

MATHIAS SCHMOECKEL

Rechtsgeschichte der Wirtschaft



MOHR SIEBECK

MOHR LEHRBUCH

Mathias Schmoeckel
Rechtsgeschichte der Wirtschaft



Mathias Schmoeckel

Rechtsgeschichte der Wirtschaft

Seit dem 19. Jahrhundert

Unter Mitarbeit von
Matthias Maetschke

Mohr Siebeck

Mathias Schmoeckel, geboren 1963; Studium der Kunstgeschichte in Bonn, der Rechtswissenschaft in Bonn, Genf und München; 1993 Promotion; 1999 Habilitation; derzeit Professor für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität und Geschäftsführender Direktor des Rheinischen Instituts für Notarrecht.

Matthias Maetschke, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaft in Frankfurt a.M. und Bonn; 2006 Promotion; von 2002 bis 2007 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität.

e-ISBN PDF 978-3-16-151299-5
ISBN 978-3-16-149587-8

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg/N. gebunden.

Vorwort

Nicht immer kann man sich ganz frei für die Publikation eines Buchs entscheiden. Die Einführung der Schwerpunktbereichsausbildung in den juristischen Fakultäten führte in Bonn dazu, dass zur Verdeutlichung der wissenschaftlichen Dimension des Rechts in allen Schwerpunktfächern jeweils eine Grundlagenanbindung sowie eine europarechtliche Komponente enthalten sein sollten. Für die wirtschaftlich ausgerichteten, inhaltlich neben dem BGB stehenden Schwerpunktfächer wie Handels- und Gesellschaftsrecht, Unternehmens- und Steuerrecht sowie Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit konnte die herkömmliche Vorlesung „Neuere Privatrechtsgeschichte“ nicht genügen. Für die historische Dimension dieser Fächer wurde daher nicht zuletzt auf Anregung von Wulf-Henning Roth eine neue Vorlesung erstmals zum Sommersemester 2005 eingeführt.

Zu dieser Vorlesung gab es weder einführende Literatur noch einen allgemeinen Überblick, solches fehlte sogar in den meisten Einzelfächern. Zudem mangelt es an einem Themenkanon oder einem Konzept dessen, was zu unterrichten sei. Die Funktion der Vorlesung machte nur deutlich, dass die jüngere Rechtsgeschichte in den wirtschaftlich relevanten Rechtsmaterien dargestellt werden musste, es letztlich auf eine Rechtsgeschichte der industriellen Revolution in Deutschland hinauslaufen musste.

Dem Mangel an einführender Lektüre steht eine überbordende Fülle an rechtshistorischer Spezialliteratur sowie wirtschaftshistorischen Werken gegenüber, letztere doch meist ohne Berücksichtigung der normativen und kaum einer durchgehenden Betrachtung der institutionellen Entwicklung¹. Damit konnten nicht nur die Studenten sich nicht über den Lehrstoff informieren, sondern auch der Dozent stand letztlich vor der Aufgabe, die Inhalte eines neuen rechtshistorischen Fachs zu definieren. Beides erforderte die Anfertigung eines Skripts, zur Selbstvergewisserung für den einen, zur Orientierung für die anderen. Aber vielleicht ist dies der Gang der Entwicklung: Das 20. Jahrhundert brachte die Vorlesung „Neuere Privatrechtsgeschichte“ hervor, das

¹ Am nächsten noch Clemens Wischermann/Anne Nieberding, Die institutionelle Revolution. Eine Einführung in die deutsche Wirtschaftsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, (Grundzüge der modernen Wirtschaftsgeschichte, 5), Stuttgart 2004.

21. nun vielleicht die „Rechtsgeschichte der Wirtschaft in der industriellen Epoche“.

In diesem Ansatz liegt die Chance, traditionell geschichtsferne Fächer wieder mit der Rechtsgeschichte zu verbinden, um beiden neue Impulse der Forschung zu vermitteln. Wer beispielsweise das internationale Wirtschaftsrecht ohne eine historische Grundlegung betreibt, vermittelt letztlich eine falsche Sichtweise der Materie, die nicht stabil geregelt, sondern einem raschen politischen Wandel unterworfen und als solche besonders durch eine schnelle historische Entwicklung charakterisiert ist. Diese Veränderungen muss auch der Jurist kennen. In der Darstellung der Rechtsgeschichte der deutschen Wirtschaft kann man die Historizität der Materie aufzeigen und damit willkürliche, historische Prägungen, gerade auch im Unterschied zu anderen Nationen. Deutlich wird, wie die nationale Gesetzgebung nicht nur eine Reaktion darstellt, sondern die Chance zur Prägung der Bevölkerung für lange Zeit hat. Angesichts der grundlegenden Neuerungen aufgrund europäischer und internationaler Einflüsse wird es wichtig zu lernen, was typisch „deutsch“ und was mit den Vorstellungen anderer Staaten kompatibel ist.

Der Überblick über die wirtschaftlich relevanten Rechtsmaterien ließ eine Forschungsthese reifen: Deutlich wurde in allen Gebieten die prägende Kraft des Kaiserreichs, in dieser Zeit entstand eine spezifische deutsche Wirtschaftsordnung². Diese könnte ganz grob summierend auf den Nenner einer dominierenden Mitwirkung des Staates gebracht werden, ohne dass dadurch der Markt als bestimmendes Wirtschaftsgeschehen aufgehoben werden sollte. Die Auswahl der verschiedenen Materien ist insoweit auch thematisch vorgegeben, als alles zu berücksichtigen war, was die Freiheit der Wirtschaftenden auf dem Markt betrifft. Erst wenn man auf das Maß an Freiheit schaut, das diesen in den verschiedenen historischen Phasen der deutschen Geschichte gegeben wurde, entdeckt man die inhaltliche Kohärenz der Themen.

Dennoch habe ich es vorgezogen, im Anschluss an einen historischen Überblick nach den verschiedenen Fächern getrennt aufzubauen. Eine reine Chronologie ist in rechtshistorischen Lehrbüchern kaum möglich, wenn soziale und dogmatische Zusammenhänge darzustellen sind. Die Erfahrung des Unterrichts zeigte mir, dass auf diese Weise der Stoff gut auf die einzelnen Unterrichtsstunden aufgeteilt werden konnte. Dennoch gibt auch der hier gewählte Aufbau letztlich eine chronologische Entwicklung wieder: Achtet man auf den historischen Schwerpunkt einer dogmatischen Entwicklung, so muss das Han-

2 Diese Annahme wird allerdings von den Wirtschafts- und Sozialhistorikern längst vertreten, die von einem „deutschen Kapitalismus“ sprechen, vgl. Jürgen Kocka, Einleitung, in: V. R. Bergmann/S. Vitor (Hg.), Gibt es einen deutschen Kapitalismus, Frankfurt a.M./New York 2006, 9–21, der sich jedoch in der rechtlichen und institutionellen Ordnung manifestieren muss, was erst zu erweisen ist.

delsrecht mit der Kodifikation des ADHGB am Anfang stehen, während das Arbeitsrecht eher an den Schluss gehört.

Hinsichtlich der Auswahl des Stoffes war eine Konzentration auf die deutsche Entwicklung notwendig, zum einen weil bereits so die Stofffülle erschlagend ist, zum anderen weil auch in den wichtigen Staaten, mit denen die deutsche Entwicklung zu vergleichen wäre, noch keine entsprechende Historiographie besteht. Allerdings kann man die deutsche Entwicklung kaum verstehen, wenn man nicht immer wieder auf die Bedeutung der italienischen Doktrin in der frühen Zeit, dann den prägenden Einfluss der Französischen Revolution und die große Bedeutung Großbritanniens als führender Wirtschaftsnation und später der USA hinweist. Doch es kann sich hierbei immer nur um einzelne Hinweise, keine flächendeckenden Vergleiche handeln. Vielleicht wird es in der Zukunft leichter möglich sein, eine vergleichende Rechtsgeschichte der europäischen Wirtschaft zu schreiben.

Ein nach meiner Auffassung notwendiges Mittel zu Gestaltung des Stoffes ist die Thesenbildung. Sie folgt hier auch dem didaktischen Zweck, über das Zusammentragen des Stoffes hinaus dank einer Interpretation für Verständlichkeit zu sorgen. Sofern meine Thesen Widerspruch herausfordern, also eigenständiges Hinterfragen durch den Leser anregen, hat sich meine Hoffnung erfüllt. Dennoch bleibt es die wesentliche Aufgabe einer solchen historischen Einführung, auf die Fülle und Heterogenität der historischen Entwicklung aufmerksam zu machen. Eine Verkürzung an dieser Stelle zur Verdeutlichung der Thesen empfinde ich als unehrliches Vorgehen.

Ziel des Unterrichts kann es allerdings nicht sein, die Masse der Fakten und Details zu kennen. Vielmehr sollen den Studierenden die Historizität und die politischen Implikationen der Materien vermittelt werden, um ihnen eine souveräne Handhabung des Stoffes auch später in der Praxis zu erleichtern. Die notwendige Abschlussklausur kann daher ebenso nur ausgehend von willkürlich ausgewählten Quellen kontrollieren, ob ein übergreifendes Verständnis im Laufe des Semesters erreicht wurde.

Von den Seminarbeiträgen der letzten Jahre habe ich sehr profitiert, insbesondere von der auch über das gemeinsame Seminar hinausgehenden Zusammenarbeit mit Herrn Kollegen Günther Schulz. Diese Verbindung hat mich näher an die Sozial- und Wirtschaftsgeschichte geführt und gezeigt, wie viel sich künftig dank dieser eigentlich doch bisher eher vernachlässigte Fächerkombination noch entdecken lässt.

Ich hätte dieses Buch nicht schreiben und veröffentlichen können ohne Dr. Matthias Maetschke. Er half mir bei der Sichtung der Literaturmassen, stand mir als ständiger Gesprächspartner über Jahre hinweg zur Verfügung und hat meine diversen Fassungen anregend kommentiert und korrigiert. Im Kartellrecht haben wir die Rollen vertauscht: Hier hat er erste Fassungen geschrieben, die ihren Weg in dieses Werk gefunden haben. Ich habe Herrn Maetschke im

VIII Vorwort

Rahmen dieses Projekts viel zu verdanken. Auch Herrn Roman Michalczyk danke ich herzlich für die zahlreichen Hilfestellungen über die Jahre hinweg.

Das Buch wäre nicht ohne den tätigen Einsatz von Herrn Christian-Henner Hentsch entstanden. Bei den letzten Korrekturen haben mir neben Herrn Johannes Rüberg und Herrn Fabian Roessing noch Dr. David von Mayenburg, MA, Roland Schlüter und Roman Michalczyk geholfen. Herrn Dr. Gillig danke ich für die Übernahme und kompetente Betreuung des Werkes im Verlag Mohr-Siebeck. Das 2005 konzipierte Werk wurde bis Anfang 2007 überarbeitet, spätere Literatur nur noch teilweise eingearbeitet.

Bonn, 6.1.2008

Mathias Schmoeckel

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn
Vorwort	V	
Abkürzungsverzeichnis	XV	
A. Einleitung	1	1
I. Bestimmung des Gegenstandes	1	1
1. Keine Wissenschaftsgeschichte des Wirtschaftsrechts	1	1
2. Keine „neuere Privatrechtsgeschichte II“	4	4
3. Gegenstand der „Wirtschaftsgeschichte“	9	14
4. Freiheit als Abgrenzungskriterium und Vergleichsmaßstab ..	12	19
II. Methodenfragen	15	24
1. Weder Primat des Rechts noch Primat der Wirtschaft	15	24
2. Wechselwirkung zwischen Wirtschaft und Recht	16	25
3. Der Wettbewerb als zentrale Verbindung zwischen Wirtschaft und Recht nach 1800	18	28
III. Gliederung des Stoffes	19	29
IV. Darstellungsweise	20	33
V. Literaturempfehlungen	21	34
B. Bis zur Entstehung des freien Marktes	23	35
I. Vorbemerkung	23	35
II. Markt und Zoll	24	36
III. Der „gerechte Preis“ (iustum pretium), Zins- und Wucherverbot	26	39
IV. Von der Natural- zur Geldwirtschaft	31	46
1. Die Bedeutung des Geldes bis zum Hohen Mittelalter	31	46
2. Entstehung der Banken	33	49
3. Entstehung der Versicherungen	35	52
4. Entstehung der Geldwirtschaft	36	54
V. Bindungen auf dem Land	37	56
VI. Gilden, Zünfte, Innungen	38	58
VII. Merkantilismus und Kameralismus	42	64
VIII. Standesgesellschaft	47	72
C. Der Markt als Wirtschaftsprinzip: Die „invisible hand“ des Liberalismus	52	77
I. Entwicklung des Liberalismus in England	52	77
II. Adam Smith	55	83
III. Die Bedeutung des Handels für die englische Gesellschaft	58	88

X Inhaltsverzeichnis

IV. Zusammenhang von Liberalismus und staatlicher Ordnung . . .	61	93
V. „Industrielle Revolution“	66	100
1. Aspekte und Probleme des Begriffs	66	100
2. Entwicklung in England	71	107
3. Die preußischen Reformen	72	109
VI. Allgemeine Faktoren	83	127
D. Entwicklung des Handelsrechts	87	132
I. Wirtschaftliche Entwicklung	87	132
II. Entwicklung des Handelsrechts bis 1800	90	138
III. Wissenschaftliche Erneuerung nach 1800	95	145
IV. Entwicklung des Wechselrechts	98	151
V. Entwicklung des ADHGB	101	155
1. Entstehung	101	155
2. Entwicklung bis 1897	106	164
VI. Kritik am HGB nach 1900	108	166
1. Einleitung	108	166
2. Subjektives oder objektives System?	109	169
3. „Unternehmen“ als Zentralbegriff des Handelsrechts	116	179
4. Rügepflicht, § 377 HGB	118	182
VII. Zusammenfassung	119	183
E. Die Grundlagen des Markts; gewerblicher Rechtsschutz („ <i>the invisible handshake</i> “)	122	184
I. Der Markt und seine Freiheit	122	184
II. Recht gegen den unlauteren Wettbewerb	125	191
III. Einschränkung der Privatautonomie am Beispiel der Banken und Versicherungen	130	197
1. Versicherungen	130	197
2. Banken	131	199
IV. Geschichte des geistigen Eigentums	134	204
1. Historische Entwicklung	134	204
2. Patentrecht	138	211
3. Urheberrecht	143	219
4. Warenmarken, -zeichen	147	226
V. Zusammenfassung	151	234
F. Gesellschaftsrecht	156	241
I. Fragestellung	156	241
II. Vorgeschichte	158	246
1. Frühformen	158	246
2. Die Erfindung der juristischen Person	162	251
III. Entwicklung der Personengesellschaften bis zum HGB	165	258
IV. Entwicklung der Kapitalgesellschaften	167	261
1. Aktienrecht bis zum ADHGB	167	261
2. Genossenschaftsrecht	171	267
3. Abkehr vom Konzessionssystem im Aktienrecht ab 1860	176	274
4. Entstehung und Entwicklung der GmbH	180	282

V. Der Konzern	182	286
VI. Zusammenfassung	188	294
G. Die öffentliche Hand: Sozial- und Verwaltungsrecht	192	297
I. Die soziale Frage	192	297
II. Ideen zur Lösung der sozialen Frage durch den Staat	199	309
III. Vom „sozialen Königtum“ zum Sozialstaat: Entstehung des Sozialrechts	203	314
1. Entstehung der Sozialversicherungen	203	314
2. Der Krieg als „großer Schrittmacher der Sozialpolitik“?	207	321
3. Bundesrepublik	210	326
IV. Von der Eingriffverwaltung zur Gewährleistungsaufsicht	212	329
1. Neue Akteure	212	329
2. Motive staatlicher Wirtschaftstätigkeit	214	332
3. Die Entwicklung bis zum Ersten Weltkrieg	218	338
4. Die Zeit der Weimarer Republik	223	345
5. Von der Daseinsvorsorge zur Leistungsverwaltung	227	349
6. Regulierungsrecht	234	358
V. Ergebnis	237	363
H. Das Kartellrecht: Individualismus oder Kollektivismus auf dem Gütermarkt?	243	370
I. Einleitung	243	370
II. Zulassung der Kartelle bis zum Ersten Weltkrieg	245	375
1. Der Weg zur Kartelllegalisierung 1897	245	375
2. Ein deutscher Sonderweg?	253	385
III. Kartellkontrolle in der Weimarer Zeit	255	387
1. Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen	255	387
2. Kartellnotverordnung von 1930	259	393
IV. Entwicklung im Dritten Reich	261	396
1. Preisüberwachung und Kartellrecht	261	396
2. Zwangskartellgesetz von 1933	262	397
V. Kartellrecht der Bundesrepublik	263	399
VI. Kartellrecht in der europäischen Einigung	269	406
VII. Zusammenfassung und Interpretation	270	408
I. Steuerrecht	274	411
I. Geschichte des Steuerrechts bis 1800	274	411
II. Entwicklung des Steuerstaates bis 1870	285	427
III. Kaiserreich	290	434
IV. Weimar	297	442
V. Nationalsozialismus	301	448
VI. Bundesrepublik	303	451
VII. Zusammenfassung	307	459

XII Inhaltsverzeichnis

K. Arbeitsvertragsrecht	311	460
I. Fragestellung und Einleitung	311	460
II. Kaiserreich	318	470
1. Die Rolle des Staates	318	470
2. Entstehung der Arbeitsrechtswissenschaft	322	478
3. Zur Regelung im BGB	327	485
III. Weimarer Republik	330	488
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	330	488
2. Entwicklung der Arbeitsrechtsprechung	333	492
IV. Nationalsozialismus	336	497
V. Bundesrepublik	341	504
VI. Zusammenfassung	344	512
L. Tarifvertragsrecht	350	517
I. Vorgeschichte und Fragestellung	350	517
II. Kaiserreich	354	526
III. Weimar	362	540
IV. Nationalsozialismus	367	547
V. Bundesrepublik	370	551
VI. Zusammenfassung	376	558
M. Recht der betrieblichen Mitbestimmung	379	561
I. Fragestellung	379	561
II. Vorgeschichte: Bis zum Ersten Weltkrieg	381	565
III. Anfänge in der Weimarer Verfassung	385	571
IV. Nationalsozialismus	391	581
V. Nachkriegszeit	393	585
1. Zonen bis 1949	393	585
2. Anfänge der Bundesrepublik: Der Montanbereich	395	590
3. Betriebsverfassungsgesetz und Mitbestimmungsgesetz	398	593
VI. Zusammenfassung	403	600
N. Weltwirtschaftsrecht?	406	603
I. Fragestellung	406	603
II. Epoche des Freihandels seit Ende des 18. Jahrhunderts	408	607
1. Handelsverträge	408	607
2. Internationale Währungspolitik	410	610
3. Internationale Verkehrspolitik	412	613
4. Folgen	414	616
III. Epoche des Protektionismus seit Ende des 19. Jahrhunderts	414	617
1. Gründe des Protektionismus	414	617
2. Bemühungen um internationale Rechtsangleichung	417	623
IV. Erster Weltkrieg und Zwischenkriegszeit	421	628
1. Großraum-Denken	421	628
2. Handelspolitik	423	631
V. Nachkriegszeit	425	636
VI. Europäische Wirtschaftsgemeinschaft	430	641
VII. Zusammenfassung	431	644

O. Resümee: Politische Konzepte zur Rechtsordnung der Wirtschaft . . .	434	647
I. Einleitung	434	647
II. 1800–1870: Liberalisierung der Wirtschaft	437	651
III. Kaiserreich	442	658
1. Organisierter Kapitalismus	442	658
2. Korporativer Wettbewerb	446	664
IV. 1919–1933: Zeitalter der Experimente	450	667
1. Das Zeitalter der Experimente	450	667
2. Die Idee der „Gemeinwirtschaft“	451	671
V. Nationalsozialismus	455	676
VI. DDR (1945 bis ca. 1970): Staatliche Planwirtschaft	457	681
1. Staatliche Planwirtschaft	457	681
2. Verstaatlichung	458	682
3. Planung	461	684
VII. Bundesrepublik (1945 bis ca. 1970): Soziale Marktwirtschaft .	464	689
VIII. Zusammenfassung	472	699
 Anhang: Musterklausur	 476	
I. Quellentext	476	
II. Aufgabenstellung	477	
II. Lösungsskizze	477	
1. Vorbemerkung:	477	
2. Aufgabe 1	477	
3. Aufgabe 2	480	

Abkürzungsverzeichnis

aaO.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (seit 1811)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (von 1861)
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
Bd(e).	Band/Bände
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (seit 1896)
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht, Entscheidungssammlung
c.	capitulum, canon, constitutio
C.	Codex Justinianus (von 529; ed. Th. Mommsen/P. Krueger, Corpus Iuris Civilis, Bd.2 Berlin 1915 ff; Übers. von C.E. Otto/B. Schilling/C.F.F. Sintenis, Das Corpus iuris civilis, Bde. 5 und 6 Leipzig 1832.)
Cc	Code civil (seit 1804)
Clem.	Clementinae (Decretales Clementi VII, von 1317; ed. Ae. Friedberg, Corpus Iuris Canonici, Bd.2 Leipzig 1879 ND Graz 1955, 1124 ff; teilweise übersetzt von B. Schilling/C.F.F. Sintenis, Das Corpus juris canonici, 2 Bde. Leipzig 1834/1837)
D.	Digesta (von 529; ed. Th. Mommsen/P. Krueger, Corpus Iuris Civilis, Berlin 1920 ff; mit Übersetzung: O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H. H. Seiler, Corpus Iuris Civilis, Bd.1 2. Aufl. Heidelberg seit 1995; ältere Übers. von C.E. Otto/B. Schilling/C.F.F. Sintenis, Das Corpus iuris civilis, 10 in 7 Bde. Leipzig ab 1830, bis Bd.4)
engl.	englisch
EuGH	Europäischer Gerichtshof (mit:)
Rs.	Rechtssache
Slg.	offizielle Entscheidungs-Sammlung
f(f).	folgende Seite(n)
Fn.	Fußnote
frz.	französisch

XVI Abkürzungsverzeichnis

FSGA	Freiherr vom Stein-Gedächtnis-Ausgabe
GG	Grundgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch (von 1900)
HKK	Historisch-kritischer Kommentar, hg. v. Mathias Schmoeckel/ Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann, Tübingen 2003 (Band 1) ff.
HRG	Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte
I.	Institutiones Iustiniani (von 533; ed. Th. Mommsen/P. Krueger, Corpus Iuris Civilis, Bd. 1 Berlin 1920 ff.; mit Übers. bei: O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H. H. Seiler, Corpus Iuris Civi- lis, 2. Aufl. Heidelberg 1999)
Hrsg.	Herausgeber
lat.	lateinisch
LexMA	Lexikon des Mittelalters
Lk	Das Evangelium nach Lukas
MGH	Monumentae Germanicae Historiae (in den Reihen:)
Conc.	Concilia
Const.	Constitutiones et acta
Dipl.	Diplomata
Epp. sel.	Epistolae selectae
FIGA	Fontes Iuris Germaniae Aevi
LL	Leges nationum germanicarum
SS	Scriptores
SS aa	Scriptores, auctores antiquissimi
SS Rer. Germ. ns.	Scriptores rerum Germanicarum, nova series
Mos	Buch Mose
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.	Randnummer im älteren Schrifttum
ND	Neudruck
n.F.	neue Folge
Nov.	Novellae (ed. Th. Mommsen/P. Krueger, Corpus Iuris Civilis, Bd. 3 Berlin 1912 ff.; Übers. von C.E. Otto/B. Schilling/C.F.F. Sintenis, Das Corpus iuris civilis, Bd. 7 Leipzig 1833)
o.	oben
RGSt	Reichsgericht in Strafsachen
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen
RHD	Revue historique de droit français et étranger
s.	siehe
(R)StGB	(Reichs)Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung

TRG	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
u.	unten
übers./Übers.	übersetzt/Übersetzung
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjet-Republiken
UNO	United Nations Organisation (Vereinte Nationen)
USA	United States of America
usw.	und so weiter
v.	von
v.a.	vor allem
VI.	Liber Sextus (von 1298; ed. Ae. Friedberg, Corpus Iuris Canonici, s. bei Clem., 934 ff.)
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
WRV	Weimarer Reichsverfassung von 1919
X	Liber Extra (Decretales Gregorii IX, von 1234; ed. Ae. Friedberg, Corpus Iuris Canonici, s. bei Clem., 4 ff.)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHF	Zeitschrift für Historische Forschung
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, in der Literatur oft nur als SZ zitiert,
ZRG KA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung.

A. Einleitung

I. Bestimmung des Gegenstandes

1. Keine Wissenschaftsgeschichte des Wirtschaftsrechts

Ein gänzlich neues Lehrfach muss sich zunächst seines Gegenstandes versichern: Was muss den Inhalt bilden, welche Materien gehören nicht dazu? Gibt es verbindende Aspekte aller Gegenstandsbereiche? Welches sind die zeitlichen Zäsuren, wann hat die Darstellung zu beginnen und wann zu enden? Das Problem wird deutlich, wenn man begreift, dass hier keine „Wirtschaftsrechtsgeschichte“ vorgelegt werden kann, denn das „Wirtschaftsrecht“ als Teildisziplin der Rechtswissenschaft bildete sich erst nach dem Ersten Weltkrieg heraus¹. 1920 veröffentlichte Arthur Nussbaum die erste Monographie zum Thema: „Das neue deutsche Wirtschaftsrecht“. Zentrum der Forschungen bildete zunächst das 1917 gegründete wirtschaftsrechtliche Institut in Jena. Schon vor dem Ersten Weltkrieg wurde der Verein „Recht und Wirtschaft“ gegründet, der seit Oktober 1911 eine gleichnamige Zeitschrift herausgab. Heinrich Lehmann (1876–1963)² veröffentlichte 1913 einen grundlegenden Artikel mit dem Titel „Grundlinien des deutschen Industrierechts“³, der gemeinhin als „Geburtsstunde“ des Wirtschaftsrechts bezeichnet wird. Wenig beachtet wird in der rechtshistorischen Forschung die Gründung des Industrierechtlichen Seminars in Bonn im Jahre 1918.

1 Dazu Michael Stolleis, Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg, in: H. Bauer u.a. (Hg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002, 1–14; Steffi Heine, Die Methodendiskussion nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches und die Gründung des Vereins Recht und Wirtschaft, (Rechtshistorische Reihe, 227), Frankfurt a.M. 2004; Clemens Zacher, Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, (Schriften zum Wirtschaftsrecht, 153), Berlin 2002; Heinz Mohnhaupt, Justus Wilhelm Hedemann und die Entwicklung der Disziplin „Wirtschaftsrecht“, ZNR 25 (2003), 238–268.

2 Zu Lehmann: André Depping, Das BGB als Durchgangspunkt. Privatrechtsmethode und Privatrechtsleitbilder bei Heinrich Lehmann (1876–1963), Tübingen 2002, insb. S. 22 f. zur Jenenser Zeit.

3 Heinrich Lehmann, Grundlinien des deutschen Industrierechts, in: Festschrift für Ernst Zitelmann, München/Leipzig 1913, 1–46 (gesondert nummerierter Beitrag).

Alle diese Gründungen erfolgten auf Grund der Überlegung, dass der Staat durch seine Juristen die Wirtschaft beeinflusse bzw. viele Unternehmen staatlich geführt wurden, so dass die öffentlichen Beamten, überwiegend Juristen, ökonomisch ausgebildet werden sollten. Zu diesem Zweck gründete man im Deutschen Reich seit Ende des 19. Jahrhunderts „Rechts- und Staatswirtschaftliche Institute“⁴.

- 2 Die Gründe für das Entstehen des neuen Faches sind vielseitig. Zum einen wirkte die unmittelbare Anschauung der neuen Institute des „Kriegswirtschaftsrechts“, daneben trat eine methodische Neuausrichtung im Zeichen der Freirechtsschule, die eine „soziologische“ Betrachtungsweise vor allem auch für wirtschaftsbezogene Rechtsmaterien forderte. Schließlich sah man im Wirtschaftsrecht eine dritte Kategorie neben Privatrecht und öffentlichem Recht. Eine überzeugende Grundlegung des Wirtschaftsrechts ist jedoch nie gelungen. Friedrich Kübler beschreibt dies mit folgenden Worten:

„Die Rechtshistoriker, die Straf- und Familienrechtler dürfen mit der Gewissheit leben, dass es den Gegenstand ihrer intellektuellen Bemühungen – die Rechtsgeschichte, das Strafrecht, das Familienrecht – seit langem gegeben hat und auch künftig geben wird; damit ist zumindest der Kern des jeweiligen ‚Faches‘ – trotz gelegentlicher methodischer Irritationen – jedem vernünftigen Zweifel an seiner Existenz und seiner substantiellen Zuständigkeit entzogen. Nichts von alledem trifft auf das Wirtschaftsrecht zu“⁵.

Was das Wirtschaftsrecht inhaltlich ausmacht, ist also wesentlich unklarer als in den anderen juristischen Fächern. Einer der Begründer des Wirtschaftsrechts, Justus Wilhelm Hedemann (1878–1963)⁶, beschrieb 1959 einen Zerfall des Wirtschaftsrechts, der bereits in der Weimarer Republik eingesetzt habe und sich dadurch auszeichne, dass „*die Fächer des Wirtschaftsrechts voneinander abgerückt und unter die Obhut ihrer ‚eigenen‘ Gesetze, Verordnungen, sonstigen Maßregeln und wissenschaftlicher Würdigung geraten*“⁷ seien. Es gebe also kein Wirtschaftsrecht, sondern Kartellrecht, Recht gegen unlauteren Wettbewerb, Konzernrecht usw. In der Tat wird das „Wirtschaftsrecht“ in besonderer Weise rechtshistorisch aufgearbeitet. Es ist damit fraglich, ob man angesichts der Unsicherheiten, die mit dem Konzept eines Wirtschaftsrechts

4 S. Verf., Die Einrichtung einer „Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät“ an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, in: 75-Jahr-Feier der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Bonn 2004, 7–18.

5 Friedrich Kübler, Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik, in: Dieter Simon (Hg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt a.M. 1997, 364–389, 364.

6 Zu Hedemann: Mohnhaupt, Justus Wilhelm Hedemann und die Entwicklung der Disziplin „Wirtschaftsrecht“ (Fn. A 1), 238–268; Christine Wegerich, Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann (1878–1963), Tübingen 2004.

7 Justus Wilhelm Hedemann, Das Wirtschaftsrecht. Rückblick und Abschied, in: Festschrift für A. Hueck, München/Berlin 1959, 377–412, 401.

verbunden sind, dieses zur Grundlage einer historischen, epocheübergreifenden Darstellung machen soll.

Die Wissenschaftsgeschichte vom Wirtschaftsrecht kann ihren Forschungsgegenstand immerhin sehr viel einfacher rechtfertigen als eine wie auch immer geartete Rechtsgeschichte der Wirtschaft. Für die Wissenschaftsgeschichte reicht es aus, die tatsächlich geführte Diskussion um das Wirtschaftsrecht nachzuzeichnen. Eine Wirtschaftsrechtsgeschichte würde implizit nachweisen, dass „Wirtschaftsrecht“ als eigenes Gebiet der Rechtsgeschichte sinnvoll ist. Damit müsste die Rechtsgeschichte für ihren Bereich gerade das leisten, was für das geltende Recht nicht gelungen ist: eine tragfähige Grundlegung des Faches Wirtschaftsrecht. Dies kann daher nicht das Ziel dieses Lehrbuchs sein. Allerdings können die Erkenntnisse, die in der Wirtschaftsrechtswissenschaft über das „Wesen“ des Wirtschaftsrechts gefunden wurden, herangezogen werden, um die Verwendbarkeit eines Konzepts „Wirtschaftsrecht“ für die Rechtsgeschichte zu überprüfen.

Vor allem aber bietet sich die Trennung aufgrund der Entwicklung der rechtshistorischen Forschung an: Die bisherige Forschung beschäftigte sich vor allem mit der Wissenschaftsgeschichte des Wirtschaftsrechts⁸, während Beiträge zu einer weiter verstandenen Wirtschaftsrechtsgeschichte vereinzelt bleiben. Die Gründe für dieses Defizit sind sogleich zu erläutern.

8 Vgl. zur Wissenschafts- und Begriffsgeschichte Marc Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht*, Baden-Baden 2001; Depping, *Das BGB als Durchgangspunkt* (Fn. A 2), insb. 22 f.; Karl-Heinz Fezer, *Zur Begriffsgeschichte des Wirtschaftsrechts seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland*, in: Heinz Mohnhaupt (Hg.), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990)*, Frankfurt/Main 1991, 704–722; Karl Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Göttingen 1992, 60 ff.; Kübler, *Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik* (Fn. A 5), 364–389; Mohnhaupt, *Justus Wilhelm Hedemann und die Entwicklung der Disziplin „Wirtschaftsrecht“* (Fn. A 1), 238–268; Knut Wolfgang Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen 1988, 166 f.; ders., *Zum Wirtschaftsrecht als „kritischem“ Begriff: ein Blick auf die Polemik der 1970er Jahre*, in: Heinrich de Wall, Michael Germann (Hg.), *Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung*, Tübingen 2003, 911–919; Rudolf Piepenbrock, *Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum Ersten Weltkrieg*, Köln u.a. 1964; Hendrik Sandmann, *Die Entwicklung von Begriff und Inhalt des Wirtschaftsrechts durch die Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik*, Frankfurt/Main 2000; Walter R. Schlupe, *Was ist Wirtschaftsrecht?*, in: Riccardo L. Jagmetti, Walter R. Schlupe (Hg.), *Festschrift für Walther Hug*, Bern 1968, 25–95; Stolleis, *Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg* (Fn. A 1), 1–13; Wegerich, *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit* (Fn. A 6), 17 f.; Clemens Zacher, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland* (Fn. A 1).

2. Keine „neuere Privatrechtsgeschichte II“

- 4 Die Aufgabe einer „Rechtsgeschichte der Wirtschaft“ reicht also weiter als eine „Geschichte des Wirtschaftsrechts“. Negativ wird der Bereich einstweilen durch die Materie der inzwischen klassischen Vorlesung zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (bzw. „Grundlagen des Europäischen Privatrechts I“) bestimmt: Erfunden im Rahmen der nationalsozialistischen Studienreform von 1935 durch Karl August Eckhardt⁹ und inhaltlich definiert durch das klassische Lehrbuch von Franz Wieacker¹⁰, findet sich dort die nachantike Vorgeschichte der Materien des BGB.

Die „Rechtsgeschichte der Wirtschaft“ ist dagegen als historische Dimension der wirtschaftsnahen Materien der juristischen Schwerpunktausbildungen gedacht. Diese Materien sind als eigenständige Fächer meist wesentlich jünger als die Gebiete des BGB. Die Aufgabe der „neueren Privatrechtsgeschichte“ deckt sich also weder zeitlich noch inhaltlich mit der Wissenschaftsgeschichte des Wirtschaftsrechts.

- 5 Mit dem Begriff des Privatrechts werden seit der Zeit um 1800 jedoch auch Konzepte verbunden¹¹, die den wirtschaftsnahen Materien nicht innewohnen sollen. Auch aus diesem Grund ist es problematisch, die Rechtsgeschichte der Wirtschaft schlicht als Privatrechtsgeschichte zu beschreiben. In Abgrenzung zum neu entstandenen Öffentlichen Recht wurde ab um 1800 Privatrecht vor allem mit dem Prinzip der Freiheit in Verbindung gebracht¹². Das am Ende des 18. Jahrhundert neu entstandene Lehrfach „Öffentliches Recht“ umfasst entsprechend nach der „Subordinationstheorie“ die Bereiche, in denen der Bürger dem Staat und seinen Repräsentanten untergeordnet wird, also v.a. Staats-, Verwaltungs- und Strafrecht. Zivilrecht umfasst dagegen nur noch die verbleibende Materie, welche die bürgerlichen Freiheiten garantiert: v.a. die Freiheit der Familie – Eherecht, die Freiheit des Eigentums – Sachen- und Erbrecht, die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung – Schuld- und Handelsrecht.
- 6 So konnte man den Inhalt des Privatrechts in seiner neuen Abgrenzung inhaltlich bestimmen. Als Prinzip musste man es dann immer konsequenter durchführen, wie dies etwa Dieter Grimm deutlich gemacht hat¹³. Das wider-

9 Dazu Verf., Insel der Seligen. Der juristische Fachbereich der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms Universität Bonn zwischen 1933 und 1945, in: Verf. (Hg.), Die Juristen der Universität Bonn im „Dritten Reich“, (Rechtsgeschichtliche Schriften, 18), Köln/Weimar/Wien 2004, 1–48, 20.

10 Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967.

11 Vgl. Verf., Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung, Köln/Weimar/Wien 2005, 299 f.

12 Joachim Rückert, Zur Legitimation der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert, in: D. Klippel (Hg.), Naturrecht und Rechtsphilosophie in der Neuzeit, Bd. 1, Goldbach 1997, 135–183; HKK/Sibylle Hofer, vor § 241, Tübingen 2007, Rn.2, 10 ff.

13 Dieter Grimm, Die Trennung von öffentlichem und privatem Recht, in: Gerhard

sprach allerdings nachhaltig der Regelung der wirtschaftsnahen Rechtsgebiete, in denen zumindest seit dem Ende des 19. Jahrhunderts der Staat immer stärker eine tonangebende Rolle spielte¹⁴.

„Wettbewerbsregeln und gewerberechtlicher Besitzschutz, Maßnahmen gegenüber Kartellen und marktbeherrschenden Unternehmen, Zollschutz und Importbegrenzungen, Währungs- und Preispolitik, offene und versteckte Subventionen, steuerliche Anreize und Hemmungen und vieles andere schaffen Vorgegebenheiten, die es schwer machen, eine wirtschaftliche Tätigkeit auf ihrer Grundlage im ganzen als völlig staatsfreie Eigenleistung, als rein privates, freies Wirtschaften zu verstehen, und sie nach den Regeln eines Privatrechts zu beurteilen, das staatsisoliert am Modell reiner Individualbeziehungen ausgebildet ist.“

Diese Differenz zwischen „Privatrechtsidee“¹⁵ und „Privatrechtswirklichkeit“ führte zu Versuchen, den Begriff des Privatrechts neu zu definieren. Franz Böhm (1895–1977), dem nach dem Zweiten Weltkrieg neben Walter Eucken (1891–1950) bedeutendsten Vertreter des Ordoliberalismus und einer der hervorragendsten Wettbewerbsrechtler¹⁶, versuchte unter Hinweis auf die Gewerbefreiheit einerseits und die rechtliche Bindung allen Zivilrechts etwa durch das Grundgesetz andererseits diesen inhaltlichen Unterschied zwischen klassischer Privatrechtsmaterie und den wirtschaftsnahen Rechtsgebieten zu leugnen¹⁷. Privatrecht wurde daher einerseits nicht mehr allein aus der Privatautonomie hergeleitet, sondern wurde funktional als wirtschaftliches Steuerungsmittel des Staates zur Ausgestaltung des Wettbewerbs verstanden. Das Privatrecht setzte sich ihm zufolge aus jenen Materien zusammen, die sich dem Wettbewerb widmen (Kartellrecht, Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, Konzernrecht, gewerbliche Schutzrechte usw.). Der Einzelne als Teilnehmer am Markt ist konsequent nicht mehr in erster Linie Freiheitsträger, sondern Rädchen in der wirtschaftlichen Gesamtmaschinerie¹⁸; Privatrecht diente danach nicht mehr zur Verwirklichung der Freiheit des Einzelnen, sondern der Verwirklichung einer wettbewerbsorientierten Wirtschaftspolitik. Privatrechtliche Freiheit wird demzufolge gewährt, wo damit die gewünschten wirtschaftlichen Erfolge erreicht werden können; sie wird aber eingeschränkt, wo dies nicht der Fall ist. Freiheit wird damit nur noch funktional verstanden; sie ist kein Wert an sich, sie ist kein Selbstzweck.

Dilcher/Norbert Horn (Hg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. IV: Rechtsgeschichte, München 1978, 55–65, 62.

14 Martin Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart u.a. 1968, 77.

15 Der Privatrechtsidee spürt Knut Wolfgang Nörr, Eher Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert, Paderborn u.a. 1991 nach.

16 Art. Böhm, Franz, in: Walther Killy (Hg.), Deutsche Biographische Enzyklopädie, Bd. 1, München u.a. 1995, 616.

17 Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 114.

18 Knut Wolfgang Nörr, Die Leiden des Privatrechts, Tübingen 1994, 155.

- 8 Der neue weitere Privatrechtsbegriff wurde auch für die rechtshistorische Forschung nutzbar gemacht, so dass aus diesem Ansatz doch die Möglichkeit zu folgern wäre, auch die Rechtsgeschichte der Wirtschaft als Privatrechtsgeschichte zu begreifen. Der Ansatz wird am deutlichsten bei Knut Wolfgang Nörrs Arbeit über die Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, der die „Doppeldeutigkeit des Privatrechtsbegriffes“ zugrunde liegt:

„Das Privatrecht hat seinen Grund und Zweck in der Freiheit und Selbstbestimmung des Menschen. Es kann aber auch als Mittel für Zwecke des Staats, des Gemeinwohls, der guten Ordnung eingesetzt werden; dann verliert es seine Autonomie, es wird von außen definiert und gesteuert. In diesen Zwiespalt war das Privatrecht schon in der konstitutionellen Monarchie geraten. Das Menschenbild der individuellen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung hatte sich verwischt, seit den existenziellen Schrecken des Weltkriegs vollends verzerrt. [...] Es verkörperte nicht mehr die denkwürdige Folgerung aus einem absoluten Freiheitsbegriff. Es wurde fremden Zwecken nutzbar gemacht und geriet in eine sekundäre Stellung.“¹⁹

Nörr macht den weiten Privatrechtsbegriff, der seiner Ansicht nach die Privatrechtsentwicklung in der Weimarer Zeit bestimmte, zur Grundlage seiner Arbeit. Er kritisiert jedoch die damalige Entwicklung, indem er ihr den engen Privatrechtsbegriff, mit Nörrs Worten „die Privatrechtsidee“, gegenüberstellt. Sowohl in seiner Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik als auch in seiner 1994 erschienenen Kartellrechtsgeschichte mit dem programmatischen Titel „Die Leiden des Privatrechts“ kann er daher die Privatrechtsentwicklung als „Verrat“ an der Privatrechtsidee beschreiben²⁰. Das Privatrecht wird zu Zwecken eingesetzt, die der freien Entfaltung der Person zuwiderlaufen.

- 9 Die Verwendung des doppelten Privatrechtsbegriffs wurde von Karl Otto Scherner kritisiert²¹, weil das Privatrecht so einerseits als Instrument der Menschen zur Verwirklichung ihrer Freiheit und andererseits als Mittel des Staates zur Gestaltung der Wirtschaft begriffen werde. Diese Trennung sei jedoch gekünstelt, da sie nie dermaßen in Reinform verwirklicht gewesen sei. Vielmehr habe das Privatrecht immer beiden Zielen gedient. Diese „instrumentelle Verwendung“ des Privatrechts für den Staat leugnet Nörr allerdings nicht. Ihn interessiert gerade, für welche Zwecke das Privatrecht verwendet wird: zur Verwirklichung der Selbstbestimmung des einzelnen oder für Zwecke des Staates.

19 Nörr, Zwischen den Mühlsteinen (Fn. A 8), 3.

20 Auf diesem Spannungsverhältnis beruht auch die Analyse von Joachim Rückert, Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?, JZ 2003, 749–760.

21 Karl Otto Scherner, Gibt es eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Zeit?, ZNR 12 (1990), 198–204, 198. Weitergehend ist die Kritik von Stephan Meder, Der Begriff des Privatrechts als Kriterium rechtsgeschichtlicher Forschung. Zur Bedeutung des Kompensationsmodells für die Neuere Privatrechtsgeschichte, ZNR 19 (1997), 249–263, 261.

Was Nörr allerdings nicht ausreichend würdigt, ist ein anderer Punkt: In dem er aufzeigen will, inwieweit Privatrecht vom Staat zum Zwecke der Ordnung der Wirtschaft eingesetzt wurde, ist es ihm zwar möglich, den Begriff des Privatrechts sehr weit zu fassen, insofern sowohl Arbeitsrecht als auch Wirtschaftsrecht enthalten sind. Jedoch löst er den Privatrechtsbegriff letztlich auf. Entsprechend der klassischen Unterteilung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht geht das Privatrecht im öffentlichen Recht auf, soweit es den Zwecken des Staates folgt. Die klassische Unterscheidung verliert ihren Sinn, die Freiheitssphäre des einzelnen von der staatlichen Einflussosphäre abzugrenzen. Recht, das dem einzelnen dient, ist Privatrecht; Recht, das dem Staate dient, ist öffentliches Recht. Im Hinblick auf die rechtliche Ausgestaltung des Wettbewerbs, von Marktfunktionen und Marktversagen, verliert diese Unterscheidung unmittelbar ihre Bedeutung. Verliert sich der Sinn des „Privatrechts“, kann die Rechtsgeschichte der Wirtschaft keine „Privatrechtsgeschichte II“ mehr sein. 10

Der Versuch, die Rechtsgeschichte der Wirtschaft als eigenes Gebiet neben der Neueren Privatrechtsgeschichte und der Geschichte des öffentlichen Rechts zu etablieren, kann sich auf eine Ansicht aus der Entstehungszeit der Wirtschaftsrechtswissenschaft stützen. Diese Ansicht entwickelte sich in Anschauung des Kriegswirtschaftsrechts im Ersten Weltkrieg. Das Kriegswirtschaftsrecht zeichnete sich durch eine besondere Art der Regulierung aus. Öffentlichrechtliche Modifikationen setzten direkt an privatrechtlichen Instituten an (Kontrahierungszwang, Beschlagnahme, Kriegsgesellschaften, Zwangskartelle)²², so dass ungewöhnliche Mischformen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht entstanden. Gerade die Durchdringung von öffentlichem Recht und Privatrecht solle für das Wirtschaftsrecht typisch sein²³. Das Wirtschaftsrecht sollte jenseits dieser Einteilung angesiedelt sein²⁴: 11

„Die Heraushebung des Wirtschaftsrechts aus der Reihe der übrigen Fächer ist aber noch aus einem anderen, viel einfacheren Grunde empfehlenswert. Es passt nicht in die überkommene Systematik. Das erweist sich in verschiedener Hinsicht, am klarsten, wenn man an die festsitzende Schuleinteilung in öffentliches und privates Recht denkt. Dieser Einteilung will sich das Wirtschaftsrecht, wie man es auch auffassen und formen mag, nicht fügen. Es ist erhaben über diese Kategorienbildung, – ein Satz, der bei aller sonstigen Bestrittenheit des Wirtschaftsrechts nahezu einstimmig anerkannt wird. Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Erscheinungen sind bei ihm auf engste miteinander verflochten. Gewiss bleibt es möglich, an den einzelnen Stellen einer solchen Begegnung den Stoff wieder auseinanderzulegen, namentlich im Lehr-

22 Vgl. hierzu Sven-R. Eiffler, Die „Feuertaufe“ des BGB: Das Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Kriegswirtschaftsrecht des 1. Weltkriegs, ZNR 20 (1998), 238–255.

23 Hans Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht, Berlin 1923, 14.

24 Justus Wilhelm Hedemann, Art. Wirtschaftsrecht, HRG VI, Sp. 930–937, 935.

unterricht; unmöglich aber ist es, das Wirtschaftsrecht im ganzen als ein Stück öffentliches oder umgekehrt als ein Stück Privatrecht anzusprechen. [...] Es wird daher bei der Sonderstellung des Wirtschaftsrechts sein Bewenden haben müssen.“

- 12 Diese Auffassung verschwand jedoch allmählich nach dem Ersten Weltkrieg und wurde durch Ernst Rudolf Huber in seiner Habilitationsschrift aus dem Jahr 1932 mit der Begründung eines eigenen „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ widerlegt²⁵. In der Folge hat sich die Unterteilung in ein „Wirtschaftsprivatrecht“ und ein „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ bzw. „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ als praktikabel erwiesen, wobei freilich eine überzeugende theoretische Grundlegung dieser Fächer ebenso wenig gelang, wie beim „Wirtschaftsrecht“ als solchem. Es stellte sich zudem heraus, dass ein Großteil der als zum Wirtschaftsrecht gehörig bezeichneten Materien eher dem Privatrecht nahe steht. Das Wirtschaftsverwaltungsrecht hat denn auch das öffentliche Recht theoretisch nicht sehr stark geprägt, zu nennen sind immerhin aber die Ansätze der „Daseinsvorsorge“ und „Leistungsverwaltung“²⁶.
- 13 Für die Rechtsgeschichte hat Fritz Rittner untersucht, ob es sinnvoll ist, eine Wirtschaftsrechtsgeschichte neben der Neueren Privatrechtsgeschichte und der Geschichte des öffentlichen Rechts zu etablieren²⁷. Er sieht das größere Abgrenzungsbedürfnis zur Neueren Privatrechtsgeschichte und bejaht – zurückhaltend – das Bedürfnis nach einer Wirtschaftsrechtsgeschichte, begründet dies aber vor allem damit, dass die seit 1918 entstehende planvolle Gestaltung der privatautONOMEN Wirtschaftsführung durch den Staat bisher nicht

25 Ernst Rudolf Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen 2. Auflage 1953, 15 f. So blieb etwa die Einordnung der nach dem Kohlenwirtschaftsgesetz von 1919 gebildeten Organisationen als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich streitig. Überblick über die streitige Einordnung der (Zwangs-)Kartelle nach dem Kohlenwirtschaftsgesetz von 1919 bei Tula Simons, *Der Aufbau der Kohlenwirtschaft nach dem Kohlenwirtschaftsgesetz vom 23. März 1919*, Bonn/Köln 1931; Ernst Rudolf Huber, *Rechtsformen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung*, *Verwaltungsarchiv* 1932, 301–376, 359.

26 Vgl. zur Leistungsverwaltung Peter Badura, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts*, (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, 66), Göttingen 1967, 39., insb. 41 ff.; Hendrik Gröttrup, *Die kommunale Leistungsverwaltung: Grundlagen der gemeindlichen Daseinsvorsorge*, (Schriftenreihe des Vereins für Kommunalwissenschaften e.V. Berlin, Bd. 37), Stuttgart u.a. 2. Auflage 1976, 7 ff.; auch das Problem einer „Wirtschaftsverfassung“ blieb nach der Grundsatzdiskussion in den 50er Jahren und den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts, die von der „wirtschaftlichen Neutralität“ des Grundgesetzes ausgingen, weitgehend folgenlos. Neuere Anstöße kommen vor allem aus dem Umweltrecht und den dort entwickelten indirekten Steuerungsinstrumenten, wieder weniger aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht, das stärker mit dem alten Obrigkeitsstaat verbunden bleibt. Zum Ganzen s.u. G.IV, 172 ff. Eine neue Entwicklung könnte sich aus dem Thema „Regulierung“ ergeben, soweit man dies nicht als eigenständige Rechtsmaterie begreift, dazu G. IV.7, 188 f.

27 Fritz Rittner, *Neueste Privatrechtsgeschichte und Wirtschaftsrechtsgeschichte*, *ZNR* 13 (1991), 173–186.

von der Neueren Privatrechtsgeschichte erfasst werde und eine Wirtschaftsrechtsgeschichte gerade dies thematisieren könnte.

Im Ergebnis zeigen sich mannigfache Verbindungen der Wirtschaftsmaterien zum Privatrecht, aber auch zahlreiche Definitionsfragen. Es bleibt jedoch ein Spannungsverhältnis und die Erkenntnis, dass die Kategorien des Privatrechts nicht ohne weiteres auf die historische Entwicklung der Wirtschaftsmaterien übertragen werden dürfen.

3. Gegenstand der „Wirtschaftsrechtsgeschichte“

a) **Das Verhältnis von Wirtschaft und Recht als Gegenstand der Wirtschaftsrechtsgeschichte.** Ganz allgemein könnte man als Thema des Lehrbuchs das Verhältnis von Recht und Wirtschaft in seiner historischen Entwicklung bestimmen. Gerade vor dem Hintergrund der problematischen Zweiteilung des Rechts in Privatrecht und Öffentliches Recht soll der Gegenstand der Wirtschaftsrechtsgeschichte nur auf das Verhältnis von Wirtschaft und Recht gerichtet sein, um die Differenzierung zwischen öffentlichem und privatem Recht zu vermeiden:

„Vielmehr soll die Geschichte des Rechts unter besonderer Berücksichtigung ökonomischer Einflüsse und wirtschaftsrelevanter Aspekte untersucht werden, wobei die Dichotomie von öffentlichem und privatem Recht als historisch ungeeignetes Ordnungskriterium überwunden und der Betrachtungshorizont zeitlich nach den Kontinuitätslinien der wirtschaftsrechtlichen Entwicklung ausgerichtet werden soll. Im Vordergrund der Betrachtung stehen Rechtsgebiete, die inhaltlich in besonders engem Zusammenhang mit ökonomischen Prozessen stehen.“²⁸

Lukas Gschwend begründet so die Notwendigkeit eines Faches Wirtschaftsrechtsgeschichte²⁹.

Allerdings ist zweifelhaft, ob auf diesem Weg ein Fach „Wirtschafts-Rechtsgeschichte“ begründet werden kann. Rückt man das Verhältnis von Wirtschaft und Recht in den Mittelpunkt, erscheint es vielmehr nahe liegend, dass es nur um eine bestimmte Betrachtungsweise der überkommenen Rechtsgebiete geht. Soweit in der rechtshistorischen Forschung das Verhältnis von Wirtschaft und Recht angesprochen wird, ist es häufig, dass das Wort „Wirtschaft“ durch Idealtypen der wirtschaftshistorischen Forschung (Industrialisierung, Organisierter Kapitalismus oder Interventionsstaat) ersetzt wird.³⁰

28 Lukas Gschwend, in: Marcel Senn/ders., *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, 2. Aufl., Zürich 2004, 185.

29 Lukas Gschwend, *Wirtschafts-Rechts-Geschichte?*, ZRG GA 121 (2004), 471–492; ders., in: Marcel Senn/ders., *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, 185 ff.

30 Vgl. etwa die Titel und Kapitelüberschriften: Gert Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Bd. 1, Frankfurt/Main 1977, Bd. 2, Frankfurt/Main 1979; Ulrich Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., München 1995

Schon die Zuordnung des Rechts zu einer zeitgebundenen Wirtschaftsordnung erweist sich damit als hinlänglich komplexes Thema, das historisch aufgearbeitet und nicht einfach gesetzt werden darf.

- 16 **b) Zeitliche Eingrenzung und Zäsuren.** Nach der Bestimmung des Gegenstandes stellt sich die Frage nach der zeitlichen Abgrenzung. Weil es die Beziehung von Recht und Wirtschaft gab, seitdem beide bestehen, müssen die zeitlichen Grenzen willkürlich festgelegt werden. Man könnte Fragen unproblematisch bis in die Antike, jedenfalls zum Mittelalter zurückzuverfolgen³¹. Zeitliche Zäsuren lassen sich allein aufgrund von Änderungen der Wirtschaftsordnung bestimmen. Wenn das Wirtschaftsrecht aus der Zeit Hammurabis nicht nur willkürlich ausgegrenzt werden soll, muss man nach inhaltlichen Gründen für eine weitere Präzisierung des Gegenstandes suchen.

Man kann zunächst einen historischen Einschnitt als so maßgeblich bestimmen, dass dieser die Rechtsgeschichte der Wirtschaft im modernen Sinn erst beginnen lässt. Einige Autoren folgen etwa einer Umschreibung des Gegenstands des Wirtschaftsrechts von Gerd Rink³²:

„Sobald der Staat es unternimmt, die Wirtschaft zu beeinflussen, entsteht Wirtschaftsrecht.“

Viele Vertreter dieser Ansicht der Wirtschaftsrechtsgeschichte erkennen etwa den Merkantilismus als bedeutenden Einschnitt an³³. Hoheitliche, wirtschaftlenkende Maßnahmen hat es auch vorher gegeben. Jedenfalls mit dem Merkantilismus stellt man jedoch eine durchgängige ökonomische Theorie fest, der die Politik kohärent unterworfen wird.

(§ 64. Industrielle Revolution und Privatrecht); Thilo Ramm, Einführung in das Privatrecht/Allgemeiner Teil des BGB, Bd. 1, 2. Aufl., München 1974 (§ 9. Industrielle Revolution und Privatrecht); Marcel Senn, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 3. Aufl., Zürich 2003, (12. Kapitel: Recht im Spannungsfeld zwischen Industrialisierung und Nationalismus); Harald Steindl, Überlegungen zum Verhältnis von Privatrecht, Gewerbefreiheit und Industrialisierung. Bürgerliches Recht als ‚Instrument‘ der Entwicklung wirtschaftlicher Märkte im 19. Jahrhundert in Mitteleuropa?, in: Vorträge zur Geschichte des Privatrechts in Europa, (Ius Commune; Sonderhefte, 15), Frankfurt a.M. 1981, 76–108; Michael Stolleis, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, ZNR 11 (1989), 129–147.

31 Für die frühe Zeit Friedrich-Wilhelm Henning, Art. Wirtschaftsrecht/Wirtschaftsverfassung, HRG V, Berlin 1998, Sp. 1449–1453, 1449 f.; zum Hohen Mittelalter Gschwend, Wirtschafts-Rechts-Geschichte? (Fn. 31), 471–492; ders., in: Marcel Senn/ders., Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte (Fn. 30), 185 ff.; Elmar Wadle, Art. Wettbewerb/Wettbewerbsrecht, HRG V, Berlin 1998, Sp. 1322–1329, 1323 f.

32 Gerd Rinck, Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., Köln u.a. 1977, Rn. 33.

33 Elmar Wadle, Art. Wettbewerb/Wettbewerbsrecht, HRG V, Berlin 1998, Sp. 1322–1329, 1323 f.

Ausgehend von dieser Definition wird in historischer Perspektive festgestellt, dass die Entstehung des modernen Staates, die Herausbildung eines gesellschaftlichen Bereichs Wirtschaft sowie die planmäßige Regulierung der Wirtschaft durch den Staat mit dem Merkantilismus einsetzt³⁴. Darauf aufbauend könnte eine kleinschrittigere Periodisierung etwa wie folgt aussehen:

1. Merkantilismus bis zum 18. Jahrhundert,
2. Liberalisierung: Ende des 18. Jahrhunderts bis etwa 1850; Durchsetzung einer kapitalistischen Wettbewerbswirtschaft und liberaler Freiheiten,
3. Liberalismus: etwa 1850 bis 1870; Höhepunkt wirtschaftlicher Freiheit,
4. Sozialismus: etwa 1873/79 bis heute, zu unterteilen in
 - a) 1873/79 bis 1914 (Stichworte: Solidarprotektionismus, Neomerkantilismus, Organisierter Kapitalismus usw.; Zunahme staatlicher Regulierung im wirtschaftlichen und sozialen Bereich)
 - b) 1914 bis 1918 (Kriegswirtschaft; zentral gelenkte Wirtschaft; Umbau auf Kriegsbedürfnisse)
 - c) 1919 bis 1933 (Weimarer Republik; die Zeit der Weimarer Republik kann wieder in drei Abschnitte unterteilt werden: aa) Übergangswirtschaft (1919–1923): Abbau der Kriegswirtschaft; Inflation, Reparationen; gleichzeitig Beginn des Aufbaus neuer demokratisch-sozialistischer Wirtschaftsordnung: Sozialisierung, Wirtschaftsverfassung usw.; bb) Stabilisierung (1924 bis 1929) cc) Wirtschaftskrise (1929–1933))
 - d) 1933 bis 1945 (NS-Zeit: Bewältigung der Krise; Umordnung der Wirtschaft nach kaum differenzierbaren Prinzipien: Führerprinzip, Ständeideologie usw.; etwa ab 1937 Umstellung auf Kriegswirtschaft)
 - e) 1945–1948 (Besatzungszeit; Wirtschaftsregulierung durch die Alliierten; insbesondere Entflechtung der verwobenen Strukturen der deutschen Wirtschaft; Hinführung zu einer Marktwirtschaft)
 - f) 1949–1989 (Bundesrepublik; soziale Marktwirtschaft; Einschnitt etwa 1970 mit endgültigem Abschluss des Wirtschaftswunders)

Wie immer lassen sich solche Periodisierungen auch durch Gegenbeispiele falsifizieren. So widerspricht z.B. das Phänomen des „Frühkapitalismus“ in der Epoche des Merkantilismus dieser Einteilung. 18

Andere gehen davon aus, dass eine planmäßige Beeinflussung der Wirtschaft durch den Staat erst mit dem Ersten Weltkrieg einsetzte³⁵. Frühere wirtschaftsbezogene Rechtsmaßnahmen werden demgegenüber als „ad-hoc“-Gesetzgebung gekennzeichnet³⁶. Wichtigstes Anliegen dieser Ansicht scheint es zu sein, einen zeitmäßigen Gleichlauf zwischen der Wirtschaftsrechtsgeschichte und der Wissenschaftsgeschichte vom Wirtschaftsrecht herzustellen.

34 Hans Joachim Mertens/Christian Kirchner/Erich Schanze, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Opladen 1982, 59 f.

35 Amstutz, Evolutorisches Wirtschaftsrecht (Fn. A 8); Rittner, Neueste Privatrechtsgeschichte und Wirtschaftsrechtsgeschichte (Fn. A 27), 173–186.

36 Kübler, Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik (Fn. A 5), 367.