

WALTER R. SCHLUEP

ZUM
WIRTSCHAFTSRECHT

EINE SAMMLUNG VON AUFSÄTZEN



VERLAG STÄMPFLI & CIE AG BERN 1978

WIRTSCHAFTSRECHT: WESEN, AUFBAU, MERKMALE, FORMEN UND STELLUNG IM RECHTSSYSTEM

A. Das Wesen des Wirtschaftsrechts

Wirtschaftsrecht kann nach der Begriffsgeschichte erschlossen werden als das wirtschaftliche Recht oder als das Recht der Wirtschaft. Wirtschaftliches Recht ist die Benennung für Rechtsnormen, die sich von gewöhnlichen (nicht wirtschaftlichen Normen) qualitativ abheben. Demgegenüber ist das Recht der Wirtschaft die Summe der Rechtsnormen, die den Kulturbereich der Wirtschaft ordnen.

I. WIRTSCHAFTSRECHT IST NICHT DAS WIRTSCHAFTLICHE RECHT

Von wirtschaftlichem Recht kann in verschiedenem Sinne die Rede sein. Die Lehre hat im wesentlichen vier Grundauffassungen vertreten: Wirtschaftliches Recht fordert methodisch die soziologische Methode¹, wird zum Ausdruck eines besonderen (eben des wirtschaftlichen) Zeitgeistes², wird verstanden als Systemrest, als Summe der systematisch heimatlosen Normen im Sinne einer Sammelkategorie³ oder endlich als Konflikts- oder Gegensatzrecht, in dem die Antinomie von Freiheit und Bindung zum Tra-

¹ Vgl. MAX RUMPF, Der Sinn des Wirtschaftsrechts, in: AcP 120 (1922) 153 ff.; HEINRICH KRONSTEIN, Wirtschaftsrecht – Rechtsdisziplin und Zweig der Rechtswissenschaften (1928), in: Ausgewählte Schriften, Karlsruhe 1962, S. 3 ff.; ferner FRIEDRICH KLAUSING, Wirtschaftsrecht, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Marburg 1931, S. 6.

² Vgl. JUSTUS WILHELM HEDEMANN, Wirtschaftsrecht als Rechtsdisziplin, in: Juristische Wochenschrift 1927 13 f.

³ Vgl. ARTHUR NUSSBAUM, Das neue Deutsche Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin 1922.

gen kommt⁴,⁵. Diese Kriterien genügen indessen nicht zur Ablösung einer qualitativ eigenständigen Kategorie von Normen.

1. Wenn wirtschaftliches Recht zum Ende die soziologische Methode im Sinne vermehrter Rechtstatsachenforschung und (oder) des Einbezugs der Natur der Sache haben soll, so bleibt die Aussage aus zwei Gründen leer. Einmal ist zu fragen, wann die soziologische Methode in praxi zum Zuge kommt, wann mithin wirtschaftliches Recht vorliegt. Zum andern ist die rechtssoziologische Methode spätestens seit IHERING als Element jeglicher Auslegung (also auch des nichtwirtschaftlichen Rechts) Gemeingut⁶.

2. Die HEDEMANNsche Assoziation von Naturrecht und Wirtschaftsrecht^{6a} gibt nichts her. Wenn auch die zunehmende Ökonomisierung des Lebens (und damit des Rechtsstoffes), ja auch eine akzentuiert-wirtschaftliche Gesinnung der Normadressaten und der tonangebenden Schicht soziologisch

⁴ Vgl. ERNST RUDOLF HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, I. Band, 2. Auflage, Tübingen 1958, S. 10 ff.

⁵ Keinen weiteren Nachhall haben DARMSTAEDTER (*Wirtschaftliches Recht als Abwehr- und Vermittlungsrecht*) und ROSENSTOCK (*Wirtschaftliches Recht als zeitliches Recht*) gefunden; vgl. FRIEDRICH DARMSTAEDTER, *Das Wirtschaftsrecht in seinen soziologischen Strukturen*, Berlin-Grünwald 1928, S. 25; EUGEN ROSENSTOCK, *Das Industrierecht, Rechtssystematische Fragen*, Festgabe Xaver Gretener, Berlin 1926, S. 9 ff.

⁶ Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar, Einleitungsband*, Art. 1, N. 136 ff.; HENRI DESCHENAUX, *Schweizerisches Privatrecht II*, Basel 1967, S. 85 (zurückhaltend); OSKAR GERMANN, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, Bern 1950, S. 29 ff.; WALTHER BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Zürich 1936, S. 281; HANS NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Auflage, Einsiedeln/Zürich/Köln 1948, S. 135; CLAUDE DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 4. Auflage, Neuchâtel/Paris 1967, S. 189 f., 197; KARL OETINGER, *Überblick über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation*, SJZ 63 (1967) 353 ff., 358 f. KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960, S. 212 ff.; LUDWIG ENNECERUS/HANS CARL NIPPERDEY, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I. Band, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959, S. 335; HEINRICH LEHMANN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 10. Auflage, Berlin 1957, S. 52 f.; HEINRICH LANGE, *BGB, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München/Berlin 1963, S. 63 f.; KARL ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 2. Auflage, Stuttgart 1959, S. 74 ff.; HORST BARTHOLOMEYCZIK, *Die Kunst der Gesetzesauslegung*, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1959, S. 47 ff.; WOLFGANG SIEBERT, *Die Methode der Gesetzesauslegung*, Heidelberg 1948, S. 12.

^{6a} HEDEMANN, a. a. O. (Anm. 2), 13 f.

zu vermerken ist, so ist im Gefolge dessen entweder alles Recht in diesem Sinne wirtschaftliches Recht oder der Abgrenzungsbeweis weiterhin geschuldet. Will man aber als wirtschaftliches Recht jenen Bereich ausstechen, dessen Wertgehalt von den «ewigen» Gesetzen der Wirtschaft durchformt ist, so hat man eher ein verkrüppeltes Naturrecht als ein transzendentes Wirtschaftsrecht vor sich.

3. Unhaltbar und allenfalls Unvermögen und Hilflosigkeit bezeugend ist die Lehre vom Wirtschaftsrecht als einer Sammelkategorie, als Auffanglager für systemflüchtige Normen. Wer übersähe, dass Systemwidrigkeit allein nicht systembildend sein kann, weil einmal Verschiedenstes vom Herkömmlichen verschieden ist und zudem das allenfalls in gleicher Weise Andere in eben dieser Gleichheit erst noch zu erweisen wäre.

4. Wirtschaftliches Recht ist zwar in der Tat Konfliktrecht, weil in ihm Freiheit und Bindung zur Ausmarchung antreten. Aber wo wäre das anders? Die Spannung (Polarität)⁷ zwischen Freiheit und Bindung zeichnet das Recht überhaupt⁸. Denn sogar die rechtliche Verankerung der Freiheit in den Grund- und Persönlichkeitsrechten⁹ ist nur mit Bindung Dritter zu vollbringen. Daher krankt die Lehre vom Konfliktrecht an der Unterlassung, das allgemeine Freiheits- und Bindungsverhältnis auf ein besonderes wirtschaftsrechtliches Mass zugeschnitten zu haben.

5. Kein Abgrenzungskriterium ist endlich der blosse Wirtschaftsbezug. Die Wirtschaftsrelevanz einer Norm ist kein Ausweis für die Zugehörigkeit

⁷ Vgl. dazu HEINRICH HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München/Berlin 1964, S. 349, Anm. 2; WOLFHART FRIEDRICH BÜRGI, *Die Polarität als soziologisches Grundphänomen*, in: *Transparente Welt*, Festschrift Jean Gebser, Bern 1965.

⁸ Vgl. PAUL BOCKELMANN, *Einführung in das Recht*, München 1963, S. 67 ff.; GUSTAV RADBRUGH, *Rechtsphilosophie*, 4. Auflage, Stuttgart 1950, S. 146 ff.; JOHANNES MESSMER, *Das Naturrecht*, 5. Auflage, Innsbruck/Wien/München, S. 302 f.; ARTHUR FRIDOLIN UTZ, *Sozialethik*, Sammlung Politia, Band X, 1. Teil, *Die Prinzipien der Gesellschaftslehre*, 2. Auflage, Heidelberg/Löwen 1964, S. 294 f. – Aus den gleichen Überlegungen taugt die Kennzeichnung des wirtschaftlichen Rechts als Massnahmerecht nicht; denn Massnahmerecht gibt es auch ausserhalb des Wirtschaftsrechts; a. M. ENRICO DI ROBILLANT, *Dirittura economica e norma giuridica*, Torino 1955, S. 23 ff.

⁹ HENKEL (Anm. 7) S. 192 ff.; HELMUT COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin 1950, S. 131 ff.

zum Wirtschaftsrecht. Anders schließe die gesamte Rechtsordnung in Wirtschaftsrecht um, weil das Leben von der Wiege bis zur Bahre (auch) wirtschaftliche Aspekte aufweist und eben deshalb sämtliche Verhaltensmodelle in diesem Sinne wirtschaftsbezogen sind (z. B. das eheliche Güterrecht).

II. WIRTSCHAFTSRECHT IST DAS RECHT DER WIRTSCHAFT

Fehlt somit der stringente Nachweis einer spezifischen Differenz zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Recht, so ist auf die Aussonderung eines qualitativ eigenständigen Wirtschaftsrechts zu verzichten. Wirtschaftsrecht kann alsdann nur gegenständlich begriffen werden als das Recht der Wirtschaft. In dieser Sicht wird die Wirtschaft zum Objekt des Wirtschaftsrechts, wie etwa Sachen Gegenstände des Sachenrechts sind. Während nun freilich Sachen begrifflich einzugliedern nur in Randbereichen besondere Anforderungen stellt¹⁰, ist zu überdenken, was es mit einem allfälligen Objekt «Wirtschaft» für eine Bewandnis haben kann.

1. Die Theorie ist sich darüber klar, dass Wirtschaft als Gegenstand des Wirtschaftsrechts möglichst *konkret* zu fassen ist. Das folgt aus dem selbstverständlichen Gebot der *Rechtssicherheit*.

a) Ein Zweig der Lehre hakt punktuell bei wirtschaftlichen Institutionen ein. In diese Kategorie gehören das aristotelische und das thomistische Haushaltsrecht¹¹, vor allem aber das Unternehmensrecht¹². Ähnlich

¹⁰ Vgl. etwa ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Sachenrecht, 1. Abschnitt: Systematischer Teil, Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Bern 1959, Syst. Teil, N. 55 ff.

¹¹ Auch in der kameralistischen Ausprägung des Staatswirtschaftsrechts; vgl. dazu ausführlich RUDOLF PIEPENBROCK, Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum Ersten Weltkrieg, Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Abteilung, Heft 7, Köln/Berlin/Bonn/München 1964, S. 31–62.

¹² Hauptvertreter: WALTHER HUG, Die Problematik des Wirtschaftsrechts, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen, Reihe A, Heft 15, St. Gallen 1939; HEINRICH LEHMANN, Grundlinien des deutschen Industrierechts, Festschrift für Ernst Zitelmann, München/Leipzig 1913, S. 1 ff.; FRIEDRICH KLAUSING, Wirtschaftsrecht, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Marburg 1931, S. 1 ff.

knüpft EICHLER – freilich erweiternd – an wirtschaftliche Vorgänge, Massnahmen, Aufgaben und Ziele an, um sein dualistisches System zu errichten¹³.

b) Andere (namentlich die Physiokraten) reduzieren die Wirtschaft auf eine ihrer Funktionen: die Produktion. Wirtschaftsrecht wird gleich Produktionsrecht.

c) Die organische Rechtsphilosophie setzt die Wirtschaft den wirtschaftlichen Zwecksetzungen der Bürger gleich, so dass das Recht zur Realisierung individueller Ziele wirtschaftlicher Art Wirtschaftsrecht wird.

d) Wieder andere verstehen unter der Wirtschaft als Gegenstand des Wirtschaftsrechts die Wirtschaftsordnung, mithin den zielbestimmten Ordnungszusammenhang menschlicher Institutionen und Tätigkeiten im Blick auf Produktion, Verteilung und Verbrauch. Man spricht von der Gesamtwirtschaft, der Wirtschaftsverfassung im soziologischen Sinn¹⁴. Wirtschaftsrecht ist Wirtschaftsordnung als rechtliche Veranstaltung¹⁵.

e) Mitunter wird Wirtschaft auch gesehen als Summe der Massnahmen zur Gestaltung, namentlich Lenkung einer hier und jetzt verfassten Ordnung (im Sinne der lit. d), als dynamischer Prozess also, der von einer gegebenen zu einer aufgegebenen Wirtschaftsordnung führt. Das Wirtschaftsrecht wird zum Recht der Wirtschaftspolitik oder der Wirtschaftsgestaltung.

f) Endlich kann Wirtschaft meinen: die einzelnen Wirtschaftszweige als Zusammenfassung der Unternehmungen mit artgleicher Produktivfunktion. In diesem Sinne wird Wirtschaftsrecht zur Summe der einzelnen Zweigrechte (z. B. Recht der Uhrenindustrie, Recht der Tabakindustrie usw.).

¹³ HERMANN EICHLER, Wirtschaftsrecht, Rechts- und sozialwissenschaftliche Vorträge und Schriften, Heft 2, Nürnberg 1950.

¹⁴ Vgl. HELLMUT GEORG ISELE, Wirtschaftsrecht, in: Einführung in die Rechtswissenschaft, herausgegeben von Rudolf Reinhardt, 2. Auflage, Marburg 1949, S. 170 f.; FRITZ RITTNER, Artikel «Wirtschaftsrecht», Staatslexikon, 6. Auflage, Bd. 8, Freiburg 1963.

¹⁵ KURT BALLERSTEDT, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHEUNER, Die Grundrechte III/1, Berlin 1958, S. 18 ff., spricht von der Verfassung einer angeblichen Wirtschaftsgemeinschaft; derselbe, Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, DJZ 1957 486 ff., 490 f.

2. a) Ersichtlich hängt für eine angemessene Würdigung dieser beachtlichen Konkretisierungsversuche alles davon ab, was man unter «Wirtschaft» zu verstehen gewillt ist. Methodisch erscheint es daher als richtig, zunächst zu fragen, ob die Wirtschaftswissenschaften einen allgemein anerkannten Begriff der Wirtschaft geprägt haben. Dabei zeigt sich, dass die Wirtschaft durchwegs als der Ort begriffen wird, wo gewirtschaftet wird. Daher ist nicht von der Wirtschaft (der Kurzbezeichnung), sondern vom Wirtschaften Erhellung zu erhoffen. Anerkanntermassen ist das Wirtschaften jene menschliche Tätigkeit, welche der Bereitstellung (Erzeugung und Verteilung) der knappen Mittel zum Zwecke der Bedarfsdeckung dient¹⁶.

b) Folgerichtig ist Wirtschaftsrecht das Recht, das das Wirtschaften normiert. Zu ordnen ist die Vorbereitung der Bedürfnisbefriedigung durch Verfügung über knappe Mittel. Im DIOGENES-Modell erfolgt die Ordnung durch Verzicht, im Robinson-Crusoe-Modell durch tatsächliche Entschiede im rechtsfreien Raum. In der autarken Hauswirtschaft muss bestimmt werden, wie die gegebenen Mittel einzusetzen, ob und wie sie (durch Produktionsumwege) zu vermehren sind. Autorität und Pietät sind

¹⁶ Vgl. J. HEINZ MÜLLER/BRUNO DIETRICH, Artikel «Wirtschaft», Staatslexikon, 6. Auflage, Band 8, Freiburg 1963, S. 78 ff.; DIETER POHMER, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaften zur Rechtswissenschaft, dargestellt am Beispiel der Konzerngestaltungen, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Neue Folge, Band 33, Berlin 1964, S. 56; LOITLSBERGER (Diskussionsvotum, ebendort S. 213) spricht von einem Prozess zur Überwindung der Güterknappheit; WATRIN (Diskussionsvotum, ebendort S. 230) umschreibt als Aufgabe der Nationalökonomie, die Verwendung knapper Ressourcen zu erklären, also «knappe Produktionsfaktoren möglichst zweckmässig einzuweisen». ERICH CARELL, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, München 1951, S. 18, geht von der Knappheit der Güter aus. Aus dieser Sicht bedeutet das Wirtschaften «Beschaffen (Erwerben) von Gütern und ‚Haushalten‘ mit den erworbenen Gütern». JOSUA WERNER, Wohlstand, Freiheit und Gerechtigkeit, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen, Reihe A, Heft 29, Zürich/St. Gallen 1951, S. 11, unterscheidet im Anschluss an WALTER ADOLF JÖHR formales und materiales Wirtschaften. «In formaler Beziehung drückt der Begriff ‚Wirtschaft‘ eine ganz bestimmte Art des menschlichen Handelns aus, und zwar ein Handeln, an das der Massstab des rationalen Vergleichens von Aufwand und Erfolg gelegt ist. Wir fragen nach der *materialen* Bedeutung des Wirtschaftsbegriffes. Wir fassen die Wirtschaft auf als jene menschliche Tätigkeit, die der *Vorbereitung* der menschlichen Bedürfnisbefriedigung dient. Das Mass der Er-

die Ordnungsprinzipien¹⁷. In allen diesen Fällen fehlt ein Wirtschaftsrecht, weil das Wirtschaften durch ausserrechtliche Determinanten geordnet wird, wenn man vom Verbot des Diebstahls und des Raubes abschen will.

c) In der arbeitsteiligen Wirtschaft bedürfen indessen die Fragen, was, wieviel, wann, wo und durch wen zu produzieren und wie es zu verteilen ist, einer rechtlichen Ordnung. Die Rechtsordnung hat zu bestimmen, wer wirtschaften darf (Wirtschaftsfähigkeit) und wie die wirtschaftsfähigen Subjekte ihre Individualtätigkeiten am zieltauglichsten aufeinander abstimmen (Koordination). Die Leistung des Rechts wird es, das Wirtschaften zu organisieren¹⁸. Damit wird die Wirtschaft als Gegenstand des Wirtschaftsrechts im Sinne einer Funktion¹⁹, das Wirtschaftsrecht als Leistung des Rechts zur Bewältigung eben dieser Aufgabe begriffen. Nichts kann

füllung dieser Vorbereitung bezeichnen wir dann als Wohlstand.» Ähnlich ROLF KRÜGER, Das wirtschaftspolitische Instrumentarium, Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 110, Berlin 1967, S. 12: «Als Wirtschaften bezeichnen wir diejenigen menschlichen Tätigkeiten, die durch Verfügung über knappe Stoffe, Kräfte oder Rechte im weitesten Sinn der ‚Bedürfnisbefriedigung‘ dienen.» Die besten begrifflichen Erörterungen finden sich bei ALFRED AMONN, Volkswirtschaftliche Grundbegriffe und Grundprobleme, 2. Auflage, Bern 1944. Der AMMONSche Begriff der Volkswirtschaft ist vorzüglich auf die wirtschaftsrechtliche Problematik zugeschnitten: «‚Volkswirtschaft‘ überhaupt ist das *Zusammenwirken* oder ‚Zusammenspielen‘ der Einzel- oder Sonderwirtschaften eines ‚Volkes‘ bei ihrer auf die Erlangung oder Verfügung über wirtschaftliche Güter gerichteten Tätigkeit» (a. a. O., S. 29).

¹⁷ Vgl. dazu MAX WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, 4. Auflage, 1. Halbband, Tübingen 1956, S. 214.

¹⁸ So schon HANS GOLDSCHMIDT, Reichswirtschaftsrecht, Berlin 1923, freilich mit Beschränkung auf die Koordination der Produktion; vgl. 6ff., insbesondere 12.

Zutreffend C. CHAMPAUD, Contribution à la définition du droit économique, in: Il Diritto dell'Economia 13 (1967) 146: «Ainsi, si l'on suit cette opinion, le Droit Economique se présente comme le droit de l'organisation et du développement économique que ceux-ci relèvent de l'Etat, de l'initiative privée, ou du concert de l'un et de l'autre.»

¹⁹ Unter Funktion ist zu verstehen «einerseits *Tätigkeit* als die auf die Erreichung eines bestimmten Zweckes gerichtete Verrichtung, andererseits aber auch die Zweckbestimmung dieser Tätigkeit als solche, die mit einer Tätigkeit zu erfüllende *Aufgabe* und die in der Erfüllung dieser Aufgabe durch die Tätigkeit liegende *Leistung*»; WERNER KRAWIETZ, Das positive Recht und seine Funktion, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 9, Berlin 1967, S. 39; ähnlich WALTER R. SCHLUEP, Das Mar-

darauf ankommen, dass damit der Gegenstand des Wirtschaftsrechts aus dem Bereich der alltäglichen Erfahrung gehoben wird. Denn einmal lässt sich Wirtschaft überhaupt nicht als Erfahrungstatsache fassen, weil sie «nur ein abstrakter Zusammenhang ist. ... (der) untergeordnet bzw. in ständiger wechselseitiger Durchdringung eingeordnet ist dem Gesamtzusammenhang ‚Leben‘ oder ‚Wirklichkeit‘²⁰». Zum andern, weil die Erfahrungsweise des Rechtstheoretikers ohnehin von der Primärerfahrung abweicht, indem sie «zugleich ihren Gegenstand hinsichtlich seiner Transparenz auf das Ganze der Rechtsordnung reflektiert²¹».

3. Nach dieser Flurbereinigung wird es möglich, die angebotenen Umschreibungen der Doktrin (Ziff. 1) zu überprüfen:

a) Wer das Wirtschaftsrecht von der Unternehmung her ausbreitet, isoliert unzulässig einen blossen Teilaspekt aus einem Lebenszusammenhang. Denn die Unternehmung ist nicht nur Produktionsstätte, sondern ganzheitliche Erscheinung (also z. B. Gemeinschaft, technische oder gar ästhetische Veranstaltung)²². Andererseits ist Unternehmensrecht zum Teil bloss erweitertes Handelsrecht, allenfalls unter Einbezug der öffentlichen Unternehmungen²³. Oder es ist das auf die Unternehmung bezogene bürgerliche Recht, das um die spezialgesetzliche Ordnung besonderer Unternehmensgüter (Immaterialgüter) erweitert wird. Mutatis mutandis gelten

kenrecht als subjektives Recht, Studien zum Immaterialgüterrecht, Band 5, Basel 1964, S. 60 ff.

²⁰ Vgl. dazu ARTHUR LISOWSKY, Vom Sinn organischer Wirtschaft, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen 1932, S. 43; derselbe, Kostendenken und Ertragsdenken in der Betriebswirtschaft, Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1937 292 ff., 293.

²¹ Vgl. KRAWIETZ (Anm. 19), S. 37.

²² Dazu treffend LISOWSKY, Vom Sinn organischer Wirtschaft (Anm. 20), S. 53: «Was ist denn Wirtschaft? – Ist es der Generaldirektor in seinem Büro, der Arbeiter an der Drehbank, der Reisende im Vorzimmer, der Einzelhändler hinter dem Ladentisch oder die Hausfrau davor? Sind es die rauchenden Hochöfen oder die Druckpressen, der Ladentisch und der Laden selbst, kurz, all diese Apparaturen? All das ist doch immer und in jedem Augenblick *gleichzeitig Ausdruck des Lebens schlechthin!* Wie ist da *Isolierung möglich?* Die Antwort darauf ist schon gegeben: *sie ist nur möglich im Menschen selbst.*»

²³ Vgl. PETER RAISCH, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965, S. 179 ff., vgl. auch HERMANN EICHLER, Die Einheit des Privatrechts, in: ZHK 126 (1964) 181 ff.

diese Überlegungen auch für ein allfälliges Haushaltsrecht²⁴: es handelt sich um bürgerliches oder öffentliches Recht unter dem beschränkten Gesichtswinkel des Güterverkehrs. Wer wie WESTHOFF²⁵ Unternehmens- und Haushaltsrecht zutreffend zusammenfasst, bezieht zwar die Lebensmanifestationen der Wirtschaft umfassender ein, überwindet aber damit den methodischen Fehlansatz nicht. Erst wenn im Rahmen des Unternehmensrechts das Verbot des unlauteren Wettbewerbs miterörtert wird, ist ein eigenständiges Organisationsproblem angegangen (Koordination nur durch lauterer Wettbewerb). Thematisch kann aber das UWG von der Unternehmung her nur gerade als polizeiliche Begrenzung der Betätigungsfreiheit erfasst werden.

b) Unzulässig ist es, mit den Physiokraten die Wirtschaft auf die Reproduktion zu begrenzen. Wenngleich die Idee des Kreislaufs mit dem Tableau économique von QUESNAY die Koordination als Problem mitenthält, so blendet doch der naturgesetzliche Aspekt. Die Folge ist ein Verständnis des Wirtschaftsrechts, das die Rechtsordnung nur als Dienerin der Reproduktion, dafür aber in toto enthält.

c) Nicht die wirtschaftlichen Zwecksetzungen, sondern die Handlungen im Dienste der Bedürfnisbefriedigung, mithin die Verwendung knapper Ressourcen, machen das Wirtschaften aus. Aber selbst wenn man im Recht in der Tat nur die Form der Verwirklichung von Lebenszwecken sähe, so bliebe doch die Kategorie der wirtschaftlichen Zwecke zu definieren ebenso aufgegeben wie die Frage zu beantworten, was das Recht dazu mehr beizutragen vermöge als Freiheit.

d) Wer Wirtschaft in der konkreten Wirtschaftsordnung sieht, also in der «Gesamtheit der realisierten Formen, in denen in concreto jeweils der alltägliche Wirtschaftsprozess abläuft²⁶», stösst unweigerlich auf das *Koordi-*

²⁴ Haushalt «ist die Einheit der auf Sicherung der gemeinsamen Bedarfsdeckung einer Menschengruppe gerichteten Verfügungen»: ERICH EGNER, Artikel «Haushalt» HDSW, Band 5, S. 65 ff. Zum Recht des Familienhaushaltes gehörten z. B. die Ordnung der Schlüsselgewalt und weite Teile des ehelichen Güterrechts. Das Recht der Kollektivhaushalte wäre Staats- und Verwaltungsrecht (Recht des Finanzhaushaltes der öffentlichen Körperschaften und Anstalten).

²⁵ Vgl. EMIL WESTHOFF, System des Wirtschaftsrechts, Bd. 1, Wesen und Grundlagen, 1./2. Auflage, Leipzig 1926.

²⁶ WALTER EUGEN, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern/Tübingen 1952, S. 372.

nationsproblem. Im Blick auf das Wirtschaftsrecht taucht damit die Frage auf, inwieweit die Rechtsordnung Koordination als positiv gegebene Tatsache bewirkt. Hier ist mithin die Richtung für die weitere Ergründung gewiesen.

e) Ist somit Wirtschaft konkrete Wirtschaftsordnung (im Sinne der hier und jetzt gegebenen Koordination), so darf man sie nicht auf bloße Gestaltung und erst recht nicht auf Lenkung reduzieren; denn beides setzt die Wirtschaft als Gegenstand voraus. Eine andere Deutung ist nur möglich, wenn «Gestaltung» und «Lenkung» nicht verbal, sondern substantivisch «zur Benennung des Ergebnisses dieser Handlungen²⁷» verwendet werden. Dann aber liegt die hier und jetzt gegebene (gegenüber dem status quo ante gestaltete und gelenkte) Wirtschaftsordnung vor. Die wirtschaftsrechtliche Bestandesaufnahme erfasst ersichtlich alle Normen (aber nicht nur diese), mittels derer die gegebene Ordnung bezogen auf die vergangene gestaltet worden ist.

f) Wird Wirtschaft in der Summe der Wirtschaftszweige gesehen, so geschieht das, indem die Fäden der wirtschaftlichen Interdependenz zerschnitten werden. In der Folge werden Teilmärkte ausgegliedert und hernach als Teilanzahl zusammengefasst. Das mag ergiebig sein, um branchenspezifische Koordinationsprobleme zu erforschen. In gleicher Weise lassen sich die auf den Zweig bezogenen wirtschaftsrechtlichen Normen sammeln. Didaktische, aber mitunter auch Gründe einer besonderen Kohärenz (z. B. Landwirtschaftsrecht) können das gegebenenfalls fordern. Zu beachten ist freilich, dass der zweigweisen Systematisierung des Koordinationsrechts eine im Vergleich zum Sonderrecht mehr oder weniger inhaltsreiche Klammer des allgemeinen Wirtschaftsrechts voranzustellen ist.

4. Zusammenfassend lässt sich somit das Wirtschaftsrecht als Recht der wirtschaftlichen Koordination oder als Recht der Wirtschaftsordnung herausstellen und kennzeichnen. Nun ist zu beachten, dass die Koordinationstypen von der Natur der Sache her beschränkt sind. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Immerhin schlägt sich aus der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion die Erkenntnis nieder²⁸, dass das Koordina-

²⁷ LEOPOLD VON WIESE, Stichwort «Organisation», HDSW, Band 8, S. 108ff., 108.

²⁸ Vgl. statt vieler: WALTER ADOLF JÖHR, Das Problem der Wirtschaftsordnung, in: Individuum und Gemeinschaft, Festschrift zur Fünfzig-Jahr-Feier der Handels-Hochschule St. Gallen, St. Gallen 1949.

tionsproblem grundsätzlich nur durch Wettbewerb, zentrale Leitung (Plan) oder Gruppenvereinbarungen (bilaterales Monopol) gelöst werden kann. Der zuletzt erwähnte organisierte Gruppenausgleich kann angesichts der Kompliziertheit der modernen arbeitsteiligen Wirtschaft allenfalls zur Ergänzung der beiden andern Systeme herangezogen werden²⁹. Beide verbleibenden Koordinationstypen sind in einem bestimmten Bereich in Richtung auf den Konträrtyp modifizierbar, so dass eine Typenreihe verschiedener Konkurrenz- und Lenkungstypen zur Auswahl steht.

Grundsätzlich hat nicht der Jurist, sondern der Politiker den Entscheid über diesen oder jenen Koordinationstypus zu treffen. Für den Juristen ist indessen die Erkenntnis wichtig, dass dieser Entscheid sich in Normen umschlägt. Wie aber, wenn ein gegebenes Koordinationssystem gar nicht gesetzt, sondern aus ausserökonomischen Ordnungsvorstellungen sozusagen gewachsen ist³⁰? Auch dann bleibt es dabei, dass die das gegebene Koordinationssystem tragenden Normen existieren; nur dass sie nicht im Blick auf ihre Funktion gesetzt worden sind. So oder anders sind es die einen Koordinationstypus verwirklichenden Normen, die man als Wirtschaftsrecht ausgliedert und zusammenfasst.

5. Inhalt des Wirtschaftsrechts ist somit die Verrechtlichung des Koordinationssystems durch Normierung des politischen Grundentscheides: der Koordinationstyp wird zur Geltung erhoben³¹. Das vollzieht sich durch

²⁹ Vgl. dazu WALTER ADOLF JÖHR/H. W. SINGER, Die Nationalökonomie im Dienste der Wirtschaftspolitik, Göttingen/Zürich 1957, S. 156ff. Vgl. aber auch KRÜGER, Von der reinen Marktwirtschaft zur gemischten Wirtschaftsverfassung (Anm. 33), S. 16, 36, wonach auch Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft sowie zwischen den Wirtschaftssubjekten als Koordinationsmittel in Betracht kommt; ders., Von der Notwendigkeit einer freien und auf lange Sicht angelegten Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft (Anm. 79), S. 19ff.

³⁰ WALTER EUCKEN, Wirtschaftspolitik (Anm. 26), S. 373: «Man hat zwei Arten von Ordnungen unterschieden: Gewachsene Ordnung und gesetzte Ordnung. Gewachsene Ordnungen sind solche, die sich im historischen Geschehen ohne bewusste Entscheidung bilden. Gesetzte Ordnungen sind solche, die auf Grund einer wirtschaftspolitischen Gesamtentscheidung ein Ordnungsprinzip in einer Wirtschaftsverfassung zur Geltung bringen.»

³¹ Zutreffend hebt LUDWIG RAISER, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, Festschrift für Julius von Gierke, Berlin 1950, S. 181ff., 192, hervor, dass die durch den politischen Entscheid festgelegte wirtschaftliche Gesamtkonzeption an sich noch keineswegs Rechtssatzqualität hat: «Die Rechtsordnung hat die jener Kon-

die rechtliche *Ermöglichung*, aber zugleich auch *Sicherung* des nun rechtlich geforderten Koordinationssystems. Angesichts der **Modifikationsfähigkeit** des gewählten Typus sind aber nicht bloss jene Normen einzubeziehen, welche den Grundtyp im Sinne einer Zweckmässigkeitsordnung zu verwirklichen haben, sondern auch jene andern, welchen die *Rechtsidee* bei der Ordnung der Koordination durchbrechen zu lassen aufgegeben ist. Für den Juristen besteht die Schwierigkeit darin, zu verstehen, dass die ihm als Einheit erscheinenden koordinationsbezogenen Normen teils systemverwirklichend, teils systemmodifizierend sind. Die Qualifikation erfolgt freilich nach ausserrechtlichen Kriterien: die Wirtschaftswissenschaften liefern durch pointierende Abstraktion die Masse (Modelle), nach denen die reinen Koordinationstypen verfasst und daher Koordinationsnormen in systemverwirklichende und systemmodifizierende zu scheiden sind³².

zeption entsprechenden Rechtsnormen erst zu schaffen, um damit ihre Verwirklichung zu ermöglichen»; a. a. O., S. 192. – Ist die Wirtschaftsordnung im Sinne EUCKENS gewachsen (RAISER, a. a. O., S. 192, spricht in diesem Fall abweichend von einer traditionell übernommenen Ordnung), so fehlt natürlich diese Umsetzung eines politischen Entscheides. Zu fragen ist dann umgekehrt, ob aus dem Bestand der Rechtsnormen auf einen implizierten Ordnungstypus zu schliessen ist. Dieses Verfahren fordert ebensoviel Sachkunde wie Zurückhaltung. Zwei Antworten sind möglich. Einmal mag sich erweisen, dass die gewachsene Ordnung blosser Reflex nicht spezifisch wirtschaftsbezogener politischer Entscheide ist. Das trifft dann zu, wenn die gewachsene Ordnung eine Reihe von Rechtsinstituten (im technischen Sinn) enthält, die zwar notwendige, aber nicht hinreichende Bedingungen eines bestimmten Ordnungstyps sind. Es mag die Überprüfung aber auch erhellen, dass die fragliche Rechtsordnung die einen Ordnungstyp konstituierenden Rechtsinstitute in planmässiger und sinnhafter Verknüpfung und Abstimmung verwirklicht. Die Konstituenten sind vom Seinstatbestand (vom ordnungspolitischen Modell her) zu gewinnen. Dann darf die hier und jetzt geltende Ordnung als rechtliche Verwirklichung eines stillschweigenden Entscheides interpretiert werden. Man hat unter diesen Voraussetzungen eine Wirtschaftsverfassung im materiellen Sinne vor sich; darüber ausführlich hinten S. 13 ff. Im Zweifel ist freilich anzunehmen, die Rechtsordnung sei ordnungspolitisch offen.

³² Nach dieser Umschreibung erhebt sich die Frage, ob das vorne S. 7 angezeigte Problem der «Wirtschaftsfähigkeit», die Frage nach den zugelassenen Wirtschaftssubjekten (Staat, Private usw.) also, vom Begriff der rechtlichen Koordinationsordnung gedeckt sei oder ob sie nicht Anlass zur Ausgliederung eines besonderen Zweiges des Wirtschaftsrechts gebe. Nach RITTNER (Anm. 14), S. 820 ist die Frage, wer wirtschaften solle (der Staat oder die Privaten), geradezu das sachliche

B. Der Aufbau des Wirtschaftsrechts

I. WIRTSCHAFTSVERFASSUNGSRECHT

Die Wirtschaftsverfassung ist die zu rechtlicher Geltung erhobene politische Grundentscheidung über das Koordinationssystem der Wirtschaft³³. Wirtschaftsverfassung ist somit ein Rechtsbegriff, der sich wesensmässig unterscheidet vom soziologischen Begriff der Wirtschaftsverfassung,

Kernproblem des Wirtschaftsrechts. Im Kontext ist auf die Lösung eines besonderen Problemgliedes «Wirtschaftsfähigkeit» verzichtet worden, weil nach der hier vertretenen Auffassung mit dem Koordinationstypus grundsätzlich entschieden ist, wer Wirtschaftssubjekt ist. Voraussetzung ist freilich, dass man vom traditionellen Gehalt der in Frage stehenden Rechtsinstitute ausgeht. Wenn man die Staatsbetriebe frei wirtschaften lässt, so entsteht zwar ein Ordnungstypus mit Wettbewerbskoordination und (allenfalls partikularistisch ausgestaltetem) Kollektiveigentum. Doch ist dieses System institutionell nicht zu sichern: «Der einzelne Betrieb wahrt seine Vorteile nicht kraft eigenen Rechts, sondern auf Grund einer Anweisung der Zentralbehörde; er kann infolgedessen auch einer andersartigen Anweisung kaum Widerstand entgegensetzen»; WALTER ADOLF JÖHR, Ist ein freiheitlicher Sozialismus möglich?, Bern 1948, S. 111. Führt man umgekehrt verbindliche Planung bei Aufrechterhaltung des Privateigentums ein, so wird dem Eigentümer die Dispositionsbefugnis und damit der Kern des Eigentums entzogen. Richtig ist aber, dass sowohl in den uns bekannten Systemen der Marktwirtschaft ein erheblicher Teil der Unternehmungen im Staatseigentum steht (z. B. public utilities) als auch in den sozialistischen Ordnungen ein privater Rest zu verbleiben pflegt. Die damit gegebenen Probleme (Begründung neuer Monopole und Regalien einerseits, Ausdehnung des privaten Bereichs andererseits) rechtfertigen nach der hier vertretenen Auffassung einen vom Koordinationsrecht verschiedenen Teil des Wirtschaftsrechts nicht. Endlich sind die etwa im Zusammenhang mit der Wirtschaftsfähigkeit erörterten Fragen der Gewerbezulassung entweder polizeirechtlich oder dann vom Koordinationsrecht her zu lösen. Damit soll nicht bestritten werden, dass eine solche Verselbständigung des Problems zu Lehrzwecken durchaus sinnvoll sein kann.

³³ So vor allem FRANZ BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, S. 107; WALTER EUCKEN, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 5. Auflage, Godesberg, 1947, S. 86; E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I (Anm. 4), S. 23 ff.; RAISER, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem (Anm. 31), S. 192; WALTER STRAUSS, Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 30, Karlsruhe 1957, S. 19; namentlich aber ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, Wirtschaft und Verfassung,

wonach jede Wirtschaft tatsächlich irgendwie geordnet oder verfasst ist. Demgegenüber erweist sich die rechtliche Wirtschaftsverfassung als der Inbegriff der Rechtsnormen, die ein wirtschaftliches Koordinationssystem

in: DÖV 1964 606ff.; vgl. auch ANDREAS HAMANN, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Darmstadt 1958, S. 13 (mit Begrenzung auf das formelle Verfassungsrecht); GERD RINCK, Wirtschaftsrecht, Academia Juris, Köln/Berlin/Bonn/München 1963, S. 18; HANS CARL NIPPERDEY/HERMANN STUMPF, Wirtschaftsrecht, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Band II (Volkswirtschaft), 2. Auflage, Köln/Opladen 1966, S. 639 (mit Begrenzung auf die Staatsverfassung; EICHLER (Anm. 13), S. 57ff.; GERHARD RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht mit Kartellrecht, Schaeffers Grundriss des Rechts und der Wirtschaft, 41. Band, Stuttgart 1965, S. 20f. (mit Begrenzung auf die formelle oder materielle Staatsverfassung); WALTHER HUGO/OTTO KONSTANTIN KAUFMANN, Artikel «Wirtschaftsrecht», Handbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, 2. Auflage, Bern 1955, S. 559ff.; RITTNER (Anm. 14), S. 820; WALTER SCHMIDT-RIMPLER, Artikel «Wirtschaftsrecht», HDSW, Band 12, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1965, S. 699ff. Mit strenger Begrenzung auf die wirtschaftsrelevanten Vorschriften der Staatsverfassung und gegen einen besonderen Begriff der Wirtschaftsverfassung: HORST EHMKE, Wirtschaft und Verfassung, Kölner Rechtsstudien, Kölner Reihe, Band 2, Karlsruhe 1961; HERBERT KRÜGER, Von der reinen Marktwirtschaft zur gemischten Wirtschaftsverfassung, Hamburger öffentlich-rechtliche Nebenstunden, Band 15, Hamburg 1966, S. 15: «Eine Wirtschaftsverfassung hingegen ist die innerhalb der politischen Verfassung, die hier lediglich Grenze ist, pragmatisch zu findende, teils vom Staat durch einfache Gesetzgebung zu statuierende, teils von den Wirtschaftssubjekten selbst frei zu verwirklichende, gemäss den jeweiligen Forderungen nicht zuletzt der politischen Lage durchaus veränderliche Ordnung des gemeinsamen Wirtschaftens.» Vgl. auch HANS F. ZACHER, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 63ff., wonach der spezifische Platz der Wirtschaftsverfassung dort ist, wo die wirtschaftsordnenden Rechtsnormen den Rang des Verfassungsrechts einnehmen» (a. a. O., S. 77); RUDOLF WIETHÖLTER, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 41ff.: «Der im Konstitutionalismus aus dem Politischen ausgeklammerte Wirtschaftsbereich ist als ein Teilbereich des Gemeinwesens politisch relevant wie jeder andere Bereich auch, wenn wir von der Sonderlage der Kirchen absehen. Die grösste Gefahr eines spezifischen Wirtschaftsverfassungsrechts neben dem politischen Verfassungsrecht liegt wohl darin, dass politische Auseinandersetzungen zu Rechtsanwendungsproblemen werden, dass sich die politische Demokratie langsam in den totalen Justizstaat umwandelt, dass mit Verfassungsrang versteinert wird, was dem freien Kräftespiel überlassen bleiben muss» (a. a. O., S. 59f.).

konstituieren, also bewusst ins Recht heben. Nur gerade diese ratio constituendi verbindet die Wirtschaftsverfassung mit der Staatsverfassung; das constiuendum ist demgegenüber völlig verschieden³⁴. Das schliesst nun freilich nicht aus, dass die Wirtschaftsverfassung formal (Staats-)Verfassungsrang hat: Die Staatsverfassung enthält mitunter ausdrücklich die Verpflichtung zur Institutionalisierung eines bestimmten Koordinations-typus³⁵. Von einer implizierten Wirtschaftsverfassung mit formellem Verfassungsrang darf man dann reden, wenn Verfassungsgesetze (z. B. der Grundrechtskatalog) das Koordinationssystem eindeutig determinieren. Nichts steht entgegen, in diesen Fällen von einer *formellen Wirtschaftsverfassung* zu reden, solange man sich des besonderen Sprachgebrauchs bewusst bleibt.

Aber auch wenn die formelle Staatsverfassung offen ist, kann eine Wirtschaftsverfassung im *materiellen Sinne* gegeben sein³⁶. Das trifft zu, wenn aus einer bestimmten Rechtsordnung planmässig funktional verbundene Rechtsinstitute evident werden, die sich als Konstituanten eines Koordinationssystems erweisen. Zutreffend spricht SCHMIDT-RIMPLER von einer wirtschaftlichen Grundordnung. Richtigerweise sollte daher nicht von einer materiellen Wirtschaftsverfassung die Rede sein, wenn ein gegebenes Koordinationssystem blosser Reflex einer Rechtsordnung ist, die losgelöst von ihrem wirtschaftlichen Ordnungs- und Wertungsgehalt ergangen ist. Es versteht sich, dass die Unterscheidung zwischen materieller Wirtschaftsverfassung und blosser Reflexverfassung hohe Anforderungen stellt. Sie wird erleichtert durch die theoretische Herausschälung jener Rechtsinstitute, welche als Konstituanten für eine bestimmte Koordinationsordnung in Frage kommen. Da das constituendum die Ordnung der wirtschaftlichen Koordination ist, darf man auch die gesteigerte Relevanz nur von der Wirtschaft her begründen. Der Jurist ist hier auf die Hilfe des Wirtschaftswissenschaftlers angewiesen. Nur nach den wirtschaftstheoretischen Modellen lässt sich nämlich ausmachen, welche Rechtsinstitute koordinieren

³⁴ Die Annahme von BALLERSTEDT (Anm. 15), die Wirtschaftsverfassung sei das Grundgesetz einer besonderen Wirtschaftsgemeinschaft, trägt dem Abstraktionscharakter der Wirtschaft zu wenig Rechnung.

³⁵ So z. B. die Staatsverfassung der UdSSR von 1936 (Art. 4).

³⁶ Vgl. dazu vorne S. 11f, Anm. 31.

tionsbezogen grundlegend sind³⁷. Für die verkehrswirtschaftliche Verfassung nennt EUCKEN z. B. offene Märkte (allgemeine Wirtschaftsfähigkeit),

³⁷ E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I (Anm. 4), S. 27, rechtfertigt den Begriff der materiellen Wirtschaftsverfassung damit, dass die Wirtschaft sowohl durch die formelle als auch durch die materielle Staatsverfassung verfasst werden kann. Das setzt voraus, dass der Begriff der materiellen Staatsverfassung im Sinne der «grundlegenden Rechtsnormen eines Staates» (so GERMANN, Grundlagen der Rechtswissenschaft [Anm. 6], S. 61 ff., und NAWIASKY [Anm. 6], S. 39) definiert wird und nicht bloss «auf die obersten Organe (Verfassung im engeren Sinne) und – wie man sich auszudrücken pflegt – das Verhältnis der Untertanen zur Staatsgewalt (Verfassung im weiteren Sinn)» zielt (so HANS KELSEN, Allgemeine Staatslehre, Neudruck Homburg v. d. Höhe/Berlin/Zürich 1966, S. 252 f.; ähnlich derselbe, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien 1960, S. 228: «... die positive Norm oder die positiven Normen..., durch die die Erzeugung der generellen Normen geregelt wird»). Erst unter dieser Voraussetzung kann die rechtliche Ordnung der wirtschaftlichen Koordination Teil der materiellen Staatsverfassung und damit materielle Wirtschaftsverfassung sein: «Diese Ordnung (sc. die materielle Verfassung) aber hat zugleich einen politischen Sinn. Sie ist für den sozialen Verband von *existenzieller* Bedeutung» (GEORG DAHM, Deutsches Recht, Stuttgart/Köln 1951, S. 212; vgl. auch JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de Droit Constitutionnel Suisse I, Paris/Neuchâtel 1967, S. 101 ff.). Nun ist freilich zu beachten, dass damit der Begriff der materiellen Staatsverfassung – auch wenn man vom Begriff KELSENS absieht – überspannt wird. Denn ersichtlich sind viele Konstituanten eines Koordinationsstypus für den Staat nicht von existenzieller Bedeutung; man denke etwa an das Kartellgesetz oder das Bankengesetz. Und trotzdem liegen mit diesen Beispielen zweifelsfrei Konstituanten des Koordinationstypus vor. Nicht ob die betreffenden Normen für den Staat, sondern ob sie für den Koordinationstypus «existenziell» seien, ist die Frage. Wenn daher im Text von einer materiellen Wirtschaftsverfassung die Rede ist, so ist damit die von der Sache her verstandene Grundordnung gemeint. Beizupflichten ist daher SCHMIDT-RIMPLER (Anm. 33), S. 701: «Diese obersten Grundsätze entsprechen aber als solche nicht dem spezifischen juristischen Verfassungsbegriff, der eine organisierte Gemeinschaft voraussetzt, wenn nicht sogar eine Körperschaft. Man sollte sie deshalb zumindest juristisch nicht als Verfassung, sondern als wirtschaftsrechtliche Grundordnung bezeichnen.» Mit einer solchen Grundordnung ist zwar die Wirtschaft, nicht aber der Staat rechtlich verfasst. Nur die Folge des formellen Staatsverfassungsbegriffs ist es, dass umgekehrt diese wirtschaftliche Grundordnung in Gestalt eines auf den Koordinationstypus bezogenen Programmsatzes oder in Anwendung der Grundrechte *auch* Teil der Staatsverfassung sein kann. Die Funktion einer so begriffenen materiellen Wirtschaftsverfassung liegt in der Aufdeckung eines von der Sache her bestimmten Gesamtzusammenhanges, dem bei der Auslegung Rechnung zu tragen ist; vgl. dazu MESTMÄCKER (Anm. 33), S. 610 und 612.

Privateigentum, Vertragsfreiheit und Haftung³⁸. Methodisch unzulässig wird es aber, der Staatsverfassung dann ein wirtschaftstheoretisches Modell zu unterlegen, wenn ein gegebener Grundrechtskatalog die zwar notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung zur Verwirklichung eines Modelles bildet.

II. KOORDINATIONSRECHT

Für die Gliederung des Wirtschaftsrechts ist entscheidend, ob eine Wirtschaftsverfassung vorliegt oder nicht.

1. Fehlt eine Wirtschaftsverfassung oder sind Plan, Wettbewerb und Vereinbarung gleichermaßen zulässig (gemischte «Wirtschaftsverfassung») ³⁹, so fällt das Wirtschaftsrecht mit dem je geltenden Koordinationsrecht zusammen. Für weitere Gliederungen ist kein Raum ⁴⁰.

2. Liegt eine formelle Wirtschaftsverfassung vor, so ist es Aufgabe des Wirtschaftsrechts, die Grundordnung auszuführen. Das geschieht zunächst durch die rechtliche Ermöglichung ⁴¹, aber auch durch die Sicherung des aufgegebenen Koordinationstypus (*ausführendes Koordinationsrecht*). Man darf im Anschluss an JÖHR von der Koordination als einer staatlichen Veranstaltung reden ⁴². Ausserhalb des Wirtschaftsrechts steht der nicht koordinationspezifische Schutz der Polizeigüter ⁴³.

³⁸ EUCKEN, Wirtschaftspolitik (Anm. 26), S. 254 ff.

³⁹ Ob die gemischte Wirtschaftsverfassung die Wirtschaft in der Tat verfasst, bleibe dahingestellt; bejahend: HERBERT KRÜGER (Anm. 33); verneinend: RICHARD BÄUMLIN, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, S. 13.

⁴⁰ Die Rechtsordnung der Wirtschaft fällt mit der Wirtschaftsverfassung zusammen; vgl. ZACHER (Anm. 33), S. 77. – Innerhalb des derart einheitlich begriffenen Koordinationsrechts ist ein je nach Koordinationstyp verschiedenes wirtschaftliches Organisationsrecht im engeren Sinn auszugliedern (z. B. Recht der Wirtschaftsbehörden, Recht der sogenannten wirtschaftlichen Selbstverwaltung usw.).

⁴¹ Im Fall der implizierten formellen Wirtschaftsverfassung (und natürlich auch der materiellen Wirtschaftsverfassung) bedarf es einer solchen Ermöglichung nicht, weil aus den bereits verwirklichten Konstituanten rückwärts auf die Verfassung geschlossen wird.

⁴² WALTER ADOLF JÖHR, Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Sankt Galler Wirtschaftswissenschaftliche Forschungen, Band I, St. Gallen 1943, S. 44 f., mit weiteren Hinweisen.

⁴³ Vgl. dazu etwa FRITZ GYGI, Interventionsrecht und Interventionsverwaltung,

In einer verkehrswirtschaftlichen Verfassung bedarf es der Gewährleistung der Privatautonomie, aber auch der Sicherung der Lauterkeit und der Existenz des Wettbewerbs. Daneben sind Massnahmen des Staates zur technischen Verbesserung der Konkurrenz, zur Organisation der Märkte, zur Erhöhung der Transparenz usw. erforderlich (z. B. Währungsordnung, Masssystem, Börsenordnungen, Arbeitsvermittlung)⁴⁴. Das Wirtschaftsrecht reduziert sich auf die Institutsgarantie (Gewährleistung der Privatautonomie und des Wettbewerbs)⁴⁵. Das Handelsrecht und das Gesellschaftsrecht erleichtern durch die Typisierung der rechtlichen Tausch- und Unternehmensformen das Konkurrenzsystem. Streng genommen sind sie aber nicht erforderlich. Es genügt der Satz: *pacta sunt servanda*. Daher sind Obligationenrecht und Handelsrecht nicht qua Sonderordnungen Gegenstand des Wirtschaftsrechts, sondern nur soweit die getroffene Ordnung für die Koordination Auswirkungen zeitigt, die über die Erleichterung des Tausches und der Assoziation hinausreichen. So wird z. B. die Einmangengesellschaft zum Gegenstand des Wirtschaftsrechts, weil sie die verkehrswirtschaftlich unerwünschte Risikobegrenzung des Einzelkaufmannes bringt. Die damit *uno actu* entstehenden Probleme des Gläubigerschutzes (*disregard of legal entity*) bleiben im handelsrechtlichen Bezug. Hier zeigt sich, dass wirtschaftsrechtliche Normen durchaus in verschiedenen Sinn- und Ordnungszusammenhängen stehen können⁴⁶.

Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 334, Bern 1958, S. 11. Dass die Polizeigüter in der Werthierarchie über Wohlstand und Sozialgerechtigkeit stehen, ist längstens ausgemacht.

⁴⁴ Vgl. WALTER ADOLF JÖHR, Vorlesung über theoretische Volkswirtschaftslehre, 4. Ausgabe, WS 1961/62 (Maschinenschrift) 51 f.

⁴⁵ Vgl. dazu KARL OFTINGER, Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, in: SJZ 37 (1940/41) 241 ff., 321 ff.

⁴⁶ Zutreffend RITTNER (Anm. 14), S. 821. – Die wirtschaftsrechtliche Seite des Gesellschaftsrechts steht im Vordergrund der Diskussion um eine europäische Aktiengesellschaft; vgl. dazu den Vorentwurf eines Statuts für eine europäische Aktiengesellschaft mit Kommentar von PIETER SANDERS, Brüssel 1966; ALAIN HIRSCH, Le projet d'une société Européenne et le droit Suisse, Bericht II des Centre d'Etudes Juridiques Genf und des Instituts für Europäisches und Internationales Wirtschafts- und Sozialrecht St. Gallen, Genf 1967. Vgl. allgemein zu der wirtschaftsrechtlichen Funktion des Gesellschaftsrechts: FRITZ RITTNER, Die Funktion des Eigentums im modernen Gesellschaftsrecht, Gestaltungsformen und Probleme,

In einer sozialistischen Verfassung⁴⁷ bedarf es analog der spezifischen Koordinationsinstitute (sozialistisches Eigentum, Wirtschaftsvertrag usw.).

3. Ist eine materielle Wirtschaftsverfassung oder eine formelle Verfassung mit Ausweichsklausel (z. B. dem Vorbehalt der Gesamtinteressen) gegeben, so gehört zum Wirtschaftsrecht vornehmlich das *gestaltende Koordinationsrecht*. Es geht um jene Normen, die den verfassten Grundtypus modifizieren. Unter diesem Gesichtswinkel sind zwei Ansatzpunkte wesentlich:

a) Bezogen auf die Bedürfnisbefriedigung (Wohlstandsmaximierung) ist jede Wirtschaft verbesserungsfähig. Hier ist zu erinnern z. B. an die Wohlstandseinbussen, die in der Verkehrswirtschaft durch die Konjunkturschwankungen oder die inverse Angebotsreaktion in der Landwirtschaft hinzunehmen sind, aber auch an die mangelhafte Anpassung der Produktion bei Änderungen der Bedürfnisse in sozialistischen Verfassungen. Soweit die Wirtschaftsverfassung es ermöglicht, besteht die Aufgabe, im Dienste der Wohlstandsmaximierung zu legiferieren, also z. B. die Freiheit zu beschränken oder (im sozialistischen Modell) mehr Freiheit zu gewähren.

b) Nun muss beachtet werden, dass mit jeder Koordinationsverfassung nicht nur ein bestimmter Wohlstandseffekt, sondern eine spezifische Subordinationsordnung, eine je eigene Verwirklichung des Gemeinwohls überhaupt bewirkt ist. W. A. JÖHR ist der Nachweis zu danken, dass die Koordination nicht nur die Gütermenge, sondern zugleich übergeordnete Ziele, wie Freiheit, Sicherheit, vor allem aber Gerechtigkeit, betrifft. Soweit solche Ziele von Rechts wegen zu realisieren sind (Beispiel: Schutz der Landwirtschaft nach BV Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. b), ist das Koordinationsystem im Blick auf diese Ziele zu *gestalten*. Diese Gestaltung führt zur Realisierung des rechtsimmanenten Werts der Gerechtigkeit in Gestalt der formalen Gleichheit des Rechtssatzes und der materiellen Sozialgerechtigkeit⁴⁸. So treten zur Wohlstandszweckmässigkeit Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.

Marburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen, Marburg 1967; PLEYER, Zum Verhältnis von Zentralplanwirtschaft und Zivilrecht (Anm. 65), S. 82 ff.

⁴⁷ Vgl. die Modelle bei EUCKEN, Die Grundlagen der Nationalökonomie (Anm. 33), S. 126 ff.; JÖHR, Ist ein freiheitlicher Sozialismus möglich? (Anm. 32).

⁴⁸ Vgl. GYGI (Anm. 43), S. 9; *derselbe*, Rechtsstaatsprobleme der heutigen Wirtschafts- und Sozialordnung, in: Journal der Internationalen Juristenkommission,

C. Merkmale des Wirtschaftsrechts

Wirtschaftsrecht ist Koordinationsrecht, gebietet ein äusseres Verhalten, durch das knappe Mittel möglichst zweckmässig und gerecht eingesetzt werden. Die Merkmale des Wirtschaftsrechts sind Funktionalität, Institutionalität und Technizität.

I. FUNKTIONALITÄT

Weil das Wirtschaftsrecht die wirtschaftlichen Tätigkeiten der Wirtschaftssubjekte in einem gegebenen Wirtschaftsraum⁴⁹ aufeinander abzustimmen hat, zielt es von vornherein nicht auf Beilegung individueller Interessen- oder Wertkonflikte, aber auch nicht auf Entfaltung staatlicher Tätigkeit in gegenständlich abgegrenzten Bereichen. Denn Wirtschaft durchwirkt als Aufgabe alle Lebensbezirke und erhebt damit die Koordination zum durchgängigen Gestaltungsprinzip. Daher ist Wirtschaftsrecht nur in seiner ganzheitlichen Funktion⁵⁰ zu begreifen. Im Wirtschaftsrecht geht 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 Ausgangspunkt⁵¹» der Erwägungen zu erheben. Insoweit ist Wirtschaftsrecht dynamisches Recht⁵². Funktion meint Aufgabe, Tätigkeit zur Lösung der Aufgabe und

Bd. IV, 1962, S. 4 ff., 12; namentlich aber RAISER (Anm. 31), S. 196; DI ROBILANT (Anm. 8), S. 106 ff.; GIORGIO DEL VECCHIO, Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft, in: Grundlagen und Grundfragen des Rechts, Göttingen 1963, S. 113 ff., 136 ff.; ARTHUR BAUMGARTEN, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Bern 1939, S. 149 ff.; EMIL KÜNG, Wirtschaft und Gerechtigkeit, Tübingen 1967, S. 15 ff.

⁴⁹ Dieser Wirtschaftsraum kann grenzüberschreitend sein, woraus von selbst das *internationale Wirtschaftsrecht* folgt.

⁵⁰ Vgl. NIPPERDEY/STUMPF (Anm. 33), S. 637.

⁵¹ KRAWIETZ (Anm. 19), S. 21.

⁵² Vgl. dazu HANS FEHR, Das dynamische Element im künftigen schweizerischen Handelsrecht, in: Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe Carl Wieland, Basel 1934, S. 66 ff.; WALTER R. SCHLUEP, Die wohlverordneten Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen, Reihe A, Heft 42, Zürich/St. Gallen 1955, S. 416.

Leistung als vollbrachte Aufgabe⁵³. Die funktionale Methode ist nicht neu. Es darf an den Satz JHERINGS erinnert werden: «Wenn ich den Inhalt meiner gesamten Ausführung in ein Wort zusammendrängen soll, so ist es der Gedanke des gesellschaftlichen Charakters des Privatrechts⁵⁴». Aber JHERING bleibt zu sehr den praktischen Zwecken des einzelnen Rechtssatzes verhaftet⁵⁵. Die funktionale Betrachtungsweise zielt dagegen auf das Sinn-ganze, auf den Beitrag der Norm und des Instituts (samt Individualzwecken) zur Gestaltung eines Kulturbereiches⁵⁶. Das Wirtschaftsrecht erscheint so als ein «alle Wirtschaftssubjekte umschlingendes Ordnungsgefüge⁵⁷». Der Koordinationszweck der Normen und Institute wirkt zurück und schmiedet nun seinerseits Rechtssätze zum Wirtschaftsrecht, schafft eine dem Sachzusammenhang ähnliche Interdependenz der Normen. Das Wirtschaftsrecht trägt den Wirtschafts- und Sozialprozess⁵⁸. Zutreffend spricht BIEDENKOPF von der Ausrichtung der Rechtsinstitute auf bestimmte Lebenssachverhalte und Interessenkonflikte im Zusammenhang mit einer bestimmten Wertordnung⁵⁹.

⁵³ KRAWIETZ (Anm. 19), S. 38; SCHLUEP, Markenrecht (Anm. 19), S. 60.

⁵⁴ RUDOLF VON JHERING, Der Geist des Rechts, Sammlung Dieterich, Band 297, Bremen 1965, S. 300 (aus «Der Zweck im Recht»).

⁵⁵ Vgl. LARENZ (Anm. 6), S. 45.

⁵⁶ Vgl. dazu LUDWIG RAISER, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Karlsruhe 1960, S. 101 ff.; HELMUT COING, Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, in: Vom Deutschen zum Europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, I, Tübingen 1963, S. 25 ff., 37 ff.; FRANZ WIEACKER, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 3, Karlsruhe 1953, S. 24 ff.; *derselbe*, Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, Sonderdruck aus: 100 Jahre Deutsches Rechtsleben, Karlsruhe 1960, S. 7 ff.

⁵⁷ LUDWIG RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Summum Ius Summa Iniuria*, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 9, Tübingen 1963, S. 166. Zutreffend auch CHAMPAUD (Anm. 18): «Considéré comme un droit original mais à vocation générale, le Droit Economique se présente donc comme un esprit juridique particulier appliqué à un corps de règles diverses. Seul l'esprit est vraiment nouveau. Le corps et fait de règles anciennes et de règles nouvelles assemblées à raison de l'objet qu'elles doivent régir.»

⁵⁸ GYGI (Anm. 43), S. 30.

⁵⁹ KURT H. BIEDENKOPF, Diskussionsvotum, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaften zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Ver-

II. INSTITUTIONALITÄT

Aus der Funktionalität des Rechts folgt seine Institutionalität. Das Wirtschaftsrecht knüpft an den vorrechtlichen Sinnzusammenhang des Wirtschaftens an und bildet daher nicht primär persönlichkeitsbezogene Rechtsräume, sondern Institute aus. So gehören etwa die Assoziationsfreiheit und das Privateigentum als Institute, nicht aber in der jeweiligen Auslotung⁶⁰ als spezifisch privatrechtliche Gruppen- oder Zuweisungsordnungen zum Wirtschaftsrecht. Es versteht sich, dass der Begriff des Rechtsinsti-

eins für Sozialpolitik, Neue Folge, Band 33, Berlin 1964, S. 211; *derselbe*, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 113 ff., namentlich S. 132 ff. – Neben MAX WEBER hat sich vor allem KARL RENNER (Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, Nachdruck Stuttgart 1965) von der marxistischen Ideologie her mit der Funktionalität befasst; vgl. a. a. O., S. 70: «Jedes Rechtsinstitut als Teil derselben (sc. der Rechtsordnung) steht demnach in dem Verhältnis näherer oder fernerer Konnexität zu allen übrigen, und diese Konnexität liegt nicht in seinem Normenbestande, sondern in seiner Funktion.» Mit Blick auf das Wirtschaftsrecht fügt OTTO KAHN-FREUND in den Anmerkungen bei (a. a. O., S. 286, Anm. 300): «Das Wesen dieser beiden Disziplinen (sc. des Wirtschafts- und des Arbeitsrechts) besteht darin, Grundsätze und Einrichtungen, die in der juristischen Gedankenwelt des 19. Jahrhunderts getrennt auftraten, im Einklang mit ihrer Funktion zusammenzuordnen.» Vgl. als Beispiel für die Ergiebigkeit der funktionalen Methode: Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts, Tübingen 1955/1957, sowie die Referate von R. REINHARDT, A. NIKISCH, L. RAISER am 39. (ausserordentlichen) Deutschen Juristentag: Die Gestaltung der Unternehmensformen unter den Gesichtspunkten der Wirtschafts- und Sozialverfassung, Tübingen 1952. Vgl. aber vor allem auch ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaften zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Neue Folge, Band 33, Berlin 1964, S. 103 ff. Zur Bedeutung der Betrachtung sub specie functionis für die Rechtsvergleichung: JOSEF ESSER, Grundsatz und Norm, 2. Auflage, Tübingen 1964, S. 31 ff. Zum ganzen Problem einlässlich (namentlich auch mit klarer Abgrenzung gegenüber der soziologischen Betrachtungsweise): KRAWIETZ (Anm. 19), S. 20 ff., 74 ff.

⁶⁰ Vgl. zur Frage der Ausmessung: HANS HUBER, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft e. V., Heft 24, Berlin 1966, S. 19 ff.

tuts hier nicht als bloss logische Kategorie⁶¹ verstanden werden darf. Vielmehr sind in Anlehnung an RAISER gemeint: die vorgefundenen Lebensinstitute (wie z. B. der Wettbewerb), die die Rechtsordnung strukturieren⁶². Diese Institute sind von vornherein nicht auf Isolierung oder Anerkennung autonomer Wirk- oder Habensbereiche, sondern auf das «mitmenschliche Zueinander und Füreinander⁶³», mithin auf Koordination, angelegt⁶⁴. Auch wo die wirtschaftliche Koordination geplant ist, entstehen Plankontakte, welche die Rechtsordnung vorfindet und planbezogen meisselt. So entfalten sich Rechtsinstitute wie der Liefer- und Leistungsvertrag⁶⁵ und die (das Risiko der marktwirtschaftlichen Verfassung substituierende) Einstandspflicht für Umstände des betrieblichen Geschehens⁶⁶.

III. TECHNIZITÄT

Wirtschaftsrecht als Recht der Koordination wirtschaftlicher Tätigkeit ist weitgehend durch die Sachgesetzlichkeit der Realaktoren, durch die Modellgesetze der Wirtschaft bestimmt. Wer statt durch Marktpreise durch Höchstpreis koordiniert, muss als Folge der wirtschaftlichen Interdependenz auch die Nachfrage beschneiden oder das Angebot vermehren, soll die Ordnung effizient sein. Die Technizität des Wirtschaftsrechts äussert sich in Gestalt des *Massnahmerechts*⁶⁷. Unter wirtschaftlichem Massnah-

⁶¹ So RENNER (Anm. 59), S. 69 (Normenkomplex); NAWIASKY (Anm. 6), S. 169 (Komplex von Rechtsverhältnissen); vgl. auch LEHMANN (Anm. 6), S. 67; ENNECGERUS/NIPPERDEY (Anm. 6), S. 418.

⁶² RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (Anm. 57), S. 146 ff.; LARENZ (Anm. 6), S. 137 ff.

⁶³ RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (Anm. 57), S. 147.

⁶⁴ Beachtlich LARENZ (Anm. 6), S. 327 ff.

⁶⁵ KLEMENZ PLEYER, Zentralplanwirtschaft und Zivilrecht, Schriften zum Vergleich von Wirtschaftsordnungen, Stuttgart 1965, S. 364 ff.; *derselbe*, Zum Verhältnis von Zentralplanwirtschaft und Zivilrecht, in: Juristen-Jahrbuch 8 (1967/68) 79 ff.

⁶⁶ PLEYER (Anm. 65), S. 58.

⁶⁷ Vgl. namentlich HANS HUBER, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift Giacometti, Zürich 1953,

megesetz sind mit BALLERSTEDT solche Gesetze zu verstehen, «bei denen die Schaffung einer Rechtsnorm dergestalt in den Dienst eines wirtschaftspolitischen Zieles gestellt wird, dass sie als Mittel zu dem betreffenden Zweck verwendet wird⁶⁸». Demgegenüber begreift BALLERSTEDT Rechtsgesetze als Gesetze, «denen ein substantieller Rechtsgehalt innewohnt – sei es, dass sie bestimmte Rechtsinstitute neu schaffen, abwandeln oder aufheben (Institutsgesetze), sei es, dass sie einen bestimmten Bereich des Gemeinschaftslebens hoheitlicher rechtlicher Ordnung unterwerfen (Ordnungsgesetze)⁶⁹». BALLERSTEDT sieht somit die Eigenart des Massnahmegesetzes im Mittelwert (statt im Selbstwert), in der Vergänglichkeit (statt in der Dauer) und in seiner politisch-gestaltenden (statt rechtserhaltenden) Natur. Doch räumt BALLERSTEDT ein, dass die Übergänge fließend sind, dass Massnahme und Rechtsgesetz polar oder dialektisch zueinander stehen. Aber damit wird BALLERSTEDT dem Massnahmegesetz nicht gerecht. Zunächst ist zu bestreiten, dass die «substantiellen Rechtswerte» im klassischen Recht losgelöst von finalen Bezügen auftauchen. Wenn das Gesetz die Treue der Ehegatten fordert, so gewiss auch als Massnahme des Familienschutzes. Die gesellschaftsgestaltende Funktion des Rechts lässt sich immer erweisen. Andererseits ist eine wirtschaftspolitische Massnahme immer auch rechtsbezogen, weil jede Koordinationsordnung im Bereich des Sinnzusammenhanges «Wirtschaft» klare Rechtswerte (wie Gerechtigkeit und Freiheit) beschlägt. Oben ist gezeigt worden, dass die Gestaltung des Koordinationssystems gerade im Blick auf nicht wirtschaftsimmanente Ziele Gegenstand des Wirtschaftsrechts ist. Richtig ist, dass die Ord-

S. 59 ff.; ULRICH SCHEUNER, Die staatliche Intervention im Bereiche der Wirtschaft, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 11, Berlin 1954, S. 16; KURT BALLERSTEDT, Über wirtschaftliche Massnahmegesetze, Festschrift zum 70. Geburtstag für Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 369 ff.; ERNST FORSTHOFF, Über Massnahmegesetze, in: Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, S. 68 ff.; EHMKE (Anm. 33), S. 78 ff.; vgl. aber namentlich DI ROBILANT (Anm. 8), S. 31, 37 ff., 77.

⁶⁸ BALLERSTEDT, Über wirtschaftliche Massnahmegesetze (Anm. 67), S. 373.

⁶⁹ BALLERSTEDT, Über wirtschaftliche Massnahmegesetze (Anm. 67), S. 373; vgl. dazu auch HERMANN EICHLER, Das Wesen des Gesetzes, Köln/Berlin 1959, S. 10.

nung der wirtschaftlichen Koordination infolge der technisch-wirtschaftlichen Vorgegebenheiten vom Adressaten ein Verhalten fordert, das das Richtigkeitsmass nicht in sich selbst trägt. Das liegt aber daran, dass das Wirtschaften nicht Selbstwert, sondern blosser Mittelwert ist⁷⁰. Die Ordnungsgesichtspunkte können daher nicht aus den ableitbaren technischen Regeln zur Wohlstandsmaximierung gewonnen werden. Wenn Ausländern untersagt wird, Kapitalien auf dem inländischen Kapitalmarkt anzulegen, so ist das eine durch den Sachzusammenhang gegebene Massnahme, die der Stabilisierung des Geldwertes dient, aber damit die ungerechtfertigte Bereicherung der Schuldner und die entschädigungslose Expropriation der Gläubiger verhindert. Wirtschaftliche Massnahmegesetze sind mithin dadurch gekennzeichnet, dass die sie leitenden Rechtswerte durch das technische System der wirtschaftlichen Abläufe sozusagen mediatisiert sind. Diese Technizität ist aber auch da gegeben, wo Institute aus andern Ordnungszusammenhängen (z. B. Vertrag, Eigentum) übernommen werden: im Wirtschaftsrecht werden sie zu Zweckmitteln eigener Art. Wenn BALLERSTEDT von Rechtsgesetzen spricht, falls ein Gesetz gilt, «unabhängig davon, ob, wieweit und wie lange die wirtschaftspolitischen Erwartungen sich erfüllen werden⁷¹», so ist das ausschliesslich darauf zurückzuführen, dass die von ihm erwähnten Beispiele zugleich in wirtschaftlichen und in ausserwirtschaftlichen Ordnungszusammenhängen stehen. Fällt ein derart polyvalentes Institut aus dem nichtwirtschaftlichen Ordnungsbezug, so bleibt der nackte Massnahmekarakter, wie die Umbildung der vertragsrechtlichen Institute in der DDR schlüssig belegt⁷². Endlich ist BALLERSTEDT entgegenzuhalten, dass Zweckmässigkeit – auch wenn man

⁷⁰ Vgl. MAX SCHELER, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 4. Auflage, Bern 1954, S. 123; NICOLAI HARTMANN, Ethik, 3. Auflage, Berlin 1949, S. 88; SCHLUEP, Markenrecht (Anm. 19), S. 315.

⁷¹ BALLERSTEDT, Über wirtschaftliche Massnahmegesetze (Anm. 67), S. 373.

⁷² Vgl. aus der Fülle der Literatur den Aufsatz von THOMAS RAISER, Das Vertragsgesetz der «DDR» vom 25. Februar 1965, in: DJZ 1967 338 ff.; REINHOLD KREVET, Das Vertragsrecht der mitteleuropäischen Industrie, Abhandlungen zum Ostrecht, Band IV, Köln 1965; OSMAR SPITZNER, Der Wirtschaftsvertrag in der Praxis, Band I, Berlin-Ost 1966.

das Wort nicht im Sinne RADBRUCHS verwendet⁷³ – als Ausdruck der Sachgerechtigkeit durchaus im Bereich der Rechtsidee⁷⁴ liegt.

Die Technizität des Wirtschaftsrechts schlägt sich formal nieder in den zahlreichen Ermächtigungen der Verwaltung, in der Häufigkeit von Generalklauseln, Ermessensvorschriften und Zielformeln⁷⁵, aber auch in der gegensätzlichen Tendenz zur Konkretisierung, Detaillierung und Typisierung⁷⁶. Methodisch taucht in diesem Zusammenhang das Problem der Auslegung wirtschaftswissenschaftlicher Begriffe in Normtatbeständen auf⁷⁷.

D. Die Formen des Wirtschaftsrechts

Der verfügbare Raum erlaubt es nicht, eine Systematik der Wirtschaftsrechtsfiguren zu erdauern. Es muss daher mit einer Übersicht und Hinweisen sein Bewenden haben. Im einzelnen ist zu sondern: Soweit die Koordination grundsätzlich dem Wettbewerb überantwortet wird, fällt das Wirtschaftsrecht mit den Rechtsfiguren der Privatautonomie zusammen, er-

⁷³ Was RADBRUCH, Rechtsphilosophie (Anm. 8), S. 146 ff., unter Zweckmäßigkeit versteht, weicht vom üblichen Sprachgebrauch ab. RADBRUCH legt seine Untersuchung auf die Ermittlung der letzten Rechtszwecke, der durch das Recht zu verwirklichenden Werte an; vgl. dazu auch HENKEL (Anm. 7), S. 331.

⁷⁴ Vgl. HENKEL (Anm. 7), S. 331 ff.; SCHMIDT-RIMPLER (Anm. 33), S. 703 ff.; THEODOR MAUNZ/GÜNTHER DÜRIG, Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München/Berlin 1966, Art. 20, N. 96 ff.; HERBERT KRÜGER, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 572 ff.; GYGI (Anm. 43), S. 46 ff.; ENGISCH (Anm. 6), S. 30.

⁷⁵ Vgl. HANS HUBER, Das Staatsrecht des Interventionismus, in: ZSR Neue Folge 70 (1951) 173 ff., der von «Unberechenbarkeit» und «Grenzenlosigkeit» spricht; vgl. auch BALLERSTEDT, Über wirtschaftliche Massnahmegesetze (Anm. 67), S. 373 f.; SCHMIDT-RIMPLER (Anm. 33), S. 706 f.; EICHLER (Anm. 13), S. 53 f.; GYGI (Anm. 43), S. 50 ff.

⁷⁶ EICHLER (Anm. 13), S. 53 f.

⁷⁷ Vgl. dazu namentlich GERD RINCK, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen, in: Recht im Wandel, Festschrift Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 1965, S. 361 ff.; vgl. auch die Kontroverse zwischen PETER RAISCH und INGO SCHMIDT, in: DJZ 1967 245, 265 ff.; NORBERT PLASSMANN, Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, in: DJZ 1968 81 ff.

gänzt freilich durch Massnahmen zur Sicherung des Wettbewerbs in Gestalt des Institutionenschutzes. Bei planwirtschaftlicher Verfassung dagegen muss ein besonderes Planrecht entwickelt werden, das zum Teil die herkömmlichen Figuren des Verwaltungsrechts übernimmt und erweitert (z. B. durch direkte Instruktionsanweisungen der Ministerien⁷⁸), zum Teil ein Planprivatrecht eigener Art entwickelt, das privatrechtliche Grundfiguren zum Ausgang nimmt und für die spezifische Funktion umbaut (z. B. Wirtschaftsvertrag zur Gewährleistung der operativen Selbständigkeit im Rahmen des Planes). Den Kernbereich des wirtschaftsrechtlichen Instrumentariums bilden jene Figuren, die den gegebenen Koordinationstypus (Wettbewerb oder Plan) in Richtung auf sein idealtypisches Gegenstück modifizieren (Planung in der Marktwirtschaft, Liberalisierung der Planwirtschaft). Zusätzliche Freiheit kann in der Planwirtschaft durch schlichte Aufhebung von Geboten und Verboten und allenfalls durch Ausbildung neuer Figuren der Privatautonomie bewirkt werden⁷⁹. Freilich lassen sich solche Liberalisierungen nur unter strikter Planaufsicht verwirklichen, soll nicht das planwirtschaftliche System in die marktwirtschaftliche Koordination umschlagen⁸⁰. Demgegenüber ist die zielbezogene Lenkung des verkehrswirtschaftlichen Koordinationstypus vielgestaltig. Man unterscheidet mittelbare und unmittelbare Lenkung (je nach den

⁷⁸ Vgl. EBERHARD SCHNEIDER, Das Wirtschaftsrecht im kommunistischen Rechtsdenken, Abhandlungen zum Ostrecht, Band I, Köln 1964, S. 116 ff.; namentlich aber MARTIN BULLINGER, Umbildung des Verwaltungsrechts durch Planung in der DDR, in: Planung I, Baden-Baden 1965, S. 189 ff.; VIKTOR KNAPP, Rechtsfragen der planmässigen Leitung der Volkswirtschaft in der Tschechoslowakei, ebendort, S. 209 ff.; PLEYER, Zum Verhältnis von Zentralplanwirtschaft und Zivilrecht (Anm. 65), S. 85 ff.

⁷⁹ Von der Sache her weist freilich JÖHR (Ist ein freiheitlicher Sozialismus möglich? Anm. 32) nach, dass sich die beiden Typen der Rationalität (so RALF DAHRENDORF, Markt und Plan, zwei Typen der Rationalität, Tübingen 1966) nicht wie Wein und Wasser mischen lassen, sondern von einem bestimmten Mischmass an in den einen oder den anderen Typus umschlagen; anders freilich HERBERT KRÜGER, Von der reinen Marktwirtschaft zur gemischten Wirtschaftsverfassung (Anm. 33); derselbe, Von der Notwendigkeit einer freien und auf lange Sicht angelegten Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft, Freiherr-von-Stein-Gesellschaft e. V. Schloss Cappenberg, Schriften, Heft 5, Münster 1966.

⁸⁰ Vgl. Anm. 79 hievore.

Ansatzpunkten) durch Gesetz (z. B. auch durch zwingendes Privatrecht) oder Rechtsverordnung, Eingriffsverwaltung, Nichteingriffsverwaltung als fiskalische und als Leistungsverwaltung des öffentlichen (schlichte Verwaltung) und des privaten Rechts (Verwaltungsprivatrecht). Die Terminologie ist überraschend uneinheitlich und bedarf sorgfältiger Sichtung. Der Grund liegt darin, dass verschiedene Einteilungskriterien (Sachgebiete, Ziele, Handlungsformen, Mittel) vermengt werden⁸¹. Will man

⁸¹ Vgl. dazu PETER BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, Recht und Staat*, Heft 328, Tübingen 1966; GYGI (Anm. 43), S. 11 ff., mit Hinweis auf die Sonderstellung der leistungsgewährenden Verwaltung im Rahmen der hoheitlichen Verwaltung. Vgl. auch ERNST FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1. Band, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München/Berlin 1958, S. 321 ff.; WOLFGANG RÜFNER, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft*, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 44, Berlin 1967, S. 133, stellt der hoheitlichen Verwaltung die Nichteingriffsverwaltung gegenüber, die er in fiskalische und schlichte Verwaltung unterteilt. Anders ZACCARIA GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, 1. Band, Zürich 1960, S. 61, wonach die schlichte Verwaltung zwar hoheitlich, aber bloss «potentiell hoheitlich ist.» Wieder anders HANS J. WOLFF, *Verwaltungsrecht I*, 4. Auflage, München/Berlin 1961, S. 89, nach dessen (wohl herkömmlicher) Einteilung die schlichte (pflegende, fördernde) Verwaltung nicht obrigkeitliche Hoheitsverwaltung ist. Ebenso KLAUS SCHREDL, *Die Rechtsformen der Wirtschaftslenkung*, Diss. Würzburg 1965, S. 96 ff.; vgl. auch WILHELM REUSS/RUDOLF M. CHORVAT, *Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Organisation der Wirtschaft*, Köln/Berlin/Bonn/München 1964, S. 50 ff. – Im Rahmen der schlichten Verwaltung verdienen wirtschaftsrechtlich besondere Beachtung die Massnahmen zur psychologischen Beeinflussung; darüber SCHREDL, a. a. O., S. 116 ff., der im übrigen auch die Bedeutung der innerdienstlichen Lenkungsmassnahmen hervorhebt (a. a. O., S. 122 ff.). Vgl. zur Frage der Rechtsformen auch SCHMIDT-RIMPLER (Anm. 33), S. 704 ff.; HANS PETER IPSEN, *Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung*, in: *Planung II*, Baden-Baden 1966, S. 96 ff., mit Blick auf den Plan als Lenkungsmittel. Sehr beachtlich auch FRITZ GYGI, *Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung*, ebenda, S. 113 ff.; ROGER HOVIN, *La planification française*, ebenda, S. 149 ff.; PLACIDO CESAREO, *Die Entwicklung der Wirtschaftsplanung in Italien*, ebenda, S. 189 ff. Vgl. auch W. FIKENTSCHER/G. HOFFMANN/K. F. KUGLER, *Rechtsfragen der Planifikation*, Abhandlungen aus dem gesamten bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 31. Heft, Stuttgart 1967. – Zum Problem der Subventionen: VOLKMAR GÖTZ, *Recht der Wirtschaftssubventionen*, München/Berlin 1966; zum Problem der Wirtschaftsaufsicht: EKKEHART STEIN, *Die Wirtschaftsaufsicht*, Tübingen 1967.

nach den sachlichen Ansatzpunkten gliedern, so verliert sich die Darstellung in der Ubiquität alles Wirtschaftlichen⁸².

E. Die Stellung des Wirtschaftsrechts im Rechtssystem

Geht man davon aus, die Rechtsordnung bilde ein durchgängiges System, so ist der systematische Ort des Wirtschaftsrechts nachzuweisen. Dadurch wird einerseits der Zusammenhang mit anderen Systemgliedern erschlossen, andererseits die Eigenständigkeit des Wirtschaftsrechts erprobt.

1. Vorweg ist zu fragen, ob die Rechtsordnung in der Tat systematisch in sich geschlossen sei. Schon die sprachliche Benennung der nach Raum, Zeit und Adressaten jeweils geltenden Summe von Rechtsnormen als «Rechtsordnung» weist auf den Systemgedanken hin⁸³. Denn unter einem System ist zu verstehen «die Ordnung von Erkenntnissen nach einem einheitlichen Gesichtspunkt⁸⁴». Dabei ist freilich zu unterscheiden zwischen den logistischen Systemen in Gestalt des deduktiven Kalküls (Systeme im engeren Sinn)⁸⁵ und der blossen Zusammenfassung unter irgendwelchen

⁸² Vgl. SCHREDL (Anm. 81), S. 26 ff.; SCHMIDT-RIMPLER (Anm. 33), S. 709, vgl. aber immerhin die schöne Darstellung von GYGI, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung* (Anm. 43), S. 15 ff.; derselbe, *Rechtsstaatsprobleme der heutigen Wirtschafts- und Sozialordnung* (Anm. 48), S. 14 ff.; ferner KARL OFTINGER, *Gesetzgeberische Eingriffe im Zivilrecht*, in: *ZSR Neue Folge* 57 (1938) 509 a ff.; ALBERT COMMENT, *Les atteintes portées au droit civil par les mesures législatives exceptionnelles*, ebenda, S. 221 a ff.; ULRICH SCHEUNER, *Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 11, Berlin 1954, S. 26 ff.; ADOLF SCHÜLE, ebenda, S. 75 ff.

⁸³ Vgl. etwa NAWIASKY (Anm. 6), S. 16: «Die Rechtsnormen oder gleichbedeutend die Rechtssätze stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern sind mit anderen verbunden, bilden mit diesen eine geschlossene Einheit, ein System.» – Ingress zu § 3 unter dem Titel «Die Rechtsordnung».

⁸⁴ HELMUT COING, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft*, Frankfurter Universitätsreden, Heft 17, Frankfurt 1956, S. 26; vgl. dazu auch JANIS SALNA, *Die Grundzüge der inhaltlichen Gliederung des gesetzten Rechts*, Bad Homburg von der Höhe 1966.

⁸⁵ Vgl. ALFRED TARSKI, *Einführung in die mathematische Logik*, 2. Auflage, Göttingen 1966, S. 129 ff.; G. ASSER, *Einführung in die mathematische Logik*, Zürich/Frankfurt 1965, S. 104 ff.; FRANZ VON KUTSCHERA, *Elementare Logik*, Wien/New York 1967, S. 261 ff.

übergreifenden Gesichtspunkten (Systeme im weiteren Sinn)⁸⁶. Ein logistisches System hätte zur Folge, dass die Lösung von Rechtsproblemen aus den gegebenen Axiomen mittels formaler Logik zu deduzieren wäre⁸⁷. Demgegenüber sind als Systeme im weiteren Sinn auch die an Grundbegriffen (kategorial), natürlichen Klassen (klassifikatorisch) oder Zwecken (teleologisch) sich ausrichtenden Zusammenfassungen aufzufassen⁸⁸.

Ein Blick auf die Rechtsgeschichte erweist, dass den Versuchen, rechtliche Erkenntnisse deduktiv-axiomatisch herzuleiten, auf die Dauer der Erfolg versagt geblieben ist. Zu erwähnen sind etwa die *ars combinatoria* LEIBNIZ', die Systembildung «more geometrico» CH. WOLFFS und PUCHTAS sowie die Reine Rechtslehre KELSENS⁸⁹. Durchgesetzt haben sich indessen Systeme im weiteren Sinn, die den Rechtsstoff – namentlich aus Anlass der Kodifikation – gliedern und ordnen⁹⁰. Die Art dieser Auffächerung des Stoffes ist nicht vorgegeben⁹¹. Das kann zu einem Systempluralismus unter uneinheitlichen Kriterien führen⁹². Dem steht aber nicht entgegen, dass das derart mannigfaltig Zergliederte eine vom Rechtsstoff oder von der Rechtsidee her gefügte Sinneinheit abgibt. Der Systempluralismus treibt somit nicht etwa stracks in die reine Topik, sondern begründet den dauernden Versuch, dem Problem Denken gesicherte Systemfelder abzugewinnen⁹³.

⁸⁶ Vgl. COING, Systemgedanke (Anm. 84), S. 26 f.

⁸⁷ «Sind in der angegebenen Weise Vollständigkeit, Verträglichkeit und Unabhängigkeit der Axiome gesichert, lassen sich aus ihnen alle weiteren einschlägigen Sätze durch bloße logische Umformung, das heisst durch das korrekte Ziehen von Schlüssen, in Kettenreduktionen ableiten»; THEODOR VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz, 3. Auflage München 1965, S. 55.

⁸⁸ Vgl. dazu UWE DIEDERICHSEN, Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, in: NJW 1966 697 ff., 700.

⁸⁹ Vgl. VIEHWEG (Anm. 87), S. 51 f.; FRANZ WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952, S. 192 ff.; KELSEN, Reine Rechtslehre (Anm. 37): LARENZ (Anm. 6), S. 134 f.

⁹⁰ Vgl. PETER LIVER, Berner Kommentar, Einleitungsband, Bern 1966, Einleitung, N. 116 ff.

⁹¹ Vgl. aber BURCKHARDT, Methode und System des Rechts (Anm. 6), S. 65 ff., und DU PASQUIER, Introduction (Anm. 6), S. 139 ff.

⁹² Dazu vor allem ANDREAS B. SCHWARZ, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, in: Rechtsgeschichte und Gegenwart, Karlsruhe 1960, S. 1 ff., 3.

⁹³ Vgl. NORBERT HORN, Zur Bedeutung der Topiklehre THEODOR VIEHWEGS für

2. Geht man mit solchem Rüstzeug an die Frage nach dem Ort des Wirtschaftsrechts, so braucht einem vor den Schwierigkeiten der Einordnung nicht bange zu sein. Die Einteilungen der Rechtsordnung überschneiden sich nämlich: Die Sonderung des privaten vom öffentlichen Recht beruht auf rechtsinhaltlicher Immanenz⁹⁴, die Dichotomie von dinglichem und obligatorischem Recht auf der GAJANISCHEN Strukturformel⁹⁵, die Gliederung des Zivilrechts in Personen-, Sachen-, Schuld- und Erbrecht in der naturrechtlichen Erweiterung (Sozialrecht) des Institutionensystems⁹⁶. Das Handelsrecht ist Sonderprivatrecht für Unternehmer⁹⁷, während der gewerbliche Rechtsschutz und das Urheberrecht um die Singularität des Immaterialgutes kreisen. Im Verwaltungsrecht tauchen sowohl Bezüge zu den Lebensverhältnissen wie auch teleologische Ordnungsprinzipien auf (Baurecht, Polizeirecht). Das Strafrecht endlich steht an der Kreuzung des Zweckgedankens (Wahrung der öffentlichen Friedensordnung) und der inhaltsspezifischen Rechtsfolge (Strafen, Massnahmen). Lehnmässig (und mitunter auch positiv) lassen sich allgemeine Teile auswerfen, die aller Regel nach kategorial strukturiert sind (Ausklammerung der Allgemeinbegriffe, Isolierung der sozialetischen Grundprinzipien). Die traditionellen Systemglieder stehen mithin in keinem logisch zwingenden Zusammenhang. Das gilt nicht nur – wie WALTHER BURCKHARDT annimmt – für die Einteilungen des positiven Rechts, sondern auch für «die allgemeingültigen Einteilungen, die sich in jedem Rechtssystem wiederfinden», sowie für die bedingt allgemeinen (sekundären) Ordnungen⁹⁸. Hier geht es nämlich um beschränkte Ableitungen im Zusammenhang mit gesicherten Topoi⁹⁹.

eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, in NJW 1967 601 ff.; KARL ENGISCH, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, Münchner Universitätsreden, Neue Folge, Heft 35, München 1963; MARTIN KRIELE, Theorie der Rechtsgewinnung, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 41, Berlin 1967, S. 97–152; REINHOLD ZIPPELIUS, Problemjurisprudenz und Topik, in: NJW 1967 2229 ff.

⁹⁴ Vgl. dazu SCHLUEP, Markenrecht (Anm. 19), S. 245 f.

⁹⁵ GUSTAV BOEHMER, Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Auflage, Tübingen 1965, S. 70 ff.

⁹⁶ BOEHMER (Anm. 95), S. 70 f. Vgl. dazu namentlich COING, Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem (Anm. 56), S. 26 ff.

⁹⁷ PETER RAISCH, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts (Anm. 23), S. 105 ff.

⁹⁸ BURCKHARDT, Methode und System des Rechts (Anm. 6), S. 67.

⁹⁹ Vgl. VIEHWEG (Anm. 87), S. 59.

3. Trotz der Vielfalt der Einzelsysteme lässt sich nun in der Tat ein Raum für das Wirtschaftsrecht nicht finden. Die Typensonderung¹⁰⁰ des öffentlichen vom privaten Recht taugt nicht; denn das Wirtschaftsrecht steht hier und dort. Die übrigen Systemkriterien erfassen nur Teile des Wirtschaftsrechts und auch diese nur in wirtschaftsrechtlich irrelevanten Bezügen. Hier schlägt die Einsicht VIEHWEGS durch: «Man nimmt im allgemeinen an, dass eine Rechtsdisziplin ihre relevanten Gesichtspunkte einigermaßen vollständig angibt. Sie lässt infolgedessen eine bislang erarbeitete Topoimenge zu und eine andere Menge unberücksichtigt. Diese kann freilich im Zuge der sich unablässig ändernden Situationen im grösseren oder kleineren Umfange erhebliche Bedeutung gewinnen¹⁰¹.» Weil die wirtschaftsrechtlichen Fragen ausserhalb der traditionellen Systeme liegen, fordern sie ein eigenes System: «Der Einsatz beim Problem bewirkt eine Systemauslese und führt gewöhnlich zu einer Pluralität von Systemen, ohne deren Verträglichkeit aus einem umfassenden System zu beweisen. Dabei können die Systeme (Ableitungen) von kleinem und kleinstem Umfang sein¹⁰².» Damit ist aber zugleich erwiesen, dass das Wirtschaftsrecht eine eigenständige Disziplin ist; denn wenn die mit ihm laut werdenden Fragen in den traditionellen Systemen Antwort nicht finden, sind sie nicht zu integrieren.

4. So erscheint das Wirtschaftsrecht als ein funktionaler Zusammenhang von Normen, der sich um das Koordinations- und damit zugleich um das Subordinationsproblem¹⁰³ der Wirtschaft schliesst. Das funktionale Kriterium hat nichts gemein mit einer gegenständlichen, auf den Lebenssachverhalt bezogenen Systematisierung. Weil nämlich die Wirtschaft eine Abstraktion ist, liesse sich ein gegenständlich umrissenes Wirtschaftsrecht vom Recht der übrigen Lebensbereiche nicht abheben. Im Wirtschaftsrecht offenbart sich somit ein neuer Systemansatz. Das systembildende Grundproblem ist die Frage nach der rechtlich bewirkten Koordination des Wirt-

¹⁰⁰ Dazu HANS HUBER, Berner Kommentar, Einleitungsband, Bern 1966, Art. 6 N. 130.

¹⁰¹ VIEHWEG (Anm. 87), S. 64.

¹⁰² VIEHWEG (Anm. 87), S. 17; vgl. auch ULRICH KLUGE, Juristische Logik, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1966, S. 172 ff.

¹⁰³ Vgl. dazu JÖHR, Das Problem der Wirtschaftsordnung (Anm. 28), S. 231 ff.

schaftens im Lichte der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zur Verwirklichung der Rechtsidee. Innerhalb dieses Problemzusammenhanges werden als oberste Rechtsprinzipien die Grundinstitute «Wettbewerb» und «Plan» herausgestellt. Das hindert nicht, dass Normen des Wirtschaftsrechts in anderen Bezügen stehen; denn die funktionale Zugehörigkeit zu einem, schliesst die Bindung an ein anderes System nicht aus. Vertragsfreiheit etwa ist im Schuldrecht begriffen als rechtliche Anerkennung der eigenverantwortlichen Person, Rechtsgeschäfte abzuschliessen. Im Wirtschaftsrecht dagegen ist nur gefragt, was sie für die Koordination leistet, und ist eben deshalb gegebenenfalls als blosser Mittelwert zu beschränken. Ähnliches gilt für das Privatrecht schlechthin; denn im Wirtschaftsrecht wird es zum politischen Recht. Dieser den ursprünglichen Zweck überholenden Funktion ist daher auch bei der Auslegung¹⁰⁴ Rechnung zu tragen, soweit die Koinzidenz der Systeme nicht zu Widersprüchen führt. Fehlt der Gleichklang, so ist die Privatautonomie durch öffentliches Recht (z. B. Kontrahierungszwang) oder zwingendes Privatrecht (z. B. Art. 12 des Kartellgesetzes) funktionsgerecht zu gestalten¹⁰⁵:

¹⁰⁴ Vgl. dazu RAISER, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem (Anm. 33), S. 191: «Innerhalb jedes Wirtschaftssystems stellt nun das zugehörige Rechtssystem ein wesentliches Strukturelement dar, wie umgekehrt Rechtssätze ihren vollen soziologischen und dogmatischen Sinn erst im Zusammenhang mit dem Wirtschaftssystem erfahren»; SCHLUEP, Markenrecht (Anm. 19), S. 122 ff.; KRAWIETZ (Anm. 19), S. 49; vgl. auch HEINRICH KRONSTEIN, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, Ausgewählte Schriften, Karlsruhe 1962, S. 69 ff. – Vgl. zur Auslegung des sozialistischen Rechts: PLEYER, Zum Verhältnis von Zentralplanwirtschaft und Zivilrecht (Anm. 65), S. 80.

¹⁰⁵ Vgl. namentlich RITTNER (Anm. 14, S. 821), der davon spricht, die zivilrechtlichen Institute erfüllten sich mit einem neuen wirtschaftsrechtlichen und damit «zum Teil öffentlichrechtlichen Gehalt». Ähnlich MESTMÄCKER (Anm. 33), der im Anschluss an BÖHM formuliert, im Wirtschaftsrecht gehe es um die «öffentlichrechtliche Funktion privatrechtlicher Institute». Das führt im Ergebnis zur Zweiteilung der Rechtsordnung in Wirtschaftsrecht und traditionelles Recht. So CHAMPAUD (Anm. 18), S. 146: «Si l'on adopte ce point de vue, on doit admettre que le Droit Economique n'est pas une nouvelle branche du Droit mais un Droit nouveau qui coexiste avec le corps des règles juridiques traditionnelles ...». Vgl. auch JAN SPIŠTAK, Das Wirtschaftsrecht der ČSSR, in: ZfRv 7 (1966), 31 ff.

«Gleichsam von der andern Seite her müssten die privatrechtlichen Kategorien und Dimensionen, die bisher einheitlich als unpolitisch galten, auf ihre Relevanz für das Gemeinwesen geprüft werden¹⁰⁶.»

¹⁰⁶ WIETHÖLTER (Anm. 33), S. 48; LUDWIG RAISER, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966, Sonderdruck, München/Berlin 1967, S. B8, B30 f.; GÉRARD FARJAT, L'ordre public économique, Paris 1963.

DIE BEZIEHUNGEN ZWISCHEN DER WIRTSCHAFTLICHEN UND SOZIALEN ENTWICKLUNG DER GESELLSCHAFT UND DER ENTWICKLUNG DES RECHTS

I. EINLEITUNG

Der vorliegende Bericht hat Rechenschaft zu geben über die Beziehungen zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung und dem schweizerischen Recht. Zum besseren Verständnis der Darstellung sollen vorab die *Begriffe* kurz geklärt werden.

1. Unter «Entwicklung» wird verstanden: die Veränderung irgend eines Beobachtungsgegenstandes in der Zeitabfolge¹. Insoweit steht der Ausdruck in der Nähe der Bezeichnung «Fortschritt», worunter aber aller Regel nach optimistisch untermauerte Wandlung, also Entwicklung zu Höherem und Besserem begriffen wird². Mit Recht ist freilich hervorgehoben worden, derart positiv verstandener Fortschritt sei «ein Spiel mit einem leeren Begriff und eine Scheinformel, solange wir nicht Einigkeit erzielt hätten, nach welchen Wertmassstäben und Zielvorstellungen wir Fortschritt von blosser Veränderung unterscheiden»³.

2. Das Wort «wirtschaftlich» sagt aus, etwas sei auf die Wirtschaft bezogen oder habe die Weise des Wirtschaftlichen. Im zweiten Fall begreift man es rein formal als ökonomisches Prinzip⁴. In diesem Bericht geht es

¹ LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 6. Auflage, Paris 1951, S. 383.

² HOFFMEISTER, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 2. Auflage, Hamburg 1955, S. 235; SCHMIDT/SCHISCHKOFF, Philosophisches Wörterbuch, 15. Auflage, Stuttgart 1960, S. 169; APEL/LUDZ, Philosophisches Wörterbuch, Berlin 1958, S. 88.

³ LÜTHY, Geschichte und Fortschritt, in: Das Problem des Fortschrittes – heute, Darmstadt 1969, S. 1.

⁴ So WERNER, Wohlstand, Freiheit und Gerechtigkeit, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen, Reihe A, Heft 29, Zürich/St. Gallen 1951, S. 11; vgl. zum ganzen Problem: SCHLUEP, Was ist Wirtschaftsrecht?, Festschrift für