

THEORETISCHE FRAGEN DES WIRTSCHAFTSRECHTS

Beiträge der Ost - West Konferenz über theoretische
Fragen des Wirtschaftsrechts in Siófok - Ungarn -

1985



97

BB 45e

0.80

A

44 e

Budapest

1986

S.Dn

BB

44 e

THFW

1986

Prof.Dr. Walter A. Stoffel /Lausanne/:

WIRTSCHAFTSRECHT ALS RECHTSZWEIG?

Auf den ersten Blick scheint es, dass das Wirtschaftsrecht sich in der Dogmatik als Rechtszweig etabliert hat. Dennoch möchte ich den Titel mit einem Fragezeichen versehen. Dies vor allem aus zwei Gründen: Einerseits ist Wirtschaftsrecht meines Erachtens adaequater als Methode denn als Rechtszweig zu verstehen, und andererseits ist es auch als Methode nicht so ausgereift, dass man in deskriptivem Sinne einfach darauf verweisen könnte. Ausgehend von der Einordnung des Wirtschaftsrechtes in das herkömmliche Unterscheidungsschema des Rechtssystems soll daher im folgenden als erstes den Merkmalen des Wirtschaftsrechts nachgegangen werden. Dabei wird sich zeigen, dass die wirtschaftliche Besonderheit in seiner spezifischen Methode besteht. Diese ist fruchtbar, wirft aber gleichzeitig grundsätzliche Fragen der Praktikabilität eines Rechtssystems auf. Diesen Praktikabilitätsfragen soll alsdann zum Schluss im Hinblick auf die Rechtspraxis nachgegangen werden.

1. Wirtschaftsrecht, privates Recht, öffentliches Recht

Von seinem Regelungsobjekt her gesehen umfasst das Wirtschaftsrecht die Gesamtheit der die Wirtschaft betreffenden Normen, also insbesondere die rechtliche Ordnung der unternehmerischen Organisation, der Produktion, der Verteilung und des Konsums von Gütern und Dienstleistungen. Es enthält die rechtlichen Spielregeln, nach denen die Wirtschaftssubjekte ihre wirtschaftlichen Entscheidungen fallen und deren Einhaltung durch die Justiz überprüft wird¹. Dabei ist das Wirtschaftsrecht nicht auf bestimmte Rechtsgebiete beschränkt, sondern umfasst vielmehr die einschlägigen Normen aus allen Rechtsgebieten. Im Vordergrund stehen aber die den Leistungsaustausch und die wirtschaftliche Organisation betreffenden Teile des Privatrechtes sowie das Verfahrensrecht². Dazu kommt das Wirtschaftsverwaltungsrecht, das jedoch aus einem Grunde, auf den wir noch zu sprechen kommen werden, in der wirtschaftlichen Diskussion keine grosse Rolle spielt.

In dogmatischer Hinsicht muss das Wirtschaftsrecht vor dem Hintergrund der Zweiteilung unserer Rechtsordnung in ein privates und in ein öffentliches Recht verstanden werden. Diese Zweiteilung ist im positiven Recht, insbesondere hinsichtlich des Rechtsweges, nach wie vor eine Realität, auch wenn die Unterscheidung als solche sowie die einzelnen Unterscheidungskriterien immer und immer wieder in Frage gestellt³ und neu zu lösen versucht werden⁴. Nach herrschender /schweizerischer/ Lehre wird die Unterscheidung heute aufgrund einer Kombination verschiedener Theorien vorgenommen, wobei Ausgangspunkt und Schwerpunkt die sog. Subjektions- oder Subordinationstheorie bildet: Danach liegt im Prinzip eine öffentlichrechtliche Rechtsbeziehung vor, wenn der hoheitlich handelnde Staat oder eine hoheitliche handelnde staatliche Körperschaft daran beteiligt sind; fehlt dieses Unterordnungsverhältnis, ist die Rechtsbeziehung eine privatrechtliche⁵.

Im Spannungsfeld dieser Zweiteilung liegt ein Mittelfeld, in welchem vor allem das Recht der wirtschaftlichen Organisation anzusiedeln ist. Dieses Mittelfeld wurde schon immer als Problemgegenstand empfunden: So schob schon Gierke zwischen die beiden grossen Rechtsbereiche ein "Sozialrecht" für die Ordnung der menschlichen Verbände, wobei er eine ansteigende Linie ausgehend vom Privatrecht als dem System der individualistischen Rechtsbeziehungen über das Sozialrecht als der Ordnung der Verbände bis hin zum öffentlichen Recht als der Ordnung des höchsten menschlichen Verbandes, des Staates, erblickte⁶. In den zwanziger und dreissiger Jahren integrierte Burckhardt das ein Verhalten vorschreibende öffentliche und das nur mangels anderer Abmachung Anwendung findende private Recht in eine Hauptunterscheidung zwischen Organisationsrecht einerseits und Verhaltensrecht andererseits; das Organisationsrecht bildeten dabei jene Normengefüge, aufgrund deren Verhaltensrecht gesetzt werden kann /Kompetenzzuweisungen/: Verfassungsrecht, Handlungsfähigkeit einschliesslich deren Begrenzung, Verbandsrecht, auch Familienrecht - die Relevanz dieser Unterscheidung für das

Wirtschaftsrecht ist augenfaellig⁷. In neuer Zeit schliesslich schlug Raiser die Vorstellung des Rechtes als einer Elipse vor, die zwischen einem privat- und einem öffentlichrechtlichen Brennpunkt einen gemeinsamen beeinflussten Mittelbereich der Arbeits- und Organisationswelt aufweist, in welchem nichtstaatliche Akteure handeln, aber in öffentlich zu verantwortender Weise, wodurch auch innerhalb des Privatrechtes Funktionsbereiche entstehen, die sich durch ihren Öffentlichkeitsgehalt voneinander unterscheiden⁸.

Das Wirtschaftsrecht erscheint vor diesem Hintergrund als neuer Versuch, dieses Problemgebiet zwischen öffentlichem und privatem Recht zu gestalten. Es ist mithin verbunden mit der Frage nach den strukturellen Unterscheidungsmerkmalen dieser Dichotomie.

2. Gesichtlichkeit und strukturelle Unterscheidungsmerkmale der Dichotomie privates/öffentliches Recht

Die Dichotomie von privatem und öffentlichem Recht ist geschichtlich zu verstehen. Bekanntlich geht die Trennung der beiden Rechtsbereiche auf das römische Recht zurück⁹. Im Feudalismus dann verschmolzen die Bereiche wieder miteinander: Alles war Privatrecht, alles war Eigentum, wie Maitland sagte: "Just in so far as the ideal of feudalism is perfectly realised, all that we call public law ist merged in private law: jurisdiction is property, office is property, the kingship itself is property"¹⁰. Vom 16. Jahrhundert an, mit dem Aufkommen des Absolutismus, und insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert, in der Folge der Aufklärung und mit der Entwicklung der Marktwirtschaft, lebte die Trennung erneut auf.¹¹ Sie blieb bis heute bestehen.

Im modernen Sinne hat die Trennung von privatem und öffentlichem Recht ihre Wurzel in der bei ihrem Wiederaufleben entstandenen Zweiteilung des Gerichtssystemes¹²: Das ordentliche Gerichtssystem wurde zuständig für Streitigkeiten der Bürger unter sich sowie für das Strafrecht, Streitigkeiten mit dem Staat

und der Verwaltung waren dagegen nicht Sache der Gerichte, sondern Sache der Obrigkeit selbst, die dafür ursprünglich nur den informellen Petitionsweg zur Verfügung stellte, alsdann das verwaltungsinterne Verfahren und erst seit jüngster Zeit ein mehr und mehr ausgebautes Verwaltungsgerichtsverfahren¹³. Dafür waren die Gerichte in der ihnen zugewiesenen Funktion der Privat-/ Rechtsprechung unabhängig von den anderen beiden Gewalten; Staat und Politik hatten ihr öffentliches Recht und mischten sich nicht in die "niedrigen" Privatangelegenheiten der Bürger. Das Privatrecht bildete somit jenen Regelungskomplex, welcher die Beziehungen ordnete, die nicht auf das formlose Verwaltungsverfahren verwiesen waren.

Der Preis für die Aussparung dieses Freiheitsbereiches bestand in einer sachlichen Beschraenkung desselben auf bestimmte Gebiete: Privatrecht wurden /nur/ jene Lebensbereiche, welche erfolgreich aus dem Machtbereich des absolutistischen Staates ausgegrenzt werden konnten¹⁴. Es waren dies das auf Privatautonomie gegründete Vertrags- und Eigentumsrecht, das Personen- und Gesellschaftsrecht, des Familien- sowie das Erbrecht.

Das ausschlaggebende Unterscheidungsmerkmal war somit nicht ein inneres oder strukturelles, sondern ein historisches gewissermassen zufaelliges. Insbesondere wurden zahlreiche Bereiche nicht deswegen Privatrecht, weil sie von Unterordnungsverhaeltnissen frei waren oder sein sollten, sondern wegen ihrer organisatorischen Grundlagenfunktion und ihres sachlichen Zusammenhanges¹⁵.

Das heute gemaess der Subordinationstheorie im Vordergrund stehende Kriterium der Ueber- oder Unterordnung bildete nicht so sehr den Grund als vielmehr die Folge der Unterscheidung. Das Subordinationskriterium wurde erst nachtraeglich herausgearbeitet, dann aber sogleich verabsolutiert, indem man auf Seiten des Privatrechtes bald nur noch das Privateigentum und die Vertragsautonomie und auf Seiten des öffentlichen Rechtes bald nur noch das Subordinationsverhaeltnis sah¹⁶. Das hatte eine

bedauerliche Verengung des gegenseitigen Blickfeldes zur Folge. Es kann daher nicht erstaunen, dass beim Aufkommen neuer Bereiche, die der rechtlichen Regelung bedürfen, oder bei der Beurteilung von historisch nicht eindeutig ausgeschiedenen Bereichen Einordnungsschwierigkeiten auftreten. Die vom Wirtschaftsrecht betroffene Regelungsmaterie ist ein solcher Bereich: sie ist einerseits historisch nicht eindeutig ausgeschieden worden und andererseits in mancher Hinsicht neu.

3. Die Rationalisierungskualität des Privatrechts

Ein struktureller Unterschied bildete sich in der Folge aber doch heraus, und zwar wiederum in historischer Weise. Die Abspaltung des als Privatrecht bezeichneten Rechtsbereiches hatte zur Folge, dass die Gerichtspraxis und die Wissenschaft sich vor allem mit dem solcherart abgesonderten Privatrecht befassten. Dadurch sammelte sich auf diesem Rechtsgebiet eine reiche Erfahrung an, die intensiv wissenschaftlich verarbeitet wurde. Man wusste, ohne sich dessen immer "bewusst" sein zu müssen, welche gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Folgen aus welchen rechtlichen Normen entstanden. Der Jurist konnte sich daher immer mehr mit den Normen selbst, mit der "Technik" befassen, die zur Rechtswissenschaft an sich wurde. Die Technik des Rechtes spaltete sich vom Zweck des Rechtes ab; sie begann, den Zweck so zuverlässig zu erreichen, dass dieser letztere keine Aufmerksamkeit mehr erheischte.

Die technische Verselbständigung erfolgte vornehmlich durch drei Mittel:

- Die Rechtspositionen wurden formalisiert. Dies ermöglicht eine relativ einfache, deduktive Anwendung der Rechtsregeln: Übereinstimmung der Willensaussprechung genügt für die Gültigkeit des Vertrages, Eigentümer zu sein genügt für die Ausübung freier Verfügungsmacht.

- Die Rechtsordnung wurde an zentralen Stellen ausgerichtet auf einige wenige Gerechtigkeitspostulate, die wegen ihrer moralischen Qualitaet intuitiv verstanden werden konnten: Treu und Glauben ist das bekannteste Beispiel, Schuldhaftigkeit des Handelns /oder Unterlassens/ ein weiteres.
- Die Durchsetzung des Rechtes wurde dezentralisiert und der Initiative der Interessierten überlassen. Dies geschah durch die Schaffung subjektiver Rechtspositionen und individueller Klagebefugnisse.

Die relative Perfektion dieser drei Mittel und die systematische Verwendung derselben machen die Regelungsmethode des Privatrechts zu einer betont mittel- oder methodenorientierten¹⁷. Sie steht im Gegensatz zur zielorientierten Regelungsmethode des jüngeren, öffentlichen Rechts. Dabei ist das zuletzt genannte dritte Mittel der Dezentralisation wesentlich für die konstitutionelle Funktion der Privatrechtsordnung. Dieses Mittel beschaeftigt uns im vorliegenden Zusammenhang nicht mehr weiter. Dagegen interessieren die zwei ersten Mittel, welche die juristischen Argumentation betreffen, naemlich diejenigen des Formalismus und des Moralismus.

Das erstere Mittel, dasjenige des Formalismus, assoziieren wir heute zumeist pejorativ mit der Begriffsjurisprudenz. Sein Verdienst, das auch als Leistung der Begriffsjurisprudenz zu anerkennen ist, liegt jedoch darin, Erfahrungstatsachenrechtstechnisch so zu verarbeiten, dass der Rückgriff auf diese Erfahrungstatsachen selber überflüssig wird. Das geforderte Verhalten wird in technischen Begriffen des Lebens umschrieben¹⁸, deren Zweckrationalitaet erwiesen ist.

Wo das Mittel der deduktiven Anwendung der Rechtsregel nicht mehr genügt, verbleibt der Rückgriff auf das zweite Mittel, dasjenige des Moralismus. Die dem Rechtsanwender abverlangte wertende Entscheidung¹⁹ wird auf moralische Gerechtigkeitspostulate bezogen, die dem Alltagsgebrauch des Lebens entnommen sind und deshalb als allgemein verstaendlich erscheinen.

Wegen des Abstellens auf das Empfindungsmaessige wird auch der Rückgriff auf den Moralismus ein einfach und schnell zu vollziehendes Mittel. Es scheint sogar, dass er oft einfacher ist als die deduktive Rechtsanwendung; jedenfalls ist eine zunehmende Akzentverschiebung weg vom begrifflichen Denken und hin zum Moralismus zu beobachten, auf das "gerechte" Abwaegen der im Widerstreit stehenden Interessen.

Durch beide Mittel wird die Rechtsanwendung rationalisiert und überdies auch leichter vorhersehbar²⁰ gemacht. Rationalisierung der Wirklichkeit durch Reduktion ihrer Komplexitaet²¹ aber ist eine unabdingbare Voraussetzung moderner Rechtsanwendung. Die taegliche Rechtsarbeit waere mit vernünftigen Aufwand nicht zu bewaeltigen, wenn bei jedem Entscheid von vorne mit der Ausarbeitung einer generalisierungsfahigen Begründung begonnen werden müsste²².

4. Der Funktionalismus des Wirtschaftsrechts

Zu alldem steht das Wirtschaftsrecht in diametralem Gegensatz. Wie dargelegt, muss das Wirtschaftsrecht in dogmatischer Hinsicht als Aktualisierung des alten Problemgebietes der wirtschaftlichen Organisation verstanden werden, welches das Mittelfeld zwischen privatem und öffentlichem Recht bildet. Die Ordnung der Produktion und die Verfügungsgewalt über die Produktionsfaktoren entwachsen mit zunehmender Organisation der Wirtschaftssubjekte sowohl dem privaten als auch dem öffentlichen Recht: Die moderne westliche Grossfirma und der moderne sozialistische Planungsapparat sind zwei Antworten auf das gleiche Regelungsbedürfnis²³. Dazu kommen die Veraenderungen der Kontakte des Bürgers mit dem Produktionsapparat, die heute weitgehend durch das Anstellungsverhaeltnis auf der Seite der Produktion und durch den Adhaesionsvertrag auf Seite des Konsums gepraegt sind. Diese Kontakte weisen einen deutlichen Subordinationscharakter auf und liegen daher im klassischen Privatrecht quer, obwohl sie geschichtlich dazu gehören. Die da-

mit verbundenen dogmatischen Einordnungsschwierigkeiten sind symptomatisch für die materiell-rechtlichen Probleme, auf die das Wirtschaftsrecht eine Antwort zu geben versucht.

Die Definitionsvorschläge für das Wirtschaftsrecht wurden innerhalb weniger Jahre zahllos.²⁴ Für die Schweiz, auf welche ich mich an dieser Stelle beschränken möchte, sind insbesondere Schluep²⁵ und Baudenbacher²⁶ mit einem spezifischen Begriff des Wirtschaftsrechts hervorgetreten. Ihnen hat sich die Literatur, soweit sie nicht den Begriff als solchen ablehnt,²⁷ im wesentlichen angeschlossen.²⁸ Unter Wirtschaftsrecht ist demnach das Recht zu verstehen, das die Koordination der Wirtschaft normiert: Das Wirtschaftsrecht ist die rechtliche Ausgestaltung des politischen Grundsatzentscheides über das für eine bestimmte Volkswirtschaft geltende Koordinationssystem: es hat die Funktion, dieses Koordinationssystem rechtlich zu ermöglichen und zu schützen.²⁹

Hervorstehendes Merkmal des Wirtschaftsrechtes ist daher ein doppeltes: der Beurteilungsmaßstab des Wirtschaftsrechtes ist erstens an einem bestimmten Zweck ausgerichtet; und dieser Zweck, der im wirtschaftlichen Koordinationssystem liegt, ist zweitens ein solcher, der üblicherweise als ausserhalb des Rechtes liegend verstanden wird.

In einem marktwirtschaftlichen System faellt die Rolle der wirtschaftlichen Koordination vorwiegend dem Privatrecht zu, weshalb der Ausgangspunkt und weitgehend das Objekt der wirtschaftsrechtlichen Diskussion zumeist das Privatrecht darstellt.³⁰ Dem öffentlichen Recht ist die Ausrichtung an einem bestimmten Zweck auch sonst gelaueufig, weshalb das Wirtschaftsrecht dort eine offene Türe aufstösst. Im Privatrecht aber hat das Wirtschaftsrecht das Bewusstsein für die Funktion dieses traditionellerweise als "unpolitisch" empfundenen Teils der Rechtsordnung erneut geschaerft. Es zeigt auf, inwiefern das Privatrechtssystem einem bestimmten wirtschaftlichen Koordinationstypus dient oder eben nicht dient. Insofern steht es auch der

sich vor allem in den Vereinigten Staaten grosser Beliebtheit erfreuenden "Ökonomischen Analyse des Rechts"³¹ nahe, die sich ebenfalls mit der Frage befasst, inwiefern das "Common Law" wirtschaftlicher Rationalität entspricht. Das Wirtschaftsrecht bildet so gesehen ein hervorragendes Instrument für das Verständnis des Privatrechts und damit natürlich auch für dessen Kritik³² und Fortbildung. Diese kritische, funktionale Kontrolle des Rechtes ist eine Daueraufgabe der Rechtswissenschaft.

Aber eine solche dauernde Kontrolle kann im Rechtsanwendungsprozess nicht ausgeübt werden. Das Recht ist nicht praktikabel, wenn es nur unter der Voraussetzung angewandt werden kann, dass die am konkreten Anwendungsprozess Beteiligten dessen Funktion /sprich: Implikationen für das wirtschaftliche Koordinationssystem/ verstehen.

5. Wirtschaftsrecht als Methode

Gerade hier aber liegt die Krux. Dass das Privatrecht im Dienste eines bestimmten Zweckes und einer bestimmten Gesellschaft steht, ist an sich nicht neu, auch wenn es bisweilen vergessen worden zu sein scheint. Neu ist dagegen die Behauptung, das Privatrecht müsse und dürfe nicht mehr nach den herkömmlichen Auslegungscanones ausgelegt werden, sondern im Hinblick auf das wirtschaftliche Koordinationssystem. Eine solche "funktionalistische" Anwendung des Privatrechtes postuliert aber das Wirtschaftsrecht. Es ist damit nicht ein Rechtsgebiet, sondern vor allem eine Methode³³. Diese ist nun wirklich neu. Anwendungstechnik ist nicht mehr begriffliche Deduktion /Formalismus/; Stütze des Rückgriffes, wenn er erfolgt, ist nicht mehr das Gerechtigkeitsempfinden /Moralismus/, sondern das "wirtschaftliche Koordinationssystem":

- Es genügt nicht mehr, einen Verstoss gegen das Lauterkeitsrecht daran erkennen zu wollen, dass er gegen die "Grundsätze von Treu und Glauben" im wirtschaftlichen Wettbewerb /Art. 1 Abs. 1 UWG/ verstösst, sondern es ist notwendig, diesen Begriff im Lichte der Wirtschaftsverfassung auszu-

legen und danach zu fragen, ob das zu beurteilende Verhalten die von dieser Wirtschaftsverfassung angestrebte Wirtschaftsordnung verletzt oder nicht³⁴.

- Aehnlich steht im Haftpflichtrecht /einschliesslich und insbesondere in der - wirtschaftsrechtlichen - Produkthaftpflicht/ nicht mehr die repressive, strafende Funktion im Vordergrund, sondern die Wiedergutmachung eingetretenen Schadens und die Risikoverteilung: Den Schaden soll nicht in erster Linie derjenige tragen, der ihn durch sein vorwerfbares Verhalten verursacht hat, sondern derjenige, der am ehesten in der Lage ist, seinen Eintritt zu vermeiden bzw. sich dagegen zu versichern³⁵
- Selbst im Kernbereich des Vertragsrechtes soll nicht mehr der Grundsatz "pacta sunt servanda", sondern die Effizienz der Ressourcenallokation ausschlaggebend sein; damit die optimale Verwendung der Ressourcen trotz vertraglicher Bindung möglich bleibt, darf deshalb ein Vertragsbruch nicht zu Schadenersatzforderungen mit Strafcharakter oder gar zu einer zwangsweisen Realexécution führen, sondern lediglich zu einer Schadloshaltung des Vertragspartners³⁶.

Der moralistische Grundlage des Privatrechtes faellt somit mit dem rationalistischen Zweck des Wirtschaftsrechts nicht mehr zusammen: Ein Lauterkeitsverstoss kann vorliegen, auch wenn das inkriminierte Verhalten moralisch nicht verwerflich ist, und umgekehrt; Haftpflicht haengt nicht mehr von der Schuldhaftigkeit der Schadenverursachung ab; vertraglicher Schadenersatz misst sich nicht mehr an der Wortbrüchigkeit. Das hat Folgen in zweierlei Hinsicht, naemlich in bezug auf die rechtliche Argumentation und in bezug auf die Bedeutung das Tatsaechlichen im Recht:

Die Argumentation: Begriffliche Deduktion und insbesondere der Rückgriff auf das Gerechtigkeitsempfinden fallen dem Juristen leichter als das Abstellen auf teleologische Kriterien einer Wirtschaftsordnung.³⁷ Wirtschaftsrecht bildet

von daher gesehen einen methodologischen Rückschritt: Den individuellen Rechtssubjekten stehen grundsatzlich unbeschraenkt viele Rechtsfertigungen für ihre Interessen zur Verfügung. Tatsaechlich haben sie auch die unterschiedlichsten Gründe für das Festhalten an ihren Positionen. Das Privatrecht im besonderen und das Recht im allgemeinen haben diese unbegrenzten Rechtsfertigungen eingeschraenkt auf einen überblickbaren Argumentenkatalog, aus welchem vor Gericht vorgetragen werden kann. Mit der Möglichkeit, auf ein wirtschaftliches Koordinationssystem zurückzugreifen, weitet das Wirtschaftsrecht diesen Argumentenkatalog wieder aus, und zwar gleich in zwei Richtungen: einerseits kommen zu den schon bestehenden die neuen wirtschaftsrechtlichen Argumente hinzu, und andererseits machen wirtschaftsrechtliche Argumente die schon bestehenden, klassischen Argumente unsicher. Die daraus resultierende Komplizierung der Rechtspraxis ist offensichtlich.

Das Tatsaechliche: Zu dieser Erweiterung der Argumentationsebene kommt eine neue Wichtigkeit des Tatsaechlichen. Das Tatsaechliche hat in den Zivilrechtssystemen, im Gegensatz zum "Common Law", nie wirklich seinen Platz gefunden. Dem Zivilrecht ist eine Tendenz zur Isolierung auf das rein "Rechtliche" eigen. Die Tatsachen kommen erst in zweiter Linie und gelten in einem gewissen Sinne als "niedrig", nicht wirklich etwas, womit sich Juristen zu beschaeftigen haben. Im klassischen, kontinentalen Zivilrecht gab es deshalb praktisch kein Beweisrecht, und noch heute kontrastiert es augenfaellig mit der angelsaechsischen "evidence". Das Zivilprozessrecht überhaupt wurde zwecks Reinerhaltung des /privaten/ Rechtes in das öffentliche Recht verwiesen.³⁸ Das Recht wird als etwas verstanden, das auch ausserhalb der Gerichte existiert und unabhængig davon, ob es schon in praktischen Sachverhalte aktuell geworden ist.³⁹

Walther Burckhardt hat einmal gesagt: "Seinen Sinn schöpft das Recht aus der Idee, seine Schranken findet es an den Tatsachen"⁴⁰. Nun soll es plötzlich umgekehrt sein: Seine Gültigkeit

schöpft das Wirtschaftsrecht aus den Tatsachen, den ökonomischen Auswirkungen: seine Grenzen findet es an der /Gerechtigkeits-/ Idee. Effektiv: Das Wirtschaftsrecht macht eine intensive Beschaeftigung mit dem Tatsaechlichen notwendig. Um den wirtschaftsrechtlichen Massstab des Dienstes am Koordinationssystem anlegen zu können, ist eine empirische Abklaerung der tatsaechlichen Auswirkungen eines Verhaltens und/oder eine gutachterliche Beurteilung der Auswirkungen einer Norm von Noten. Dies ist in doppelter Hinsicht mühsam: Einerseits laauft empirisches Abklaeren der zivilrechtlichen Zurückhaltung gegenüber dem Tatsaechlichen an sich zuwider, und es tut dies hier umso mehr, als wirtschaftlichen Tatsachen - horribile dictu - meistens die Form von Zahlen aufweisen. Andererseits ist die gutachterliche Abklaerung der Auswirkung einer Norm keineswegs nur langwierig und teuer, sondern überdies höchst unsicher, gehört doch die Natur des "geltenden wirtschaftlichen Koordinationssystem" /die Wirtschaftsverfassung/ zu den umstrittensten Fragen der gegenwaertigen rechtlichen und ökonomischen Diskussion.

6. Wirtschaftsrecht und Rechtspraxis

Die argumentative Charakteristik des Wirtschaftsrechts und seine einlaessliche Befassung mit dem Tatsaechlichen kontrastiert mit der Rechtspraxis in einem Ausmass, das den Juristen, der sich schliesslich doch in erster Linie mit der tatsaechlich geübten Praxis auseinandersetzen hat, nicht mehr unberührt lassen kann. Weder mit dieser neuen Wichtigkeit des Tatsaechlichen noch mit dem erweiterten Argumentenkatalog will die /schweizerische⁴¹/ Rechtspraxis sich beschaeftigen.

Hierfür gibt es zahlreiche Beispiele sowohl aus dem öffentlichen als auch aus dem privaten Recht. Eines dieser Beispiele ist besonders instruktiv. Auf einige weitere kann hier lediglich stichwortartig hingewiesen werden:

- Die Sachgewaehrleistung beim Erwerb eines Unternehmens

in Form des Kaufes seiner Aktien wird nicht anders beurteilt als die Sachgewährleistung beim Kauf irgendeiner anderen Sache⁴² ;

- der Minderheitenschutz im Aktienrecht tritt vor dem Mehrheitsprinzip zurück, sofern die formellen Gleichbehandlungsgrundsätze nicht verletzt wurden und keine Treu und Glauben widersprechende Ermessensausübung der Mehrheit vorliegt /Kontrolle des ordnungsgemässen Ablaufes des Abstimmungsverfahrens/⁴³;
- die Preisunterbietung im Recht des unlauteren Wettbewerbes wird ausschliesslich an "den mit Treu und Glauben unvereinbaren Besonderheiten" gemessen⁴⁴;
- und die Überprüfung wirtschaftlicher Sachverhalte im Verwaltungsgerichtsverfahren endet regelmässig mit dem Abstellen auf das Fachwissen der vorgeordneten Verwaltungsinstanz⁴⁵.

Das besonderes instruktive Beispiel stammt aus dem Kartellrecht. Auch auf diesem Gebiet ist trotz des an sich verheissungsvollen Ansatzes des Gesetzes, das sich auf den Persönlichkeitsschutz stützt, eine wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung nicht zustande gekommen⁴⁶. Das Bundesgericht verschliesst sich, und dies sogar in zunehmender Weise, den als unjustizabel empfundenen Argumenten des wirtschaftlichen Wettbewerbes. Das Gericht zieht es vor, den korrekt zustandegewordenen Kartellvertrag aufrechtzuerhalten und begnügt sich damit, allenfalls zu fordern, dass die Kartellbildung ein "vernünftiges" Ausmass nicht überschreite⁴⁷. Es ist unübersehbar, dass das Gericht dieses Abstellen auf das Zustandekommen des Kartellvertrages einerseits und auf die Überprüfung auf eine allfällige Unvernünftigkeit hin andererseits der wirtschaftlichen Betrachtungsweise vorzieht, weil es dadurch in den vertraulichen, justiziablen Gefilden des Formalismus und des Moralismus im dargelegten, durchaus nicht pejorativen Sinne bleiben kann.

Interessant ist dabei folgendes: Vor Erlass der Kartellgesetzes hatte das Bundesgericht, nicht ohne Widersprüchlichkeit und

Rückschlaege zwar, aber im ganzen doch zielstrebig, eine auf den Persönlichkeitsschutz /Art. 27 Abs. 2 ZGB/ gestützte Boykottrechtsprechung entwickelt⁴⁸, die wirtschaftlich einer Kartellrechtsprechung gleich kam. Diese Rechtsprechung verliess das Bundesgericht jedoch wieder, als mit Art. 5 KG die Rechtfertigungsgründen für Kartellbehinderungen eingeführt wurden, die alle nicht-rechtlicher, ökonomischer Natur sind: Gewährleistung des lautereren und unverfaelschten Wettbewerbs, Schutz beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen, Förderung einer im Gesamtinteresse erwünschten Wirtschaftsstruktur, Durchsetzung auf Auslandsmaerkten und Durchsetzung angemessener Preisbindungen des zweiten Hand. Diese zielorientierten Rechtfertigungsgründe von Art. 5 KG stehen in einem Gegensatz zum mittelorientierten, auf dem Boden des Persönlichkeitsrechts stehenden Grundsatz des Kartellverbotes von Art. 4 KG. Sie bewirkten prompt eine Verunsicherung⁴⁹ der Rechtsprechung und führten wenige Jahre nach dem 1964 erfolgten Inkrafttreten des KG zum Zusammenbruch der Boykottrechtsprechung⁵⁰.

Es ist dies ein instruktives Beispiel dafür, wie wirtschaftsrechtlicher Funktionalismus durch Erweiterung des Argumentenkatalogs bestehende, klassische Argumente relativieren und sogar unwirksam machen kann! Es ist ein instruktives Beispiel aber auch dafür, welcher Weg gesucht werden muss, um wirtschaftlicher /und liberaler/ Rationalitaet zum Durchbruch zu verhelfen: jener der Einbettung in das bestehende Schuld- und Verfahrensrecht unter klarer Verortung der Positionen im System des Rechtsgüterschutzes, im vorliegenden Fall vor allem die Eingliederung in das "Organisationsrecht"⁵¹.

Die neuere wirtschaftsrechtliche Diskussion hilft der Praxis dabei leider wenig, eher im Gegenteil. Sie hat eine Tendenz, sich doch stark mit sich selbst zu beschaeftigen, und dies auf einem Abstraktionsniveau, das sich allzu haeufig jenseits des noch irgendwie Verwertbaren befindet. Was ist zum Beispiel davon zu halten, wenn eine viel zitierte und an sich verdienstvolle Untersuchung zum Wirtschaftsrecht nach einlaesslichem,

rund 200 Seiten beanspruchendem Abwaegen von zahlreichen Ansatzpunkten dem Leser vorschlaegt, dass der "Bezugspunkt" des Wirtschaftsrechtes "Angabe und Ausarbeitung der Bedingungen der Möglichkeit der Abstimmung verschiedener privater intermediaerer und staatlicher Akteure⁵² sein soll? Weist es nicht auf eine zunehmende Realitaetsferne der Diskussion hin, wenn eine neuere Darstellung⁵³ des Wirtschaftsrechtes, und zwar ebenfalls eine verdienstvolle mit zahlreichen Gedanken, in 40 Textseiten und 226 Anmerkungen keinen einzigen Hinweis auf einen Gesetzartikel oder eine Gerichtsentscheidung enthaelt? In einem Satz: Hat das Wirtschaftsrecht als Methode wirklich einen Sinn, wenn es darauf hinauslaeuft, Privatrecht unpraktikabel zu machen, anstatt seiner eigenen Zielsetzung zum Durchbruch zu verhelfen?

7. Wirtschaftsrecht als Aufgabe

Die noch zu bewaeltigende wirtschaftsrechtliche Aufgabe ist daher ein zweifache:

- Einerseits sind in methodologischer Hinsicht die wirtschaftsrechtlichen Zielsetzungen einzubauen in das Instrumentarium vor allem des Handels-, Vertrags- und Wettbewerbsrechtes. Dem Wirtschaftsrecht ist es zusammen mit der ökonomischen Analyse des Rechtes zwar gelungen, die wirtschaftlichen Auswirkungen verschiedener Regelungsmechanismen in diesen Gebieten aufzuzeigen. Zu leisten bleibt jedoch der /weiterführende/ Beitrag, die wirtschaftsrechtlichen Anliegen mit den rationalisierten Regelungsmechanismen dieser Gebiete zu verbinden oder nötigenfalls qualitativ aehnliche Mechanismen zu entwickeln, damit die gesuchte Rationalitaet resultiert, ohne dass jedesmal der Beizug wirtschaftsrechtlicher Teleologie notwendig ist. Dass hier bisher kaum etwas erreicht wurde, ist der eine Grund für das weitgehende Versagen des Wirtschaftsrechtes in der Praxis.

- Andererseits wird es im Hinblick auf eine aufgeklärte Rechtsanwendung, die sich der wirtschaftlicher Auswirkungen ihres Tuns bewusst ist, unumgänglich sein, im Juristen ein neues Verstaendnis des Tatsaechlichen⁵⁴ zu wecken. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit jenen Aspekten der Rechtsanwendung, die so gerne den "Hilfswissenschaften" überlassen werden, wird kaum zu umgehen sein. Dass es an der Bereitschaft zu dieser Auseinandersetzung mangelt, ist der andere Grund für das Versagen des Wirtschaftsrechtes in der Praxis.

Von der Bewaeltigung beider Aufgaben wird abhaengen, ob es gelingt, das dezentrale und daher relativ freiheitliche Instrumentarium des Zivilrechtes in jenen Bereichen zu erhalten, wo es eingesetzt werden kann, naemlich überall dort, wo /natürliche oder juristische/ Einzel-Personen mit unterschiedlichen Interessen vorhanden sind⁵⁵. Andernfalls, so steht zu befürchten, werden wir einer erneuten Verschmelzung der Rechtsbereiche entgegengehen, wie im Feudalismus, aber mit umgekehrten, technokratischen Vorzeichen: einem neuen Absolutismus.

ANMERKUNGEN

- 1/ R.L. Frey, Wirtschaft, Staat und Wohlfahrt, 4. Aufl., Basel/Stuttgart 1984, 179 f.: vgl. auch C. Baudenbacher, Funktionszuwachs des Staates als wirtschaftliches Problem, SAG 1985, 57, der das Verhaeltnis von Staat und Wirtschaft als das Problem des Wirtschaftsrechts bezeichnet.
- 2/ C. Baudenbacher, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschaeftsbedingungen, Zürich 1983, 81 f.
- 3/ Siehe für eine neuere Übersicht M. Zuleeg, Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, VerArch 73 /1982/ 384-404, der gleichzeitig mit der "Hoheitstheorie" eine eigene Lösung vortraegt.
- 4/ M. Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart 1968; W. Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft 2. Aufl., Zürich 1944 /1. Aufl., Basel 1927/; Ch. Pestalozza, Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, DöV 1974 188 ff.; R. Savatier, Du droit civil au droit public, 2. Aufl., Paris 1950; E. Wolf, Zur Methode der Bestimmung von privatem und öffentlichem Recht, in: Festschrift für Erich Molitor, München und Berlin 1962, 1-15; sowie L. Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, Berlin/New York 1971, von wo /19/ auch einer der bekanntesten Saetze in diesem Zusammenhang stammt: "Es ist offensichtlich, dass das auf der Trennung von Staat und Gesellschaft beruhende Modell einer strengen Zweiteilung der Rechtsordnung in die beiden je für sich geschlossenen Systeme des öffentlichen und des Privatrechts seine Geltung als Massstab und als orientierende Verstaendnishilfe verloren hat, unbeschadet der Bedeutung, die der Unterscheidung nach positivem Recht, namentlich zur Abgrenzung der Zustaendigkeit von ordentlichen und Verwaltungsgerichten, weiterhin

zukommt."

- 5/ BGE 109/1983 Ib 146 i. S. Schweizerischer Treuhaenderverband c. Schweizerische Nationalbank; H. Deschenaux, Einleitungstitel /in: Schweiz. Privatrecht, Bd. I, Basel/Stuttgart 1969/, 18 f.; H. Huber /Berner Kommentar/, N. 130 zu Art. 6 ZGB; M. Imboden - R. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1976, Bd. I, Nr. 1 B IV; J.N. Druey, Privatrecht als Recht der Kommunikation, SJZ 1983, 185-195, /187/
- 6/ O. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1885 /Nachdruck 1963/: Dabei hatte der Verband einerseits gegenüber dem Staat ein Anspruch auf Anerkennung seiner Autonomie als juristische Person und verfügte andererseits gegenüber seinen Mitgliedern über die grundsätzliche Überlegenheit.
- 7/ W. Burckhardt, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, 132-225, /152 ff. 188 ff./; Ders., Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939, 136 ff.; Huber, o.Nr.5. würdigte die Relevanz dieser Theorie für das /damals noch nicht als solches bezeichnete/ Wirtschaftsrecht, wenn er ausführt, dass sie "ein neues Licht auf die Bedeutung der Privatautonomie für die freiheitliche Wirtschaftsverfassung der Markt- und Verkehrswirtschaft" geworfen habe /N. 129 zu Art. 6 ZGB/.
- 8/ L. Raiser, o.Nr. 4. 22 ff.
- 9/ Ulpian, Dig. 1, 1, 1: "Ius publicum est quod ad utilitatem rei Romanae spectat, ius privatum quod ad singulorum utilitatem".
- 10/ Maitland, English Law, zit. n. N.E. Simmonds, The Decline of Juridical Reason, Doctrine and Theory in the Legal Order, Manchester 1984, S. 120.
- 11/ Simmonds, vorige Anm. 120-133; F. H. Lawson, A Common Lawyer Looks at the Civil Law, Ann Arbor 1953, 89 f.

- 12/ Hierzu konzis und aufschlussreich J.H. Merryman, The Civil Law Tradition, Stanford 1969, 86-91, 102.
- 13/ Noch heute sind in der Schweiz die kantonalen Verwaltungsgerichte, sofern sie existieren, nicht zustaendig, um Verfügungen der obersten Exekutivbehörde zu überprüfen, und auch an das Bundesgericht können Entscheidungen des Bundesrates grundsatzlich nicht weitergezogen werden: die beschraenkte Überprüfungs-kompetenz bundesraetlicher Verordnungen hat sich das Bundesgericht in schöpferischer Rechtsprechung selbst herausgenommen.
- 14/ D. Grimm, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: Studien zur europaeischen Rechtsgeschichte, hrsg. von W. Wilhelm, Frankfurt 1972, 224-242, /235-241/.
- 15/ Es handelt sich hier um dem "öffentlichen Rechte verwandte" Grundlagen jeder Privatrechtsordnung: E. Huber, Erlaeuterungen zum Vorentwurf, 2. Aufl., 1914, 21 f., H. Merz, Obligationsrecht /Schweiz. Privatrecht, Bd. VI/1, Basel/Stuttgart 1984/, 43 o f; ebenso P. Jaeggi, Privatrecht und Staat, 21, 35 Anm. 59; L. Raiser, o.Nr. 4 31; im Ergebnis ebenfalls im gleichen Sinne, aber gegen eine Aussonderung dieser Gebiete wegen zu starker "öffentlicher Relevanz" im Sinne Raisers J.N. Druey, o.Nr. 5 189 f.
- 16/ D. Grimm, o.Nr. 14; W. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, München/Berlin 1960, 216-220; D. Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 149 ff.
- 17/ Gy. Eörsi, Geistig und begrifflich geschlossene Zivilrechtstheorie? in: Festschrift für Konrad Zweigert, Tübingen 1981, 799-809, /807 f./, welcher als "mittel- oder methodenorientiert" überhaupt das ganze "alte System" charakterisiert, aber darunter doch wohl ebenfalls in erster Linie das Privatrecht versteht.
- 18/ W. Burckhardt, Methode und System des Rechts, Zürich, 1936,

217-244; Burckhardt nannte diese technische Begriffen des Lebens "wertfrei", was im Zusammenhang mit der damaligen Diskussion über den Rechtspositivismus erklärlich ist, aber insofern nicht zutrifft, als natürlich auch solche Begriffe bestimmten Werten dienen, aber eben diese nicht sogleich ersichtlich sind, weil sie es nicht mehr zu sein brauchen. Der Vorgang dieser Umsetzung ist jetzt auch Rechtsgeschichtlich dargestellt worden von R. Gmür, Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte, Bern 1981.

- 19/ Eine wertende Entscheidung wird dem Rechtsanwender natürlich nicht nur in diesem Fall abverlangt. Vielmehr lassen sich die Interessen des Rechtssuchenden oft, wenn nicht sogar meistens, mit mehreren rechtlich anerkannten Argumenten in Verbindung bringen. Ausschlaggebend für das Ergebnis wird dann die Wahl der Methoden /F. Bydlinsky, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien/New York 1982, 151 f./, ebenfalls ein moralistisches Vorgehen.
- 20/ Das dient einerseits praktischen Zielen und bildet andererseits die Voraussetzung des Rechtsstaates.
- 21/ N. Luhmann, Rechtssoziologie, Bd. I, Reinbeck 1972, 5, 63 ff.
- 22/ H.L.A. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, 121-132
- 23/ G. Farjat, Droit économique, 2. Aufl., Paris 1982, 16-18, unter Berufung auf Galbraith. Aufschlussreich auch die Wiederentdeckung der juristischen Person in den sozialistischen Rechtssystemen: T. Sárközy, Die "juristische" Person in den sozialistischen Ländern, RabelsZ 47 /1983/ 1 ff.
- 24/ Für eine neuere Übersicht über die Diskussion siehe Ch.J. Meier, Über Entwicklung, Begriff und Aufgaben des Wirtschaftsrechts, ZSR 101 /1982/ 267-307.
- 25/ W. Schluep, Was ist Wirtschaftsrecht, Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, 66-95; Ders., Vom lauterem zum

- freien Wettbewerb, GRUR Int. 1973 446-452; Ders., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, 569-602. Alle Beiträge sind auch abgedruckt in Ders., Zum Wirtschaftsrecht, Eine Sammlung von Aufsätzen, Bern 1978.
- 26/ C. Baudenbacher, Suggestivwerbung und Lauterkeit, Zürich 1978, 134-160; Zur funktionalen Anwendung von §1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 144 /1980/, 146-156; Ders., o.Nr. 2 73-138.
- 27/ E. Homburger, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, ZSR 1970 II 54 ff.; Ders., Zur Funktion des Kartellrechts in einer auf Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung, WuR 1976, 333 ff.; M. Usteri, Das Verhältnis von Staat und Recht zur Wirtschaft in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Volkstümliches Recht als Gegensatz zur Verwaltungsherrschaft, Zürich 1981.
- 28/ Mit Abweichungen allerdings insbesondere hinsichtlich der Anwendung der funktionalen Methode: M. Niederhauser, Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch, Bern 1978, 30 ff.; E. Brehm, Funktionale Rechtsanwendung und Interessenjurisprudenz, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern 1981, 97 ff.; H. Wohlmann, Zur funktionalen Auslegung im Kartellrecht in: Festschrift zum 50. Geburtstag von A. Meier-Hayoz, Bern 1982, 461 ff. Vgl. im übrigen die Übersicht bei Ch.J. Meier, o.Nr. 24, 284-294
- 29/ Schluep, Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, o.Nr. 25. S. 10-12.
- 30/ Typisch, weil nur beiläufig geäußert, ist etwa die Aussage, dass das Wirtschaftsrecht jene Fragestellung bilde, "die nach dem systematischen Beitrag des Privatrechts an

die Lösung wirtschaftsverfassungsrechtlicher Probleme traegt": P. Nobel, Einführung zum Sonderheft "Stiftung und Unternehmen", WuR 1985, 3

- 31/ Eine - allerdings zu kritische - Übersicht gibt B. Hotz, Ökonomische Analyse des Rechts - eine skeptische Betrachtung, WuR 1982, 293-314.
- 32/ H.D. Assmann - G. Brüggemeier - D. Hart - Ch. Joerges, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechtes, Königstein 1980.
- 33/ Diese Reduktion auf das Methodologische wird allerdings nicht immer akzeptiert: Baudenbacher, Zur funktionalen Anwendung, op. cit. Nr. 26. ZHR 144 /1980/ 146 f.
- 34/ C. Baudenbacher, Suggestivwerbung, o. Nr. 26. 134 ff.; Ders. Zur funktionalen Anwendung o.Nr. 29. 157 ff.
W. Schluop, Über den Begriff der Wettbewerbsverfaelschung, in: Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, 487-521 /514 ff./.
- 35/ P. Tercier, Cent ans de responsabilité civile en droit suisse, in: Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, hrsg. v. H. Peter, E.W. Stark und P. Tercier, Freiburg 1982, 203-226, /224 ff./.
- 36/ E.A. Farnsworth, Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract, 94 Yale L.J. 1339 /1985/.
- 37/ Siehe hierzu beispielweise die Kritik von R. Briner-Eidenbenz, SAG 1983, 30-32, an der Anmerkung von C. Baudenbacher, SAG 1982, 174-176, zum Veledeess-Urteil /BGE 107 II 277/.
- 38/ Jedenfalls in der Schweiz und in Deutschland, im Gegensatz zu Frankreich: Deschenaux, o. Nr. 5. 20;
Schönenberger/Jaeggi, /Zürcher Kommentar/ N. 153 f. Vorbem. vor Art. 1 OR.

- 39/ F.H. Lawson, c. Nr. 11. 30 f., 69 /"... every attempt must be made to keep the law ahead of the facts", S. 79/.
- 40/ Zitiert nach H. Huber, Walther Burckhardt, in: Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, Zürich 1945, 506.
- 41/ In anderen Rechtsordnungen scheint es ähnlich /wenn auch vielleicht weniger ausgeprägt/ zu sein, mit Ausnahme derjenigen der Europäischen Gemeinschaften. Diese letztere ist jedoch nur bedingt mit einer nationalen Rechtsordnung vergleichbar. Der EuGH ist ein bestqualifiziertes oberstes Gericht von gesamteuropäischer Statur; er kann sich häufig auf intensive Vorarbeiten der Kommission stützen und verfügt überdies über die Hilfe des Generalanwaltes.
- 42/ BGE 107 II 422; Th. Lörtscher, Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf im schweizerischen und im deutschen Recht, ZVglRWiss 1994, 51-71.
- 43/ P. Forstmoser/A. Meier-Hayoz, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 3. Aufl., Bern 1983, 162 f.
- 44/ Der neueste Entscheid hierzu ist BGE 107 II 277 i.S. Veledes und Mitbeteiligte gegen Denner AG, ebenfalls wiedergegeben in SAG 1982, 169 ff., mit kritischen Bemerkungen von C. Baudenbacher, 174-176.
- 45/ BGE 109 V 207, 210 f.; vgl. auch die Referate zum Juristentag von 1982 von P.L. Manfrini, Le contentieux en droit administratif économique, und A. Josi, Zum Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, ZSR 101 II /1982/ 311 ff. bzw. 453 ff.
- 46/ Der jüngste Fall ist BGE 109 II 260 i.S. Fist gegen Denner AG.
- 47/ W. Stoffel, Verhandlung und Wettbewerb in der Schweiz, SAG 1984 133-149, 147 f.
- 48/ Vor allem BGE 86 II 365 /Giesbrecht/Vertglas/, 82 II 292 /Gruen Watch/ und 22 175 /Vögtlin/Geissbühler/, dazwischen

jedoch uneinheitlich BGE 85 II 489, 80 II 42, 76 I 288, 71 II 192, 62 II 280, 62 II 105, 58 II 228, 57 II 344, 56 II 525, 52 II 383, 51 II 525 /Zusammenstellung bei Homburger/Drolshammer, Schweizerisches Kartell- und Monopolrecht, Bibliographie und Entscheidungen, Bern 1981, 125-148/; H. Merz, Kartellrecht-Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit, in Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, 227-259 /auch in WuR 1966 I-35/; A. Simonius, Ein verkanntes Freiheitsrecht, Festschrift für E. Ruck, Basel 1952, 261 ff.

49/ Diese Verunsicherung hatte H. Merz /o. Nr. 48. 238-242, 257 f./ von Anfang geahnt und - vergeblich - davor gewarnt: "Sie /die Rechtsprechung/ wird dann dem Ansturm der jeweiligen Beteiligten preisgegeben und muss versuchen, aufgrund von Gutachten und Gegengutachten den ganzen Weg tatsächlicher und wertender Erwägungen zu gehen, /.../ der so viele Möglichkeiten des Irregehens, des Müdewerdens und des Verzichtens auf einen gegen organisierte und mächtige Interessen gerichteten Entscheid bietet". /258, unter Hinweis auf E. Steindorff, Zweckmaessigkeit im Wettbewerbsrecht, 1959/.

50/ BGE 98 II 365 /Denner AG/Bierbrauerverein/.

51/ Im Sinne von W. Burckhardt /o. Nr. 7./.

52/ H.D. Assmann, Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy, Königstein 1980, 207. Sprache ist verraeterisch: Diese einfach strukturierte Aussage enthaelt vier aufeinanderfolgende Genitive, wobei dem letzten von ihnen noch vier Adjektive vorangestellt werden!

53/ Ch.J. Meier, o. Nr. 24. 267-307.

54/ Vgl. B. Ackerman, Reconstructing American Law, Cambridge 1984.

55/ An den unterschiedlichen Interessen wird es kaum fehlen; notwendig ist aber auch eine vergleichbare Durchsetzungsfähigkeit der Interessenträger, weshalb zur Aufgabe der Praktikabilität des Wirtschaftsrechtes jene der Zugänglichkeit der Entscheidungsformen, also des Verfahrensrechtes tritt. Auf die Bedeutung dieses Aspektes kann hier nur hingewiesen werden.