

FESTSCHRIFT FÜR  
**WALTHER HUG**

PROFESSOR DR. IUR., S. J. D. HARVARD

ZUM 70. GEBURTSTAG

14. APRIL 1968



VERLAG STÄMPFLI & CIE BERN

Genugtuung mag Prof. HUG heute auch empfinden ob der Feststellung, dass seine Ideen, einst von manchen Vertretern einer extremen akademischen Freiheit abgelehnt oder belächelt, weitherum im In- und Ausland Nachahmer gefunden haben. Der Verfasser dieser Würdigung hat Gelegenheit gehabt, die Entwicklung des Lehrbetriebs der wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Fakultäten der westdeutschen Universitäten seit dem Zweiten Weltkrieg aus der Nähe zu verfolgen. Er hat mit Interesse festgestellt, wie der Verteidiger voller Lehrfreiheit immer weniger, der Anhänger von festen Lehrplänen dagegen mehr wurden. Darüber hinaus ist heute in der Bundesrepublik eine Tendenz weg von der getrennten Ausbildung von Diplomvolkswirten und Diplombetriebswirten zum einheitlichen wirtschaftswissenschaftlichen Studium und Studienabschluss festzustellen.

Wenn schliesslich die Studierenden selbst heute vermehrt nach Übungen und Kolloquien rufen und in einem einseitigen Vorlesungsbetrieb, wie er da und dort noch bestehen mag, einen atavistischen Zustand sehen, «als ob die Buchdruckerkunst noch nicht erfunden wäre», so kann daran erinnert werden, dass in den HUGSCHEN Richtlinien sich bereits die Weisung fand, dass «den Vorlesungen Kolloquien eingefügt oder angeschlossen werden oder dass sie durch Übungen ersetzt werden, wenn die Studierenden den Stoff aus passenden Lehrbüchern erarbeiten können». Darin sind Prof. HUG und ihm folgend die Hochschule St. Gallen der Zeit weit vorausgeeilt.

Das ist unserer Hochschule in hohem Masse zugute gekommen. Es ist mit ein Grund ihrer erstaunlichen Entwicklung, auf die Stadt und Kanton St. Gallen stolz sein dürfen, für die sie aber innerhalb der Reihe ihrer Förderer Prof. HUG ganz besondern Dank schulden.

WALTER R. SCHLUEP

## WAS IST WIRTSCHAFTSRECHT?

Vor nahezu dreissig Jahren, am 19. November 1938, hielt WALTHER HUG an der Hochschule St. Gallen (damals Handels-Hochschule geheissen) anlässlich der Übernahme des Rektorats die Festansprache über die «Problematik des Wirtschaftsrechts<sup>1</sup>». Die der Rektoratsrede folgende Abhandlung hat weit über die Landesgrenzen hinaus Beachtung gefunden. Überspitzt formuliert darf man sogar feststellen: die HUG'schen Thesen sind im Ausland auf fruchtbareren Boden gefallen als in einer Schweiz, die trotz des Kriegsausbruchs und trotz der vorangegangenen Krisenjahre aus ihrer konservativ-traditionalistischen Grundhaltung heraus der ungewohnten Fragestellung und Infragestellung nichts abzugewinnen vermochte<sup>2</sup>. Vor diesem Hintergrund muss der prophetische Ausruf des jugendlichen Rektors gewürdigt werden: «Die Behauptung geht nicht fehl, dass die Neuordnung der Wirtschaft die wichtigste gesetzgebungspolitische Aufgabe unserer Gegenwart bildet und die Gestaltung des Wirtschaftsrechts das zentrale rechtspolitische Problem unserer Zeit<sup>3</sup>». Niemand wird ex post die grundsätzliche Richtigkeit von Diagnose und Prognose bezweifeln wollen. Äusseres Indiz des Vormarsches eines besonderen Wirtschaftsrechts sind die zahlreichen Lehrstühle und Institute in der Bundesrepublik Deutschland, die für Lehre und Forschung im Bereich des Wirtschaftsrechts errichtet worden sind. Auch an schweizerischen Hochschulen wird neuerdings Wirtschaftsrecht gelesen, wenngleich überwiegend durch nebenamtliche Professoren und durch Lehrbeauftragte oder im Rahmen des Lehrstuhls für Verwaltungsrecht. Nur gerade die Hochschule St. Gallen gebietet im Studienplan allen Studenten (der Wirtschafts- und Staatswissenschaften) den Besuch einer zweistündigen Vorlesung über allgemeines und schweizerisches Wirtschaftsrecht. Die Vorlesung wird von einem Ordinarius betreut.

<sup>1</sup> WALTHER HUG, Die Problematik des Wirtschaftsrechts, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen, Reihe A, Heft 15, St. Gallen 1939.

<sup>2</sup> Vgl. freilich KARL OFTINGER, Gesetzgeberische Eingriffe im Zivilrecht, in: ZSR N. F. 17 1938, S. 491a ff.; ALBERT COMMENT, Les atteintes portées au droit civil par des mesures législatives exceptionnelles, a. a. O., S. 215 a ff.

<sup>3</sup> HUG (Anm. 1), S. 15.

Trotz dieses offenkundigen Aufschwungs bleibt unverhohlen, dass die theoretische Abgrenzung und dogmatische Ortung des Wirtschaftsrechts erst noch zu vollbringen ist. Man scheint sich allenthalben stillschweigend darüber geeinigt zu haben, die Grundfragen beiseite zu lassen und pragmatisch einzelne Gebiete des Wirtschaftsrechts (wie etwa das Kartellrecht oder das sogenannte Interventionsrecht) mit herkömmlichen Mitteln zu erschliessen. Wengleich man nicht übersehen kann, dass das traditionelle Werkzeug mitunter stumpf ist, etwa weil statt der *summa divisio* öffentliches und privates Recht sich ungewohnt die Hand reichen oder weil in Rechtsnormen wirtschaftswissenschaftliche Begriffe auftauchen, scheut man sich, die sich aufdrängenden Fragen laut zu stellen. Ersichtlich vermag aber das Wirtschaftsrecht die ernsthafte Aufmerksamkeit der traditionellen Jurisprudenz erst zu beanspruchen, wenn Begriff, Gegenstand und Methode erarbeitet und gemeinverständlich dargestellt sind. Die vorliegende Studie will ein Baustein zur Lösung dieser anspruchsvollen Aufgabe sein.

#### A. WIRTSCHAFTSGESCHICHTLICHE GRUNDLAGEN

Im Sinne einer Arbeitshypothese soll für die Untersuchungen in diesem Abschnitt davon ausgegangen werden, dass die Wirtschaft in Gestalt der Gütererzeugung und der Güterverteilung der Vorbereitung der Bedürfnisbefriedigung dient. In der staatlichen Gemeinschaft kann dieser «Wirtschaft» genannte Prozess als Organisation des Staates oder als private Veranstaltung der Bürger aufgezo-gen sein. In Wahrheit treten die beiden Prinzipien nie isoliert, sondern in Mischungen auf, die nur eine typologische Sondernung ermöglichen. In dieser Sicht sollen die wirtschaftsgeschichtlichen Grundlagen erhellen, ob und weshalb in der Vergangenheit die unter «Wirtschaft» begriffenen Tätigkeiten als autonome Handlungen der beteiligten Wirtschaftssubjekte oder aber als Normunterziehung (oder Normdurchsetzung) zu begreifen sind.

##### I. DIE ANTIKE

1. Die ältesten bekannten Wirtschaftsverfassungen lassen sich als Systeme der *Planwirtschaft* kennzeichnen. Das bebaubare Land wird als Eigentum des

Königs nach Direktiven des Gemeinwesens bestellt. Die Erträge sind bis auf den zur Existenzerhaltung erforderlichen Teil abzuliefern. In gleicher Weise sind Handel und Gewerbe konzipiert<sup>4</sup>. Im zweiten Jahrtausend ist diese Verfassung gesetzlich fixiert worden. Wo aber die Wirtschaft Ausführung staatlicher Imperative ist, werden Wirtschaft und Recht eins: die Wirtschaft ist das Recht im Bereich der Güterversorgung und -verteilung. Als Beispiel mag die *Gross-naturalwirtschaft* des Alten Reiches in Ägypten dienen<sup>5</sup>.

2. Anders wird es erst mit der Einführung der Geldwirtschaft, die freilich in Babylonien, bei den Assyrern und Phöniziern<sup>6</sup> bereits im dritten Jahrtausend anzutreffen ist: «Wir finden ein ausgebildetes Bankwesen mit Einrichtungen, welche das Hinterlegen von Geldern, die Leistung von Geldern an drittem Ort und gegenseitiges Aufrechnen der Kunden untereinander sowie das Einfordern der ihnen geschuldeten Gelder ermöglichen. Von Babylon aus erstreckt sich der Handel zu Wasser und zu Land auf alle umliegenden Länder, nach Arabien und bis nach Indien<sup>7</sup>.» Dieser private Handel findet eine erste Rahmenordnung im babylonischen Mass-, Münz- und Gewichtssystem<sup>8</sup>. Mit dem ersten Jahrtausend werden Griechen und Italiker Konkurrenten der Phönizier im Mittelmeerhandel. Abgesehen davon, finden sich aber hernach in Griechenland ausschliesslich geschlossene Hauswirtschaften. Erst die nachhomerische Zeit erschliesst den Griechen die Geldwirtschaft. Die Entwicklung des Handels führt zur wirtschaftlichen Verflechtung und damit zur Abhängigkeit von der ausländischen Getreideeinfuhr. Damit ist Anlass zu wirtschaftsrechtlichen Massnahmen gegeben, wie sie im bekannten Verbot der Getreideaufuhr überliefert sind<sup>9</sup>. Neben dem Handel entwickelt sich auch das Gewerbe auf nahezu kapitalistischer Grundlage mit freilich zunehmendem Einschlag der Sklavenwirt-

<sup>4</sup> Vgl. dazu FRITZ MORITZ HEICHELHEIM, HDSW, 12. Band, Stichwort «Wirtschaftsgeschichte», II, S. 145 ff; LUJO BRENTANO, Das Wirtschaftsleben der antiken Welt, Jena 1929, S. 2 ff; OTTO NEURATH, Antike Wirtschaftsgeschichte, 2. Auflage, Leipzig/Berlin 1918, S. 1 ff.

<sup>5</sup> Vgl. dazu BRENTANO (Anm. 4), S. 2 ff; NEURATH (Anm. 4), S. 6 ff.

<sup>6</sup> PLINIUS (VII, S. 57): *Mercaturas (invenerunt) Poeni*.

<sup>7</sup> BRENTANO (Anm. 4), S. 14.

<sup>8</sup> Vgl. Lexikon der Alten Welt. Zürich/Stuttgart 1965, Anhang V/3; vgl. auch Handbuch der Orientalistik, erste Abteilung, Der Nahe und Mittlere Osten, Ergänzungsband III, Orientalisches Recht, Leiden/Köln 1964, S. 49 ff.

<sup>9</sup> BRENTANO (Anm. 4), S. 33, mit Hinweisen auf die Reden des LYSIAS gegen die Getreidehändler und die Rede des DEMOSTHENES gegen LEPTINES.

schaft. Hand in Hand damit geht die Verschuldung der Bauern und die Schuld-herrschaft. Die berühmten Reformen des SOLON stehen nicht nur für unmittel-bar wirtschaftsrechtliche Eingriffe (Bauernbefreiung, Verbot der Getreideaus-fuhr, Übernahme des euböischen Münz- und Masssystems)<sup>10</sup>, sondern auch für den Einsatz des Privatrechts zur Realisierung wirtschaftspolitischer Zwecke (Änderung des Erbrechts zur Zerstückelung des Grossgrundeigentums)<sup>11</sup>. Der Peloponnesische Krieg und die namentlich in Attika wütende Pest vermögen der wirtschaftlichen Blüte Griechenlands ebensowenig anzuhaben wie die Hegemonie Mazedoniens nach Chäronea und die Ausweitung des Alexandrini-schen Reiches. Gegenteils bringt die Herrschaft der Ptolemäer in Ägypten die Entfaltung eigentlicher Gewerbebetriebe und in deren Gefolge eine Reihe ge-radezu merkantilistischer wirtschaftsrechtlicher Massnahmen<sup>12</sup>. Trotzdem darf man – abgesehen von den eben erwähnten Massnahmen und den in Notzeiten immer wieder errichteten Monopolen – von einer im ganzen *freien Wirtschaft* reden<sup>13</sup>.

3. Der *römische Adelsstaat* ist wirtschaftlich ursprünglich auf Viehzucht ausge-richtet. Nach dem Bruch mit der Sippenverfassung wird Rom zur Ackerbau-stadt. Die Auflösung der ursprünglichen Feldgemeinschaft führt zu bäuerli-chen Kleinbetrieben. Doch bewirkt die Machtentfaltung der Republik des 3. Jahrhunderts die Überschwemmung Italiens mit billigem Provinzgetreide und den Zustrom grosser Kapitalien. Die Kleinbauern strömen in die Städte, und die Nobilität bemächtigt sich mittels der strengen Schuldhafung des ver-

<sup>10</sup> Vgl. dazu HERMANN BENGTON, *Griechische Geschichte*, München 1965, S. 95 ff.; vor allem aber ULRICH WILCKEN, *Griechische Geschichte*, 5. Auflage, München/Berlin 1943, S. 393 ff.

<sup>11</sup> Vgl. dazu *Lexikon der Alten Welt* (Anm. 8), Spalte 2828, Stichwort «Solon».

<sup>12</sup> BRENTANO (Anm. 4), S. 61: «Dabei finden wir unter den Ptolemäern zum Zwecke der Preissteigerung eine Anzahl von Produktions- und Ausführbeschränkungen in Anwendung, die nicht nur ein kapitalistisches, sondern ein durchaus merkantilistisches Ge-präge tragen, so hinsichtlich der Papyrusstaude, des Silphium, eines aus den Wurzeln und den Stengeln einer Pflanze gepressten Saftes, der eingekocht von den Griechen als Gewürz und Heilmittel gebraucht wurde, so ferner hinsichtlich der Ausbeutung der Bergwerke und des Handels mit Topasen; ferner Beschränkungen des Aufenthaltes frem-der Verkäufer in Alexandrien, Beschränkungen der Freiheit des Marktes, der Geldleihe usw.»; vgl. auch ERNST KORNEMANN, *Weltgeschichte des Mittelmeerraumes von Philipp II. von Makedonien bis Muhammed*, herausgegeben von Hermann Bengtson, München 1967, S. 201.

<sup>13</sup> Vgl. zur altisraelitischen Agrarverfassung: BRENTANO (Anm. 4), S. 67–83.

lassenen Grundes<sup>14</sup>. Im Verein mit dem *ager occupatorius* führt das zur be-kannten Latifundienwirtschaft auf der Grundlage der Sklaverei. Damit sind die Voraussetzungen für die Entwicklung der Geldwirtschaft und für ein kapitali-stisches System mit ausgeprägtem Gewinnstreben gegeben<sup>15</sup>. In der Zeit des Prinzipats entstehen zudem die überwiegend den Senatoren zur Pacht belasse-nen kaiserlichen Domänen. Zugleich entfaltet sich das Gewerbe. Die Aus-übung des Nahrungsgewerbes bedarf der Konzession. Im übrigen herrscht Freiheit<sup>16</sup>, kraft derer sich die Gewerbe in Zünften organisieren (*collegia splen-dida; tenuiorum collegia*). Daneben bestehen aber zahlreiche Staatsbetriebe (Bergwerke, Steinbrüche, Färbereien usw.), aber kaum kapitalistische Gross-unternehmungen<sup>17</sup>. All das ist mit einem weltweiten Handel gekoppelt, der frei-lich später durch HADRIAN stark reglementiert worden ist<sup>18</sup>. Mehr und mehr gerät Rom als ausgesprochener Verbraucherstaat in Abhängigkeit von ausländischer Versorgung. Die Zunahme der Staatsausgaben hat eine fortschreitende Geldentwertung zur Folge, die durch Prägung der kupfernen Antoniani durch CARACALLA eingeleitet worden ist. Die Inflation führt im *Dominat* zum wirt-schaftlichen Niedergang. Hier sind eine Reihe wirtschaftsrechtlicher Erlasse zu vermerken, wie die Bindung der Währung an das Gold (byzantinischer Soli-dus), die Höchstpreisordnung<sup>19</sup> und die Wuchervorschriften<sup>20</sup> des DIOKLE-TIAN. Erst CONSTANTIN gelingt es, mit seiner Münzreform wenigstens die Goldwährung zu sichern. Typische Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit sind aus der Zeit des VALENTIANUS und des THEODOSIUS überliefert<sup>21</sup>. Berühmt ist aber

<sup>14</sup> Vgl. dazu BRENTANO (Anm. 4), S. 97 ff.; GERHARD DULCKEIT, *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Auflage, München/Berlin 1957, S. 99 f.; WOLFGANG KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*, 3. Auflage, Köln/Gratz 1960, S. 30.

<sup>15</sup> Vgl. dazu BRENTANO (Anm. 4), S. 108: «Alle Seelen ergreifen die *auri sacra fames*, denn mit Geld lässt sich nun alles erwerben.» Vgl. dazu auch GEORG WEBERS *Lehr- und Handbuch der Weltgeschichte*, 24. Auflage, 1. Band: Altertum, bearbeitet von E. Schwabe, Leipzig 1938, S. 456.

<sup>16</sup> Vgl. aber die *Lex Julia de amona* gegen Zusammenschlüsse zur Preistreiberei; D. 48.12.2.

<sup>17</sup> BRENTANO (Anm. 4), S. 138. Solche Grossunternehmungen hat es aber in Alexandrien gegeben.

<sup>18</sup> Vgl. auch WEBER (Anm. 13), S. 505 f.

<sup>19</sup> *Edictum Diocletiani de pretiis rerum valium*; vgl. DULCKEIT (Anm. 14), S. 235; namentlich aber KORNEMANN (Anm. 12), S. 757.

<sup>20</sup> C. 2.11.20. *Improbum fenus exercentibus et usuras usurarum illicite exigentibus infamiae macula inroganda est.*

<sup>21</sup> C. 4.40. 1–4. *Quae res venire non possunt et qui vendere vel emere voluntur.*

namentlich die Konstitution des Kaisers ZENÖ, die als das älteste Kartellverbot gilt<sup>22</sup>. All das steht stellvertretend für die zunehmenden Staatseingriffe der Spätantike<sup>23</sup>.

## II. DAS MITTELALTER

1. Im *fränkischen Reich*<sup>24</sup> treffen die in Markgenossenschaften organisierten, Ackerbau und Viehzucht treibenden Germanen auf die spätrömische Wirtschaftsverfassung der Grossgrundherren<sup>25</sup>, was in fine zur Verminderung der freien Bauern führt. Die Grundrente wird zur wichtigsten Einkommensquelle. Die Grundherrschaft organisiert sich wirtschaftlich im Typus der erweiterten Hauswirtschaft, wobei Herr oder Meier zusammen mit Unfreien und mit ge-

<sup>22</sup> C. 4. 59. 2. *Imp. Zeno A. Constantino pu.* Tubernus, ne quis cuiuscumque vestis aut piscis vel pectinum forte aut echini vel cuiuslibet alterius aductum vel ad quemcumque usum pertinentis speciel vel cuiuslibet materiae pro sua auctoritate, vel sacro iam elicto aut in posterum eliciendo rescripto aut pragmatica sanctione vel sacra nostrae pietatis adnotatione, monopolium audeat exercere, neve quis illicitis habitis conventionibus coniuraret aut pacisceretur, ut species diversorum corporum negotiationis non minoris, quam inter se statuerint, venundentur.

Aedificiorum quoque artifices vel ergolabi aliorumque diversorum operum professores et balneatores penitus arceantur pacta inter se componere, ut ne quis quod alteri commissum sit opus impleat aut iniunctam alteri sollicitudinem alter intercipiat: data licentia unicuique ab altero inchoatum et derelictum opus per alterum sine aliquo timore dispendii implere omnique huiusmodi facinora denuntiandi sine ulla formidine et sine iudicariis sumptibus. Si quis autem monopolium ausus fuerit exercere, bonis propriis spoliatus perpetuitate damnatur exilii. Ceterarum praeterea professionum primates si in posterum aut super taxandis rerum pretiis aut super quibuslibet illicitis placitis ausi fuerint convenientes huiusmodi sese pactis constringere, quinquaginta librarum auri solutione percelli decernimus: officio tuae sedis quadraginta librarum auri condemnatione multando, si in prohibitis monopolis et interdictis corporum pactionibus commissas forte, si hoc evenerit, saluberimae nostrae dispositionis condemnationes venalitate interdum aut dissimulatione vel quolibet vitio minus fuerit executum. Vgl. dazu JOHANN HEINRICH VON BRUNN, Vom Kartellrecht der Römer, Recht und Wirtschaft, Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann, Berlin 1948, S. 47 ff.

<sup>23</sup> Die ersten schwerwiegenden Interventionen stammen aus der Antoninenzeit; vgl. KORNEMANN (Anm. 12), S. 652 f. Später hat Aurelian die Korporationen verstaatlicht; vgl. KORNEMANN, S. 754; vgl. über die byzantinische Volkswirtschaft: BRENTANO (Anm. 4), S. 189 ff.

<sup>24</sup> Vgl. zur reinen Agrarverfassung der Germanen: HERMANN CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte, Band 1: Frühzeit und Mittelalter, Karlsruhe 1954, S. 16 ff.; RICHARD SCHRÖDER/EBERHARD FREIHERR VON KÜNSSBERG, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Auflage, Berlin/Leipzig 1932, S. 14 ff.; CLAUDIUS FREIHERR VON SCHWERIN/HANS THIEME, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 9. Auflage, Berlin/München 1950, S. 13 ff.

<sup>25</sup> Vgl. dazu CONRAD, I (Anm. 24), S. 118 ff.; JOSEF KULISCHER, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters und der Neuzeit, Band 1: Das Mittelalter, 3. Auflage, München/Wien 1965, S. 32 ff.

bundenen (*precaria*) Hintersassen Salland und Hufen bebauen. Auch Handwerk wird innerhalb der Fronwirtschaft in bescheidenem Masse betrieben. Freies Handwerk hält sich nur in den Städten; zum Teil wird es sogar privilegiert<sup>26</sup>. Demgegenüber setzt sich der von den Städten ausgehende Nah- und Fernhandel weiter fort. Angebot und Nachfrage treffen sich auf Märkten, die der König frei lokalisiert (Markregal). Wirtschaftsrechtlich ist zu vermerken, dass das Reich durch seine Zoll- und Münzordnung, aber auch durch die Königsmunt (*mercatores regis*) den Handel zu erleichtern und zu fördern trachtet.

2. Im *Hoch- und Spätmittelalter* entwickelt sich die auf Bedarfsdeckung ausgehende Fronwirtschaft nach dem Übergang zur Geldwirtschaft zum Rentensystem. Parallel zum Gedeihen der Städte geht die Blüte der freien, grundherrlichen und gemischten Markgenossenschaften. Die Ausschaltung der Meier wandelt die Grundherrschaft zu einer pachtähnlichen Verfassung. Die abhängigen Bauern erbringen ihre Leistungen in Geld und bieten ihre Erzeugnisse auf den Märkten der benachbarten Städte an. Freilich schafft die fortwährende Erhöhung der Abgabepflichten Unzufriedenheit (Bauernkriege). In den Markgenossenschaften steht dem Obermärker nicht nur die niedere Gerichtsbarkeit, sondern auch die Gewalt zu Wald- und Flurzwang, aber auch zu gewerblichem Zwang zu (Zwing und Bann)<sup>27</sup>.

Im hier gegebenen Zusammenhang sind die das städtische Handwerk organisierenden *Innungen oder Zünfte* von grösstem Interesse<sup>28</sup>. Sie entwickeln sich zu Zwangsverbänden, wobei die Mitgliedschaft Voraussetzung für die Ausübung des Gewerbes ist (Zunftzwang). Nach und nach werden die Aufnahmebedingungen in einem Masse erschwert, dass Aussenseiter (Bönhasen) keine Aussicht mehr auf Aufnahme haben. Das führt zu Gegengewichtsorganisationen

<sup>26</sup> Vgl. CONRAD, I (Anm. 24), S. 124, mit Hinweis auf die *Lex Bajuvarum*, nach der das Schmiedehandwerk Sonderschutz genoss.

<sup>27</sup> Vgl. CONRAD, I (Anm. 24) S. 277 ff.; vor allem KULISCHER, I (Anm. 25), S. 103; HENRI PIRENNE, Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Europas im Mittelalter, Sammlung Dalp, Bern o. J., S. 61 ff.

<sup>28</sup> Über die Entstehung der Zünfte herrscht Streit. Neben der Ableitung aus der Grundherrschaft (Hofrechtstheorie), aus der Abordnung der Stadtobergkeit (Ämter- oder Markkontrolltheorie) gibt es eine Rückführung auf den freien Zusammenschluss (Genossenschaftstheorie); vgl. CONRAD, I (Anm. 24), S. 293; vgl. dazu und zu weiteren Theorien ausführlich KULISCHER, I (Anm. 25), S. 183 ff.; vgl. auch SCHRÖDER/VON KÜNSSBERG (Anm. 24), S. 698 ff.; PIRENNE (Anm. 27), S. 171 ff.; vgl. zum Modell der Zunftverfassung: WALTER R. SCHLUEP, Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964, S. 40 f.

der Gesellen, die ihre Forderungen durch Boykott und Streik durchsetzen. Ein korporativ gesetztes Lenkungsrecht (Zunftordnung) mit eigener Gerichtsbarkeit tritt anstelle des Wettbewerbs. In einzelnen Wirtschaftsbereichen bestehen sogar interurbane Zunftabsprachen. Die städtische Obrigkeit geht nur vereinzelt gegen die nahezu totale Schliessung der Märkte vor, und zwar durch Zunftverbote oder durch Zulassung von Aussenseitern (Freimeister)<sup>29</sup>.

Bekannt ist die mit den Kreuzzügen einsetzende Ausweitung des *Handels* zum mediterranen und zum nordischen Fernhandel. Dieser Handelszug geht durchwegs von den Städten aus (oberitalienische Städte, Flandern, Brügge, Lübeck), in denen die zu Genossenschaften vereinten Kaufleute (Hansen) ihre Niederlassungen haben. Zunehmend werden die Kaufleute sesshaft und organisieren sich in kapitalistischen Gesellschaften<sup>30</sup>. Abgesehen von den fiskalisch motivierten Zöllen und dem Verbot der Zinsleihe ist die Betätigungsfreiheit der Händler grundsätzlich gewährleistet. Nur gerade die seit dem 15. Jahrhundert zum kaiserlichen Reservatrecht gewordenen Stapel- und Niederlagerechte sind protektionistische Eingriffe im Interesse der Stadtbevölkerung<sup>31</sup>. Die übrigen Vorschriften stehen – die Privilegien (z. B. Alleinrechte für Absatz in einem bestimmten Umkreis) ausgenommen – im Dienste der Rahmenordnung (Münzordnung, Marktrechte, Geleitrechte)<sup>32</sup>.

### III. DIE NEUZEIT

I. Im Grunde charakterisiert man die Periode bis zur zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts am besten als Fortentwicklung der spätmittelalterlichen Ge-

<sup>29</sup> Vgl. dazu CONRAD, I (Anm. 24), S. 293 ff; KULISCHER, I (Anm. 25), S. 192 ff; PIRENNE (Anm. 27), S. 171 ff.

<sup>30</sup> Vgl. etwa die grosse Ravensburger Gesellschaft oder das Grossunternehmen der Fugger; darüber CONRAD, I (Anm. 24), S. 288 ff; KULISCHER, I (Anm. 25), S. 278 ff; PIRENNE (Anm. 27), S. 138 ff, namentlich 156 ff; vgl. auch HANS BESSLER, Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters, Aarau 1956, S. 20 ff, 29 ff.

<sup>31</sup> «Das Stapel- und Niederlagerecht zwang einen Kaufmann, der eine fremde Stadt auf seiner Handelsfahrt berührte, dort seine Waren niederzulegen, aufzubinden, feilzubieten oder auch umzuschlagen»; CONRAD, I (Anm. 24), S. 290; vgl. auch PIRENNE (Anm. 27), S. 202; KULISCHER, I (Anm. 25), S. 302.

<sup>32</sup> In diesem Sinn kann durchaus von einer Wirtschaftspolitik des mittelalterlichen Staates gesprochen werden; vgl. dazu ULF DIRLEMEIER, Mittelalterliche Hoheitsträger im wirtschaftlichen Wettbewerb, Beiheft 51 der Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Wiesbaden 1966, namentlich S. 217 ff.

gebenheiten. Doch mehren sich die staatlichen Eingriffe in den wirtschaftlichen Ablauf. Zwar verdient am Anfang die Bauernbefreiung in Deutschland Erwähnung (Allodifikation)<sup>33</sup>. Im Bereich des Handels dagegen wendet sich die Obrigkeit gegen die Monopole und andere Behinderungen, Berühmt ist das Monopolverbot der Reichspolizeiverordnung aus dem Jahre 1577. Ähnliche Verbote werden in England (1552) und Frankreich (1539) erlassen<sup>34</sup>. Gegen Missbräuche des Zunftwesens richtet sich die Reichshandwerksordnung von 1731. Die 1559 von Ferdinand I. zu Augsburg erlassene Reichsmünzordnung begründet Annahmewang für die Reichswährung.

2. Die Wirtschaftsverfassung der absoluten *Territorialstaaten* gründet auf dem System des *Merkantilismus*. Die auf Goldvermehrung des Staates zielende Wirtschaftspolitik orientiert sich am Leitbild der autarken Wirtschaft: Schaffung einheitlicher Wirtschaftsräume durch die Förderung des Binnenverkehrs und die Aufhebung der Binnenzölle. Steigerung der Produktion, namentlich durch unmittelbare Beteiligung des Staates an der Gütererzeugung (Manufakturen, Privilegien)<sup>35</sup>, Ausfuhrverbote für Rohstoffe, Einfuhrverbote für Fertigwaren, Förderung des Bevölkerungswachstums und der Immigration. Daneben entwickelt sich als Vorläufer der modernen Fabrik im Verlagssystem (Hausindustrie) die Teilung der Produktions- und der Absatzfunktion. Zutreffend ist zwar bemerkt worden, es gebe keinen einheitlichen Merkantilismus, sondern nur einen maritimen, einen kontinental-binnenländischen, einen protestantischen und einen katholischen. «Und dennoch gab es *den* Merkantilismus – wie es *den* Absolutismus gegeben hat –, dessen Grundideen aktive Bilanz, Besitz von Kolonialländern, wirtschaftlicher Kampf aller gegen alle überall akzeptiert, aber freilich auch überall anders, wenngleich zuweilen imitatorisch ausgeformt wurden, so dass dem jeweiligen Absolutismus der jeweilige Merkan-

<sup>33</sup> SCHWERIN/THIEME (Anm. 24), S. 240 ff; HERMANN CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte, Band 2: Neuzeit bis 1806, Karlsruhe 1966, S. 217 ff.

<sup>34</sup> Vgl. dazu RUDOLF ISAY, Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen, Berlin 1955, S. 9 ff.

<sup>35</sup> JOSEF KULISCHER, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters und der Neuzeit, Band 2: Die Neuzeit, 3. Auflage, München/Wien 1965, S. 104 f: «Von besonderer Bedeutung war das ihnen (sc. den Unternehmungen) gewöhnlich verliehene Alleinrecht für die Erzeugung und den Absatz ihrer Fabrikate in einem bestimmten Umkreise, ein den mittelalterlichen Zunftmonopolen im Stadtbereich entsprechende Recht. Dazu gesellte sich das Verbot, den betreffenden privilegierten Unternehmungen ihre Arbeiter abspenstig zu machen, und die Verfolgung der flüchtigen Arbeiter, die die neuen Industrien nach andern Ländern zu verpflanzen suchten.»

ilismus entsprach, der jeweiligen politischen eine dazugehörige Wirtschaftsbilanz<sup>36</sup>.»

3. Der *Frühkapitalismus* bringt primär einen Wandel der Gesinnung: «Während man früher und auch später noch dort, wo der alte Geist herrschte, sich um die Ausgaben wenig bekümmerte, heisst es nun für den neuen Unternehmer, weniger auszugeben als einzunehmen<sup>37</sup>, Meidung aller nicht unbedingt notwendigen Ausgaben<sup>37</sup>.» Fleiss, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verdrängen den zünftlerischen Traditionalismus der Vergangenheit. Gewerbe- und Handelsfreiheit werden gefordert. Das führt im Verein mit den philosophischen und politischen Ideen der Aufklärung und des Liberalismus zum Hochkapitalismus von der Mitte des 19. Jahrhunderts bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges. Mit der Verwirklichung der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit fallen Privatrecht und Wirtschaftsrecht zusammen<sup>38</sup>. Nur im sozialen Bereich (Arbeiterschutzgesetzgebung) muss die Privatautonomie angesichts der Waffenungleichheit der Kontrahenten weichen. Auch die Landwirtschaft bedarf des staatlichen Eingriffs, weil die Bauernbefreiung allein den Strukturproblemen nicht Herr wird. Endlich ruft die deutsche Krise im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts der Schutz-zollpolitik, deren Ergebnis eine zweite Phase der Industrialisierung ist.

4. Zu einem Übermass wirtschaftsrechtlicher Massnahmen führen die deutsche *Inflation* und die weltweite *Industrie-, Agrar- und Kreditkrise* nach dem Ersten Weltkrieg. Faschismus und Nationalsozialismus brauchen das wirtschaftsverwaltungsrechtliche Instrumentarium nur zu übernehmen, um die eigenen ständischen Ordnungsvorstellungen zu realisieren. Aber auch in der Schweiz beobachtet KARL OFTINGER im Jahre 1938, «dass seit einigen Jahren von der Seite der *Wirtschaft* her die Lebensbeziehungen, deren Normierung die Aufgabe des Zivilrechts ist, in einem gewaltigen Gärungsprozess begriffen sind, der sich in mannigfaltigster Weise in der Tätigkeit aller Länder des europäisch-amerikanischen Zivilisationskreises ausgewirkt hat<sup>39</sup>».

<sup>36</sup> WILLHELM TREUE, *Der Merkantilismus und das Wirtschaftsgefüge des absolutistischen Zeitalters bis ins frühe 18. Jahrhundert*, *Historia Mundi*, Band 7, Bern 1957, S. 282; vgl. auch ALFRED BÜRGIN, *HDSW*, Band 7, Stichwort «*Merkantilismus*».

<sup>37</sup> KULISCHER, II (Anm. 35), S. 408.

<sup>38</sup> Vgl. dazu KARL OFTINGER, *Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur*, in: *SJZ* 37 1940/41, S. 225 ff., 241 ff.

<sup>39</sup> OFTINGER (Anm. 2), in: *ZSR N. F.* 7 1938, S. 492 a.

5. Nach dem *Ende des Zweiten Weltkriegs* und der Teilung der Erde in mindestens zwei machtpolitisch, aber auch gesellschaftspolitisch und ideologisch eigenständige Blöcke wird die Entwicklung zweigleisig. Während im Ostblock das System der reinen oder gemischten Planwirtschaft zu einer Häufung wirtschaftsrechtlicher Erlasse führt, erlebt die freie Welt (namentlich aber die im Weltkrieg unterlegenen Staaten) durch einen radikalen Abbau wirtschaftsrechtlicher Schranken einen beispiellosen Aufschwung. Doch wird zugleich mit der Rückkehr zur Wirtschaftsfreiheit aus Amerika die Lehre rezipiert, dass der grundsätzlich aus der Freiheit folgende Wettbewerb eine staatliche Veranstaltung bleiben muss. Das führt zur Beschränkung der rechtsgeschäftlichen um der Erhaltung der wirtschaftlichen Freiheit willen. Ferner zeigt sich, dass der Wettbewerb als Steuerungsmechanismus der staatlichen Unterstützung und Ergänzung bedarf und dass die Landwirtschaft im Industriezeitalter ohne staatliche Hilfe gefährdet ist. Dazu birgt die Überbeschäftigung Probleme, deren Lösung ein inhaltlich neues, funktionell aber vorbekanntes Wirtschaftsrecht fordert. Aber auch die mit supranationalen Organisationen angestrebte Schaffung gemeinsamer Märkte ist ohne ein ausgebautes Wirtschaftsrecht nicht zu vollbringen.

## B. BEGRIFFSGESCHICHTE

Überblickt man den wirtschaftsgeschichtlichen Abriss, so wird fraglich, weshalb man sich überhaupt um den Begriff «Wirtschaftsrecht» müht. Ist darunter nicht schlicht die rechtliche Ordnung der Freiheit (und damit Privatrecht) und (oder) der staatlichen Aufgabenerfüllung (und damit Verwaltungsrecht) im Bereich der Wirtschaft zu verstehen<sup>40</sup>? Ein Blick auf die Begriffsgeschichte lehrt, dass es so simpel nicht ist<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Verwaltungsrecht ist das Recht der öffentlichen Verwaltung (im materiellen Sinn), worunter mit HANS J. WOLFF zu verstehen ist, «die mannigfaltige, zweckbestimmte, nur teilplannende, selbstbeteiligt durchführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihren Mitgliedern als solche durch die dafür bestellten Organe»; HANS J. WOLFF, *Verwaltungsrecht* I, 4. Auflage, München/Berlin 1961, S. 12.

<sup>41</sup> Die Problemgeschichte folgt – mit Ausnahme des Abschnitts über die neueste Zeit – in freilich spezifischer Aufbereitung für die hier zu erörternden Probleme der Schrift von 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, soweit keine andern Quellen angegeben werden.

## I. DIE ANTIKE

Wie die Wirtschaftsgeschichte lehrt, gibt es bereits in der ältesten Zeit Normen, welche die Wirtschaft betreffen. Allein eine wissenschaftliche Durchdringung und begriffliche Einzirkelung dieser Normengruppe fehlt, wie ja überhaupt die römische Rechtswissenschaft auch nach der Rezeption der griechischen Dialektik zu einer umfassenden Systematik nicht gelangt ist<sup>42</sup>. PIEPENBROCK erinnert zwar an die Ökonomie als Teil der Ethik im System der Philosophie. In diesem Sinn wird unter Ökonomie die Haushaltlehre verstanden, welche die Bezüge Mann-Frau, Eltern-Kinder, Herr-Diener beschlägt<sup>43</sup>. ARISTOTELES spricht von einem häuslichen Recht, das die Beziehung des Sklaven zum Herrn deckt<sup>44</sup>. Aber daraus ist für unser Problem nichts zu gewinnen ausser der Anerkennung eines besonderen häuslichen Rechts, dessen Gegenstand fernab liegt<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Vgl. FRITZ SCHULZ, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961, S. 73 ff, 152 ff, 158 ff; KUNKEL (Anm. 14), S. 64.

<sup>43</sup> Vgl. dazu Lexikon der Alten Welt (Anm. 8), Spalte 2305, Stichwort «Philosophie».

<sup>44</sup> ARISTOTELES, Magna Moralia, Band 8 der Ausgabe Darmstadt 1958, übersetzt von FRANZ DIRLMEIER, S. 38 (Buch I 1194 B): «Genauso aber gibt es auch für den Sklaven kein Recht gegenüber dem Herrn, aus dem gleichen Grunde: Der Sklave ist ja ein Stück seines Herrn, indes selbst wenn es für ihn ein Recht gibt, so ist es das häusliche Recht, das er gegenüber dem Herrn hat. Aber natürlich ist es nicht dieses, was wir suchen, sondern das Polis-Recht.» Vgl. ferner ARISTOTELES, Nikomachische Ethik, Band 6 der Ausgabe Darmstadt 1960, übersetzt von FRANZ DIRLMEIER, S. 110 (Buch V 1134 B): «Das Recht des Herrn (über den Sklaven) und das des Vaters (über die Kinder) ist den geschilderten Formen nicht wesensgleich, sondern nur ähnlich, es gibt nämlich nicht so einfache Ungerechtigkeit gegen das, was unser ist; ein Stück Eigentum aber (der Sklave) und das Kind ist, bis es ein bestimmtes Alter erreicht hat und selbständig geworden ist, wie ein Teil von uns selbst; niemand aber will sich mit Absicht selber schaden, weshalb es ja auch keine Ungerechtigkeit gegen die eigene Person gibt. Daher gibt es innerhalb dieser Verhältnisse kein Unrecht und kein Recht wie unter den Angehörigen eines Gemeinwesens. Denn dieses Recht basierte, wie wir sagten, auf dem Gesetz und galt für Menschen, unter denen das Gesetz von Natur seinen Platz hatte. Das aber sind, wie wir sagten, Menschen, die am Herrschen und Sich-Unterordnen gleichen Anteil haben. Daher ist das Verhältnis zur Frau eher ein Rechtsverhältnis als zu den Kindern und Besitzstücken (Sklaven); denn ersteres ist das häusliche Recht. Aber auch dies ist etwas anderes als das Recht unter den Angehörigen eines Gemeinwesens (einer Polis).» Vgl. dazu auch MARTIN GRABMANN, Die Geschichte der scholastischen Methode, Band 2, Die scholastische Methode im 12. und beginnenden 13. Jahrhundert, Nachdruck Darmstadt 1961, S. 30 f.

<sup>45</sup> Vgl. aber immerhin PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 32 f, wonach neben der privaten Haushaltung eine städtische, provinzielle und königliche Haushaltung unterschieden wird. Damit ist ein Bezug zur Staatswirtschaft gegeben.

## II. DAS MITTELALTER

Auch im Mittelalter fehlt eine über das Haushaltsrecht reichende Beschäftigung mit den spezifisch wirtschaftsrechtlichen Normen. Namentlich gehen die Erkenntnisse des *Aquinaten* im Kern nicht über ARISTOTELES hinaus<sup>46</sup>.

## III. DIE NEUZEIT

1. Die Kameralistik<sup>47</sup>

Die Kameralisten behandeln die Ökonomie als Teil der allgemeinen Kameral- und Polizeiwissenschaften. Die Ökonomie wird in Stadt- und Landwirtschaft unterteilt. Die auf die Ökonomie bezogenen Rechtsnormen werden als Ökonomierecht bezeichnet. Doch differenzieren die einzelnen Autoren den Bezug, etwa nach der Bedeutung der Normen für die Wirtschaft überhaupt, für bestimmte Personen (die Kameralisten) oder für besondere Geschäfte. Andere Autoren gliedern das Wirtschaftsrecht als besondere Materie aus dem Polizeirecht als Wirtschaftspolizeirecht aus (*ius oeconomicum*) oder setzen es dem Kameralrecht gleich (*ius civile oeconomicum sive camerale*).

2. Die Naturrechtslehre<sup>48</sup>

Zum Naturrecht gehört das *ius naturae sociale*, unter dessen Arten das *ius naturae sociale oeconomicum* (VON ICKSTATT) oder die *iurisprudentia oeconomica specialis* (DARJES) im Sinne des aristotelischen Haushaltsrechts aufgezählt wird. Daneben wird als Teil auch des Naturrechts (als *iurisprudentia oeconomica generalis*) oder aber als Teil des (positiven) *ius civile privatum* das Staatswirtschaftsrecht (*ius civile oeconomico-camerale*) zum Wirtschaftsrecht.

<sup>46</sup> THOMAS VON AQUIN, *Summa theologica*, 18. Band der Deutschen Thomas-Ausgabe, Recht und Gerechtigkeit, kommentiert von A. N. URZ O. B., Heidelberg/München/Graz/Wien/Salzburg 1953, S. 13 (II – II 57, 4), namentlich aber S. 39 (II – II, 58, 7): «Zwischen dieser einen Einzelperson und der Vielheit des Gemeinwesens ist es ein Mittelding: die häusliche Vielheit. Wenn es also neben der Allgemeingerechtigkeit eine Einzelgerechtigkeit gibt für die Einzelperson, muss es mit dem selben Recht auch eine Hausgerechtigkeit geben, die den Menschen ausrichtet auf das Gemeinwohl der einzelnen Familie. Davon aber ist nicht die Rede. Also gibt es auch keine Einzelgerechtigkeit neben der allgemeinen Gerechtigkeit.»

<sup>47</sup> Vgl. dazu ausführlich PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 31–62.

<sup>48</sup> Vgl. PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 64–69.

### 3. Der Physiokratismus<sup>49</sup>

Für die Physiokraten<sup>50</sup> sind Reproduktion und Verteilung der Bodengüter in Freiheit letztes Ziel der Natur. Das Recht steht im Dienst dieses Zieles und wird so samt und sonders Wirtschaftsrecht. Was der Erzielung und Erhaltung des «produit net» dient (Konkurrenz, Freiheit, Eigentum), ist von Natur aus gesollt und daher ins positive Recht aufzunehmen<sup>51</sup>.

### 4. Die organische Rechtsphilosophie<sup>52</sup>

Als organische Philosophie wird die Lehre des CARL CHRISTIAN FRIEDRICH KRAUSE und seiner Schule bezeichnet<sup>53</sup>. Wirtschaftsrecht ist Staatswirtschaftsrecht, das die Zuteilung der Sachgüter bezweckt. Dieses Sachgüterrecht ist sowohl öffentliches als auch privates Recht. Es wird eingeteilt in Industrie-, Handels- und Konsumtionsrecht (AHRENS).

### 5. Der Sozialismus PROUDHONS<sup>54</sup>

PROUDHON begreift das Wirtschaftsrecht als ausserstaatliches, nämlich gesellschaftliches Recht. Inhaltlich ist es gezeichnet durch die Idee der Gegenseitigkeit (Mutualität). Jede wirtschaftende Gesellschaft findet Wirtschaftsrecht als Gewohnheitsrecht vor, muss es aber auf dem Weg der Gruppenvereinbarung positivieren.

### 6. Die Gesellschaftswissenschaft des 19. Jahrhunderts<sup>55</sup>

Auszugehen ist wiederum davon, dass Staat und Gesellschaft zu sondern sind. Das Recht ist Element der Gesellschaftsbildung mit der Funktion, die Unver-

<sup>49</sup> Vgl. PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 70–79.

<sup>50</sup> Vgl. dazu JOSEPH A. SCHUMPETER, *History of Economic Analysis*, herausgegeben von Elisabeth Doody-Schumpeter, New York 1954, S. 223 ff.

<sup>51</sup> Vgl. dazu aber auch PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 76f. Dort wird ausgeführt, dass die Lehre des NICOLAS BAUDEAU nicht in dieses Schema passt. BAUDEAU versteht unter Wirtschaftsrecht enger als die übrigen Physiokraten das Recht der ständischen Gliederung.

<sup>52</sup> Vgl. dazu PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 80–90.

<sup>53</sup> Vgl. FRIEDRICH ÜBERWEGS *Grundriss der Geschichte der Philosophie*, herausgegeben von Traugott Constantin Oesterreich, 4. Teil, *Die deutsche Philosophie des 19. Jahrhunderts und der Gegenwart*, 13. Auflage, Basel 1951, S. 102 ff.

<sup>54</sup> Vgl. PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 92–96.

<sup>55</sup> Vgl. PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 97–106.

letzlichkeit der Persönlichkeit anzuerkennen. Im Bereich des Wirtschaftlichen geschieht das durch das bürgerliche Recht, genauer: das bürgerliche Vermögensrecht.

### 7. Die Nationalökonomie<sup>56</sup>

Die klassische Nationalökonomie lehrt die prästabilisierte Harmonie der Wirtschaft. Erst allmählich setzt sich die Erkenntnis der Manipulierbarkeit durch. Soweit der Staat durch seine Rechtsordnung die Volkswirtschaft beeinflusst, liegt Wirtschaftsrecht (Recht der Wirtschaftspolitik) vor, das im Vergleich zum klassischen Modell primär die Freiheit beschränkt. Das so umschriebene Wirtschaftsrecht muss sich inhaltlich an die volkswirtschaftlichen Gegebenheiten halten, so dass Recht und Wirklichkeit sich gegenseitig durchdringen. Eine andere Richtung erkennt im Wirtschaftsrecht die rechtlichen Voraussetzungen des Wirtschaftens überhaupt, was zwangsläufig das herkömmliche Privat- und Handelsrecht ins Zentrum rückt<sup>57</sup>. Wirtschaftsrecht wird also zur funktionalen Ausgliederung von Normen und bisweilen auch zur Systematisierung unter Sachgesichtspunkten<sup>58</sup>. ROESLER prägt den Begriff der Wirtschaftsverfassung, welche als Eigentumsverfassung Organisationsprinzip der funktional verstandenen Wirtschaftsgesellschaft ist<sup>59</sup>. Endlich wird die Wirtschaft als über-nationale Kultur gesehen, womit der Grund für ein internationales Wirtschaftsrecht gelegt ist.

### 8. Die Verwaltungsrechtswissenschaft<sup>60</sup>

Ursprünglich identifiziert die Verwaltungsrechtswissenschaft das Wirtschaftsrecht mit der Wirtschaftspolizei. Später wird es innerhalb des Verwaltungsrechts als besondere Sparte verselbständigt. Seine Aufgabe ist die Pflege und Förderung der Volkswirtschaft im Gesamtinteresse. Besonders beachtlich ist

<sup>56</sup> Vgl. PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 108–141.

<sup>57</sup> Diese Auffassung findet sich namentlich bei WAGNER, VON STEIN, SOMMERT, aber auch bei RITTER; vgl. PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 180 f.

<sup>58</sup> Beispiele: Recht des Güterverbrauches, der Gütererzeugung und der Güterverteilung (VON MAYER); ähnliche Einteilungen finden sich bei DANKWARDT und bei LANDGRAF; dazu PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 176 ff.

<sup>59</sup> KARL FRIEDRICH HERMANN RÖSLER, *Vorlesungen über Volkswirtschaft*, Erlangen 1878, S. 84 ff.; PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 125 ff.

<sup>60</sup> Vgl. dazu PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 142–171.

die Lehre des LORENZ VON STEIN<sup>61</sup>, der das Wirtschaftsrecht als bürgerliches Verwaltungsrecht bezeichnet, weil ihm die mit der Privatautonomie notwendig gegebene wirtschaftliche Freiheit im Gesamtinteresse zu beschränken aufgegeben sei. Insoweit gibt es ein öffentliches Personenrecht, Sachenrecht und Vertragsrecht.

#### IV. DIE NEUESTE ZEIT (DEUTSCHER SPRACHBEREICH)

##### 1. HEINRICH LEHMANN<sup>62</sup>

LEHMANN spricht von *Industrierecht*. Damit ist die Ordnung der wirtschaftlichen Grundlagen der industriellen Unternehmungen, des Schutzes der Unternehmungen nach aussen und der Beziehungen der Unternehmungen zur Gesamtheit gemeint. Daher besteht Industrierecht primär aus dem Recht der Produktionsfaktoren: Arbeit (Arbeitsrecht), Natur (Energierrecht) und Kapital (Gesellschaftsrecht, Vertragsrecht). Der Aussenschutz regelt die Beziehungen zur Konkurrenz (Wettbewerbsrecht, gewerblicher Rechtsschutz, Kartellinnenrecht). Die Normierung des Verhältnisses zur Gesamtheit hat die Funktion der Schadensverhütung und der Schadensvergütung (Haftpflichtrecht, Wirtschaftspolizeirecht, Recht der öffentlichen Unternehmungen, Kartellaussenrecht).

##### 2. MAX RUMPF<sup>63</sup>

Für RUMPF ist Wirtschaftsrecht primär eine *Methodik*: die vollrechtliche Betrachtungsweise. RUMPF fordert unter diesem Schlagwort den Einbezug aller relevanten soziologischen Fakten. Die Elemente des öffentlichen Wirtschaftsrechts sind das Ergebnis einer solchen wirtschaftsrechtlichen Betrachtungsweise: Mensch, Güter- und Eigentumsordnung, Vertrag, Verband und Wettbewerb.

<sup>61</sup> LORENZ VON STEIN, Handbuch der Verwaltungslehre, 3. Auflage, Stuttgart 1887/88, I, S. 370; II, S. 224, 228f; PIEPENBROCK (Anm. 41), S. 149 ff.

<sup>62</sup> HEINRICH LEHMANN, Grundlinien des deutschen Industrierechts, Festschrift für Ernst Zitelmann, München/Leipzig 1913, S. 1 ff. Die Arbeit LEHMANNS ist zwar vor dem Ersten Weltkrieg erschienen. Sie steht aber gedanklich durchaus in der Nähe der Nachkriegsdoktrin.

<sup>63</sup> MAX RUMPF, Der Sinn des Wirtschaftsrechts, in: AcP 120 1922, S. 133 ff.

##### 3. ARTHUR NUSSBAUM<sup>64</sup>

Wirtschaftsrecht ist die Ausstrahlung der Kriegswirtschaft: eine *Sammelkategorie* für alle Normen, welche überwiegend als öffentliches Interventionsrecht die wirtschaftliche Freiheit beschränken.

##### 4. HANS GOLDSCHMIDT<sup>65</sup>

Das Wirtschaftsrecht entspricht der geregelten Verkehrswirtschaft und der Gemeinwirtschaft<sup>66</sup>. Sowohl die geregelte Marktwirtschaft wie die Gemeinwirtschaft zielen auf die Verbesserung der Produktion. Daher ist Wirtschaftsrecht das durch Ordnung oder Aufhebung der freien Wirtschaft der Produktionsverbesserung dienende Recht. Abgekürzt kann man es «das der organisierten Wirtschaft eigentümliche Recht<sup>67</sup>» nennen. Nicht zum Wirtschafts-, sondern zum Arbeits- und Sozialrecht gehören die Organisation der Verteilung und der Schutz der wirtschaftlich Schwachen im Bereich der Produktion. Wirtschaftsrecht ist sowohl öffentliches als auch privates Recht. Es ist eine selbständige Rechtsdisziplin, weil eine sachliche Gruppierung von Rechtssätzen sich aufdrängt<sup>68</sup>. Die Normen, die unter dem neuen Gesichtspunkt zusammengefasst werden, sind zum Teil älteren Ursprungs und werden daher auch von anderen Disziplinen einbezogen. Soweit sie aber durch das Wirtschaftsrecht fortentwickelt werden, sind sie auch in diesem neuen Sinnzusammenhang zu erörtern.

##### 5. EMIL WESTHOFF<sup>69</sup>

Nach WESTHOFF kann Wirtschaftsrecht nur das auf die Wirtschaft bezogene Recht sein<sup>70</sup>. Das setzt die Klarstellung des Verhältnisses von Wirtschaft und Recht voraus. Dabei zeigt sich, dass wirtschaftliche Verhältnisse Recht verursachen.

<sup>64</sup> ARTHUR NUSSBAUM, Das neue Deutsche Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin 1922.

<sup>65</sup> HANS GOLDSCHMIDT, Reichswirtschaftsrecht, Berlin 1923.

<sup>66</sup> GOLDSCHMIDT (Anm. 65), S. 8.

<sup>67</sup> GOLDSCHMIDT (Anm. 65), S. 12.

<sup>68</sup> GOLDSCHMIDT (Anm. 65), S. 6.

<sup>69</sup> EMIL WESTHOFF, System des Wirtschaftsrechts, Band 1, Wesen und Grundlagen, 1./2. Auflage, Leipzig 1926.

<sup>70</sup> Ähnlich DOCHOW, in: Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1/1 1920, S. 556: «Als wirtschaftlich möchte ich alle Rechtssätze bezeichnen, die sich auf wirtschaftliche Angelegenheiten beziehen.»

chen. Das so entstandene Recht wird nun aber umgekehrt durch die Rechtsanwendung zum Grunde der wirtschaftlichen Tätigkeit des einzelnen und der Gesamtheit, weil das Rechtssystem die Normen für das wirtschaftliche Handeln setzt<sup>71</sup>. Dazu kommt, dass Recht und Wirtschaft beide zugleich durch die Gesellschaft bedingt sind. Weil indessen das Recht genetisch aus der Wirtschaft folgt, muss das System des Wirtschaftsrechts mit Hilfe der soziologischen Methode aus den wirtschaftlichen Bezügen gewonnen werden. So kann man das Recht der Erwerbswirtschaft vom Recht der Verbrauchswirtschaft scheidend oder dem Weg der Güter folgen und Normen der Gütererzeugung, Güterverteilung und des Güterverbrauchs auswerfen. WESTHOFF entscheidet sich aber für eine Gliederung nach den geistig-sittlichen Anschauungen einer Volksgemeinschaft über die Wirtschaftsordnung (Individualismus oder Kollektivismus). Das führt zur Überwindung des Gegensatzes von privatem und öffentlichem Recht und zur Unterscheidung des Rechts der Privatwirtschaft vom Recht der Gemeinwirtschaft im nationalen und im internationalen Bereich<sup>72</sup>. In einem zweiten Teil werden die Wirtschaftssubjekte und das Verbandsrecht behandelt<sup>73</sup>. Der dritte Teil befasst sich mit dem Wirtschaftsverkehrsrecht der Wirtschaftssubjekte (Vertragsrecht) und der letzte Teil mit dem Verkehrsrecht der Wirtschaftsobjekte (Sachenrecht<sup>74</sup>).

<sup>71</sup> WESTHOFF (Anm. 69), S. 14.

<sup>72</sup> WESTHOFF (Anm. 69), S. 57, überschreibt den hier relevanten Teil C: «Die Grundbetriebe der Wirtschaft: Individualismus als Träger der Privatwirtschaft (Eigenwirtschaft) und Kollektivismus als Träger der Gemeinwirtschaft.» Daraus leitet er ab:

1. die Eigenwirtschaft und ihr Rechtssystem,
2. die sozialistische Gemeinwirtschaft und ihr Rechtssystem,
3. die genossenschaftliche Gemeinwirtschaft und ihr Rechtssystem,
4. das Verhältnis dieser drei Wirtschafts- und Rechtssysteme zum Staate,
5. der Staat als Träger der Gesamtwirtschaft (Reich, Länder, Gemeinden).

<sup>73</sup> WESTHOFF (Anm. 69), S. 58 ff. Dieser zweite Teil ist wie folgt gegliedert: A. Die Privatwirtschaft (Eigenwirtschaft) als Erwerbswirtschaft und Verbrauchswirtschaft. B. Die Rechtsformen der Unternehmung. C. Die Verbrauchswirtschaft in Form des bürgerlichen Haushalts und ihre Rechtsgrundlagen. D. Die Selbstverwaltungskörper und ihre Organisationen in der sozialistischen Gemeinwirtschaft. E. Die wirtschaftlichen Unternehmungen und Betriebe von Reich, Ländern und Gemeinden und ihre Kulturformen. G. Die sozialen Organisationen der Wirtschaftssubjekte. H. Die Organisationen der Weltwirtschaft.

<sup>74</sup> Völlig anders und abseits der Entwicklungslinie liegt die Arbeit von EUGEN ROSENSTOCK, Das Industrierecht, Rechtssystematische Fragen, Festgabe Xaver Gretener, Berlin 1926, S. 9 ff. ROSENSTOCK geht von der Frage nach einem besonderen Industrierecht aus. Industrie ist Kraftwirtschaft. Kräfte und Mächte sind weder Rechtssubjekte noch Rechtsobjekte. Kräfteordnungen brauchen Zeitbahnen und sind daher zeitliche, nicht räumliche Ord-

## 6. ERNST HEYMANN<sup>75</sup>

Im Anschluss an STAMMLER, nach dem das Recht die Form der Wirtschaft ist, hält HEYMANN in einem weiten Sinn alles Recht für Wirtschaftsrecht. Ein spezifisches Wirtschaftsrecht im engen Sinn bleibt vage und kann allenfalls jene Rechtsgebiete umfassen, die aus dem allgemeinen juristischen System unter besonderen wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgespart worden sind. Es handelt sich somit juristisch-systematisch um Sondergruppen<sup>76</sup>.

## 7. WALTER KASKEL<sup>77</sup>

Von einer Rechtsdisziplin kann nur die Rede sein, wenn die darin vereinigten Institute eine innere (logische) Einheit bilden, indem sie für ein Teilgebiet Sonderrecht bilden. Sonderungskriterien sind entweder Materien oder Personen (z.B. Prozessrecht und Handelsrecht). Im Wirtschaftsrecht wird der zweite Weg begangen: Das wirtschaftliche Recht ist das Sonderrecht der Unternehmer, soweit die Führung der wirtschaftlichen Unternehmungen in Frage steht. Das Vertragsrecht ist Teil des Wirtschaftsrechts nur, wenn Sonderregeln für die wirtschaftlichen Unternehmungen bestehen. Vom Arbeitsrecht unterscheidet sich das Wirtschaftsrecht dadurch, dass es an die Unternehmung, nicht an die Funktion des Arbeitgebers anknüpft. Der allgemeine Teil des Wirtschaftsrechts muss beinhalten: die Rechtsquellen, die Grundbegriffe und die drei grossen Sachgebiete (Waren, Wertpapiere und Geld). Im besonderen Teil sollen erörtert werden: das Verhältnis des Unternehmens zum Staat (Wirtschaftspolizeirecht), die Beziehungen der Unternehmungen untereinander (Recht der Unternehmungen. Wie müsste ein solches Industrierecht aufgebaut sein? Es beginnt mit der Ordnung des Betriebes, weil sich hier Handels- und Gewerberecht einerseits, Arbeitsrecht andererseits berühren. Hernach wird der Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse unter dem Titel «Zweignerschaft» dargestellt. Im Anschluss daran handelt ROSENSTOCK von den industrie-rechtlich relevanten Organen (Räten), um mit einem Abschnitt über «Mächte, Kräfte, Namen und juristische Personen» (Erscheinungen der industriellen Marktwirtschaft) fortzufahren. Endlich analysiert ROSENSTOCK Absichten und Grenzen des neuzeitlichen Rechtssystems.

<sup>75</sup> ERNST HEYMANN, Recht und Wirtschaft in ihrer Bedeutung für die Ausbildung des Juristen, Nationalökonomien und Technikers, Festgabe für Rudolf Stammler, Berlin/Leipzig 1926, S. 205 ff.

<sup>76</sup> HEYMANN (Anm. 75), S. 224.

<sup>77</sup> WALTER KASKEL, Gegenstand und systematischer Aufbau des Wirtschaftsrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach, in: Juristische Wochenschrift 55 1926, S. 11 ff.

schaftsgemeinschaft), die Gesamtheit als Unternehmer (Recht der Gesamtwirtschaft) und das formelle Wirtschaftsrecht (Recht der Wirtschaftsbehörden, Verfahrensrecht).

#### 8. HEINRICH KRONSTEIN<sup>78</sup>

Wirtschaftsrecht ist die Lehre von den Rechtsformen der *Organisation* der Wirtschaftszweige sowie der Gesamtwirtschaft und der in dieser entstandenen oder angewandten Rechtsnormen. Als Systematisierungskriterien kommen in Frage: Subjekt, Objekt und Normzweck. So sind zum Beispiel die Unternehmungen insoweit Subjekte des Wirtschaftsrechts, als das von ihnen ausgehende Recht (Objekt) einen Wirtschaftszweig oder die Gesamtwirtschaft betrifft (z.B. Kartellverträge, Geschäftsbedingungen). Aus dieser Definition folgt, dass es auch ein internationales Wirtschaftsrecht geben muss. Methodisch zeichnet sich das Wirtschaftsrecht durch die Rechtstatsachenforschung aus, so dass es zum Bindeglied zwischen Volkswirtschaftslehre und Recht wird. Soweit wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in der Norm auftauchen, sind sie aus dem Zweck der Norm auszulegen.

#### 9. FRIEDRICH DARMSTÄEDTER<sup>79</sup>

Das objektive Recht zerfällt in wirtschaftliches (Leistungsbeziehungen) und nicht wirtschaftliches Recht (Personenbeziehungen). Damit wird das Wirtschaftsrecht in einem Sinne verstanden, der das private Vermögensrecht, das Arbeitsrecht und das Wirtschaftsverwaltungsrecht umfasst. Das ursprüngliche Wesen des Wirtschaftsrechts ist in der Abwehrfunktion zu erblicken. Daneben hat das Wirtschaftsrecht die wirtschaftliche Förderung durch Dritte zu vermitteln<sup>80</sup>. Die Vereinigung von Abwehr- und Vermittlungsfunktion ist Ausdruck der antithetischen Struktur des Wirtschaftsrechts. Sie wirkt sich aus in der Grundeinteilung der bürgerlichen Vermögensrechte (Sachenrechte und Forderungsrechte). Die Vermittlungsfunktion macht es möglich, dass ein Mensch Güter durch einen andern erstellen lässt. Das geschieht entweder durch Zuwendung (Gemeinschaft) oder durch Gegenzuwendung (Gegenseitigkeit). Ge-

<sup>78</sup> HEINRICH KRONSTEIN, Wirtschaftsrecht-Rechtsdisziplin und Zweig der Rechtstatsachenkunde (1928), in: *Ausgewählte Schriften*, Karlsruhe 1962, S. 3 ff.

<sup>79</sup> FRIEDRICH DARMSTÄEDTER, *Das Wirtschaftsrecht in seinen soziologischen Strukturen*, Berlin-Grünwald 1928.

<sup>80</sup> DARMSTÄEDTER (Anm. 79), S. 25.

meinschaften sind entweder Produktionsgenossenschaften (Hinnahme fremder Arbeitsleistungen und Güter gegen Anteil an der Produktion) oder Konsumtionsgemeinschaften (Hingabe eigener Arbeitsleistungen und Güter für eine auch der fremden Bedürfnisbefriedigung genügende Produktion)<sup>81</sup>.

Im Wirtschaftsrecht stehen die wirtschaftlichen Rechtssubjekte den wirtschaftlichen Rechtsobjekten gegenüber. Grundproblem des Wirtschaftsrechts ist die Frage, ob das Recht um der Vermögensbildung willen die einen Menschen mit ihren Gütern (vor allem Arbeitskräften) ungehemmt «den Zwecken der Bedürfnisbefriedigung anderer Menschen dienstbar machen soll<sup>82</sup>». Nach der einen Meinung ist das Recht Mittel der Produktion, nach der andern hat es die menschenwürdige ökonomische Lebenshaltung der Volksmassen herbeizuführen<sup>83</sup>. Das Wirtschaftsrecht will hier den Ausgleich, indem die Vermittlungsfunktion die Vermögensbildung fördert, die Abwehrfunktion aber vor Schädigungen durch das Übergewicht der Kapitalisten schützt. Damit schafft das Wirtschaftsrecht die Möglichkeit der Verkehrswirtschaft, und zwar in ganz bestimmter Ausgestaltung<sup>84</sup>: denn das Recht ist «konstitutive Einheitsform» der Verkehrswirtschaft (einheitliche Gewissheit über das negative Unterbleiben von Schädigungen)<sup>85</sup>. Auch die neueren Bestrebungen für eine soziale Wirtschaft bleiben letztlich blosse Ausgestaltung der Willenshemmung im Rahmen der Abwehr- und der Vermittlungsfunktion. Lediglich die Produktionsgemeinschaft hat durch den Einbau planerischer Elemente neue Züge erhalten. Namentlich die wirtschaftliche Selbstverwaltung und die Staatsaufsicht verstärken den Gemeinschaftsgedanken ebenso wie die durch das moderne Arbeitsrecht ins Leben gerufene Arbeitsgenossenschaft (Werks- und Betriebsgemeinschaft). Fraglich ist, wie es sich mit dem Wirtschaftsrecht in einem kommunistischen System verhält. Auch hier bleibt es bei der Abwehr- und Verteilungsfunktion. Im Unterschied zur Verkehrswirtschaft liegt aber hier nicht eine Produktions-, sondern eine Konsumgemeinschaft vor. Das aber setzt Altruismus voraus. «Als altruistische Wirtschaft ist der Kommunismus keine rechtlich geordnete Wirtschaft, muss er die rechtliche Ordnung und das Wirtschaftsrecht ablehnen<sup>86</sup>.»

<sup>81</sup> Beispiel: Familienhaushalt; vgl. DARMSTÄEDTER (Anm. 79), S. 49.

<sup>82</sup> DARMSTÄEDTER (Anm. 79), S. 74.

<sup>83</sup> DARMSTÄEDTER (Anm. 79), S. 78.

<sup>84</sup> DARMSTÄEDTER (Anm. 79), S. 104.

<sup>85</sup> DARMSTÄEDTER (Anm. 79), S. 114.

<sup>86</sup> DARMSTÄEDTER (Anm. 79), S. 154.

10. FRIEDRICH KLAUSING<sup>87</sup>

Nach KLAUSING gibt es drei Weisen, das Wirtschaftsrecht zu erfassen: Die *Gegenstandstheorie*, nach der das Wirtschaftsrecht alle Normen und Institutionen umfasst, welche der Wirtschaft dienen<sup>88</sup>. Zweitens die *Gesinnungstheorie*, wonach Wirtschaftsrecht eine Kulturtendenz ist, die Wirtschaft zur Rechtsquelle (ähnlich dem Verhältnis Natur und Recht im Naturrecht) zu erheben<sup>89</sup>. Endlich die *Methodentheorie*, nach der die wirtschaftliche Natur der Sache durch minutiöse Erforschung der wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen ist<sup>90</sup>. KLAUSING bekennt sich zur Gegenstandstheorie, wobei freilich auf Grund des etablierten Sprachgebrauches drei Varianten möglich sind. Wirtschaftsrecht kann sein: das gesamte Recht der erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen (kaufmännische Unternehmung, gemeinwirtschaftliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmung) allenfalls einschliesslich Arbeitsrecht. Ferner kann Wirtschaftsrecht begriffen werden als Interventionsrecht, allenfalls einschliesslich öffentliches Arbeitsrecht und wirtschaftliches Bodenrecht. Endlich mag Wirtschaftsrecht in einem sehr weiten Sinn das gesamte Recht sein, das irgendwie wirtschaftliche Verhältnisse regelt (z.B. auch das eheliche Güterrecht). KLAUSING entscheidet sich für den ersten Ansatz: Ausbau des Handelsrechts zu einem umfassenden Unternehmensrecht. Dazu kommt aber die Forderung, dass in einer Parallelvorlesung das Verhältnis von Staat und Wirtschaft abgehandelt wird.

11. FRANZ BÖHM<sup>91</sup>

Die Disziplin des Wirtschaftsrechts hat sich vorab jenen Normengruppen zuzuwenden, «die der sozialen Ordnung und Lenkung des wirtschaftlichen

<sup>87</sup> FRIEDRICH KLAUSING, Wirtschaftsrecht, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Marburg 1931, S. 1 ff.

<sup>88</sup> Diese Theorie erscheint in vielen Abwandlungen, je nachdem, was man unter «Wirtschaft» versteht: Unternehmensrecht, Recht der Wirtschaftsfreiheit, Recht der autonomen Bindungen (Kartellrecht), Recht der Wirtschaftsbehörden, Interventionsrecht, Recht der Gemeinwirtschaft usw.

<sup>89</sup> So JUSTUS WILHELM HEDEMANN, Wirtschaftsrecht als Rechtsdisziplin, in: Juristische Wochenschrift 1927, S. 13 f.

<sup>90</sup> Vgl. dazu RUMPF (Anm. 63), S. 153 ff.

<sup>91</sup> FRANZ BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933 (Nachdruck 1964); derselbe, Die Wirtschaftsordnung als Zentralbegriff des Wirtschaftsrechts, in: Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht 31 1936, S. 13 ff.; sehr anschaulich jetzt auch: Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, in: Ordo XVII, Düsseldorf/München 1966, S. 75 ff.

Gesamtprozesses dienen, sei es im allgemeinen, sei es auf besonders geregelten Teilgebieten der Wirtschaft<sup>92</sup>. In der freien Marktwirtschaft wird die Wirtschaft grundsätzlich durch den *Wettbewerb* organisiert. Das Wirtschaftsrecht hat die ausserrechtliche Steuerung zu ermöglichen und zu sichern. Das geschieht im öffentlichen Recht durch die Gewerbefreiheit, im privaten Bereich durch ein an der Effizienz des Wettbewerbs ausgerichtetes Privatrecht. Das Wirtschaftsrecht der Verkehrswirtschaft ist somit das Privatrecht, dessen Funktion es ist, die für die Organisation der Wirtschaft erforderlichen Freiheits- und Herrschaftsrechte zu gewähren, aber auch die macht- und erfolgsverteilende Funktion des Wettbewerbs als System zu sichern<sup>93</sup>. Herrscht freilich in einem Staate Planwirtschaft, so wird die Wirtschaft politisch: Das Wirtschaftsrecht wird zum Planrecht<sup>94</sup>.

12. ULRICH SCHEUNER<sup>95</sup>

Wirtschaftsrecht ist das Recht «eines besonderen Lebensbereiches, nämlich des ganzen Bereiches des wirtschaftlichen Verkehrs, in dem sich die Bedarfsdeckung der deutschen Volkswirtschaft vollzieht<sup>96</sup>». Wirtschaftsrecht ist somit nicht qualitativ eigenständiges Recht, sondern sachlicher Ausschnitt. Die gegenständliche Begrenzung muss nach SCHEUNER von einem weiten Begriff der Wirtschaft ausgehen. Daher gehört zum Wirtschaftsrecht nicht etwa nur das Recht der wirtschaftlichen Organisation. Vielmehr umfasst es «alle Vorschriften, die das Recht der wirtschaftlich tätigen Menschen, die Verfügung über die Wirtschaftsgüter und die Organisation der Arbeit betreffen<sup>97</sup>». Die damit gegebenen Überschneidungen nimmt SCHEUNER in Kauf. Sie sind die Folge der sachlich einheitlichen Betrachtung, die den Gedanken der Einheit der Rechtsordnung betont. Für das Wirtschaftsrecht des Nationalsozialismus hebt SCHEUNER die zunehmende öffentlich-rechtliche Durchdringung als Kennzeichen hervor: «Das heutige Wirtschaftsrecht ist beherrscht vom Gedanken der Gemeinschaft<sup>98</sup>.»

<sup>92</sup> BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf (Anm. 91), S. 189.

<sup>93</sup> BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf (Anm. 91), S. 20 ff., 320 ff.

<sup>94</sup> BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf (Anm. 91), S. 340, 346.

<sup>95</sup> ULRICH SCHEUNER, Das öffentliche Wirtschaftsrecht, in: Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht, 28. Heft, 1934, S. 3 ff.

<sup>96</sup> SCHEUNER (Anm. 95), S. 3.

<sup>97</sup> SCHEUNER (Anm. 95), S. 4.

<sup>98</sup> SCHEUNER (Anm. 95), S. 10.

13. HERMANN HÄMMERLE<sup>99</sup>

Die Existenz des Wirtschaftsrechts hängt von einer spezifischen Wirtschaftsform ab: Wirtschaftsrecht tritt dort auf, wo die Wirtschaft politisch wird, wo also privatwirtschaftliche Freiheiten durch politische Interessen abgelöst oder beschränkt werden. Damit wird Wirtschaftsrecht zum Ausdruck der (nationalsozialistischen) Einsicht, dass der Staat der Wirtschaft natürlicherweise überlegen ist und eben deshalb diese zur Verwirklichung des Gemeinwohls bindet. Dieses Recht der staatlich organisierten Wirtschaft ist eine eigenständige Disziplin kraft einheitlicher ideologischer Grundlage, einheitlichen Gegenstandes und einheitlichen Zwecks. Nicht zum Wirtschaftsrecht gehört das wirtschaftliche Privatrecht. Systematisch muss vom Pluralismus der Ansätze (Eigentum, Vertrag, Verband) und von der Verschiedenheit der Wirtschaftszweige ausgegangen werden. Im allgemeinen Teil müssen die ideologischen Grundlagen, das Verhältnis von Staat und Wirtschaft sowie Wesen und Formen der staatlichen Eingriffe erörtert werden. Im besondern Teil ist das Binnenwirtschaftsrecht (Recht der Wirtschaftszweige) und das Aussenwirtschaftsrecht zu erörtern.

14. HERMANN KRAUSE<sup>100</sup>

KRAUSE begreift das Wirtschaftsrecht aus dem nationalsozialistischen Verständnis der Wirtschaft als Dienerin des Volkes. Aus dieser Zweckgebundenheit der Wirtschaft folgt ihr Recht. Wirtschaftsrecht enthält Normen für «Art und Mass der staatlichen Lenkung<sup>101</sup>» und damit zugleich für den Umfang privater Wirtschaftsgestaltung. Das Wirtschaftsrecht ist «Inbegriff der Vorschriften, in denen die Gemeinschaftsbezogenheit der Wirtschaft ihren rechtlichen Ausdruck finden soll<sup>102</sup>». Im einzelnen ist zu sondern zwischen den Bereichen reiner Staatswirtschaft, ausgebauter Staatslenkung (sachlich oder funktionell), ständischer Lenkung und überwiegender Unternehmerfreiheit unter staatlicher

<sup>99</sup> HERMANN HÄMMERLE, Wirtschaftsrecht als Disziplin, in: Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft 97 1936, S. 258 ff.

<sup>100</sup> HERMANN KRAUSE, Bericht über Stand und Aufgaben des Wirtschaftsrechts, in: Deutsche Rechtswissenschaft, herausgegeben von K. August Eckhardt, 2. Band, Hamburg 1937, S. 28 ff.

<sup>101</sup> KRAUSE (Anm. 100), S. 28.

<sup>102</sup> KRAUSE (Anm. 100), S. 28.

Aufsicht. Drei Gruppen von Rechtsproblemen tauchen im Wirtschaftsrecht auf: die Fragen nach dem Träger der Wirtschaftslenkung (Staat, Partei oder Stand), nach dem Verhältnis von Lenkung und Freiheit und nach der Stellung des einzelnen Unternehmers (Pflichtstellung, Unternehmensform).

15. PAUL GIESEKE<sup>103</sup>

Das Recht der Gesamtwirtschaft, namentlich der gewerblichen Wirtschaft, ist das Wirtschaftsrecht. Gesamtwirtschaft ist der systembildende Grundgedanke<sup>104</sup>. So wird das Wirtschaftsrecht zum Recht der natürlichen Volksgemeinschaft in ihrem wirtschaftlichen Bereich. Das Handelsrecht kann daher nicht dazu gehören, obwohl auch für den Betrieb Gemeinschaftsverbundenheit besteht. Dagegen sind Finanz- und Steuerrecht sowie das Arbeitsrecht dem Wirtschaftsrecht einzufügen, obwohl das Arbeitsrecht angesichts seiner Geschlossenheit regelmässig gesondert behandelt wird. In einem allgemeinen Teil des Wirtschaftsrechts sollen die Grundgedanken des gegebenen Systems, die geschichtliche Entwicklung, die Träger der staatlichen Tätigkeit und das Verhältnis zur wirtschaftlichen Selbstverwaltung erläutert werden<sup>105</sup>.

16. WALTHER HUG<sup>106</sup>

Das öffentliche Interventionsrecht des Staates und das private Selbstorganisationsrecht der Wirtschaft geben den Anstoss zum Begriff des Wirtschaftsrechts. Es handelt sich um Sonderrecht, dessen Gegenstand die Regelung wirtschaftlicher Verhältnisse ist, das im übrigen aber systematisch neben dem gemeinen Recht steht. HUG will dem begegnen durch die Sammlung und dogmatische Verarbeitung des neuen Rechtsstoffes, ohne von einer pointiert zivilistischen oder publizistischen Grundposition auszugehen. Hernach soll der Stoff begrifflich und systematisch erfasst werden. Dabei bekennt sich HUG zur Ge-

<sup>103</sup> PAUL GIESEKE, Zur Systematik des Wirtschaftsrechts, in: Festgabe Erich Jung, Marburg 1937, S. 90 ff.

<sup>104</sup> GIESEKE (Anm. 103), S. 94.

<sup>105</sup> GIESEKE (Anm. 103), S. 98 ff. Der allgemeine Teil wird wie folgt gegliedert: 1. Abschnitt: Wirtschaftsgemeinschaft. 2. Abschnitt: Wirtschaftliche Betriebe in ihrer wirtschaftspolitischen Tätigkeit, Kartelle. 3. Abschnitt: Wirtschaftsablauf, Geld, Mass, Gewicht, Wettbewerbs- und Preisordnung.

<sup>106</sup> Hug (Anm. 1).

genstandstheorie in Gestalt des Unternehmungsrechts, das privates und öffentliches Recht zusammenfasst. Im ersten Teil werden Trägerschaft und Einrichtungen des Unternehmens sowie dessen Rechtsbeziehungen gegenüber dem Staat und andern Unternehmungen abgehandelt. Der zweite Teil umgreift das Organisationsrecht der Wirtschaft (Assoziationsformen der privaten und der öffentlichen Unternehmungen). Der dritte Teil fasst die Rechtssätze zusammen, welche die Herrschaft der Unternehmungen über ihre materiellen und immateriellen Güter betreffen: Wirtschafts-sachenrecht. Im vierten Teil finden sich alle Normen, die den Verkehr der Unternehmungen mit Dritten beschlagen (Wirtschaftsverkehrsrecht). Im letzten Teil werden die Rechtsbeziehungen der Unternehmungen zu den Arbeitnehmern untersucht<sup>107</sup>. Später hat HUG unter Mitwirkung von O. K. KAUFMANN dieses System um das Wirtschaftsverfassungsrecht verlängert, dem die Wirtschaftsfreiheit und ihre Schranken zu ordnen aufgegeben wird (Wirtschaftsartikel der BV)<sup>108</sup>.

#### 17. JUSTUS WILLHELM HEDEMANN<sup>109</sup>

Die Wirtschaft bedarf des Rechts, wie umgekehrt das Recht seine Funktion nur erfüllt, wenn es auch die Wirtschaft betrifft. Entgegen seiner ursprünglichen Auffassung (Wirtschaftsrecht als Naturrecht)<sup>110</sup> fasst HEDEMANN jetzt das Wirtschaftsrecht als jenes Recht auf, das die Polarität von Individuum und Gemeinschaft im Bereich der Wirtschaft zum Gegenstand hat. Das Wirtschaftsrecht ist also die Rechtsordnung schlechthin, freilich verkürzt durch den spezifischen Gesichtswinkel. Im ersten Teil wird das Verhältnis von Staat und Wirtschaft dargestellt (Überordnung des Staates, Partei, staatliche Wirtschaftsplanung, Ordnungsmittel und ihre Eigenart, Staatswirtschaft). Der zweite Teil erforscht das sogenannte Eigenleben der Wirtschaft (wirtschaftliche Selbstverwaltung, Fundamente der Privatwirtschaft, autonome Gestaltungsmittel, ständische Gliederung).

<sup>107</sup> HUG (Anm. 1), S. 23.

<sup>108</sup> WALTHER HUG/OTTO KONSTANTIN KAUFMANN, Artikel «Wirtschaftsrecht», Handbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, 2. Auflage, Bern 1955.

<sup>109</sup> JUSTUS WILHELM HEDEMANN, Deutsches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin 1945.

<sup>110</sup> Vgl. vorne S. 46.

#### 18. GÜNTER SCHMÖLDERS<sup>111</sup>

Wirtschaftsrecht ist der rechtliche Niederschlag des wirtschaftspolitischen Willens der Staatsführung. Es hat daher keinen Bezug zum herkömmlichen Rechtssystem, weil nicht der allgemeine Rechtsgedanke und auch nicht ein blosser Ordnungszweck Grund der Norm ist, sondern die Zieltauglichkeit im Sinne der wirtschaftspolitischen Massnahme. Der Inhalt dieses Rechts ist weitgehend durch die Wirtschaftswissenschaften bestimmt und daher ihnen überlassen. Dem Wirtschaftsrecht verbleibt lediglich das Wirtschaftsverfassungsrecht im Sinne der Exposition der Ordnungsfunktionen des Rechts für das Rechtssystem. Als allgemeiner Teil muss das formale Wirtschaftsrecht (rechtliches System der Lenkungsmöglichkeiten) Bestandteil dieses Wirtschaftsverfassungsrechts sein.

#### 19. HANS SCHUMANN<sup>112</sup>

Alle Normen, die Ausdruck der Wirtschaftslenkung sind und von ihr getragen werden, gehören innerlich zusammen und bilden das Wirtschaftsrecht. Im ersten Teil sind die Träger der Wirtschaftslenkung und die Ordnung ihres Zusammenwirkens abzuhandeln (staatliche Organe, Stände, Unternehmenszusammenfassungen). Der zweite Teil gilt den Massnahmen der Wirtschaftslenkung: Vorab geht es um die Zulassung zur Betätigung, dann um die Lenkung der Betätigung (Einwirkungen auf Erzeugung, Verarbeitung, Verteilung, Preisbildung, Währung, Wettbewerb), aber auch um die Beendigung der Betätigung. Der dritte Teil geht auf die Lenkungsmassnahmen in den einzelnen Wirtschaftszweigen ein.

#### 20. HELLMUT GEORG ISELE<sup>113</sup>

Wirtschaftsrecht kann unmöglich das gesamte Recht der Wirtschaft zum Gegenstand haben, weil anders es mit dem Arbeitsrecht, dem Handelsrecht und dem bürgerlichen Vermögensrecht zusammenfielen. Wirtschaftsrecht ist daher zu begrenzen auf das Recht der Wirtschaftsordnung. Während der Betriebs-

<sup>111</sup> GÜNTER SCHMÖLDERS, Die Weiterbildung des Wirtschaftsrechts, in: Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft 101 1941, S. 64 ff.

<sup>112</sup> HANS SCHUMANN, Inhalt und Aufbau des Wirtschaftsrechts, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 10 1943, S. 243 ff.

<sup>113</sup> HELLMUT GEORG ISELE, Wirtschaftsrecht, in: Einführung in die Rechtswissenschaft, herausgegeben von Rudolf Reinhardt, 2. Auflage, Marburg 1949, S. 170 ff.

wirtschaftslehre das Handelsrecht entspricht, ist Wirtschaftsrecht das juristische Gegenstück zur Volkswirtschaftslehre. So muss es sich zunächst der Wirtschaftsverfassung zuwenden, die nicht nur als Faktum, sondern als normative Grundentscheidung «über den Spielraum des einzelnen wirtschaftenden Menschen, sein Verhältnis zum Staat, zu den wirtschaftlichen Verbänden, zu den sozialen Gegenspielern, zu sonstigen Trägern wirtschaftlicher Macht<sup>114</sup>» zu begreifen ist. Neben dem Wirtschaftsverfassungsrecht sind Gegenstand des Wirtschaftsrechts: die besonderen Rechtsformen, mittels derer der Staat oder die Träger der «wirtschaftlichen Eigenverwaltung» die Wirtschaft überindividuell planen und lenken. «Dabei verzahnen sich vielfach Privatrecht und öffentliches Recht ausserordentlich eng<sup>115</sup>.»

#### 27. LUDWIG RAISER<sup>116</sup>

Recht und Wirtschaft sind Ausdruck der Kultur eines Volkes. Sie stehen daher in einem wechselseitig befruchtenden Sinnzusammenhang. Was sie unterscheidet, sind die sie beherrschenden Zwecke: Gerechtigkeit einerseits, optimale Bedürfnisbefriedigung andererseits. Der Zusammenhang zeigt sich darin, dass der volle Sinn der Rechtssätze erst aus der wirtschaftlichen Funktion erkannt werden kann, dass aber umgekehrt das Rechtssystem Strukturelement jedes Wirtschaftssystems ist. Das Recht wirkt in dreifacher Weise auf die Wirtschaft ein. Zunächst ist es Instrument, Figur der Wirtschaftspolitik zur Realisierung einer Verfassungskonzeption. Die zweite Wirkweise folgt aus der ersten und kann umschrieben werden als Verrechtlichung der Wirtschaft. Die Instrumente der Wirtschaft erfahren aus ihrer rechtlichen Struktur eine innere Gestaltung nach dem Wesen des Rechts (Regelmäßigkeit, Ausbildung gesicherter Rechtsstellungen, geregeltes Verfahren usw.). Die dritte und höchste Aufgabe ist die Forderung nach materieller Gerechtigkeit auch in der Wirtschaft. Hier wird das Recht zur gestaltenden Kraft der Wirtschaft. Keiner Erläuterung bedarf, was RAISER *expressis verbis* nicht folgert: sowohl die Wirtschaftsverfassung als auch die Wirtschaftsgestaltung sind mögliche Objekte des Wirtschaftsrechts.

<sup>114</sup> ISELE (Anm. 113), S. 171.

<sup>115</sup> ISELE (Anm. 113), S. 174.

<sup>116</sup> LUDWIG RAISER, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: Festschrift für Julius von Gierke, Berlin 1950, S. 181 ff.

#### 22. HERMANN EICHLER<sup>117</sup>

Für EICHLER ist die Wirtschaft keine Sondermaterie, die Gegenstand von Normen sein könnte. Wirtschaftsrecht ist zunächst Systematisierung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten<sup>118</sup> und ökonomischen Gesamtbezeichnungen. Daher kann man dem Wirtschaftsrecht keinen festen Stellenwert im Gesamtsystem zuweisen und keine unbestrittene Gliederung des Stoffes vornehmen. Die Wesenszüge des Wirtschaftsrechts sind: Aktualität, Ausrichtung auf anormale Zustände und Tendenz zur Konkretisierung, Detaillierung und Typisierung. In einem allgemeinen Teil sind zu erhellen: die Wirtschaftsverfassung (rechtsgrundsätzliche Sicherung einer bestimmten Wirtschaftsordnung), die Rechtsquellen (mit Beachtung der besonderen Tragweite der das Wirtschaftsrecht charakterisierenden Generalklauseln), die Wettbewerbsordnung, die Arbeits- und Sozialverfassung sowie das Geld- und Währungsrecht. Der besondere Teil setzt sich aus einer induktiven Entwicklung des Rechts der Wirtschaftszweige und dem allgemeinen Wirtschaftsverwaltungsrecht (Organisation) zusammen. Inhaltlich ist zu beachten, dass entgegen SCHMÖLDERS nicht Wirtschaftspolitik, sondern die Rechtsidee Leitbild des Wirtschaftsrechts bleiben muss.

#### 23. GUSTAV RADBRUCH<sup>119</sup>

Wirtschafts- und Arbeitsrecht gehören zu jenen Rechtsgebieten, die weder dem privaten noch dem öffentlichen Recht zugewiesen werden können. Es handelt sich um neue Rechtsgebiete dritter Art. Das Privatrecht (das Interessen der Allgemeinheit nicht berücksichtigt) konnte sich als Wirtschaftsrecht nur halten, solange der allgemeine Harmonieglaube währte: «Denn Wirtschaftsrecht entsteht, wenn der Gesetzgeber die wirtschaftlichen Beziehungen nicht nur im Sinne gerechten Ausgleichs zwischen den zunächst daran Beteiligten betrachtet und behandelt, sondern vorwiegend von dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Gesamtinteresses, der Produktivität der Wirtschaft und ihrer Wirtschaftlichkeit.» Historisch beginnt Wirtschaftsrecht mit dem Kriegswirtschaftsrecht.

<sup>117</sup> HERMANN EICHLER, Wirtschaftsrecht, Rechts- und sozialwissenschaftliche Vorträge und Schriften, Heft 2, Nürnberg 1950.

<sup>118</sup> Als solche kommen in Frage: Wirtschaftliche Vorgänge, Massnahmen, Aufgaben und Ziele; EICHLER (Anm. 117), S. 31.

<sup>119</sup> GUSTAV RADBRUCH, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Auflage, Stuttgart 1952, S. 115 ff; vgl. auch Rechtsphilosophie, 4. Auflage, Stuttgart 1950, S. 218, 225, 227.

Zum Wirtschaftsrecht gehören auch Probleme der ständischen Organisation (Wirtschaftsrat). RADBRUCH lässt die Frage offen, ob das Wirtschaftsrecht ein neues Rechtsgebiet oder nur eine auf den verschiedensten Gebieten anwendbare neue Methode des Rechtsdenkens sei.

24. GEORG ERLER<sup>120</sup>

Wer eine neue Rechtsdisziplin einführen will, vermag das nicht mit der Logik, sondern nur mit Zweckmässigkeitserwägungen zu rechtfertigen. Massgebend sind die Gesichtspunkte der Relevanz (der wissenschaftlichen Klärung der sich aufdrängenden Erscheinungen) und der Adäquanz (der fruchtbaren Abgrenzung und Einordnung in das Gesamtbild). Diese Voraussetzungen sind beim Wirtschaftsrecht gegeben. Die neue Erscheinung liegt im Einbruch kollektiver Ordnungsideen und Massnahmen in die privatrechtlich konzipierte Wirtschaft. Sie lässt sich vom Gegenstand bestehender Disziplinen klar abgrenzen. Wirtschaftsrecht ist mithin das Recht der wirtschaftlichen Organisation, womit die Polarität zwischen Freiheit und Bindung und das funktionale Element des Wirtschaftsrechts zum Ausdruck gelangen. Anders als Verwaltungsrecht und Handelsrecht hat das Wirtschaftsrecht nicht die einzelnen Wirtschaftssubjekte, sondern die Wirtschaft als solche zum Gegenstand. Das internationale Wirtschaftsrecht ist das Recht der internationalen Organisationswirtschaft.

25. THEODOR MAUNZ<sup>121</sup>

Weil das Wirtschaftsrecht ein junges Gebiet und nicht in einem besonderen Wirtschaftsrechtsgesetzbuch kodifiziert ist, lässt es sich begrifflich nicht leicht fassen. «Als selbständiger Rechtszweig ist es noch nicht einmal 50 Jahre alt, und es ist aus dem (zivilrechtlichen) Handelsrecht samt Randgebieten, teils aus dem Verwaltungsrecht, teils aus der älteren, inzwischen untergegangenen Rechtsdisziplin der Kameralistik oder dem Staatswirtschaftsrecht hervorgegangen<sup>122</sup>.» In gegenständlicher Sicht ist Wirtschaftsrecht «der Inbegriff der Rechtsnormen zur planmässigen Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsgestaltung durch den Staat»<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> GEORG ERLER, Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts, Göttingen 1956.

<sup>121</sup> THEODOR MAUNZ, Wirtschaftsrecht, in: Die Verwaltung, Heft 18, Braunschweig 1957.

<sup>122</sup> MAUNZ (Anm. 121), S. 2.

<sup>123</sup> MAUNZ (Anm. 121), S. 3.

Das Wirtschaftsrecht besteht aus einem bürgerlich-rechtlichen Unterbau und einem öffentlich-rechtlichen Überbau, die sich ergänzen und durchdringen. Die volkswirtschaftlichen Grundformen sind der Ausgangsstoff, den das Wirtschaftsrecht zu gestalten und bei der Auslegung zu berücksichtigen hat<sup>124</sup>.

26. WALTER STRAUSS<sup>125</sup>

Nach STRAUSS lässt sich das Wirtschaftsrecht begrifflich deshalb nicht durchschlagend fassen, weil die Ziele des Interventionismus so vielfältig sind, dass man das entstehende Recht nicht auf einen Nenner zu bringen vermag. Merkmale des Wirtschaftsrechts sind: rasches Anwachsen, Vergänglichkeit, Neigung zu Einzelmassnahmen, Zweckmässigkeit, Kompliziertheit und Differenziertheit, weitgefaste Ermächtigungen der Verwaltung und Zentralismus. STRAUSS fordert, dass das Wirtschaftsrecht nicht nur Sicherheit und Zweckmässigkeit, sondern auch Gerechtigkeit verwirkliche. Das nötigt, ein die rein wirtschaftlichen Bezüge überholendes Sozialmodell zu unterstellen.

27. ERNST RUDOLF HUBER<sup>126</sup>

Wirtschaftsrecht ist das Sonderrecht der in der Wirtschaft tätigen Kräfte, also der Unternehmungen und der Arbeitnehmer, insoweit sich in ihm die Auseinandersetzung um die Ordnung der Wirtschaft nach den Prinzipien der Freiheit und der Bindung widerspiegelt. HUBER spricht von Konfliktrecht<sup>127</sup>, Wirtschaftsrecht ist zunächst Wirtschaftsprivatrecht (Unternehmensrecht mit dem konstituierenden Prinzip der Privatautonomie). Vor allem aber ist es Wirtschaftsverwaltungsrecht, nämlich der «Inbegriff der Rechtseinrichtungen und rechtlichen Massnahmen, mit denen die öffentliche Verwaltung mit administrativen Mitteln entweder auf die Privatwirtschaftsordnung gestaltend einwirkt (verwaltungsbestimmtes Privatrecht) oder selbstwirtschaftlich tätig wird (verwaltungseigene Wirtschaftstätigkeit)<sup>128</sup>». Wirtschaftsstrafrecht ist jener Teil des

<sup>124</sup> MAUNZ (Anm. 121), S. 4.

<sup>125</sup> WALTER STRAUSS, Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 30, Karlsruhe 1957.

<sup>126</sup> ERNST RUDOLF HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band, 2. Auflage, Tübingen 1958.

<sup>127</sup> HUBER (Anm. 126), S. 10 ff.

<sup>128</sup> HUBER (Anm. 126), S. 18.

Strafrechtes, der Strafe als Rechtsfolge der Verletzung wirtschaftsrechtlicher Normen androht. Endlich enthält das Wirtschaftsverfassungsrecht den Grundentscheid für das wirtschaftliche Ordnungssystem (Marktwirtschaft, gelenkte Wirtschaft, staatsunmittelbare Wirtschaft, Mischsystem).

28. KURT BALLERSTEDT<sup>129</sup>

Nach BALLERSTEDT werden Unternehmungen, Arbeitnehmer und Haushalte durch die Teilhabe an der vergesellschafteten Bedarfsvorsorge zu einer Wirtschaftsgemeinschaft zusammengefasst. Die Rechtsordnung dieser Wirtschaftsgemeinschaft wird zum Wirtschaftsrecht, die Grundordnung zur Wirtschaftsverfassung.

29. FRITZ RITTNER<sup>130</sup>

Wirtschaftsrecht lässt sich nicht definitorisch fassen, weil historisch verschiedene Ursachen zu ihm geführt haben. Knapp umschrieben bezeichnet das Wirtschaftsrecht den Zusammenhang aller Normen, welche die Wirtschaft gestalten und ihre Abläufe regeln sollen. Vor dem Ersten Weltkrieg waren sinn-gemäss Privatautonomie und Polizeirecht, hernach das auf *richtige* Ordnung der Wirtschaft ausgehende Verwaltungsrecht im Zentrum. Die Normen des Wirtschaftsrechts stehen immer auch in andern Sinnzusammenhängen, so dass sich das Wirtschaftsrecht zwar als System verstehen, aber nicht abfächern lässt. Hauptprobleme des Wirtschaftsrechts sind die Fragen nach der wirtschaftlichen Grundordnung in der Staatsverfassung (Wirtschaftsverfassungsrecht), nach den Wirtschaftssubjekten (Staat oder Private), nach der funktionalen Ordnung der wirtschaftenden Unternehmungen und nach richtiger Begrenzung der Vertragsfreiheit zur Erhaltung der wirtschaftlichen Lenkungs-funktion. Dabei zeigt sich, dass die Institute des Privatrechts (Vertrag, Gesellschaft) sich mit einem besonderen wirtschaftsrechtlichen Gehalt füllen, den RITTNER «öffentlich-rechtlich» nennt. Wo das zur Lösung der wirtschaftsrechtlichen Probleme nicht ausreicht, ist der unmittelbare verwaltungsrechtliche Eingriff erforderlich. Aus dem nationalen entwickelt sich durch Völkervertragsrecht ein internationales und supranationales Wirtschaftsrecht.

<sup>129</sup> KURT BALLERSTEDT, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHNEUR, Die Grundrechte III/1, Berlin 1958.

<sup>130</sup> FRITZ RITTNER, Artikel «Wirtschaftsrecht», Staatslexikon, 6. Auflage, Band 8, Freiburg 1963.

30. EUGEN LANGEN<sup>131</sup>

LANGEN befasst sich mit dem internationalen Wirtschaftsrecht, das sich aus dem internationalen Privatrecht und dem allgemeinen Völkerrecht ausgliedern und zu einer neuen Einheit zusammenfügen lässt. Typisch für das allgemeine Wirtschaftsrecht ist die Auseinandersetzung zwischen Freiheit und Bindung. Im einzelnen entscheidet die Wirtschaftsnähe (manifest etwa in der Gewinnerzielungsabsicht) über die Zugehörigkeit zum Wirtschaftsrecht.

31. GERD RINCK<sup>132</sup>

Für RINCK ist das Wirtschaftsrecht eine systematische Massnahme zur Begrenzung und Lenkung der selbständigen Erwerbstätigkeit. Gemeint sind Schranken und Massnahmen zur Realisierung wirtschaftspolitischer und sozialer, nicht aber polizeirechtlicher oder arbeitsrechtlicher Ziele. Das erfordert eigene Wertungen, aber auch eine besondere Methode. Damit wird das Wirtschaftsrecht zu einer besonderen rechtswissenschaftlichen Disziplin, die am öffentlichen und am privaten Recht zugleich partizipiert. Das Wirtschaftsrecht wirkt sich räumlich sowohl in der nationalen Wirtschaft als auch im grenzüberschreitenden Verkehr aus (internationales Wirtschaftsrecht).

32. GERHARD RAUSCHENBACH<sup>133</sup>

Das Wirtschaftsrecht ist Konfliktrecht<sup>134</sup> mit dem Ziel, das öffentliche Gesamtinteresse und den sozialen Ausgleich durch staatliche Intervention und administrative Mittel anzustreben<sup>135</sup>. Bürgerliches Recht, Handelsrecht und Arbeitsrecht gehören nicht zum Wirtschaftsrecht, soweit nicht einzelne Vorschriften unmittelbar das Verhalten gegenüber dem Staate regeln. Abgesehen von der Grundordnung der Wirtschaft (Wirtschaftsverfassungsrecht) ist somit das Wirtschaftsrecht überwiegend ein Spezialgebiet des Verwaltungsrechts. Dieser Zweig umfasst die Rechtsvorschriften zur Verwirklichung der Wirtschafts-

<sup>131</sup> EUGEN LANGEN, Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht, München/Berlin 1963.

<sup>132</sup> GERD RINCK, Wirtschaftsrecht, Academia Juris, Köln/Berlin/Bonn/München 1963.

<sup>133</sup> GERHARD RAUSCHENBACH, Wirtschaftsrecht mit Kartellrecht, Schaeffers Grundriss des Rechts und der Wirtschaft, 41. Band, Stuttgart 1965.

<sup>134</sup> Gemeint ist der Konflikt zwischen Freiheit und Bindung im Bereich der Wirtschaft.

<sup>135</sup> RAUSCHENBACH (Anm. 133), S. 18.

politik, die wirtschaftlichen Freiheitsrechte, das Organisationsrecht der Wirtschaftsbehörden (Kammern, Verbände, Mitbestimmung), das Kartellrecht, die zwischenstaatlichen und supranationalen Formen der Wirtschaftsverfassung und der Wirtschaftsverwaltung.

### 33. WALTER SCHMIDT-RIMPLER<sup>136</sup>

Wirtschaftsrecht hat die Aufgabe zu untersuchen, ob und inwieweit Selbstbestimmung oder hoheitliche Determination des wirtschaftlichen Gesamtzusammenhangs den Rechtswerten der Zweckmässigkeit und der Gerechtigkeit genügen. Somit bilden «alle die Wirtschaft gestaltenden und dabei die Selbstbestimmungs- und hoheitliche Ordnung als Gestaltungsformen berücksichtigenden Rechtssätze Wirtschaftsrecht, deren Richtighkeitsgrund ein gesamtwirtschaftlicher, sich nicht auf das isoliert gedachte wirtschaftliche Verhältnis beschränkender ist. Darin liegt der Unterschied gegenüber dem bürgerlichen und dem Handelsrecht als Systemgliedern<sup>137</sup>.» SCHMIDT-RIMPLER spricht von *Gestaltung* der Wirtschaft, wenn er die Formen der Selbstbestimmungsordnung und der hoheitlichen Ordnung zusammenfasst. Demgegenüber meint *Wirtschaftslenkung*, dass zur ursprünglich gegebenen Selbstbestimmungsordnung hoheitliche Ordnung tritt, die weiter reicht, als es die Aufrechterhaltung der Selbstbestimmungsordnung fordert. Endlich heisst *Dirigismus* (oder Intervention) Verdrängung der Selbstbestimmungsordnung durch die hoheitliche.

Die wirtschaftsrechtlichen Normen werden durch den *Sinnzusammenhang* zu einem System. Nicht zum Wirtschaftsrecht gehören das Wirtschaftspolizeirecht (als gewöhnliches Polizeirecht) und das Arbeitsrecht (als formell verselbständigter Zweig des Wirtschaftsrechts). Im Wirtschaftsrecht verzahnen sich öffentliches und privates Recht. Grundsätzlich liegt nach SCHMIDT-RIMPLER öffentliches Recht vor, wenn der Staat dem Individuum im Verhältnis der Körperschaft zum Mitglied gegenüber tritt. Soweit aber das Verhältnis der Bürger untereinander gegeben ist oder der Staat dem Bürger nicht als Körperschaft, sondern als Individuum entgegentritt, herrscht Privatrecht. Beide Verhältnis-typen unterliegen angesichts der staatlichen Hoheitsgewalt einer rechtlichen Regelung, die in beiden Bereichen auf Selbstbestimmung oder auf hoheitlicher

<sup>136</sup> WALTER SCHMIDT-RIMPLER, Artikel «Wirtschaftsrecht», HDSW, Band 12, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1965.

<sup>137</sup> SCHMIDT-RIMPLER (Anm. 136), S. 693.

Ordnung gründen kann (öffentlich-rechtlicher Vertrag, privatrechtsgestaltender Staatsakt). Der Staat kann sich der grundsätzlich öffentlich-rechtlichen Gestalt des körperschaftlichen Verhältnisses nicht entziehen, indem er in die Formen des Privatrechts ausweicht. Anders verhält es sich nur, wenn er sich privatrechtlicher Körperschaftsformen bedient, weil hier ein Durchgriff auf öffentliches Recht aus Gründen der Verkehrssicherheit und der Praktikabilität nur ausnahmsweise in Frage kommen kann. Systematisch unerheblich ist der überwiegend verwaltungsrechtliche Charakter des Wirtschaftsrechts; denn mit dieser Qualifikation wird lediglich auf die Wirkweise des Staates, nicht auf den Sinngehalt der Ordnung abgestellt. Das Verhältnis des Wirtschaftsrechts zum Verfassungsrecht hängt davon ab, ob die Staatsverfassung im Blick auf die Wirtschaftsordnung offen ist oder ein ausdrückliches Bekenntnis zu einem Ordnungstyp enthält. In beiden Fällen wirkt sich aber die verfassungsmässige Wertordnung auf den Bereich des Wirtschaftsrechts aus (Grundrechte, Sozialstaatsklausel im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland).

Im Unterschied zu SCHMÖLDERS hält SCHMIDT-RIMPLER dafür, das Wirtschaftsrecht sei inhaltlich nicht bloss der Reflex der wirtschaftspolitischen Zweckmässigkeit. Vielmehr tritt das Recht mit prävalierendem Anspruch auf Gerechtigkeit den Zweckmässigkeitsforderungen der Wirtschaftswissenschaften gegenüber. Allein die Rechtsidee fordert auch Verwirklichung der Gemeinschaftszweckmässigkeit, zu der die bloss wirtschaftliche Zweckmässigkeit als Teilbereich gehört. Insoweit – aber auch um die sachlichen Auswirkungen einer allfälligen Einwirkung auf wirtschaftliche Abläufe veranschlagen zu können – ist der Wirtschaftsrechtler auf Zusammenarbeit mit den Wirtschaftswissenschaftlern angewiesen. So gesehen ist alles Gegenstand des Wirtschaftsrechts, was gesamtwirtschaftlich angesichts der Interdependenz für die Wohlfahrtsmaximierung relevant ist.

Die Gestaltungsformen reichen typologisch von der unmittelbaren Staatswirtschaft bis zur Markt- oder Verkehrswirtschaft aller Schattierungen. Eine Konkretisierung des wirtschaftsrechtlichen Gerechtigkeits- und Gesamtzweckmässigkeitsanspruchs durch Ausgliederung einer Wertskala (womit zugleich eine Rangordnung der Gestaltungsformen gegeben wäre) hält SCHMIDT-RIMPLER im gegebenen Zeitpunkt nicht für sinnvoll. Immerhin bedarf die bewusste Gestaltung der Wirtschaft eines *Leitbildes* im Sinne eines jederzeit einsichtigen Vergleichsmasses oder aber eines verpflichtenden (häufig quantifizierten) Fernziels, auf das hin die Wirtschaft planmässig gestaltet wird.

Die Gestaltung der Wirtschaft durch *hoheitliche Lenkung* kann unmittelbar (Verbot, Gebot, Rechtseingriff) oder mittelbar durch Berücksichtigung der Motive und Beeinflussung der Entscheidungsdaten geschehen, was aber rechtlich durchaus wieder die Gestalt des Gebotes, Verbotes oder Rechtseingriffs (freilich mit sachlich differenziertem Ansatz) annehmen kann. Die rechtlichen Regulationsformen sind Gesetz, Rechtsverordnung, Verwaltungsverordnung, Verwaltungsakt, Begünstigungen mit Auflagen oder Bedingungen und öffentlich-rechtlicher Vertrag. Typisch sind das Massnahmegesetz und die Gesetzesdelegation. Zwischen mittelbarer und unmittelbarer Gestaltung stehen Sonderveranstaltungen der Verwaltung (z. B. Unterricht, Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft) und Massnahmen zur psychologischen Beeinflussung, die nur im Ergebnis, nicht aber den Mitteln nach als hoheitlich zu charakterisieren sind. Gestaltend wirkt auch das Verhalten des Staates als (konkurrierender oder monopolistischer) Unternehmer und als Nachfrager. Lenkungscompetenz (aber nicht Lenkung selbst) ist die Gestaltung durch Wirtschaftsaufsicht, wobei freilich das Verbot mit Erlaubnisvorbehaltung häufig Aufsichtsmittel ist.

Welcher Rechtsfiguren bedient sich das Wirtschaftsrecht? Die Selbstbestimmungsordnung übernimmt die Formen der Privatautonomie, die sie gegebenenfalls wirtschaftsrechtlich umbildet oder ergänzt. Der ausserrechtlich wirksame Wettbewerb bedarf der Sicherung. Demgegenüber sind die hoheitlichen Gestaltungsfiguren noch nicht abschliessend erkannt. Bei privatrechtlicher Lenkung ersetzt der staatliche Befehl die freie Gestaltung. Im Rahmen des öffentlichen Rechts sind alle einschlägigen Institute (einschliesslich öffentlich-rechtlicher Vertrag) verwertbar. Die Gestaltungsfiguren können nach verschiedenen Kriterien gegliedert werden (z. B. Lenkungszwecke). SCHMIDT-RIMPLER gliedert nach der Art der Einwirkung auf die gegebenen Formen der Selbstbestimmung.

Die wirtschaftsrechtliche Umbildung der privatrechtlichen Institute zur Sicherung der Wettbewerbsordnung erfolgt im UWG, im Gesellschaftsrecht und durch die Ordnung der Vertragsfreiheit. Faktische Wettbewerbsstörungen durch Marktmacht müssen ins Recht gefasst werden. Die hoheitliche Lenkung geht über die blosser Sicherung hinaus; sie verbessert die Ergebnisse des Wettbewerbs durch mittelbare oder unmittelbare Eingriffe. Dabei gelangen im Bereich der unmittelbaren Eingriffe die erwähnten Gliederungskriterien (nach dem Korrekturansatz) zur Anwendung.

SCHMIDT-RIMPLER unterscheidet zwischen der Unternehmenslenkung (rechtliche Gestaltung der Trägerschaft und der Organisation, Gewerbefreiheit und

Zulassungserfordernis, Lenkung des unternehmerischen Verhaltens), der Eigentumslenkung und den Eingriffen in die Vertragsfreiheit. Die Formen der mittelbaren Lenkung werden nach ihrer Wirkweise (nicht aber nach den Ansatzstellen) erläutert (Zölle, Änderung von Angebot und Nachfrage, Beeinflussung des Geld- und Kapitalmarktes, Währungsbeeinflussung, Zwangsarbeiten und -sparen, Subventionen, Globalsteuerung).

#### 34. HANS CARL NIPPERDEY<sup>138</sup>

Wirtschaftsrecht ist funktionales Recht, das aus andern Perspektiven und mit anderer Zielsetzung gesetzt ist als das Recht der herkömmlichen Rechtsdisziplinen. Man versteht darunter jenes private und öffentliche Recht, das mit dem Ziel gesetzt ist, das wirtschaftliche Geschehen – die Wirtschaft – zu gewährleisten, ihr Funktionieren zu ermöglichen und sachgerecht zu gestalten. Bei der Einteilung sind die überlieferten Gesichtspunkte zu beachten. Daher unterscheidet man Wirtschaftsverfassungsrecht (politische Grundentscheidung über die Stellung der Wirtschaft zum Staat), Wirtschaftsprivatrecht (Formen der privaten Unternehmensorganisation, Recht der privaten Unternehmen an den Wirtschaftsgütern, Ordnung der Beziehungen zu andern Unternehmungen und zu den Kunden), Wirtschaftsverwaltungsrecht (Normen und Massnahmen, mit denen die öffentliche Gewalt beaufsichtigt, betreut, lenkt oder inhibierend auf die privatrechtliche Gestaltung einwirkt oder selbst eigenwirtschaftlich tätig wird), Wirtschaftsstrafrecht (Strafnormen, mittels derer die Verwaltung Verletzungen der Wirtschaftsgesetze ahndet), Wirtschaftsverfahrensrecht (Verfahrensarten, in denen wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten entschieden werden) und internationales Wirtschaftsrecht (Rechtsnormen, die den überstaatlichen Wirtschaftsverkehr zu gewährleisten, seinen Ablauf zu ermöglichen und sachgerecht zu gestalten bezwecken)<sup>139</sup>.

#### 35. JÜRGEN BAUMANN<sup>139a</sup>

Wirtschaftsrecht ist das Sonderprivatrecht der Wirtschaftenden, das sich mit der Eingliederung der Wirtschaftenden in das Wirtschaftsganze befasst. Wie kaum

<sup>138</sup> HANS CARL NIPPERDEY/HERMANN STUMPF, Wirtschaftsrecht, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Band II (Volkswirtschaft), 2. Auflage, Köln/Opladen 1966, S. 633 ff.

<sup>139</sup> NIPPERDEY/STUMPF (Anm. 138), S. 638 ff.

<sup>139a</sup> JÜRGEN BAUMANN, Einführung in die Rechtswissenschaft, München 1967, S. 283 ff.

ein anderes Rechtsgebiet hat aber dieser Teil des Privatrechts öffentlich-rechtlichen Einschlag. Privates und öffentliches Recht verzahnen sich, weil vom Sachgebiet her beide Arten von Rechtsnormen als Ordnungsmittel erforderlich sind. Die Sonderung ist oft nur bei den einzelnen gesetzlichen Vorschriften möglich. BAUMANN unterscheidet Wirtschaftsverfassungsrecht, Gewerberecht (Gewerbeordnung, Verbandsrecht) und Wettbewerbsrecht als Teile des Wirtschaftsrechts.

## V. DIE NEUESTE ZEIT (AUSSERDEUTSCHER SPRACHBEREICH)<sup>140</sup>

### 1. Italien<sup>141</sup>

Drei Auffassungen über das Wirtschaftsrecht sind verbreitet. Einmal fasst man darunter eine Reihe von Rechtsvorschriften zusammen, die nach dem Ersten Weltkrieg entstanden sind und sich durch inhaltliche Unbeständigkeit sowie Zugehörigkeit zum privaten wie zum öffentlichen Recht auszeichnen (MOSSA). Eine zweite Richtung setzt das Wirtschaftsrecht dem Interventionsrecht der Verwaltung gleich und behandelt es als Wirtschaftsverwaltungsrecht. Freilich herrscht Streit über die Selbständigkeit der Materie<sup>142</sup>. Die dritte Gruppe endlich verzichtet auf eine strenge Begrenzung des Gegenstandes in abstracto zugunsten eines hic et nunc gegebenen, aber evoluirenden Bestandes an Normen. Das Wirtschaftsrecht muss nach dieser Gruppe phänomenologisch erfasst und beschrieben werden. Seinem Wesen nach zeichnet es sich aus durch seine Eigenart, zugleich allgemein und partikulär zu sein, indem konkrete Institutionen funktional gewürdigt werden. Das Wirtschaftsrecht steht zudem quer zu den andern Rechtsdisziplinen, integriert sie, statt sie zu substituieren. Ebenso überwindet Wirtschaftsrecht die Dichotomie von öffentlichem und privatem Recht. Merkmal ist ferner die Zuwendung zu Normgruppen, die von der traditionellen Jurisprudenz mit Vorzug übergangen werden. Endlich erweist sich das Wirtschaftsrecht als Ort der Begegnung zwischen Jurisprudenz und Natio-

<sup>140</sup> Aus Gründen des Sachbezuges wird die Entwicklung in der DDR auch in diesen Abschnitt, und zwar unter Ziff. 5 (Volksdemokratien), einbezogen.

<sup>141</sup> MARIO LONGO, La situation du «Droit Economique» en Italie, Colloque de Droit Economique, Paris 1966.

<sup>142</sup> LONGO (Anm. 141).

nalökonomie, aber auch zwischen Wissenschaft und Politik (LONGO, GROSSO, MINOLI, BETTI, CASANOVA usw.). Dieser dritte Zweig dominiert<sup>143</sup>.

### 2. England<sup>144</sup>

Neben dem Handelsrecht gibt es seit Ende des Zweiten Weltkrieges ein besonderes «Business Law». Doch wird darunter – im Unterschied zum amerikanischen Sprachgebrauch – das Recht der Handelspraxis, mithin die Summe der Handelsbräuche und Usanzen, gelehrt. Das englische Recht kennt auch den Begriff des internationalen Wirtschaftsrechts. Man versteht darunter das Völkerrecht und das Recht der internationalen Wirtschaftsorganisationen. Demgegenüber fehlt ein feststehender Begriff des englischen Wirtschaftsrechts, weil in England (anders als auf dem Kontinent) die praktische Durchdringung des Rechtsstoffes aller Regel nach der Begriffsbildung vorangeht. Trotzdem gibt es gerade in England einen weiten Rechtsbereich, der sich als Interventionsrecht kennzeichnen lässt. Er teilt mit dem Handelsrecht den Gegenstand, mit dem Verwaltungsrecht die Rechtstechnik. Dazu gehören etwa die Devisen-, Preis-, Kartellgesetze sowie die Massnahmen zum Schutze der Konsumenten. Zwei Merkmale zeichnen dieses englische Wirtschaftsrecht aus: die inhaltliche Ausrichtung auf den sozialphilosophischen und politischen Begriff des *bonum commune* und die strukturelle Ausgestaltung als zwingendes Recht.

### 3. Belgien<sup>145, 146</sup>

Das Wirtschaftsrecht ist in Belgien noch keine anerkannte selbständige Rechtsdisziplin. Doch hat sich die Doktrin mit der Frage nach dem möglichen Objekt

<sup>143</sup> Beachtlich die franke Enumeration der Widerstände, welche auch in Italien die Integration des Wirtschaftsrechts erschweren.

<sup>144</sup> CLIVE M. SCHMITTHOFF, Le concept de Droit Economique en Angleterre, Colloque de Droit Economique, Paris 1966. Vgl. auch Georg Schwarzenberger, Grundsätze und Standards des internationalen Wirtschaftsrechts, in: ZHK 125 (1963), S. 293 ff.

<sup>145</sup> J. LIMPENS, Contribution à l'étude de la notion de Droit Economique, Colloque de Droit Economique, Paris 1966; vgl. auch den neuen Ansatz von A. JACQUEMIN, Pour une nouvelle approche du droit économique, in: Revue du Marché Commun 1967, S. 439 ff.

<sup>146</sup> In Luxemburg wird Wirtschaftsrecht mit Interventionsrecht identifiziert: «La législation économique est l'ensemble des dispositions qui régissent l'intervention de l'Etat dans la vie économique, pour la sauvegarde des intérêts de l'économie nationale; il y a une certaine

eines Wirtschaftsrechts befasst. Dabei stehen sich zwei Auffassungen gegenüber. Die eine Richtung versteht unter Wirtschaftsrecht das Recht der Wirtschaftslenkung und der eigenwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates. Die andere fasst das Wirtschaftsrecht dagegen als die rechtliche Ordnung der wirtschaftlichen Tätigkeit überhaupt auf. Diese zweite Gruppe wirft der ersten vor, es sei unmöglich, die über die ganze Rechtsordnung verstreuten dirigistischen (zwingenden) Normen aus ihrem Kontext herauszulösen und zu einem einheitlichen Wirtschaftsrecht zusammenzuschliessen. Dazu komme, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates sich häufig in den Formen des Privatrechts vollziehe. Anders verhielte es sich nach dieser Meinung nur, wenn die die Staatsintervention betreffenden Normen zum vornherein eigens und getrennt vom Gemeinrecht kodifiziert wären. Das anstelle dieses Interventionsrechts angebotene allgemeine Wirtschaftsrecht ist aber nichts anderes als das zu einem allgemeinen Unternehmensrecht ausgebauten Handelsrecht. Folgende Einteilung wird vorgeschlagen: Rechtssubjekte (natürliche Personen, juristische Personen des privaten und des öffentlichen Rechts), Rechtsobjekte (*propriété commerciale*, *fonds de commerce*), Verkehrsrecht (Pfandrecht, Schuldrecht, Bank- und Börsenrecht, Wertpapierrecht), Vollstreckungsrecht (Konkurs- und Nachlassrecht).

#### 4. Frankreich<sup>147</sup>

Die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Wirtschaftsrecht setzt in Frankreich erst nach dem Zweiten Weltkrieg, und zwar im Gefolge der seit dem Ersten Weltkrieg ständig zunehmenden Interventionen des Staates in die Wirtschaft ein. Es sind zwei verschiedene Konzeptionen zu unterscheiden. Nach der einen Meinung wird als Gegenstand des Wirtschaftsrechts die wirtschaftliche Betätigung im umfassenden Sinne verstanden. Daher sind nicht nur die hoheitlichen, sondern auch die Institute der Selbstbestimmung Formen des Wirtschaft-

polarité entre le droit commercial et la législation économique. Alors que le droit commercial est axé sur l'idée de l'intérêt particulier et fondé sur le principe de liberté, la législation économique est dominée par les besoins des structures économiques plus larges – économie nationale, économie européenne et même mondiale. Alors que le droit commercial se rattache étroitement au droit privé, la législation économique a des affinités avec le droit public.» So PIERRE PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg 1960, S. 21 f.

<sup>147</sup> KARL SVOBODA, *La notion de droit économique*, Publications du Centre Européen Universitaire, Collections des mémoires, N. 18, Nancy 1966; C. CHAMPAUD, *Contribution à la définition du droit économique*, in: *Il Diritto dell'Economia* 13 (1967), S. 141 ff.

schaftsrechts. Im Blick auf andere Rechtszweige umfasst das so verstandene Wirtschaftsrecht auch Handelsrecht, Agrarrecht, Teile des Völkerrechts und den gewerblichen Rechtsschutz. Im Wirtschaftsrecht vereinigen sich öffentliches und privates Recht. HAMEL hält das Wirtschaftsrecht sogar für ein eigenständiges *tertium*<sup>148</sup>.

Demgegenüber zieht eine andere Gruppe den Gegenstand des Wirtschaftsrechts enger. Nicht die wirtschaftliche Tätigkeit schlechthin, sondern nur bestimmte wirtschaftliche Vorgänge sind Objekte des Wirtschaftsrechts. Der Form nach werden nur hoheitliche Akte dem Wirtschaftsrecht zugeschlagen. Folgerichtig ist Wirtschaftsrecht ausschliesslich öffentliches Recht. Die Frage nach der Abgrenzung gegenüber andern Rechtsdisziplinen wird nicht gestellt.

#### 5. Volksdemokratien<sup>149</sup>

In den Volksdemokratien stellt sich die Frage nach dem Wirtschaftsrecht im Zusammenhang mit der Systematik des «sozialistischen» Rechts, namentlich mit dem Problem der Neuordnung und Neukodifikation des Zivilrechts. Fraglich ist vor allem, ob das Wirtschaftsrecht eine selbständige Rechtsdisziplin sei. Die herrschende Meinung verneint die Frage. Man anerkennt aber durchwegs, dass dem Wirtschaftsrecht spezifische Leitprinzipien abgewonnen werden können. Es handelt sich um die Grundsätze des demokratischen Sozialismus, der Planung, des allgemeinen Vertragssystems, der wirtschaftlichen Rechnungsführung, der Teilnahme der werktätigen Massen an der Leitung der Wirtschaft und der Einheitlichkeit des staatlich-sozialistischen Eigentums. Diese Prinzipien wirken im Wirtschaftsrecht zusammen, so dass dieses die zentrale Leitung der Wirtschaft und die operative Selbständigkeit der Betriebe zugleich intendiert<sup>150</sup>. Innerhalb dieses Rahmens sind drei Richtungen zu unterscheiden. Nach der einen Auffassung wird das Wirtschaftsrecht zum Teil zum Zivilrecht, zum Teil zum Verwaltungsrecht (z. B. CHAGORDSKIY, KNAPP usw.) gezählt.

<sup>148</sup> JOSEPH HAMEL, *Vers un droit économique*, in: *Economie Contemporaine* 1951, S. 6.

<sup>149</sup> Vgl. dazu SVOBODA (Anm. 147), S. 35 ff.; EBERHARD SCHNEIDER, *Das Wirtschaftsrecht im kommunistischen Rechtsdenken*, Abhandlungen zum Ostrecht, Band I, Köln 1964; BENVENUTO SAMSON, *Grundzüge des mitteleuropäischen Wirtschaftsrechts*, Frankfurt/Berlin 1960; STEFAN BUCZKOWSKI, *Conception du «Droit Economique» en Pologne*, *Colloque de Droit Economique*, Paris 1966; VIKTOR KNAPP, *Conception du Droit Economique dans la science juridique Tchecoslovaque*, *Colloque de Droit Economique*, Paris 1966.

<sup>150</sup> SCHNEIDER (Anm. 149), S. 61 ff.

Die zweite Richtung sieht im Wirtschaftsrecht eine selbständige Rechtsdisziplin, welche die Ordnung der Vermögensverhältnisse<sup>151</sup> zwischen sozialistischen Unternehmungen zum Gegenstand hat. Die dritte Meinung endlich hält dafür, das selbständige Wirtschaftsrecht ordne nicht nur die horizontalen Beziehungen zwischen den sozialistischen Unternehmungen und Organisationen, sondern auch die vertikalen Bezüge zwischen diesen und den ihnen übergeordneten Organen. Das Wirtschaftsrecht setzt sich somit nach dieser Auffassung aus zwei Teilen zusammen: «Erstens aus der staatlichen Leitung, insbesondere der Planung wirtschaftlicher Aufgaben, und zweitens aus der Durchführung der Aufgaben mittels Vertragssystem, wirtschaftlicher Rechnungsführung und operativer Verwaltung von staatlichem sozialistischem Eigentum<sup>152</sup>.» Freilich herrschen im einzelnen unterschiedliche Auffassungen, wie weit das Wirtschaftsrecht horizontal und vertikal reicht, «puisque les auteurs respectifs y englobent différentes sphères de rapports dits horizontaux et verticaux<sup>153</sup>».

### C. 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 Methode<sup>154</sup>, wird zum Ausdruck

<sup>151</sup> «Als Vermögensverhältnisse gelten die Produktionsverhältnisse, d.h. vor allem die Eigentumsverhältnisse sowie die Verhältnisse der Warenzirkulation und der Verteilung der Produktionsmittel.» Vgl. SCHNEIDER (Anm. 149), S. 32.

<sup>152</sup> SCHNEIDER (Anm. 149), S. 62.

<sup>153</sup> SYBODA (Anm. 147), S. 70.

<sup>154</sup> Vgl. vorne S. 40, 44, 46.

eines besonderen (eben des wirtschaftlichen) Zeitgeistes<sup>155</sup>, wird verstanden als Systemrest, als Summe der systematisch heimatlosen Normen im Sinne einer Sammelkategorie<sup>156</sup> oder endlich als Konflikts- oder Gegensatzrecht, in dem die Antinomie von Freiheit und Bindung zum Tragen kommt<sup>157, 158</sup>. 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) Gemeingut<sup>159</sup>.

2. Die HEDEMANNsche Assoziation von Naturrecht und Wirtschaftsrecht gibt nichts her. Wenn auch die zunehmende Ökonomisierung des Lebens (und damit des Rechtsstoffes), ja auch eine akzentuiert-wirtschaftliche Gesinnung

<sup>155</sup> Vgl. vorne S. 46, Anm. 89.

<sup>156</sup> Vgl. vorne S. 41.

<sup>157</sup> Vgl. vorne S. 55.

<sup>158</sup> Keinen weiteren Nachhall haben DARMSTAEDTER (Wirtschaftliches Recht als Abwehr- und Vermittlungsrecht) und ROSENSTOCK (Wirtschaftliches Recht als zeitliches Recht) gefunden; vgl. vorne S. 42, Anm. 74, 44 f.

<sup>159</sup> Vgl. ARTHUR MBIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. I, 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 NAWLASKY, 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 OPTINGER, Überblick über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation, SJZ 63 (1967), S. 353 ff., 358 f. KARL LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960, S. 212 f.; LUDWIG ENNECGERUS/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.

der Normadressaten und der tonangebenden Schicht soziologisch 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)<sup>160</sup> zwischen Freiheit und Bindung zeichnet das Recht überhaupt<sup>161</sup>. Denn sogar die rechtliche Verankerung der Freiheit in den Grund- und Persönlichkeitsrechten<sup>162</sup> 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 zum

<sup>160</sup> 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.

<sup>161</sup> Vgl. PAUL BOCKELMANN, Einführung in das Recht, München 1963, S. 67ff; GUSTAV RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 4. Auflage, Stuttgart 1950, S. 146ff; JOHANNES MESSMER, Das Naturrecht, 5. Auflage, Innsbruck/Wien/München, S. 302f; ARTHUR FRIDOLIN UTZ, Sozialethik, Sammlung Politeia, Band X, 1. Teil, Die Prinzipien der Gesellschaftslehre, 2. Auflage, Heidelberg/Löwen 1964, S. 294f. – 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 ROBILANT, *Direttiva economica e norma giuridica*, Torino 1955, S. 23 ff.

<sup>162</sup> HENKEL (Anm. 160), S. 192ff; HELMUT COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950, S. 131 ff.

Wirtschaftsrecht. Anders schlug 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 stellt<sup>163</sup>, 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 Haushaltsrecht<sup>164</sup>, vor allem aber das Unternehmensrecht<sup>165</sup>. Ähnlich knüpft EICHLER – freilich erweiternd – an wirtschaftliche Vorgänge, Massnahmen, Aufgaben und Ziele an, um sein dualistisches System zu errichten<sup>166</sup>.

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.

<sup>163</sup> 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.

<sup>164</sup> Auch in der kameralistischen Ausprägung des Staatswirtschaftsrechts.

<sup>165</sup> Hauptvertreter: HUG, LEHMANN, KLAUSING; vgl. vorne S. 40 ff.

<sup>166</sup> EICHLER (Anm. 117), S. 30 f.

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 Sinn<sup>167</sup>, Wirtschaftsrecht ist Wirtschaftsordnung als rechtliche Veranstaltung<sup>168</sup>.

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.).

z. 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 dient<sup>169</sup>.

<sup>167</sup> Vgl. ISELE, RITTNER, vorne S. 51 f., 56.

<sup>168</sup> BALLERSTEDT (Anm. 129), S. 18 ff., spricht von der Verfassung einer angeblichen Wirtschaftsgemeinschaft; derselbe, Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, DJZ. 1911, S. 486 ff., 490 f.

<sup>169</sup> Vgl. J. HEINZ MÜLLER/BRUNO DIETRICH, Artikel «Wirtschaft», Staatslexikon (Anm. 130), Band 8, 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; LOITZBERGER (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 Produktions-

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 Entscheide 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 die Ordnungsprinzipien<sup>170</sup>. In allen diesen Fällen fehlt ein Wirtschaftsrecht, weil das Wirtschaften durch ausserrechtliche Determinanten geordnet wird, wenn man vom Verbot des Diebstahls und des Raubes absehen 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 organisieren<sup>171</sup>. Damit wird

faktoren möglichst zweckmässig einzuweisen». ERICH CARRELL, 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. 111, 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 Erfüllung 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 AMONNSCHE 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).

<sup>170</sup> Vgl. dazu MAX WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, 4. Auflage, 1. Halbband, Tübingen 1956, S. 214.

<sup>171</sup> So schon GOLDSCHMIDT (Anm. 65), freilich mit Beschränkung auf die Koordination der Produktion; vgl. vorne S. 41. Zutreffend CHAMPAUD (Anm. 147), S. 146: «Ainsi, si l'on suit

die Wirtschaft als Gegenstand des Wirtschaftsrechts im Sinne einer Funktion<sup>172</sup>, das Wirtschaftsrecht als Leistung des Rechts zur Bewältigung eben dieser Aufgabe begriffen. Nichts kann 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‘<sup>173</sup>». 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 reflektiert<sup>174</sup>».

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)<sup>175</sup>. Andererseits ist Unternehmensrecht zum Teil bloss erweitertes Han-

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.»

<sup>172</sup> 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 Rechtslehre, Heft 9, Berlin 1967, S. 39; ähnlich WALTER R. SCHLUEP, Das Markenrecht als subjektives Recht, Studien zum Immaterialgüterrecht, Band 5, Basel 1964, S. 60 ff.

<sup>173</sup> 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, S. 292 ff., 293.

<sup>174</sup> Vgl. KRAWIETZ (Anm. 172), S. 37.

<sup>175</sup> Dazu treffend LISOWSKY, Vom Sinn organischer Wirtschaft (Anm. 173), 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.*»

delsrecht, allenfalls unter Einbezug der öffentlichen Unternehmungen<sup>176</sup>. Oder es ist das auf die Unternehmung bezogene bürgerliche Recht, das um die spezialgesetzliche Ordnung besonderer Unternehmensgüter (Immaterialgüter) erweitert wird. Mutatis mutandis gelten diese Überlegungen auch für ein allfälliges Haushaltsrecht<sup>177</sup>: es handelt sich um bürgerliches oder öffentliches Recht unter dem beschränkten Gesichtswinkel des Güterverzehr. Wer wie WESTHÖFF<sup>178</sup> 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 lautereren 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 alltägli-

<sup>176</sup> 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), S. 181 ff.

<sup>177</sup> 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).

<sup>178</sup> Vgl. vorne S. 69.

che Wirtschaftsprozess abläuft<sup>179</sup>,» stösst unweigerlich auf das *Koordinationsproblem*. 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 blosser 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 Handlungen<sup>180</sup>» 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 Teilganzheit 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 nieder<sup>181</sup>, dass das Koordinationsproblem grund-

<sup>179</sup> WALTER EUCKEN, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern/Tübingen 1952, S. 372.

<sup>180</sup> LEOPOLD VON WIESE, Stichwort «Organisation», HDSW, Band 8, S. 108 ff, 108.

<sup>181</sup> 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.

sätzlich 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 werden<sup>182</sup>. 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 ist<sup>183</sup>? 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 erhoben<sup>184</sup>. Das vollzieht sich durch die rechtli-

<sup>182</sup> Vgl. dazu WALTER ADOLF JÖHR/H. W. SINGER, Die Nationalökonomie im Dienste der Wirtschaftspolitik, Göttingen/Zürich 1957, S. 156 ff. Vgl. aber auch KRÜGER, Von der reinen Marktwirtschaft zur gemischten Wirtschaftsverfassung (Anm. 186), 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. 232), S. 19 ff.

<sup>183</sup> WALTER EUCKEN, Wirtschaftspolitik (Anm. 179), 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.»

<sup>184</sup> Zutreffend hebt LUDWIG RAISER, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, Festschrift für Julius von Gierke, Berlin 1950, S. 181 ff, 192, hervor, dass die durch den politischen Entscheid festgelegte wirtschaftliche Gesamtkonzeption an sich noch keineswegs Rechtsatzqualität hat: «Die Rechtsordnung hat die jener Konzeption 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 Umset-

che *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 ändern, 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 aussерrechtlichen 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 sind<sup>185</sup>.

zung 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 Bedingung 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 Konstituanten 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. 77 ff. Im Zweifel ist freilich anzunehmen, die Rechtsordnung sei ordnungspolitisch offen.

<sup>185</sup> Nach dieser Umschreibung erhebt sich die Frage, ob das vorne S. 71 angezeigte Problem der «Wirtschaftsfähigkeit», die Frage nach den zugelassenen Wirtschaftsobjekten (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. 130, S. 820) ist die Frage, wer wirtschaften solle (der Staat oder die Privaten), geradezu das sachliche 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 Wirtschaftsobjekt 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

## D. DER AUFBAU DES WIRTSCHAFTSRECHTS

### 1. WIRTSCHAFTSVERFASSUNGSRECHT

Die Wirtschaftsverfassung ist die zu rechtlicher Geltung erhobene politische Grundentscheidung über das Koordinationssystem der Wirtschaft<sup>186</sup>. Wirtschaftsverfassung ist somit ein Rechtsbegriff, der sich wesensmässig unter-

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 Staats Eigentum 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 Vesselständigkeit des Problems zu Lehrzwecken durchaus sinnvoll sein kann.

<sup>186</sup> 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. 126), S. 23 ff; RAISER, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem (Anm. 116), S. 192; STRAUSS (Anm. 125), S. 19; namentlich aber ERNST-JOACHIM MRSTMÄCKER, Wirtschaft und Verfassung, in: DÖV 1964, S. 606 ff; vgl. auch ANDREAS HAMANN, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Darmstadt 1958, S. 13 (mit Begrenzung auf das formelle Verfassungsrecht); RINCK, Wirtschaftsrecht (Anm. 132), S. 18; NIPPERDEY/STUMPF, Wirtschaftsrecht (Anm. 138), S. 639 (mit Begrenzung auf die Staatsverfassung); EICHLER (Anm. 117), S. 57 ff; RAUSCHENBACH (Anm. 133), S. 20 f (mit Begrenzung auf die formelle oder materielle Staatsverfassung); HUG/KAUFMANN (Anm. 108), S. 559 ff; RITTNER (Anm. 130), S. 820; SCHMIDT-RIMPLER (Anm. 136), S. 699 ff. 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 Wirtschaftsobjekten 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. 63 ff, wonach der spezifische Platz der Wirtschaftsverfassung dort ist, wo die wirtschaftsordnenden Rechtsnormen den Rang des Verfassungsrechts einnehmen» (a. a. O., S. 77); RUDOLF WIETZBÜTTER, Die Position

scheidet vom soziologischen Begriff der Wirtschaftsverfassung, wonach jede Wirtschaft tatsächlich irgendwie geordnet oder verfasst ist. Demgegenüber erweist sich die rechtliche Wirtschaftsverfassung als der Inbegriff der Rechtsnormen, die ein wirtschaftliches Koordinationssystem konstituieren, also bewusst ins Recht heben. Nur gerade diese *ratio constituendi* verbindet die Wirtschaftsverfassung mit der Staatsverfassung; das *constituendum* ist demgegenüber völlig verschieden<sup>187</sup>. Das schliesst nun freilich nicht aus, dass die Wirtschaftsverfassung formal (Staats-)Verfassungsrang hat: Die Staatsverfassung enthält mitunter ausdrücklich die Verpflichtung zur Institutionalisierung eines bestimmten Koordinationstypus<sup>188</sup>. 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 sein<sup>189</sup>. 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

des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 41 ff.: «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. 59 f.).

<sup>187</sup> Die Annahme von BALLERSTEDT (Anm. 125), die Wirtschaftsverfassung sei das Grundgesetz einer besonderen Wirtschaftsgemeinschaft, trägt dem Abstraktionscharakter der Wirtschaft zu wenig Rechnung.

<sup>188</sup> So z. B. die Staatsverfassung der UdSSR von 1936 (Art. 4).

<sup>189</sup> Vgl. dazu vorne S. 75, Anm. 184.

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 koordinationsbezogen grundlegend sind<sup>190</sup>. Für die verkehrswirtschaft-

<sup>190</sup> E. R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I (Anm. 126), 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. 159], S. 61 ff. und NAWIASKY [Anm. 159], 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 KELSSENS absieht – überspannt wird. Denn ersichtlich sind viele Konstituanten eines Koordinationstyps 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. 136, 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

liche Verfassung nennt EUCKEN z. B. offene Märkte (allgemeine Wirtschaftsfähigkeit), Privateigentum, Vertragsfreiheit und Haftung<sup>191</sup>. 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»)<sup>192</sup>, so fällt das Wirtschaftsrecht mit dem je geltenden Koordinationsrecht zusammen. Für weitere Gliederungen ist kein Raum<sup>193</sup>.

2. Liegt eine formelle Wirtschaftsverfassung vor, so ist es Aufgabe des Wirtschaftsrechts, die Grundordnung auszuführen. Das geschieht zunächst durch die rechtliche Ermöglichung<sup>194</sup>, aber auch durch die Sicherung des aufgegebenen Koordinationstypus (*ausführendes Koordinationsrecht*). Man darf im Anschluss an JÖHR von der Koordination als einer staatlichen Veranstaltung reden<sup>195</sup>.

Gesamtzusammenhang, dem bei der Auslegung Rechnung zu tragen ist; vgl. dazu MESTMÄCKER (Anm. 186), S. 610 und 612.

<sup>191</sup> EUCKEN, Wirtschaftspolitik (Anm. 179), S. 254 ff.

<sup>192</sup> Ob die gemischte Wirtschaftsverfassung die Wirtschaft in der Tat verfasst, bleibe dahingestellt; bejahend: HERBERT KRÜGER (Anm. 186); verneinend: RICHARD BÄUMLIN, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, S. 13.

<sup>193</sup> Die Rechtsordnung der Wirtschaft fällt mit der Wirtschaftsverfassung zusammen; vgl. ZACHER (Anm. 186), 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.).

<sup>194</sup> Im Fall der implizierten formellen Wirtschaftsverfassung (und natürlich auch der materiellen Wirtschaftsverfassung) bedarf es einer solchen Ermöglichung nicht, weil aus den bereits verwirklichten Konstituenten rückwärts auf die Verfassung geschlossen wird.

<sup>195</sup> WALTER ADOLF JÖHR, Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Band 1, Sankt Galler Wirtschaftswissenschaftliche Forschungen, Band 1, St. Gallen 1943, S. 44 f, mit weiteren Hinweisen.

Ausserhalb des Wirtschaftsrechts steht der nicht koordinationspezifische Schutz der Polizeigüter<sup>196</sup>.

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)<sup>197</sup>. Das Wirtschaftsrecht reduziert sich auf die Institutsgarantie (Gewährleistung der Privatautonomie und des Wettbewerbs)<sup>198</sup>. 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 können<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> Vgl. dazu etwa FRITZ GYGI, Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, 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.

<sup>197</sup> Vgl. WALTER ADOLF JÖHR, Vorlesung über theoretische Volkswirtschaftslehre, 4. Ausgabe, WS 1961/62 (Maschinenschrift), S. 51 f.

<sup>198</sup> Vgl. dazu KARL OFTINGER, Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, in: SJZ 1940/41, S. 241 ff, 321 ff (Anm. 38).

<sup>199</sup> Zutreffend RITTNER (Anm. 130), 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 vom 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, Marburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen, Marburg 1967; PLEYER, Zum Verhältnis von Zentralplanwirtschaft und Zivilrecht (Anm. 218), S. 82 ff.

In einer sozialistischen Verfassung<sup>200</sup> 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<sup>bis</sup> Abs. 3 lit. b), ist das Koordinationssystem 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 Sozialgerechtigkeit<sup>201</sup>. So treten zur Wohlstandszweckmässigkeit Gerechtigkeit und Rechtssicherheit,

<sup>200</sup> Vgl. die Modelle bei EUCKEN, Die Grundlagen der Nationalökonomie (Anm. 186), S. 126 ff.; JÖHR, Ist ein freiheitlicher Sozialismus möglich? (Anm. 185).

<sup>201</sup> Vgl. GYGI (Anm. 196), S. 9; ders., Rechtsstaatsprobleme der heutigen Wirtschafts- und Sozialordnung, in: Journal der Internationalen Juristenkommission, Bd. IV, 1962, S. 4 ff., 12; namentlich aber RAISER (Anm. 116), S. 196; DI ROBILANT (Anm. 161), 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.

## F. 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 Wirtschaftsraum<sup>202</sup> 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 Funktion<sup>203</sup> 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 Ausgangspunkt<sup>204</sup>» der Erwägungen zu erheben. Insoweit ist Wirtschaftsrecht dynamisches Recht<sup>205</sup>. Funktion meint Aufgabe, Tätigkeit zur Lösung der Aufgabe und Leistung als vollbrachte Aufgabe<sup>206</sup>. Die funktionale Methode ist nicht neu. Es darf an den Satz IHERINGS erinnert werden: «Wenn ich den Inhalt meiner gesamten Ausführung in ein Wort zusammendrängen soll, so ist es der Gedanke des gesellschaftlichen Charakters des Privatrechts<sup>207</sup>» Aber IHERING bleibt zu sehr den praktischen Zwecken des einzelnen Rechtssatzes ver-

<sup>202</sup> Dieser Wirtschaftsraum kann grenzüberschreitend sein, woraus von selbst das *internationale Wirtschaftsrecht* folgt.

<sup>203</sup> Vgl. NIPPERDEY/STUMPF (Anm. 138), S. 637.

<sup>204</sup> KRAWIETZ (Anm. 172), S. 21.

<sup>205</sup> Vgl. dazu HANS FEHR, Das dynamische Element im künftigen schweizerischen Handelsrecht, in: Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe Carl Wieland, Basel 1954, S. 66 ff.; WALTER R. SCHLUEP, Die wohlerworbenen 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.

<sup>206</sup> KRAWIETZ (Anm. 172), S. 38; SCHLUEP, Markenrecht (Anm. 28), S. 60.

<sup>207</sup> RUDOLF VON IHERING, Der Geist des Rechts, Sammlung Dieterich, Band 297, Bremen 1965, S. 300 (aus «Der Zweck im Recht»).

haftet<sup>208</sup>. Die funktionale Betrachtungsweise zielt dagegen auf das Sinnganze, auf den Beitrag der Norm und des Instituts (samt Individualzwecken) zur Gestaltung eines Kulturbereiches<sup>209</sup>. Das Wirtschaftsrecht erscheint so als ein «alle Wirtschaftssubjekte umschlingendes Ordnungsgefüge<sup>210</sup>». 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 Sozialprozess<sup>211</sup>. Zutreffend spricht BIEDENKOPF von der Ausrichtung der Rechtsinstitute auf bestimmte Lebenssachverhalte und Interessenkonflikte im Zusammenhang mit einer bestimmten Wertordnung<sup>212</sup>.

<sup>208</sup> Vgl. LARENZ (Anm. 159), S. 45.

<sup>209</sup> 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.; ders., Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, Sonderdruck aus: 100 Jahre Deutsches Rechtsleben, Karlsruhe 1960, S. 7 ff.

<sup>210</sup> LUDWIG RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz, in: Summum Ius Summa Injuria, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 9, Tübingen 1963, S. 166. Zutreffend auch CHAMPAUD (Anm. 147): «*Considéré comme un droit original mais à vocation générale, le Droit Économique 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.*»

<sup>211</sup> GYGI (Anm. 196), S. 30.

<sup>212</sup> KURT H. BIEDENKOPF, Diskussionsvotum, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaften zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Neue Folge, Band 33, Berlin 1964, S. 213; 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:

## 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 Auslotung<sup>213</sup> als spezifisch privatrechtliche Gruppen- oder Zuweisungsordnungen zum Wirtschaftsrecht. Es versteht sich, dass der Begriff des Rechtsinstituts hier nicht als bloss logische Kategorie<sup>214</sup> verstanden werden darf. Vielmehr sind in Anlehnung an RAISER gemeint: die vorgefundenen Lebensinstitute (wie z. B. der Wettbewerb), die die Rechtsordnung strukturieren<sup>215</sup>. Diese Institute sind von vornherein nicht auf Isolierung oder Anerkennung autonomer Wirk- oder Habensbereiche, sondern auf das «*mitmenschliche Zueinander und Füreinander*<sup>216</sup>», mithin auf Koordination, angelegt<sup>217</sup>. Auch wo die wirtschaftliche Koordination geplant ist, entstehen Plankontakte, welche die Rechtsordnung vorfindet und planbezogen meisselt. So entfalten sich Rechtsinstitute wie der Liefer- und Leistungsvertrag<sup>218</sup> und die (das Risiko der marktwirtschaftlichen Verfassung substituierende) Einstandspflicht für Umstände des betrieblichen Geschehens<sup>219</sup>.

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. 172), S. 20 ff., 74 ff.

<sup>213</sup> 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.

<sup>214</sup> So RENNER (Anm. 212), S. 69 (Normenkomplex); NAWIASKY, (Anm. 159), S. 169 (Komplex von Rechtsverhältnissen); vgl. auch LEHMANN (Anm. 159), S. 67; ENNECCERUS/NIPPERDEY (Anm. 159), S. 418.

<sup>215</sup> RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (Anm. 210), S. 146 ff.; LARENZ (Anm. 159), S. 137 ff.

<sup>216</sup> RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (Anm. 210), S. 147.

<sup>217</sup> Beachtlich LARENZ (Anm. 159), S. 327 ff.

<sup>218</sup> KLEMENZ PLEYER, Zentralplanwirtschaft und Zivilrecht, Schriften zum Vergleich von Wirtschaftsordnungen, Stuttgart 1965, S. 364 ff.; ders., Zum Verhältnis von Zentralplanwirtschaft und Zivilrecht, in: Juristen-Jahrbuch 8 (1967/68), S. 79 ff.

<sup>219</sup> PLEYER (Anm. 218), S. 58.

## III. TECHNIZITÄT

Wirtschaftsrecht als Recht der Koordination wirtschaftlicher Tätigkeit ist weitgehend durch die Sachgesetzlichkeit der Realfaktoren, 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 *Massnahmenrechts*<sup>220</sup>. Unter wirtschaftlichem Massnahmegesetz 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 wird<sup>221</sup>». Demgegenüber begreift BALLERSTEDT Rechtsgesetze als Gesetze, «denen ein substantieller Rechtsgehalt innewohnt – sei es, dass sie bestimmte Rechtsinstitute neu schaffen, abwandeln oder aufheben (Instituts Gesetze), sei es, dass sie einen bestimmten Bereich des Gemeinschaftslebens hoheitlicher rechtlicher Ordnung unterwerfen (Ordnungsgesetze)<sup>222</sup>». 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

<sup>220</sup> Vgl. namentlich HANS HUBER, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift Giacometti, Zürich 1953, 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. 186), S. 78 ff; vgl. aber namentlich DE ROBLANT (Anm. 161), S. 31, 37 ff, 77.

<sup>221</sup> BALLERSTEDT, Über wirtschaftliche Massnahmegesetze (Anm. 220), S. 373.

<sup>222</sup> BALLERSTEDT, Über wirtschaftliche Massnahmegesetze (Anm. 202), S. 373; vgl. dazu auch HERMANN EICHLER, Das Wesen des Gesetzes, Köln/Berlin 1959, S. 10.

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 Ordnung 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 ist<sup>223</sup>. 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, wie weit und wie lange die wirtschaftspolitischen Erwartungen sich erfüllen werden<sup>224</sup>», 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 belegt<sup>225</sup>. Endlich ist BALLERSTEDT entgegenzuhalten, dass Zweckmässigkeit – auch wenn man das Wort nicht im

<sup>223</sup> 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. 28), S. 315.

<sup>224</sup> BALLERSTEDT, Über wirtschaftliche Massnahmegesetze (Anm. 220), S. 373.

<sup>225</sup> Vgl. aus der Fülle der Literatur den Aufsatz von THOMAS RAISER, Das Vertragsgesetz der «DDR» vom 25. Februar 1965, in: DJZ 1967, S. 338 ff; REINHOLD KREVEY, Das Vertragsrecht der mitteldeutschen Industrie, Abhandlungen zum Ostrecht, Band IV, Köln 1965; OSMAR SPITZNER, Der Wirtschaftsvertrag in der Praxis, Band 1, Berlin-Ost 1966.

Sinne RADBRUCHS verwendet<sup>226</sup> – als Ausdruck der Sachgerechtigkeit durchaus im Bereich der Rechtsidee<sup>227</sup> liegt.

Die Technizität des Wirtschaftsrechts schlägt sich formal nieder in den zahlreichen Ermächtigungen der Verwaltung, in der Häufigkeit von Generalklauseln, Ermessensvorschriften und Zielformeln<sup>228</sup>, aber auch in der gegensätzlichen Tendenz zur Konkretisierung, Detaillierung und Typisierung<sup>229</sup>. Methodisch taucht in diesem Zusammenhang das Problem der Auslegung wirtschaftswissenschaftlicher Begriffe in Normtatbeständen auf<sup>230</sup>.

### E. 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, ergänzt 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

<sup>226</sup> Was RADBRUCH, Rechtsphilosophie (Anm. 119), 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. 160), S. 331.

<sup>227</sup> Vgl. HENKEL (Anm. 160), S. 331 ff; SCHMIDT-RIMPLER (Anm. 136), 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. 196), S. 46 ff; ENGISCH (Anm. 159), S. 30.

<sup>228</sup> Vgl. HANS HUBER, Das Staatsrecht des Interventionismus, in: ZSR, Neue Folge 70 1951, S. 173 ff, der von «Unberechenbarkeit» und «Grenzenlosigkeit» spricht; vgl. auch BALLERSTEDT, Über wirtschaftliche Massnahmegesetze (Anm. 220), S. 373 ff; SCHMIDT-RIMPLER (Anm. 136), S. 706 ff; EICHLER (Anm. 117), S. 53 f; GYGI (Anm. 196), S. 50 ff.

<sup>229</sup> EICHLER (Anm. 117), S. 53 f.

<sup>230</sup> Vgl. dazu namentlich GERT 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, S. 245, 265 ff; NORBERT PLASSMANN, Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, in: DJZ 1968, S. 81 ff.

gen der Ministerien<sup>231</sup>), 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 werden<sup>232</sup>. Freilich lassen sich solche Liberalisierungen nur unter strikter Planaufsicht verwirklichen, soll nicht das planwirtschaftliche System in die marktwirtschaftliche Koordination umschlagen<sup>233</sup>. Demgegenüber ist die zielbezogene Lenkung des verkehrswirtschaftlichen Koordinationstypus vielgestaltig. Man unterscheidet mittelbare und unmittelbare Lenkung (je nach den 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 werden<sup>234</sup>. Will

<sup>231</sup> Vgl. SCHNEIDER (Anm. 149), 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. 218), S. 85 ff.

<sup>232</sup> Von der Sache her weist freilich JÖHR (Ist ein freiheitlicher Sozialismus möglich? Anm. 185) 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. 186); 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.

<sup>233</sup> Vgl. Anm. 232 hier vor.

<sup>234</sup> Vgl. dazu PETER BADURA, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, Recht und Staat, Heft 328, Tübingen 1966; GYGI (Anm. 196), 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

man nach den sachlichen Ansatzpunkten gliedern, so verliert sich die Darstellung in der Ubiquität alles Wirtschaftlichen<sup>235</sup>.

#### F. 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.

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. 136), S. 704 ff; HANS PETER ISEN, 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 HOUÏN, 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: ERKSBART STEIN, Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1967.

<sup>235</sup> Vgl. SCHREDL (Anm. 234), S. 26 ff; SCHMIDT-RIMPLER, (Anm. 136), S. 709, vgl. aber immerhin die schöne Darstellung von GYGI, Interventionsrecht und Interventionsverwaltung (Anm. 196), S. 15 ff; ders., Rechtsstaatsprobleme der heutigen Wirtschafts- und Sozialordnung (Anm. 201) S. 14 ff; ferner OFTINGER, in: ZSR, Neue Folge 77 1958 (Anm. 2), S. 509a ff; COMMENT, ebenda (Anm. 2), S. 221a ff; ULRICH SCHEUENER, 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.

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 hin<sup>236</sup>. Denn unter einem System ist zu verstehen «die Ordnung von Erkenntnissen nach einem einheitlichen Gesichtspunkt<sup>237</sup>». Dabei ist freilich zu unterscheiden zwischen den logistischen Systemen in Gestalt des deduktiven Kalküls (Systeme im engeren Sinn)<sup>238</sup> und der blossen Zusammenfassung unter irgendwelchen übergreifenden Gesichtspunkten (Systeme im weiteren Sinn)<sup>239</sup>. Ein logistisches System hätte zur Folge, dass die Lösung von Rechtsproblemen aus den gegebenen Axiomen mittels formaler Logik zu deduzieren wäre<sup>240</sup>. Demgegenüber sind als Systeme im weiteren Sinn auch die an Grundbegriffen (kategorial), natürlichen Klassen (klassifikatorisch) oder Zwecken (teleologisch) sich ausrichtenden Zusammenfassungen aufzufassen<sup>241</sup>.

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 KELSENS<sup>242</sup>. Durchgesetzt haben sich indessen Systeme im weiteren

<sup>236</sup> Vgl. etwa NAWIASKY (Anm. 159), 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».

<sup>237</sup> HELMUT COING, Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, Frankfurter Universitätsreden, Heft 17, Frankfurt 1956, S. 26; vgl. dazu auch JANIS SALMA, Die Grundzüge der inhaltlichen Gliederung des gesetzten Rechts, Bad Hornburg von der Höhe 1966.

<sup>238</sup> 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.

<sup>239</sup> Vgl. COING, Systemgedanke (Anm. 237), S. 26 f.

<sup>240</sup> «Sind in der angegebenen Weise Vollständigkeit, Verträglichkeit und Unabhängigkeit der Axiome gesichert, lassen sich aus ihnen alle weiteren einschlägigen Sätze durch bloss logische Umformung, das heisst durch das korrekte Ziehen von Schlüssen, in Kettenreduktionen ableiten»; THEODOR VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz, 3. Auflage München 1965, S. 55.

<sup>241</sup> Vgl. dazu UWE DIEDERICHSEN, Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, in: NJW 1966, S. 697 ff, 700.

<sup>242</sup> Vgl. VIEHWEG (Anm. 240), S. 51 f; FRANZ WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952, S. 192 ff; KELSEN, Reine Rechtslehre (Anm. 190); LARBNZ (Anm. 159), S. 134 f.

Sinn, die den Rechtsstoff – namentlich aus Anlass der Kodifikation – gliedern und ordnen<sup>243</sup>. Die Art dieser Auffächerung des Stoffes ist nicht vorgegeben<sup>244</sup>. Das kann zu einem Systempluralismus unter uneinheitlichen Kriterien führen<sup>245</sup>. 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 abzugewinnen<sup>246</sup>.

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 Immanenz<sup>247</sup>, die Dichotomie von dinglichem und obligatorischem Recht auf der GAJANISCHEN Strukturformel<sup>248</sup>, die Gliederung des Zivilrechts in Personen-, Sachen-, Schuld- und Erbrecht in der naturrechtlichen Erweiterung (Sozialrecht) des Institutionensystems<sup>249</sup>. Das Handelsrecht ist Sonderprivatrecht für Unternehmer<sup>250</sup>, 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

<sup>243</sup> Vgl. PETER LIVER, Berner Kommentar, Einleitungsband, Einleitung, N. 116 ff.

<sup>244</sup> Vgl. aber BURCKHARDT, Methode und System des Rechts (Anm. 159), S. 65 ff, und DI PASQUIER, Introduction (Anm. 159), S. 139 ff.

<sup>245</sup> Dazu vor allem ANDREAS B. SCHWARZ, Zur Entstehung des modernen Pandekten-systems, in: Rechtsgeschichte und Gegenwart, Karlsruhe 1960, S. 1 ff, 3.

<sup>246</sup> Vgl. NORBERT HORN, Zur Bedeutung der Topiklehre THEODOR VIEHWEGS für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, in NJW 1967, S. 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, S. 2229 ff.

<sup>247</sup> Vgl. dazu SCHLUEP, Markenrecht (Anm. 28), S. 245 f.

<sup>248</sup> GUSTAV BOEHMER, Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Auflage, Tübingen 1965, S. 70 ff.

<sup>249</sup> BOEHMER (Anm. 248), S. 70 f. Vgl. dazu namentlich COING, Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem (Anm. 209), S. 26 ff.

<sup>250</sup> PETER RAISCH, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinn-wandlung des Handelsrechts (Anm. 176), S. 105 ff.

steht an der Kreuzung des Zweckgedankens (Wahrung der öffentlichen Friedensordnung) und der inhaltsspezifischen Rechtsfolge (Strafen, Massnahmen). Lehrmässig (und mitunter auch positiv) lassen sich allgemeine Teile auswerfen, die aller Regel nach kategorial strukturiert sind (Ausklammerung der Allgemeinbegriffe, Isolierung der sozioethischen 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) Ordnungen<sup>251</sup>. Hier geht es nämlich um beschränkte Ableitungen im Zusammenhang mit gesicherten Topoi<sup>252</sup>.

3. Trotz der Vielfalt der Einzelsysteme lässt sich nun in der Tat ein Raum für das Wirtschaftsrecht nicht finden. Die Typensonderung<sup>253</sup> 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 gewinnen<sup>254</sup>.» 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 sein<sup>255</sup>.» 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.

<sup>251</sup> BURCKHARDT, Methode und System des Rechts (Anm. 159), S. 67.

<sup>252</sup> Vgl. VIEHWEG (Anm. 240), S. 59.

<sup>253</sup> Dazu HANS HUBER, Berner Kommentar, Einleitungsband, Art. 6 N. 130.

<sup>254</sup> VIEHWEG (Anm. 240), S. 64.

<sup>255</sup> VIEHWEG (Anm. 240), S. 17; vgl. auch ULRICH KLÜGE, Juristische Logik, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1966, S. 172 ff.

4. So erscheint das Wirtschaftsrecht als ein funktionaler Zusammenhang von Normen, der sich um das Koordinations- und damit zugleich um das Subordinationsproblem<sup>256</sup> 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 Wirtschaftens 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 Auslegung<sup>257</sup> 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 gestalten<sup>258</sup>: «Gleichsam von der andern Seite her müssten die

<sup>256</sup> Vgl. dazu JÖHR, Das Problem der Wirtschaftsordnung (Anm. 181), S. 231 ff.

<sup>257</sup> Vgl. dazu RAISER, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem (Anm. 116), 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. 28), S. 122 ff.; KRAWIETZ (Anm. 172), 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. 218), S. 80.

<sup>258</sup> Vgl. namentlich RITTNER (Anm. 130, S. 82 f), der davon spricht, die zivilrechtlichen Institute erfüllten sich mit einem neuen wirtschaftsrechtlichen und damit «zum Teil öffentlich-rechtlichen Gehalt». Ähnlich MESTWÄCKER (Anm. 186), der im Anschluss an BÖHM formuliert, im Wirtschaftsrecht gehe es um die «öffentlich-rechtliche Funktion privatrechtlicher

privatrechtlichen Kategorien und Dimensionen, die bisher einheitlich als unpolitisch galten, auf ihre Relevanz für das Gemeinwesen geprüft werden<sup>259</sup>.»

Institute». Das führt im Ergebnis zur Zerteilung der Rechtsordnung in Wirtschaftsrecht und traditionelles Recht. So CHAMPAUD (Anm. 147, 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 JÁN SROGIAK, Das Wirtschaftsrecht der ČSSR, in: ZFRV 7 (1966), S. 31 ff.

<sup>259</sup> WIETHÖLTER (Anm. 186), 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. Vgl. aber die Bedenken gegen eine Überbetonung des funktionalen zu Lasten des persönlichkeitsbezogenen Aspekts der Privatrechtsordnung: WALTER R. SCHLUEP, Wirtschaftsverfassung und Privatrecht, Sankt Galler Antrittsvorlesung 1967 (erscheint demnächst in der ZSR).