sup>99</sup> Vgl. dazu AMSTUTZ (Anm. 40), S. 85 ff., S. 118 ff.

<sup>100</sup> Vgl. dazu AMSTUTZ (Anm. 40), S. 91: «Handlungssteuernde Internalisierung externer Vorgaben».

<sup>101</sup> AMSTUTZ (Anm. 40), S. 91.

<sup>102</sup> Vgl. auswahlweise HANS BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin/Heidelberg 1986; CLAUS OTT/HANS BERND SCHÄFER, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, DJZ 1988, S. 213 ff.; DIES., Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, Berlin/Heidelberg 1989; RICHARD A. POSNER, Economic Analysis of Law, 4. Aufl., Boston/Toronto/London 1992; WERNER Z. HIRSCH, Law and Economics, 2. Aufl., Boston 1988; ROLF H. WEBER, Ökonomische Rationalität und Vertragsrecht, in: Peter Forstmoser/Walter R. Schlupep (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 419 ff.; VON DER CRONE (Anm. 40), S. 7 ff.; SCHMIDT (Anm. 37), S. 45 ff.; WALTER R. SCHLUEPEP, Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Verletzung zum Vertragsbruch, in: François Dessemontet (Hrsg.), Mélanges Joseph Voyame, Lausanne 1989, S. 241 ff.; DERS., Anmerkungen zur Ökonomischen Analyse des Markenrechts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, S. 715 ff.

reichend Rechnung<sup>103</sup>. Das interventionistisch konzipierte Wirtschaftsgestaltungsrecht kann zufolge seiner Zweckorientierung auf das Instrumentarium der ÖAR schlechterdings nicht verzichten. Doch muss auch der systemtheoretische Gestaltungsansatz analytisch erkunden, welche Verhaltensweisen er im Mikrobereich unter Kriterien der optimalen Allokation durch Selbststeuerung anstossen soll.

#### D. Flexibilität

Wirtschaft und Wirtschaften sind dynamische Kategorien, weil umfassende *Interdependenzen* das System beherrschen. Das Problem stellt sich weniger im *institutionalisierenden Folgerecht*, weil dort grundsätzliche Änderungen nur im Verein mit Modifikationen der Wirtschaftsverfassung erforderlich sind. Ganz anders verhält es sich im *gestaltenden Folgerecht*. Zwar bleiben hier die verfassungsrechtlichen Vorgaben in der Regel über längere Zeit konstant; doch ändert sich die wirtschaftliche Wirklichkeit, auf die eingewirkt werden soll, ständig. Unter diesen Voraussetzungen muss interventionistisches Wirtschaftsgestaltungsrecht mit ausdrücklichen gesetzlichen Vorbehalten «rebus sic stantibus» operieren. Zur Illustration darf auf PÜG 11 verwiesen werden, wonach einvernehmliche Regelungen oder Entscheide des Preisüberwachers in ihrer Geltung zu befristen und auf Antrag des Betroffenen vor Fristablauf als hinfällig zu erklären sind, «sofern sich die tatsächlichen Verhältnisse inzwischen wesentlich geändert haben» (PÜG 11 II).

Demgegenüber gehört die Bereitschaft, sich wandelnden Verhältnissen anzupassen, offenkundig zu den institutionellen Voraussetzungen erfolgreicher Selbststeuerung. Flexibilität ist daher geradezu ein «Artmerkmal reflexiven Wirtschaftsrechts»<sup>104</sup>.

<sup>103</sup> Vgl. dazu namentlich CARL-HEINZ FEZER, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, DJZ 1986, S. 817 ff.; DERS., Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, DJZ 1988, S. 223 ff.; DERS., Homo Constitutionis (Anm. 37), S. 892 ff.; aus schweizerischer Sicht namentlich VON DER CRONE (Anm. 40), S. 33 ff.; FORSTMOSER/SCHLUEP, Einführung in die Rechtswissenschaft (Anm. 21), S. 271 ff.

<sup>104</sup> AMSTUTZ (Anm. 40), S. 151; ähnlich BAUDENBACHER, Funktionszuwachs des Staates (Anm. 40), S. 69; «Anders als beim Regulierungsansatz, der das Steuerungsziel im voraus definiert, führen neue Informationen über den Sachverhalt oder Veränderungen desselben zu einer laufenden Überprüfung und Normanpassung. Verfahren der dargestellten Art . . . sind lernfähig und umweltsensibel»; vgl. auch LUKAS MORSCHER, Die Regulierung der schweizerischen Finanzmärkte, Zürich 1992, S. 78; auch KRAMER (Anm. 40), S. 252, fordert Abkehr «von starren Gebots-Verbots-Dualismen. Statt dessen sind, wo immer dies aussichtsreich erscheint, flexiblere Steuerungsmechanismen . . . zu favorisieren.»

#### E. Folgenorientierung

1. Alles Recht ist folgenorientiert: der Rechtssatz besteht aus *Tatbestand* und *Rechtsfolge*. Der Tatbestand umschreibt die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Rechtsfolge eintritt. Diese aber ist es, die das Verhalten der Normadressaten bestimmen soll. Wirtschaftsrechtliche *Folgenorientierung* will indes nicht solche juristische Trivialitäten bestätigen. Vielmehr geht es darum, dass der Richter bei Anwendung des Wirtschaftsrechts immer auch und zumal zu bedenken hat, welche Folgen seine Entscheidung auslöst. Das Problem tritt namentlich dann zutage, wenn *gestaltendes Wirtschaftsrecht* in Rede steht<sup>105</sup>. In der Tat trifft die Pflicht des *Richters*<sup>106</sup>, die Folgen seiner *Entscheidung* zu bedenken, vorab für den Fall des Übergangs «vom Spielregelcharakter zum Gestaltungscharakter des Rechts» zu<sup>107</sup>. *Folgenorientierung* «soll bedeuten, dass ein bestimmter Gesichtspunkt juristischer Entscheidungen die Erwartung der Entscheidungsfolgen ist»<sup>108</sup>.

2. Tritt gestaltendes Wirtschaftsrecht als interventionistisches Recht auf, das Wirtschaftspolitik instrumentieren soll, so hat man es mit reinen *Zweckprogrammen*<sup>109</sup> zu tun, die qua *Massnahmerecht* häufig als Gegensatz zu den mit *Konditionalprogrammen* operierenden *Rechtsgesetzen* gehandelt werden<sup>110</sup>. Die für die Entscheidung zu erwägenden «Folgen» sind im Bereich des gestaltenden Wirtschaftsrechts «*Makro-Folgen*», d. h. Folgen, «die juristische Entscheidungen weit über den Kreis der unmittelbar Verfahrensbeteiligten im

<sup>105</sup> Anders verhält es sich jedenfalls dem Grundsatz nach mit dem Wirtschaftsverfassungs- und dem institutionellen Wirtschaftsfolgerecht: Hier geht es vorab um Verfassungsrecht und um darauf bezogenes Organisations- und Verkehrsrecht. Da die «Einrichtung» einer Wirtschaftsverfassung die mit dem politischen Grundentscheid antizipierten Folgen a limine integriert, besteht grundsätzlich kein Bedarf nach weiteren Folgerwägungen. Anders verhält es sich, wenn die Institutionalisierung einer Grundordnung mehrfunktionale Normen einbezieht («*dédoublement fonctionnel*»), wie das in einer Wirtschaftsordnung der Marktwirtschaft für das *Privatrecht* zutrifft. In solchen Fällen muss die wirtschaftsrechtliche Funktion eines Rechtssatzes neben den anderen Funktionen als Topos bei der Sinnermittlung einbezogen werden. Das ist das Thema der *funktionalen Auslegung*; vgl. darüber hinten, S. 173 ff.

<sup>106</sup> Für den Gesetzgeber ist die Erfüllung dieser Pflicht eine Selbstverständlichkeit.

<sup>107</sup> THOMAS W. WÄLDE, Juristische Folgenorientierung, Königstein/Ts. 1979, S. 1.

<sup>108</sup> WÄLDE (Anm. 107), S. 5, wo präzisiert wird: «Folgenorientierung ist damit ein Modus der Verarbeitung von Zukunftsgewissheit: Denn die Entscheidung soll sich nicht an bereits eingetretenen Tatsachen orientieren, sondern an erwarteten, zukünftigen Ereignissen.»

<sup>109</sup> Vgl. dazu NIKLAS LUHMANN, Rechtssoziologie, Reinbek bei Hamburg 1972, Bd. 1, S. 88; HANS ALEXY/JÜRGEN GOTTHOLD, Verwaltung zwischen konditionaler Programmierung und eigener Verantwortlichkeit, in: Verrechtlichung, Königstein/Ts. 1980, S. 202.

<sup>110</sup> Die Unterscheidung von Rechtsgesetzen (mit Konditionalprogrammen) und Massnahmegesetzen (mit Zweckprogrammen) trifft typologisch zu, lässt sich aber klassenlogisch nicht durchhalten; vgl. dazu PETER NOLL, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973, S. 252; SCHLUEP, Über den Rechtsgehalt von Massnahmegesetzen (Anm. 97), S. 114 ff.

sozialen Regelkreis bis hin zu gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen verursachen»<sup>111, 112</sup>. Mit Recht ist darauf hingewiesen worden, rechtstechnisch seien Zweckprogramme häufig in «eher offen definierten Standards und vagen Generalklauseln»<sup>113</sup> enthalten.

3. Soll die Wirtschaft durch *Selbststeuerung gestaltet* werden, fehlen grundsätzlich per definitionem Zweckanweisungen des Gesetzgebers, so dass offenkundig der Raum für Folgerwägungen des Rechtsanwenders äusserst eng wird. Indes wird man zu beachten haben, dass auch indirekte Steuerung durch reflexives Recht *Steuerung bleibt*: Der Gesetzgeber hofft, die Wirtschaftsbürger durch Rekurs auf die dem wirtschaftlichen Subsystem eigenen Medien zur erwünschten Selbstgestaltung zu motivieren. Insoweit sind die verschiedenen Formen der Selbststeuerung (z. B. Selbstbeschränkungsabkommen, «soft law», öffentlich-rechtliche Verträge, Sorgfaltspflichtvereinbarungen, Gesamtarbeitsverträge, einvernehmliche Regelungen im Kartell- und Preisüberwachungsrecht, Empfehlungen staatlicher Behörden usw.) in gleicher Weise *folgenorientiert* einzusetzen oder anzuwenden, wie das für das interventionistische Gestaltungsrecht zutrifft.

## F. Internationalität

Die Geschichte lehrt, dass das Wirtschaften an keine territorialen Grenzen gebunden ist. Das ökonomische Prinzip drängt weltweit («global») zur Entdeckung *niedrigerer* Kosten und *höherer* Erträge. Die spezifische Gemeinwohlbezogenheit der nationalen Wirtschaftsrechtsordnungen kann zu unerwünschten Kollisionen führen, die das *Wirtschaftskollisionsrecht*<sup>114</sup> beizulegen hat. Anstelle des Wirtschaftskollisionsrechts treten zunehmend völkerrechtliche Verträge und Organisationen, die unterschiedliche Gemeinwohlvorstellungen wenigstens partiell auszugleichen trachten. Erfolgen diese Bemühun-

<sup>111</sup> WÄLDE (Anm. 107), S. 6.

<sup>112</sup> Vgl. zur Folgenorientierung im Wirtschaftsrecht namentlich CARL BAUDENBACHER, Wirtschafts- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, S. 108 ff. (mit zahlreichen weiteren Hinweisen); AMSTUTZ (Anm. 40), S. 42 f.

<sup>113</sup> TEUBNER, Reflexives Recht (Anm. 75), S. 25; vgl. auch AMSTUTZ (Anm. 40), S. 42.

<sup>114</sup> Grundlegend dazu SCHNYDER (Anm. 40), passim. Es darf hervorgehoben werden, dass SCHNYDER (a.a.O., S. 32 ff.) die Funktionalität des Wirtschaftsrechts folgerichtig auf das Anknüpfungproblem im Wirtschaftskollisionsrecht überträgt: «Funktionalität gilt unbestritten als Merkmal des Wirtschaftsrechts. Sie bedeutet ganzheitliche Ausrichtung wirtschaftsrechtlicher Normen auf einen *umfassenden Ordnungszusammenhang*. Unter Funktion ist dabei zu verstehen der wirtschaftliche *Beitrag zum Vollzug einer Wirtschaftsverfassung*» (a.a.O., S. 32). «Da auch Wirtschaftskollisionsrecht mit im Dienst einer Wirtschaftsverfassung steht, gilt es, die Funktion als kollisionsrechtlichen «Wirkungsmodus» zu entdecken» (a.a.O., S. 35); vgl. auch FRANK VISCHER, Kommentar zu Art. 136/137 IPRG, IPRG Kommentar, Zürich 1993, S. 1180 ff.

gen *supranational*, können sie zur Anerkennung eines übernationalen Gemeinwohls führen, wie dies im Kern für die Europäische Union zutrifft<sup>115, 116</sup>.

## G. Regelung wirtschaftlicher Gesamtabläufe

Folgenorientierung betrifft im Wirtschaftsrecht namentlich «*Makro-Folgen*». Dazu kann man ausdehnend generell festhalten, Wirtschaftsrecht versuche, auf *Makroverhältnisse* einzuwirken<sup>117</sup>. Zwar lässt sich das nicht anders verwirklichen als durch Mikrosteuerung des Verhaltens der beteiligten Wirtschaftsbürger und der Staatsorgane. Doch sind die Einzelanordnungen im Mikrobereich getragen und funktional sinnverbunden durch die *Erbringung der Systemleistung*: der staatszielbezogenen rechtlichen Organisation des Wirtschaftens und damit «der» Wirtschaft.

## H. Gemeinwohlrelevanz

1. Jede Wirtschaftsverfassung (Marktwirtschaft, Plan oder Gruppenvereinbarung im Sinne partnerschaftlicher und solidarischer Vereinbarungen) verwirklicht einen Teil der Aspekte des Gemeinwohls, einen andern Teil dagegen nicht. Insoweit ist *jede* Wirtschaftsverfassung gemeinwohlbezogen. Versteht man (wie der Verfasser) das Gemeinwohl als den consensus omnium über Ziele und Werte der staatlichen Gemeinschaft («bonum commune»), weist jede Wirtschaftsverfassung und die auf ihr beruhende institutionelle wirtschaftsrechtliche Folgeordnung im Blick auf eben dieses Gemeinwohl *Defizienzen* auf. Zu erinnern ist an Marktversagen, Planversagen, aber auch an *Vereinbarungsversagen*<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> Vgl. etwa Art. B EUV, aber auch Art. 2 EGV.

<sup>116</sup> Vgl. zur Internationalität als Merkmal des Wirtschaftsrechts: FEZER, Homo Constitutionis (Anm. 37), S. 895 f.; SCHLUEP, Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz (Anm. 90), S. 581 mit Anm. 63.

<sup>117</sup> Vgl. dazu namentlich ERNST STEINDORFF, Politik des Gesetzes als Auslegungsmassstab im Wirtschaftsrecht, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 243; SCHLUEP, Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz (Anm. 90), S. 579 (mit weiteren Hinweisen); AMSTUTZ (Anm. 40), S. 132 (mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Vgl. auch BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Anm. 112), S. 80; WALTER SCHMIDT-RIMPLER, HdSW Bd. XII, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1965, Stichwort «Wirtschaftsrecht», S. 686 ff.; KLAUS J. HOPT, Rechtssoziologische und rechtsinformatische Aspekte im Wirtschaftsrecht, BB 1972, S. 1018 f.

<sup>118</sup> Vgl. zur Problematik im Kontext: WOLFGANG FIKENTSCHER, Die umweltsoziale Marktwirtschaft – als Rechtsproblem –, Karlsruhe 1991 (und die dort in Anm. 1 zitierte weitere Literatur). – Im Zusammenhang mit Gruppenvereinbarungen ist immer daran zu denken, dass sich hier häufig labile bilaterale Monopole bilden, die zum Machteinsetz (etwa durch

2. Da die zur Verfügung stehenden Wirtschaftsordnungstypen nach der Natur der Sache je verschiedene Aspekte des Gemeinwohls realisieren (oder nicht verwirklichen), entwickeln sich politische Optimierungsversuche. Sie schlagen sich rechtlich nieder in der «Mixed Economy», d. h. in horizontalen und vertikalen *Mischungen*. Eben deshalb sind diese Ausdruck einer *qualifizierten Gemeinwohlbezogenheit*<sup>119</sup>.

## I. Folgerungen aus dem Merkmalskranz

Die typologische Beschreibung des zeitgemäss verstandenen Wirtschaftsrechts hat aus der vagen Formel «staatszielbezogene rechtliche Organisation des Wirtschaftens» eine Reihe konkretisierender Merkmale zu erkennen erlaubt. Samt und sonders stehen diese im unmittelbaren oder mindestens mittelbaren Zusammenhang mit der *Funktionalität des Wirtschaftsrechts*. Das folgt schon daraus, dass das Subsystem Wirtschaft in Wirklichkeit nichts anderes als eine *funktionale Abstraktion* darstellt. Wirtschaft ist die «Welt» in ihrer totalen Wirklichkeit, wobei diese freilich nur unter dem Aspekt der Bedürfnisbefriedigung und unter dem Joch beschränkter Ressourcen einen spezifischen Sinnzusammenhang («Wirtschaft» und «wirtschaften») offenbart (was kostet es? was nützt es?). Die funktionale Abstraktion des Objekts der Beordnung muss zwangsläufig dazu führen, dass das ordnende Medium Recht an diese Funktionalität gebunden bleibt.

## IV. Rechtliche Funktionen der Funktionalität des Wirtschaftsrechts

### A. Übersicht

In den vorangegangenen Darlegungen ist die zentrale Bedeutung der Funktionalität als Grundprinzip des Wirtschaftsrechts erläutert worden. Nun soll gezeigt werden, wie sich diese wirtschaftsrechtliche Funktionalität im Umgang der Jurisprudenz mit dem Wirtschaftsrecht ausmünzt. Dabei wird die

Streik oder Aussperrung) verlocken; vgl. dazu ausführlich WALTER R. SCHLUEP, *Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten in unserer Zeit*, Bern 1973.

<sup>119</sup> Aus Raumgründen muss es bei der im Kontext signalisierten Bedeutung des Begriffs «Gemeinwohl» bleiben; vgl. aber immerhin ANNA JELLAMO, *Interpretazione del bene comune*, Saggio su Tomas H. Green, Milano 1993; PETER HÄBERLE, *Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht, Rechtstheorie* 1983, S. 257 ff.

Untersuchung aus Raumgründen auf die Bereiche *Gesetzgebung* (B) und *Auslegung* (einschliesslich *Rechtsfortbildung* [C]) beschränkt.

## B. Funktionale Gesetzgebung

### 1. Wirtschaftsverfassungsrecht

a) *Gesetzgebungstheorie und -lehre* haben bekanntlich den Aufschwung genommen, den sie nach ihrem Anliegen nicht zuletzt unter dem Einfluss der Normenflut zwangsläufig nehmen mussten<sup>120</sup>. Die Funktionalität des Wirtschaftsrechts lehrt, dass der Gesetzgeber spezifische Aufgaben zu lösen hat: Als Verfassungsgeber sollte er sich bewusst sein, dass die Verfassung allemal eine explizite oder implizite, gesetzte oder gewachsene wirtschaftliche Grundordnung enthält. In *einheitlichen* Wirtschaftsverfassungen ist es besonders wichtig, den Grundentscheid *eindeutig* zu fällen. Nach dieser Richtung hin erweist sich z. B. die schweizerische Lösung (BV 31 im Verein mit BV 31<sup>bis</sup> III lit. d) als inkonsistent: Freiheitlich ist nach Anlage der formellen Verfassung die schweizerische Grundordnung in dem Sinne, dass der Wettbewerb (als marktwirtschaftliches Steuerungsmittel) zur Disposition von Kartellen und ähnlichen Organisationen steht, solange diese volkswirtschaftlich oder sozial unschädlich sind. Eine marktwirtschaftliche Verfassung geböte, nicht nur die (vertikal verstandene) Gewerbefreiheit grundrechtlich abzusichern, sondern auch die *Wettbewerbsfreiheit*.

b) Die Bedeutung der Grundordnung für die gesamte Wirtschaftsgesetzgebung legt nahe, im (häufigen) Fall *horizontaler Mischung* das Mischverhältnis nach *Regel-Ausnahme-Kriterien* festzusetzen. Im übrigen ist selbstverständ-

<sup>120</sup> Die Literatur zur Gesetzgebungslehre ist mittlerweile entsprechend angewachsen. Deshalb wird im hier gegebenen Zusammenhang nur zitiert, was für die besondere Fragestellung einschlägig ist. Zur Entwicklung der Gesetzgebungs- oder Rechtssetzungslehre: KURT EICHENBERGER, *Die Gesetzgebungslehre in der Staatspraxis*, Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 37 ff.; HANS SCHULTZ, *Gesetzgebung als Aufgabe der Rechtswissenschaft in der Schweiz*, Gedächtnisschrift Noll (a.a.O.), S. 157 ff.; REINHOLD HOTZ, *Einflüsse des Unmethodischen auf die Methode der Rechtssetzung*, recht 1984, S. 41 ff.; vgl. auch die historischen Hinweise bei NOLL, *Gesetzgebungslehre* (Anm. 110), S. 9 ff.; FRANZ BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien/New York 1991, S. 618, hält fest: «Das rechtswissenschaftliche Interesse an der Gesetzgebung hat in den allerletzten Jahren, wenn man es nach den vorliegenden Veröffentlichungen beurteilt, geradezu explosionsartig zugenommen»; eindrucklich zu den geistesgeschichtlichen Grundlagen moderner Gesetzgebungslehre: WALTHER HUG, *Gesetzesflut und Rechtssetzungslehre*, in: Ulrich Klug/Thilo Ramm/Fritz Rittner/Burckhard Schmiedel (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht*, Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger, Berlin/Heidelberg/New York 1978, S. 3 ff.; zum funktionalen Aspekt der Rechtssetzung: KURT EICHENBERGER, *Von der Rechtssetzungsfunktion im heutigen Staat*, in: *Probleme der Rechtssetzung*, ZSR 1974 II, S. 7 ff. («Zur Einleitung»).

lich, dass die Anwendungsbereiche der nebeneinander stehenden Grundordnungen *klar abgegrenzt* werden müssen, damit die nachfolgende ausführende und gestaltende Wirtschaftsgesetzgebung eindeutige Zielvorgaben erhält. Nur so lassen sich unerwünschte «overspillings» auf der Verfassungsebene vermeiden<sup>121</sup>. Man denke in diesem Kontext etwa an die Anwendung der Preisüberwachung (BV 31<sup>septies</sup>) auf die Preisbildung im interventionistischen Planwirtschaftsbereich.

c) Im Blick auf verfassungsrechtliche *Ziele*<sup>122</sup> (namentlich wenn sie über Verfassungsinitiativen laufen) hat man sich allemal die *Funktion* der Wirtschaftsverfassung, die *sachlogische Beschränkung* auf Grundmodelle (Markt [Wettbewerb], Plan [öffentlich- oder privatrechtlicher], Gesamtvereinbarung) und die Grenzen der *Funktionsfähigkeit horizontaler Mischungen* vor Augen zu halten<sup>123</sup>. Obendrein ist zu bedenken, dass *neue Zielvorstellungen, Gesetzgebungsaufträge* und *Zuständigkeiten* Auswirkungen auf die Grundordnung des Wirtschaftens haben können. Daher müssen der Revision einer Staatsverfassung generell wirtschaftsverfassungsrechtliche *Folgeerwägungen* vorangehen. Namentlich ist zu prüfen, ob das Ziel einer gänzlich abweichenden Grundordnung (im Sinne eines *Ausnahmebereichs*) bedarf oder ob es sich unter Beibehaltung der Regelordnung durch gestaltende Wirtschaftsgesetze realisieren lässt.

## 2. Wirtschaftsfolgerecht

Das Wirtschaftsfolgerecht hat die Wirtschaftsverfassung als rechtliche Grundordnung des Wirtschaftens einerseits zu *institutionalisieren*, andererseits zu *gestalten* (zu ergänzen, zu steuern und zu korrigieren). Bei horizontaler Mischung gilt das für je *verschiedene Grundordnungen*. Dabei soll in solchen Fällen zwischen *Regel- und Ausnahmebereichen* unterschieden werden.

<sup>121</sup> Vgl. dazu SCHLUEP, Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung, ZSR 1978 I, S. 335 ff.

<sup>122</sup> Vgl. zu den Zielvorstellungen NOLL (Anm. 110), S. 82 ff.; zur Bedeutung der Zielklarheit für das instrumentale Wirtschaftsrecht: THEODOR PÜTZ/GERTRUD NEUHAUSER, Einige Bemerkungen zum Begriff der «Rationalen Wirtschaftspolitik», in: Emil Küng (Hrsg.), Wandlungen in Wirtschaft und Gesellschaft, Festschrift für Walter Adolf Jühr, Tübingen 1980.

<sup>123</sup> Vgl. zu den faktischen Bindungen des Gesetzgebers: NOLL (Anm. 110), S. 98 ff.; THOMAS FLEINER, Norm und Wirklichkeit, in: Probleme der Rechtssetzung, ZSR 1934 II, S. 279 ff.; REINHOLD HOTZ, Methodische Rechtssetzung, Zürich 1983, S. 299 ff., zurückhaltend BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Anm. 112), S. 143; vgl. aber a.a.O., S. 144 ff.; unübertroffen zum Problem HUBER (Anm. 21).

### a) Institutionalisiertes Folgerecht

Selbstverständlich gelten die *allgemeinen Grundsätze* der Gesetzgebungslehre. Besonderheiten ergeben sich daraus, dass das institutionalisierende Folgerecht eine Grundordnung (z. B. die Marktwirtschaft) «einrichten» hat. Institutionalisierte Normen sind je nach der Grundordnung verschiedenen Rechtsgebieten zuzuordnen<sup>124</sup>.

aa) Sehr komplex wird die Setzung institutionalisierenden Folgerechts im Rahmen einer *marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung*, die sich in der Staatsverfassung mit Gewerbefreiheit, Wettbewerbsfreiheit, Eigentumsgarantie, Niederlassungsfreiheit usw. ausweist. Hier wird (abgesehen von Sonderbereichen (wie z. B. die Organisation der Zentralbank und namentlich das Kartellverwaltungsrecht) praktisch ausschliesslich mit *Privatrecht* operiert. Mit zivilen Mitteln wird der Wettbewerb ermöglicht (Privatautonomie), erleichtert (Schuldrecht, Gesellschaftsrecht, Immaterialgüterrecht usw.) und gesichert (KG und UWG). Das institutionelle Folgerecht deckt sich praktisch mit dem Privatrecht (wie das im Wirtschaftsrecht des Liberalismus für das gesamte Wirtschaftsrecht zutraf).

bb) Nun will Privatrecht (abgesehen von gezielt wirtschaftsorganisatorischen Gesetzen wie z. B. das Kartellprivatrecht oder das UWG) vorab die *personale Würde und Autonomie* schützen. Wer also z. B. an das Persönlichkeitsrecht auf Kritik denkt, hat den aufgeklärten, selbstverantwortlichen und

<sup>124</sup> Keine Schwierigkeiten bietet die Implementation einer *Planverfassung*. Unter ihrer Herrschaft sind die von Planungsbehörden aufgegebenen Zielsetzungen durch einschlägiges *Verwaltungsrecht* (im besonderen *Planrecht*) ins Werk zu setzen. Grundsätzlich herrscht öffentliches Recht und dieses ist zielkonform als *Wirtschaftsverwaltungsrecht* zu setzen. Schwieriger ist die Sachlage bei der Grundordnung der *Gesamtvereinbarungen*, weil hier (allerdings spezifisches) Privatrecht eingesetzt wird, wie es sich etwa in OR 356 ff. in der Figur des Gesamtarbeitsvertrags findet (vgl. dazu grundlegend ZK-SCHÖNENBERGER/VISCHER, Kommentierung der Art. 356 ff. OR; KARL A. HOFSTETTER, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit von Arbeitnehmerorganisationen, Bern 1956; zu den Realien: FELIX MEIER-GROB, Arbeit, Arbeitsmarkt und Arbeitsmarktpolitik, Diss. St. Gallen 1986). Da im GAV (jedenfalls auf einer Seite) Verbände als Vertragsparteien stehen, sind im Blick auf die wirtschaftsrechtliche Funktion eine Reihe von Eigenheiten zu regeln (HOFSTETTER [a.a.O.], S. 102 ff.: privatrechtliche Koalitionsfreiheit, Erfordernis der Gegnerunabhängigkeit, Minderheitenschutz usw.); vgl. dazu auch SCHLUEP, Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten in unserer Zeit (Anm. 118), S. 178 f. Namentlich hat man aber daran zu denken, dass das Misslingen des Abschlusses eines GAV nicht nur (wie im Individualvertragsrecht in der Regel) einen bindungsfreien Zustand hinterlässt, sondern ein ungelöstes wirtschaftsrechtliches Problem: die Festsetzung der für den einzelnen Arbeitsvertrag massgebenden Normativbestimmungen. Der gescheiterte GAV führt ordnungspolitisch zur Rückführung des Arbeitsmarkts in den Wettbewerbsbereich oder zur Zuordnung zum staatlichen Planbereich. Beides ist nach auch heute noch herrschender Auffassung unbefriedigend, so dass angesichts der Realien (bilaterales Monopol) ein funktional richtiger und rechtlich angemessener «Abschlusszwang» angestrebt werden muss. Bekanntlich ist genau zu diesem Zweck der Arbeitskampf (Streik und Aussperrung) legitimiert worden. Die Legitimationsformel lautet: «Kampf im Dienste des Arbeitsfriedens», d. h. zur Herbeiführung des Konsenses. Andererseits bleibt jeder Kampf friedensgefährdende Auseinandersetzung, so dass auch der Machteinsatz bei Streik und Aussperrung *in rechtlichen Schranken* gehalten werden muss.

autonomen Menschen vor Augen. Der Gesetzgeber hat aber hier allemal (auch) daran zu denken, dass das eine Wirtschaftsverfassung institutionalisierende *Privatrecht* mindestens *bifunktional* begriffen werden muss: es dient nicht nur der Verwirklichung der personalen Menschenwürde, sondern ist zugleich Mittel zur rechtlichen Organisation der Wirtschaft<sup>125</sup>.

## b) Gestaltendes Folgerecht

aa) Nach der überkommenen und wohl nach wie vor herrschenden Lehre ist das *gestaltende* (d. h. ergänzende, steuernde und korrigierende) Folgerecht vorab *Umsetzung politischer Zielvorgaben in instrumentales Wirtschaftsrecht*. Im besondern ist es aus dieser Sicht *Wirtschaftsverwaltungsrecht* (oder gleichfunktionales *zwingendes Privatrecht*). Der Gesetzgeber hat mithin zunächst genau auszumitteln, welche *Ergebnisse* das geltende Wirtschaftsrecht ohne das ins Auge gefasste *Massnahme- oder Zweckgesetz* zeitigt und welche *Alternativen* im Raum stehen<sup>126</sup>. Hernach sind die Defizienzen auszumachen, die das bestehende Recht als gestaltungsbedürftig erscheinen lassen. In der Folge sind die (in der Regel staatsverfassungsrechtlich legitimierten) *Ziele* genau zu umschreiben, die mit der Gestaltung erreicht werden sollen. Man spricht vom *Postulat der Zielklarheit*<sup>127</sup>. Alsdann sind aufgrund der Sachgesetzlichkeiten und der verfügbaren Alternativen die in Frage kommenden *Mittel* zu inventarisieren<sup>128</sup>; endlich sind die verschiedenen Interventionsvarianten zu *evaluieren*<sup>129</sup>. Der Akzent liegt auf folgenden Evaluationskriterien<sup>130</sup>:

<sup>125</sup> Vgl. zu diesem multifunktionalen Aspekt im Zusammenhang mit dem im Kontext erwähnten Persönlichkeitsrecht auf Kritik: WALTER R. SCHLUEP, Über Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, in: Homo Creator, Festschrift für Alois Troller, Basel 1976, S. 225 ff. Die theoretischen Grundlagen zur angetönten Problematik finden sich bei FRANZ BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933 (Nachdruck 1964).

<sup>126</sup> Vgl. WEBER, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen (Anm. 40), S. 127 ff.

<sup>127</sup> Vgl. etwa BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Anm. 112), S. 147 f.; NOLL (Anm. 110), S. 82 ff.; ROLF BENDER, Die Zielverwirklichungstechnik in der Gesetzgebungslehre, in: Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung (Hrsg. Jürgen Rüdiger), Berlin/Heidelberg/New York 1976, S. 475 ff.; HERMANN HILL, Einführung in die Gesetzgebungslehre, UTB 1204, Heidelberg 1982, S. 69 ff.

<sup>128</sup> Vgl. dazu WALTER ADOLF JÖHR/H. W. SINGER, Die Nationalökonomie im Dienste der Wirtschaftspolitik, Göttingen/Zürich 1957; EGON TUCHTFELDT/HUGO SIEBER, Interventionsregeln – ein Beitrag zur präskriptiven Entscheidungslehre, in: Tuchtfeldt, Bausteine zur Theorie der Wirtschaftspolitik (Anm. 57), S. 255.

<sup>129</sup> Vgl. dazu den Schlussbericht der Arbeitsgruppe «Gesetzesevaluation» (AGEVAL) an das EJPD: Die Wirkungen staatlichen Handelns besser ermitteln: Probleme, Möglichkeiten, Vorschläge, Bern 1991.

<sup>130</sup> Vgl. auch PAUL RICHLI, Die Equity-Theorie als Kriterium für die Beurteilung des Gerechtigkeitsgehalts von Rechtsnormen, in: Walter R. Schlupe et al. (Hrsg.), Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller (Anm. 31), S. 152; vgl. auch GVG 43 III: In Botschaften und Berichten hat der Bundesrat u. a. «die Auswirkungen auf die Wirtschaft» der Gesetzesvorlage darzustellen (lit. c).

*Effektivität, Auswirkungen (impact), Zielerreichungsgrad, Effizienz*<sup>131</sup>. Im Zusammenhang mit der Evaluation ex ante steht die im Blick auf frühere Erlasse vorgenommene *Effizienzkontrolle*<sup>132</sup>. Ist der Entscheid für die Sachvariante gefallen, stellen sich spezifische gesetzgebungstechnische Fragen, auf die hier im einzelnen nicht eingetreten werden kann<sup>133</sup>.

bb) Hält man mit den bekannten Argumenten<sup>134</sup> interventionistisches Gestaltungsrecht für *untauglich*, so stellt sich die Frage nach *funktionaler Äquivalenz*<sup>135</sup> nicht nur bei der Evaluation der verschiedenen Interventionsvarianten und der Art ihrer Verwirklichung, sondern umfassend in der Suche auch nach *nicht interventionistischen Gestaltungsvarianten*. Im Extremfall ist sogar zu überprüfen, ob *ohne Recht* gestaltet werden kann<sup>136</sup>. Darüber hinaus ist aber daran zu denken, auf *rechlichem Wege* Rahmenbedingungen für die erwünschte systemkonforme Selbststeuerung der Wirtschaft zu setzen. Aber auch das muss aus funktionaler Optik angegangen werden. Gestaltungsobjekte bleiben die bekannten Unvollkommenheiten einer bestimmten wirt-

<sup>131</sup> Vgl. zum Problem auch KLAUS KÖNIG, Evaluation als Kontrolle der Gesetzgebung, in: Waldemar Schreckenberger (Hrsg.), Gesetzgebungslehre, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1986, S. 96 ff.; ERHARD BLANKENBURG, Rechtssoziologie und Rechtswirksamkeitsforschung: Warum es so schwierig ist, die Wirksamkeit von Gesetzen zu erforschen, in: Gesetzgebungslehre, a.a.O., S. 121 ff.

<sup>132</sup> Vgl. dazu NOLL (Anm. 110), S. 156 ff.; DERS., Die Berücksichtigung der Effektivität der Gesetze bei ihrer Schaffung, in: Theo Öhlinger (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, Wien/New York 1982, S. 131 ff.; HILL (Anm. 127), S. 80 ff.; BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Anm. 112), S. 150 ff.; Beiträge von MARIO G. LOSANO, THEO ÖHLINGER, KLAUS KÖNIG, DIETRICH RETHORN und WERNER HUGGER unter dem Titel «Implementation und Evaluation», in: Harald Kindermann (Hrsg.), Theorie der Gesetzgebung, Berlin/Heidelberg/New York 1982, S. 282 ff.

<sup>133</sup> Vgl. dazu namentlich und grundsätzlich GEORG MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel/Stuttgart 1979, S. 86 ff. (betreffend Dichte und Bestimmtheit der Regelungen), S. 95 ff. (betreffend Massnahmegesetz und Richterrecht), S. 107 ff. (betreffend Formen der Rechtssetzung); vgl. dazu auch HILL (Anm. 127), S. 106 ff.: Anforderung an die Regelungsstruktur, Regelungsdichte, Regelungsinhalt, die Darstellung, den Umfang, die Aussagekraft, die Präzision, die Verständlichkeit und die Adäquanz; BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Anm. 112), der neben der bekannten Problematik von Generalklausel und Kasuistik (S. 146 f., S. 160 ff.) wertvolle Hinweise gibt für Massnahmen zur Förderung der Klagetätigkeit im Fall privatrechtlicher Intervention (S. 154 ff.) und zur Verbreiterung der Urteilswirkungen (S. 158 f.).

<sup>134</sup> Vgl. vorne, S. 151 ff.

<sup>135</sup> Vgl. dazu vorne, S. 141 f.; AMSTUTZ (Anm. 40), S. 55 ff.

<sup>136</sup> Vgl. dazu von DER CRONE (Anm. 40), S. 72 ff., der auf die Entstehung des internationalen Fernhandels, die Entwicklung spezialisierter Zahlungsmittel und des Akkreditivs hinweist: «Statt auf Recht stützen sich die Beteiligten auf den wirtschaftsinternen Mechanismus der Reputation, auf die in einem bestimmten Teilbereich der Wirtschaft verbreitete Information über die Zuverlässigkeit von Geschäftspartnern. Der mangels übergreifender internationaler Ordnung rechtlich nicht abzudeckende Interessengegensatz zwischen Käufer und Verkäufer wurde durch eine geschlossene Reihe von Kontakten überbrückt, die ihrerseits, je einzeln durch Reputation kontrolliert wurden . . . (Gesetz des Wiedersehens) . . .» (a.a.O., S. 73); generell zum Problem der Verschiebung wirtschaftlicher Funktionen zwischen den verschiedenen beteiligten Subsystemen: BEAT HOTZ, Politik zwischen Staat und Wirtschaft, Diss. Zürich 1979, S. 27 ff.

schaftlichen Grundordnung im Blick auf übergeordnete (mitunter antinomische) Staatsziele<sup>137</sup>.

cc) Gesetzestheoretisch stellt sich im Zusammenhang mit der Selbststeuerung vor allem die Frage nach der Eignung einer *Rahmengesetzgebung*<sup>138</sup>. Die Frage ist zu bejahen, wenn man mit *Langhart* ein Gesetz als Rahmengesetz bezeichnet, «das Selbstregulierung vorsieht, sich zu deren Gunsten auf die Regelung des Grundsätzlichen und absolut Notwendigen beschränkt und durch sie ausfüllungsbedürftig ist»<sup>139</sup>. Solche Rahmengesetze als Steuerungsmittel «gehen von Förderung bis zu Verpflichtung und sind miteinander kombinierbar. Förderung kann mit staatlicher Androhung der Ersatzvornahme oder mit Anreizen zu Selbstregulierung verbunden sein usw. Selbstregulierung kann aber auch auf einer Delegation öffentlicher Aufgaben beruhen, hoheitliche oder nicht-hoheitliche Befugnisse umfassen, den Vollzug staatlichen Rechts oder eigentliche Rechtssetzungsaufgaben beinhalten. Schliesslich kann Selbstregulierung ein Recht oder eine Pflicht darstellen»<sup>140</sup>. Welches Mittel der Gesetzgeber auch immer zur Selbststeuerung einsetzen mag (wobei in diesen Zusammenhang auch «soft law», Empfehlungen, Verhaltenscodices und andere «rechtlich unverbindliche» Mittel gehören): auch Selbststeuerungsinstrumente sind allemal auf ihre funktionale Effizienz hin mindestens einer ex post-Kontrolle zu unterstellen und nötigenfalls in direkte Gestaltungsmittel umzuwandeln<sup>141</sup>. Wiederum ist festzuhalten, dass die Änderung der Steuerungsform (Selbststeuerung statt Fremdsteuerung) nichts daran ändert, dass die Steuerung an der Funktionalität des Wirtschaftsrechts auszurichten ist.

dd) So oder anders wird man fordern müssen, dass gestaltende Wirtschaftsrechtsgesetze den allgemeinen Anforderungen an «gute» Gesetze<sup>142</sup> genügen und (was bislang nicht der Fall war) in einer sprachlich auch für den einfachen Bürger verständlichen Form abgefasst werden. Selbst komplexe

<sup>137</sup> Im Fall der Antinomie treten ähnliche Probleme auf wie bei der Frage der Konkordanz der Grundrechte. Der Gesetzgeber wird in solchen Fällen einen der Grenznutzenlehre analogen Kompromiss anstreben müssen. Vgl. dazu WALTER ADOLF JÖHR, Der Kompromiss als Problem der Gesellschafts-, Wirtschafts- und Staatsethik, in: ders., Der Auftrag der Nationalökonomie, Tübingen 1990, S. 145 ff.

<sup>138</sup> Vgl. dazu ALBRECHT LANGHART, Rahmengesetz und Selbstregulierung, SSHW 153, Zürich 1993, S. 133 ff.

<sup>139</sup> LANGHART (Anm. 138), S. 136.

<sup>140</sup> LANGHART (Anm. 138), S. 137.

<sup>141</sup> Paradigmatisch dafür das BG über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenteninformationsgesetz, KIG) vom 5. Oktober 1990, in dem z. B. die Regelung der Pflicht zur Warendeklaration privatrechtlichen Vereinbarungen der betroffenen Organisationen der Wirtschaft und der Konsumenten überlassen wird, wobei aber Verordnungen des Bundesrats vorgesehen sind, wenn innert angemessener Frist keine Vereinbarung zustande gekommen ist oder die Vereinbarung unzureichend erfüllt wird (KIG 3 f.); vgl. auch ROLF H. WEBER, Bedeutung, Möglichkeiten und Grenzen der Selbstregulierung, in: Empfehlungen zur Rechnungslegung und zur Revision, Zürich 1987, S. 21 ff.

<sup>142</sup> Vgl. dazu HOTZ (Anm. 136), S. 97 ff.

wirtschaftliche Funktionalitäten lassen sich sprachlich in klare Rechtsnormen umsetzen<sup>143</sup>.

## C. Funktionale Auslegung und Lückenfüllung

1. Die Wirtschaftsverfassung ist jener Teil der (formellen und materiellen) Staatsverfassung, der die Grundordnung(en) für die rechtliche Organisation des Wirtschaftens setzt. Probleme der Sinnermittlung dieser Verfassungsnormen sind somit Fragen der Auslegung der *Staatsverfassung*. Die Grundordnung (im Fall der horizontalen Mischung sind es mehrere) wird ermöglicht, erleichtert und gesichert durch die *institutionelle Folgeordnung*.

2. Die *Ermöglichung* des verfassungsmässig gesollten Grundtyps folgt ohne weiteres aus dem Verfassungsrang der ihn konstituierenden Rechtssätze. Die Natur der *erleichternden* Rechtssätze hängt vom Grundtypus ab: In *marktwirtschaftlichen* und *korporativen* Wirtschaftsverfassungen hat man es überwiegend mit *Privatrecht* zu tun. Allerdings beruht die Organisation durch *Gesamtvereinbarungen* auf Verträgen zwischen *Gruppen* und bedarf daher einer Reihe zusätzlicher, mitunter den Vertragsschluss faktisch erzwingender Einrichtungen (wie z. B. Streik- und Aussperrungsordnung, Allgemeinverbindlicherklärung, Zwangsmitgliedschaft usw.). Diese Zusatzregelungen sind, soweit nicht die Vereinbarung als solche in Rede steht, in der Regel öffentlich-rechtlicher Natur. Die Einrichtung eines *planwirtschaftlichen Modells* stützt sich auf ein ausgeklügeltes verwaltungsrechtliches Instrumentarium<sup>144</sup>. Wird ausnahmsweise Privatrecht eingesetzt, so ist es regelmässig

<sup>143</sup> Vgl. dazu grundsätzlich GEORG MÜLLER, Rechtskenntnis und Gesetzessprache, in: Georg Müller/René A. Rhinow/Gerhard Schmid/Luzius Wildhaber (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 549 ff.; THOMAS FLEINER-GERSTER, Wie soll man Gesetze schreiben?, Bern/Stuttgart 1985; DERS., Wie kann man einfache und verständliche Gesetze schreiben?, in: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag (a.a.O.), S. 493 ff.; HANS SCHNEIDER, Gesetzgebung, 2. Aufl., Heidelberg 1991, S. 247 ff. (Stil und Sprache der Gesetze). FRITZ SCHÖNHERR, Gedanken zur Gesetzessprache, in: Theo Öhlinger (Anm. 132), S. 184 ff.

<sup>144</sup> Dabei können alle Instrumente in Frage kommen, die das interventionistische Wirtschaftsverwaltungsrecht kennt; vgl. dazu schon JULIUS G. LAUTNER/MAX O. MOSER, System des schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts, Lieferung 1–2 (Doppellieferung), Zürich 1942; ULRICH SCHEUNER und ADOLF SCHÜLE, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1954, S. 1 ff., S. 75 ff.; WINFRIED BROHM, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1969; WOLFGANG RÜFNER, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967; ROLF KRÜGER, Das wirtschaftspolitische Instrumentarium, Einstellungsmerkmale und Systematisierung, Berlin 1967. — Vgl. zur Einrichtung einer korporativen Wirtschaftsverfassung neben dem Kontext auch vorne, S. 169, Anm. 124.

zwingend ausgestaltet<sup>145</sup>. Steht die *Sicherung* der Grundordnung im Vordergrund, herrschen in marktwirtschaftlichen und korporativen Systemen Rechtssätze des *zwingenden* privaten Verhaltensrechts vor (z. B. UWG und privates KG in einem marktwirtschaftlichen, Schutz der Minderheit in partnerschaftlichen Ordnungen). In planwirtschaftlichen Verfassungen werden *verwaltungsrechtliche Methoden* zur Sicherung der Grundordnung eingesetzt (z. B. staatliche Aufsicht über «Privatrechtsinseln», Kontrahierungszwang, Preisfestsetzungen, Eintrittskontrollen, qualitative Regulierung usw.).

Auch das *gestaltende Folgerecht* ist von der Grundordnung abhängig, die es zu gestalten gilt. Zwar werden in allen drei Grundordnungen verwaltungsrechtliche Interventionen eingesetzt. Im Planwirtschaftsbereich mag das aber durchaus «Entplanung» und Einsatz genuinen Privatrechts heissen. Neuerdings wird aber auch der Einsatz von Massnahmen zur *Selbststeuerung* empfohlen. Der rechtliche «trigger» kann dabei sowohl privatrechtlicher (z. B. gesellschaftsrechtliche Publizitätsvorschriften) wie öffentlich-rechtlicher Natur sein (z. B. Lenkungssteuern im Umweltrecht)<sup>146</sup>.

3. Die weiteren Untersuchungen sollen auf das heute allgemein übliche Modell einer gemischten Verfassung mit marktwirtschaftlicher Kernordnung beschränkt bleiben. Soweit *Wirtschaftsverfassung*, *wirtschaftliches Massnahmerecht* und *zwingendes Privatrecht* in Frage stehen, ergibt sich eine selbstverständliche Funktionalität der Auslegung aus dem *Normzweck*. Wenn der Gesetzgeber im Rahmen einer hier exemplarisch unterstellten marktwirtschaftlichen Grundordnung diese gestalten will, ist der Sinn der Gestaltungsnormen nach den allgemeinen Auslegungsmethoden für das öffentliche Recht<sup>147</sup> zu ermitteln. Dabei steht das teleologische Element<sup>148</sup> im Zentrum. Ein spezifisch funktionaler Aspekt kann sich öffnen, wenn mitunter versucht wird, unter dem Titel teleologischer Interpretation «normfremde Zwecke in die Norm hineinzulegen»<sup>149</sup>. In solchen Fällen zieht der funktionale Topos allfälligen Zweckmanipulationen die Grenze.

Die funktionale Sicht hilft auch, wenn bei unsorgfältiger Gesetzgebung Auslegungselemente zu einer Vielzahl von Sinnvarianten einer Norm führen.

<sup>145</sup> Vgl. DIRK EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984; STÖBER (Anm. 40), S. 263 ff.; vor allem aber DIETRICH A. LOEBER, *Der hoheitlich gestaltete Vertrag. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den Planvertrag im Sowjetrecht und den «diktierten Vertrag» im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin/Tübingen 1969.

<sup>146</sup> Vgl. zu den interventionistischen Zweckgesetzen: KARIN TÖNE (Hrsg.), *Wirtschaftslenkung in marktwirtschaftlichen Systemen*, Darmstadt 1981 (mit Beiträgen verschiedener Autoren zu sämtlichen Aspekten des Problems); für die *Selbststeuerung*: AMSTUTZ (Anm. 40), S. 85 ff., S. 118 ff.; vgl. ferner die bei LANGHART (Anm. 138), S. 136 ff., aufgeführten Selbstregulierungsinstrumente und deren praktische Anwendung im Rahmen des vorgeschlagenen BG über die Börsen und den Effektenhandel, a.a.O., S. 232 ff.

<sup>147</sup> Grundlegend ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3. Aufl., Zürich 1993, S. 22 ff.

<sup>148</sup> Vgl. dazu HÄFELIN/HALLER (Anm. 147), S. 33 ff.

<sup>149</sup> HÄFELIN/HALLER (Anm. 147), S. 54.

Alsdann ergibt sich aus der Funktionalität des gestaltenden Wirtschaftsrechts, dass die teleologische Methode «geeignet ist, den wahren Sinn der auszulegenden Norm wiederzugeben»<sup>150</sup>. Grundsätzlich nicht anders verhält es sich, wenn öffentliches *institutionalisierendes* Folgerecht zu interpretieren ist. Auch hier liegt der Akzent auf dem *teleologischen Element*, wie das etwa bei Auslegung eines Zentralbankgesetzes der Fall ist.

Allerdings entfällt dieses funktionale Konzept, wenn die wirtschaftlich relevanten Bestimmungen der Staatsverfassung ohne konsistenten Bezug zueinander als «wild gewachsen» qualifiziert werden müssen. Man mag dann zwar von einer «offenen» Wirtschaftsverfassung reden. Was aber offen ist, *kann nicht verfasst sein*. In solchen Fällen muss es daher bei der schlichten *Teleologie* der Wirtschaftsgesetzgebung bleiben, die sich auf die Staatsverfassung stützt<sup>151</sup>. Daran ändert nichts, dass namentlich der Marktwirtschaft verpflichtete Wirtschaftsrechtswissenschaftler immer wieder versucht haben, den freiheitlich-rechtsstaatlichen Verfassungen eine ordnungspolitische Funktionalität der Staatsverfassung zu unterlegen<sup>152</sup>.

4. Grundlegend wird der *funktionale Ansatz der Auslegung*, wenn es um die *Sinnermittlung des Privatrechts* geht. Dabei ist zu unterscheiden: Soweit Privatrecht unmittelbar wirtschaftsrechtsbezogen ist (wie das z. B. für das UWG und das private KG zutrifft), konkretisiert der funktionale Zusammenhang lediglich den Zweck des Gesetzes, der im übrigen mitunter durch ausdrückliche *Zweckartikel* verdeutlicht wird<sup>153</sup>. Allerdings unterstützt die funktionale Betrachtung die Sinnermittlung in der Weise, dass z. B. das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung als Regelungsgegenstand des KG a limine in den Kontext der Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs gestellt wird. Das schliesst eine rein privatrechtliche Interessenabwägung zwischen Kartell

<sup>150</sup> HÄFELIN/HALLER (Anm. 147), S. 37.

<sup>151</sup> Grundsätzlich sind die allgemeinen Auslegungsregeln auch bei der Verfassungsauslegung zu beachten, soweit nicht «im Rahmen der Anwendung der einzelnen Auslegungsmethoden auf den besonderen Charakter verfassungsrechtlicher Normen . . . Rücksicht zu nehmen ist»; HÄFELIN/HALLER (Anm. 147), S. 36. Vgl. zum besonderen Problem der Verfassungsauslegung im Wirtschaftsrecht: STÖBER (Anm. 40), S. 40 ff. (mit Hinweis auf das Prinzip der Systemgerechtigkeit).

<sup>152</sup> Vgl. dazu den bundesdeutschen «Streit um die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes», den HANS CARL NIPPERDEY (*Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, Köln usw. 1961) entfacht hat. Nipperdey entnahm dem Grundgesetz eine implizite Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft. Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht die These von der «wirtschaftspolitischen Neutralität» vertreten; ausführlich dazu SCHMIDT (Anm. 37), S. 70 ff.; STÖBER (Anm. 40), S. 41 f.; FEZER, *Homo Constitutionis* (Anm. 37), S. 892 f.

<sup>153</sup> Vgl. dazu etwa UWG 1 («Dieses Gesetz bezweckt, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten») und Art. 1 des Vorentwurfs für ein BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen («Zweck dieses Gesetzes ist es, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den wirksamen Wettbewerb sowie das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern»).

(oder kartellähnlicher Organisation) und behinderten Dritten von vornherein aus. Ebenso wird im Rahmen des UWG aufgrund des Zweckartikels und des funktionalen Zusammenhangs klargestellt, dass unlauter handelt, wer wirklichen Wettbewerb *verfälscht*. Zur Diagnose des Codes «verfälscht/unverfälscht» wird als Referenzverhalten unterstellt, was von jedem vernünftigen Wettbewerber («reasonable competitor») unter den gegebenen Umständen (lauterkeitsrechtliche «Rule of Reason») im Blick auf die erwünschten Ergebnisse einer funktionierenden Marktwirtschaft erwartet wird<sup>154</sup>.

5. Weitaus wichtiger als dieser wirtschaftsrechtsbezogene Teil des Privatrechts sind jene Privatrechtsnormen des *institutionalisierenden Marktwirtschaftsrechts*, die ein System wirksamen Wettbewerbs *erleichtern* sollen. Sie sind (wie z. B. das Obligationenrecht und das Gesellschaftsrecht) nicht spezifisch wirtschaftsrechtlich ausgerichtet. Es geht sozusagen um den privatrechtlichen «Normalfall» der rechtlichen Anerkennung und Ordnung *personalen Autonomie und Würde*. Deshalb sind diese Rechtssätze so auszulegen, wie man Recht überhaupt und Privatrecht im besondern zu interpretieren hat<sup>155</sup>. Indessen wird man nicht übersehen dürfen, dass Privatrechtssätze im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Verfassung neben den *personalen* auch

<sup>154</sup> Ausführlicher dazu SCHLUEP, Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Lauterkeitsrechts (Anm. 31), passim.

<sup>155</sup> Nach der «klassischen» Methodenlehre werden verschiedene Elemente unterschieden, die aber im Fall unterschiedlicher Sinnhypothesen in keiner *anerkannten* Rangordnung stehen, so dass in solchen Fällen häufig «Erkenntnislücken intra legem» vorliegen, die zur Lückenerfüllung nötigen. Im einzelnen werden unterschieden: das *grammatikalische*, das *systematische*, das *teleologische*, das *realistische* und das *historische* Element (in objektiver Ausprägung, wobei objektiv-historische und objektiv zeitgemässe Varianten gesondert werden, die aber materiell im Kern übereinstimmen); vgl. dazu die führenden Autoren: BK-MEIER-HAYOZ, N 132 ff. zu Art. 1 ZGB; HENRI DESCHENAUX, Der Einleitungstitel, SPR II, Basel/Stuttgart 1967, S. 1 ff.; HÄFELIN/HALLER (Anm. 147), S. 22 ff.; GERMANN, Grundlagen der Rechtswissenschaft (Anm. 21), S. 74 ff.; RIEMER (Anm. 21), S. 36 ff.; HÖHN (Anm. 21); RHINOW (Anm. 21), S. 247 ff. (wo der Gedanke der Funktionalität aufgenommen, aber als allgemeine Funktionslehre der Rechtsnormen [als «Bestandteile» der Rechtsordnung] fruktifiziert wird [a.a.O., S. 248 f.]); FORSTMOSER/SCHLUEP, Einführung in die Rechtswissenschaft (Anm. 21), S. 427 ff.; ZELLER (Anm. 21); KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin usw. 1991; BYDLINSKI (Anm. 120); PETER RAISCH, Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung, Karlsruhe 1988. — Die klassische Methodenlehre hat sich kaum weiter entwickelt. Das Bild des Richters als unreflektierte «Subsumtionsmaschine» (grundlegend dazu REGINA OGOREK, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, Frankfurt a.M. 1986) ist generell überholt. Ziemlich einmütig wird der Verlust einer Rangordnung der Auslegungselemente beklagt; vgl. vorab dazu ROGER ZÄCH, Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, ZSR 1977 I, S. 313 ff.; HÖHN, a.a.O., S. 158 ff.; BYDLINSKI, a.a.O., S. 562. ZELLER (a.a.O., passim), versucht, eine eigenständige Rangordnung aufzustellen, meint aber, ohne das teleologische Element auskommen zu können; vgl. dazu auch den originellen Beitrag von MARCEL NIGGLI, Zur Problematik der Auslegung im Zivil- und Strafrecht, AJP 1993, S. 154 ff. Verdienstvoll sind die Untersuchungen ZÄCHS (a.a.O.), der sich mit Hermeneutik und moderner Wertlehre befasst, vor allem aber Lehren von JOSEF ESSER (Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1972) zur Bedeutung des juristischen Vorverständnisses aufnimmt und verfeinert.

*wirtschaftsrechtliche* Funktionen zu erfüllen haben. Dieser Mehrfunktionalität des gewachsenen Privatrechts ist in der Weise Rechnung zu tragen, dass zu den bekannten Elementen der Auslegung auch der *wirtschaftsrechtlich-funktionale Aspekt* zur Geltung gebracht wird. Mitunter spricht man von einer «Funktionalisierung» oder «Aktualisierung»<sup>156</sup> des Privatrechts. Gemeint ist, dass man bei der Auslegung des wirtschaftsrechtlich relevanten Privatrechts immer *auch* zu prüfen hat, *welche* der verschiedenen Sinnvarianten (im Gefolge des Einsatzes klassischer Auslegungselemente) der Institutionalisierung des wirtschaftsverfassungsrechtlich geforderten Organisationsmodells am besten genügt. Anders gewendet: Ein privatrechtlicher wirtschaftsrechtlicher Satz ist «(auch) im Blick auf den Beitrag (auszulegen), den er zum Vollzug der Wirtschaftsverfassung leistet. Er muss m. a. W. zur Verwirklichung einer Wirtschaftsordnung beisteuern, die auf der höchsten Normstufe programmatisch definiert ist»<sup>157</sup>. Das setzt voraus, dass die wirtschaftsrechtlichen *Folgen* der in Rede stehenden Sinnvarianten (unter Beizug der ÖAR) erwogen werden.

6. Um Missverständnissen vorzubeugen, ist (nochmals)<sup>158</sup> zu betonen, dass die funktionale Auslegung keineswegs die herkömmlichen «canones» verdrängen, sondern als *zusätzlicher* Topos das Rangproblem zu bewältigen erleichtern will. Genau im gewachsenen Privatrecht bleibt nämlich der Blick *primär* auf die Abgrenzung von Individualinteressen fixiert, ohne dass dem «dédoulement fonctionnel» die erforderliche Beachtung geschenkt worden wäre. Das will die Lehre von der (auch) *funktionalen Auslegung wirtschaftsrechtsrelevanter Privatrechtssätze* kompensieren.

7. Dem steht nicht entgegen, dass Wirtschaftsverfassungen *gemischt* sind und dass institutionelles von gestaltendem Folgerecht *überlagert* wird<sup>159</sup>. Sobald nämlich ein horizontaler Mischtypus auch nicht-freiheitliche Organisationsmodelle verfassungsmässig anordnet (z. B. eine planwirtschaftlich ge-

<sup>156</sup> Vgl. BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Anm. 112), S. 123; DERS., Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Zürich 1978, S. 134 ff.; MEIER-SCHATZ, Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität (Anm. 40), S. 40 ff.

<sup>157</sup> AMSTUTZ (Anm. 40), S. 129.

<sup>158</sup> Vgl. dazu WALTER R. SCHLUEP, in: Leo Schürmann/Walter R. Schlupe, KG und PÜG, Kommentar, Zürich 1988, S. 300 ff.

<sup>159</sup> Anders aber HERBERT WOHLMANN, Zur funktionalen Auslegung im Kartellrecht, in: Peter Forstmoser/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 461 ff.; kritisch auch ERNST BREM, Funktionale Rechtsanwendung und Interessenjurisprudenz, in: Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S. 87 ff.; ERIC HOMBURGER, Zur Funktion des Kartellrechts, in einer auf Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung, WuR 1976, S. 333 ff.; MARKUS NIEDERHAUSER, Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch, Diss. Bern 1978. Mit diesen Kritikern hat sich der Verfasser im Kommentar Schürmann/Schlupe (Anm. 158) auseinandergesetzt (S. 300 ff.).

lenkte Landwirtschaft), wird Privatrecht durch öffentliches Recht verdrängt oder zwingend ausgestaltet, so dass marktwirtschaftliche (wettbewerbliche) Funktionalität leer läuft. Bezieht man in einer marktwirtschaftlichen Grundordnung das gestaltende Folgerecht mit ein, verdrängt oder verändert es Privatrecht, so dass insoweit das auf die Marktwirtschaft bezogene Verständnis von Privatrechtssätzen nicht mehr oder nur noch am Rande mitschwingt. Doch wirkt es in Gestalt des *marktwirtschaftlichen Verhältnismässigkeitsprinzips*<sup>160</sup> als Grenze der Auslegung des interventionistischen öffentlichen Rechts. Steht das Privatrecht im Dienst *selbststeuernder Instrumente*, bleibt es zweckbezogen und ist nach dieser Richtung hin wie Interventionsrecht auszulegen: Angestrebt wird eine *zielbezogene Selbstgestaltung* der Wirtschaft. Daher sind private Rechtssätze (privater) Selbstorganisationsmodelle funktional so auszulegen, dass sie im Zweifel die Gestaltungsziele möglichst gut verwirklichen.

8. Abschliessend ist das Argument zu trivialisieren, der Aspekt der *funktionalen Auslegung* sei nichts als «alter Wein in neuen Schläuchen». Dem Anliegen des Verfassers ist gedient, wenn der Gesichtspunkt mit einbezogen wird. Gleichgültig ist, ob man ihn einem der klassischen Auslegungselemente zuordne oder ihn (wie hier) eigenständig aufziehe. Will man ihn in das klassische Schema integrieren, so steht wohl der *systematische Topos* im Sinne der (wirtschafts-) *verfassungskonformen Auslegung* im Vordergrund. Doch kennt man die Zurückhaltung, mit der dem Prinzip der *Einheit der Rechtsordnung* namentlich dann nachgelebt wird, wenn (wie im Privatrecht häufig) der *personale Aspekt* eindeutig dominiert<sup>161</sup>. Von der Zweckorientierung her erscheint die Integration in das *teleologische* Element als angemessen. Das trifft (wie gezeigt) zu, soweit Interventionsrecht in Frage steht. Hat man aber (wie hier) die Auslegung des *Privatrechts* im Auge, so bleibt herkömmliche Teleologie auf den «mikrojuristischen» (individualistischen) Interessenabwägungsprozess fixiert. Demgegenüber will der funktionale Topos *makrojuristische Zusammenhänge* für die Sintermittlung nutzbar machen. Eine gewisse Affinität besteht auch zum *soziologischen Element*: Ersichtlich dringt die wirtschaftssoziologische «Natur der Sache» in ihrer eigenständigen Komplexität durch<sup>162</sup>. Obwohl die klassische Auslegungslehre den funktionalen Aspekt kaum zur Kenntnis nahm<sup>163</sup>, hat die Wirtschaftsrechts-

<sup>160</sup> Vgl. dazu vorne, S. 150.

<sup>161</sup> Vgl. dazu namentlich ULRICH HÄFELIN, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 241 ff.; HÄFELIN/HALLER (Anm. 147), S. 41 ff.; vgl. auch ROGER ZÄCH, Der Einfluss vom Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung, SJZ 1989, S. 1 ff., S. 25 ff.

<sup>162</sup> Vgl. im einzelnen dazu SCHLUEP, in: Schürmann/Schlupe (Anm. 158), S. 300 ff.

<sup>163</sup> Vgl. etwa die Anmerkungen von BYDLINSKI (Anm. 120), S. 598 (Anm. 435) und von ZELLER (Anm. 21), S. 390 f. (mit Anm. 355).

theorie das Kriterium immer erkannt<sup>164</sup>. In der Schweiz fordert immerhin *Höhn* fachspezifische Gesichtspunkte als zusätzliche Auslegungselemente. Dazu zählt er die «wirtschaftliche Betrachtungsweise» (im Steuerrecht) und die «funktionale Betrachtungsweise»<sup>165</sup>. Demgegenüber bringen auch neueste Aspekte der Methodenlehre «in the books» keine Bezüge zur funktionalen Sintermittlung im Wirtschaftsrecht<sup>166</sup>. Trotzdem ist die funktionale Methode in neuerer Zeit vielfach übernommen und mit Gewinn zur Lösung wirtschaftsrechtlicher Probleme genutzt worden<sup>167</sup>.

<sup>164</sup> Die wegweisende Arbeit von BÖHM (Anm. 125), *passim*, ist eine einzige Predigt über diesen Text; vgl. statt vieler das Schrifttum von ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER (namentlich: Recht und ökonomisches Gesetz, 2. Aufl., Baden-Baden 1984); FIKENTSCHER, Wirtschaftsrecht I (Anm. 40), S. 33 f.; KURT H. BIEDENKOPF, Rechtsfragen der Konzentration, ZBJV 1972, S. 1 ff.

<sup>165</sup> HÖHN (Anm. 21), S. 224 f.; vgl. aber auch RHINOW (Anm. 155).

<sup>166</sup> Schlagwortartig sind zu erwähnen Topik (Viehweg), Fallnorm (Fikentscher), Normbereich (F. Müller), Falsifikation und Regelungshypothesen (Popper, Kriele), Sprachanalysen und Linguistik (Austin, Wittgenstein usw.), ideale Sprechsituationen und Argumentationstheorie (Habermas, Alexy). Vgl. dazu WALTER R. SCHLUEP, Einführung in das Thema des Symposiums, in: Rechtsanwendung in Theorie und Praxis, Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 15, Basel 1993, S. 9 ff.; HANS-MARTIN PAWLOWSKI, Methodenlehre für Juristen, Karlsruhe 1981 (wo unter dem Stichwort «Funktion» figurieren: «funktionale Systemtheorie», «Funktionen des Gesetzes», «Funktionen des Wertbegriffs»); DERS., Einführung in die juristische Methodenlehre, Heidelberg 1986 (wo im Sachwortverzeichnis die gleichen Bezüge zur Funktionalität auftauchen).

<sup>167</sup> Vgl. dazu namentlich BAUDENBACHER, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht (Anm. 156); DERS., Allgemeine Geschäftsbedingungen (Anm. 112); DERS., Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 1980, S. 145 ff.; DERS., Die Revision des schweizerischen UWG, GRUR Int 1981, S. 162 ff. (sowie das weitere Schrifttum); CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, Bände 1 und 2, Diss. Bern 1979; DERS., Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts (Anm. 40), S. 267 ff.; DERS., Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität (Anm. 40); RUDOLF TSCHÄNI, Funktionswandel des Gesellschaftsrechts: Die europäisch-gemeinschaftlichen Versuche einer institutionellen Unternehmenskontrolle, illustriert am Verhältnis von Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht, Diss. Zürich 1978; ROGER ZÄCH, Das Privatrecht in veränderter Umwelt – Anregungen zum Umdenken, ZSR 1986 I, S. 3 ff.; ERNST A. KRÄMER, Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, ZSR 1979 I, S. 49 ff.; REINHARD OERTLI, Zweigleisiger Vertrieb von Markenartikeln: Wirtschaftliche Erscheinung und rechtliche Problematik, Diss. Zürich 1988; HOFSTETTER (Anm. 124); DERS., Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne, Habilitationsschrift Zürich 1994 (im Druck); SCHNYDER (Anm. 40); MARKUS RUFFNER, Funktionale Konkretisierung der Schlüsselartikel des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, Diss. Zürich 1990; R. FURTER, Kollektives Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Diss. Zürich 1982; THOMAS HAUSER, Der Sponsoring-Vertrag im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1991; AMSTUTZ (Anm. 40), S. 128 f.; MARIANNE BIERI-GUT, Rechtsprobleme beim Absatz auf grauen Märkten, Diss. Zürich 1994, S. 150 ff.; MARKUS NIETLSPACH, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Diss. Zürich 1994 (im Druck).

## V. Rückblick und Ausblick

Funktionalität durchdringt das Wirtschaftsrecht als Recht der Organisation des Wirtschaftens. Im Rückblick zeigt sich, dass der funktionale Zusammenhang der Wirtschaftsrechtmaterien nicht nur die Disziplin Wirtschaftsrecht sinnvoll auszugrenzen, sondern dem Gesetzgeber und dem Rechtsanwender auch handfeste Hilfe zu gewähren vermag. Der wirtschaftsrechtliche Funktionalismus lässt sich überdies nach weiteren Richtungen hin nutzen<sup>168</sup>. Schlagwortartig zu erwähnen sind: funktionale *Systematisierung*<sup>169</sup> (mit eigenständigem *Systemansatz* und Überwindung der Dichotomie von öffentlichem und privatem Recht), funktionale *Dogmatik*<sup>170</sup> und funktionale *Didaktik*<sup>171</sup>.

<sup>168</sup> Die Auslotung dieser weiteren Nutzungsbereiche muss hier aus Raumgründen unterbleiben; sie bleibt späteren Abhandlungen vorbehalten. Anregend dazu ERNST HÖHN, Wie grau ist die Theorie? Gedanken zum Verhältnis von Doktrin und Praxis in der Jurisprudenz, AJP 1994, S. 411 ff.

<sup>169</sup> RITTNER (Anm. 40), S. 12 ff.; DERS., Zur Systematik des Wirtschaftsrechts, in: Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Festschrift für Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 319 ff.

<sup>170</sup> Vgl. dazu BYDLINSKI (Anm. 120), S. 3 ff.; und bezogen auf das Wirtschaftsrecht: BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Anm. 112), S. 105 f. im Verein mit S. 123; vgl. auch TILMANN (Anm. 40), S. 34: «Unter Wirtschaftsrechtsdogmatik ist dabei ein Sprach- und Gedankengeflecht aus Grundpositionen, Grundpflichten, Rechtsgütern und Werten, Verfahrensmaximen und «Einrichtungen» (Strukturen, Prozessen) zu verstehen, die für die Anwendung geltenden Rechts unter Konsistenzgesichtspunkten steuernde (Änderungen verbietende oder zulassende) Bedeutung hat, in der Sprache der Systemsoziologie quasi-reflexive Elemente, die rechtsähnliche (nicht rechtliche) Grundsätze auf Recht anwenden».

<sup>171</sup> Vgl. dazu TILMANN (Anm. 40), S. 14: «Die Lehrveranstaltung «Wirtschaftsrecht», aber auch die wirtschaftsrechtlichen Komponenten der Vorlesungen zu Einzelbereichen des die Wirtschaft betreffenden Rechts, werden sich nach meiner Meinung im Bereich der universitären Lehre erst dann erfolgreich durchsetzen können, wenn für die Teilaufgaben der Sammlung und der Systematisierung des Wirtschaftsrechts und bei der Darstellung des Zusammenwirkens von Recht und Wirtschaft ein gedanklich überzeugendes, hinreichend einfaches und dennoch richtiges, praktisch nützlich und rechtswissenschaftlich akzeptiertes System zur Verfügung steht.» Vgl. auch FRITZ RITTNER, Die Zukunft des Wirtschaftsrechts in der Juristenausbildung, DJZ 1981, S. 621 ff.

## Handel in Wertschriften auf einer Netto-Basis

ROLF WATTER

- I. Begriffsbestimmung
- II. Auf den Wertpapierhandel anwendbare Bestimmungen im allgemeinen
  1. Zivilrechtliche Beziehung Bank – Kunde im Wertpapierhandel
    - a. Kommissionsrecht
    - b. Anwendung von Kaufrecht
  2. Beziehung zur Gegenpartei
    - a. Kommissionsweises Vorgehen
    - b. Kommission mit Selbsteintritt und Deckungsgeschäft
    - c. Rein kaufrechtliche Strukturierung
  3. Aufsichtsrechtliche Regeln
- III. Nettoabschlüsse im besonderen
  1. Zivilrechtliche Überlegungen
    - a. Im allgemeinen
    - b. Die vertraglichen Beziehungen im einzelnen
  2. Aufsichtsrechtliche Aspekte
    - a. Allgemeines
    - b. Anlegerschutz
    - c. Nettohandel und Kursschnitt
    - d. Vergleich mit anderen Märkten
    - e. Fazit
  3. Steuerliche Überlegungen
- IV. Zusammenfassung

### I. Begriffsbestimmung

Im Wertschriftengeschäft mit institutionellen und privaten Kunden werden in jüngerer Zeit vermehrt sogenannte *Nettoabschlüsse* getätigt, bei denen die Bank<sup>1</sup> dem Kunden bei einem Wertschriftenkauf oder -verkauf keine separat ausgewiesene Provision (auch *Kommission* oder *Courtage*) verrechnet, dafür aber mittels eines sogenannten «*mark-up*» bzw. «*mark-down*» den Marktpreis

<sup>1</sup> In der Folge wird jeweils davon ausgegangen, dass eine Bank als Wertpapierhändler auftritt. Die Ausführungen gelten analog, wenn ein Broker für einen Kunden handelt; vgl. Ziff. II.3 unten zu den Unterschieden im aufsichtsrechtlichen Bereich.