

MATHIAS SCHMOECKEL
MATTHIAS MAETSCHKE

Rechtsgeschichte der Wirtschaft

2. Auflage



MOHR SIEBECK

MOHR LEHRBUCH

Mathias Schmoeckel, Matthias Maetschke
Rechtsgeschichte der Wirtschaft



Mathias Schmoeckel / Matthias Maetschke

Rechtsgeschichte der Wirtschaft

Seit dem 19. Jahrhundert

2., überarbeitete und ergänzte Auflage

Mohr Siebeck

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

Matthias Maetschke, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Frankfurt/Main und Bonn; 2006 Promotion; 2008 Zweites juristisches Staatsexamen; Rechtsanwalt im Bereich des privaten Immobilienwirtschaftsrechts in Düsseldorf; seit 2009 Akademischer Rat auf Zeit am Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte der Universität Bonn; 2015 Erteilung der *venia legendi* für Bürgerliches Recht, Deutsche Rechtsgeschichte und Historische Rechtsvergleichung.

1. Auflage 2008
2. Auflage 2016

e-ISBN PDF 978-3-16-154505-4
ISBN 978-3-16-154504-7

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

© 2016 Mohr Siebeck, Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von pagina in Tübingen gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Für Günther Schulz zum 2. 12. 2016

Vorwort zur 2. Auflage

Die überaus freundliche Aufnahme dieses Werkes macht innerhalb weniger Jahre eine neue Auflage erforderlich¹. Dies liegt vor allem an der Einführung dieser Materie als neues Lehrfach an vielen deutschsprachigen Universitäten Deutschlands und der Schweiz. Der Bedarf nach einer historischen Betrachtung des Wirtschaftsrechts wurde aus mehreren Gründen offensichtlich. Zum einen zeigte die Finanzkrise ab 2008, dass staatliche Maßnahmen zur Stützung der Wirtschaft erforderlich sind bzw. die bisherigen Techniken zur Stabilisierung der Wirtschaft unzureichend waren. Wenn gesunder Menschenverstand vor Wirtschaftsblasen warnen kann, dann bedeutet dies implizit, dass Erfahrungen und somit die Geschichte als ergänzende Betrachtungen und womöglich sogar als Anregungen betrachtet werden können. Allgemein wird beobachtet, dass Wirtschaftsgeschichte in den letzten Jahren an Interesse gewonnen hat und historische Untersuchungen sogar den Nobelpreis gewinnen können².

Zum anderen zeigt die historische Analyse immer stärker die Bedeutung des Kaiserreichs als „Sattelzeit“ für die Etablierung eines deutschen Wirtschaftsrechts. Deutschland hat sich, ebenso wie oft zeitgleich die anderen Staaten, eingewöhnt in ein spezifisches Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft, wodurch die damals entstandenen Regeln eine erstaunliche Haltbarkeit gewinnen. Dieser Befund lässt sich in zweierlei Hinsicht befragen: Was waren die grundlegenden Entscheidungen, die zu dieser Haltbarkeit der Regelungen geführt haben? Welche juristischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenhänge der ursprünglichen Regel haben sich so sehr verändert, dass die Fortsetzung der früheren Rechtslage nicht mehr die gegenwärtigen Anforderungen reflektiert? Mit diesen Fragestellungen wird deutlich, dass die Kombination von Recht, Wirtschaft und Geschichte eine Verbindung schafft, die für alle drei Fächer gleichermaßen sowohl neuartig als auch anregend ist, v. a. aber auch den Ansatzpunkt für ein vertieftes Verständnis der Probleme schafft.

Schließlich ist zu konstatieren, dass die juristische Seite der industriellen Entwicklung seit dem 19. Jahrhundert bisher wenig gepflegt wurde. Weder Historiker noch Wirtschaftshistoriker haben bisher deutlich gemacht, welche Grundlage die Gesetze für die neue industrielle Ordnung schufen und wie stark dieser Wirtschaftswandel die Rechtsordnung seinerseits veränderte³.

1 Vgl. Jochen Hoock, *Revue de l'institut français d'histoire en Allemagne* 1 (2009), 496–497.

2 Vgl. Partick Bernau, *Warum ist Wirtschaftsgeschichte plötzlich sexy?*, FAZ v. 30. 11. 2012.

Vor diesem Hintergrund wandelt sich die Aufgabe des vorliegenden Buches: In der ersten Auflage stellte sich die Aufgabe als erste Erkundung einer *terra incognita* mit vielen, insbesondere methodischen Unbekannten dar. Mittlerweile gibt es einige größere Forschungsprojekte und Vorlesungen unterschiedlicher Universitäten, welche die Belastbarkeit des hier tentativ entwickelten Entwurfs erprobt und bestätigt haben. Die Berechtigung einer „Rechtsgeschichte der Wirtschaft“ ist anerkannt und muss nicht weiter begründet werden. Im Hinblick auf künftige Lehrveranstaltungen und Forschungsleistungen soll das Werk daher weiterhin eine allgemeine Einführung und einen Rahmen bieten, ohne allerdings das Thema selbst begründen zu müssen.

Mithin können gerade im einführenden Bereich Ausführungen zum Verhältnis von Recht und Wirtschaft zueinander gestrichen werden. Wer sich künftig hierfür interessiert, kann diese Passagen weiterhin in der ersten Auflage nachlesen, denn mit dieser Entschlackung ist keine grundsätzliche Distanzierung verbunden. In der zweiten Auflage ist dagegen sicherzustellen, dass die notwendigen Informationen versammelt werden, also die relevanten Themen angeschnitten werden.

Dabei ist jedem Verständigen unmittelbar einsichtig, dass es nicht darum gehen kann, alle Rechtsbereiche historisch aufzuarbeiten, die mit der „Wirtschaft“ in Zusammenhang gebracht werden können. Dann wäre nichts auszuschließen. Fragt man nach den rechtlichen Faktoren der Industrialisierung, wird man ebenso wenig Grenzen bestimmen können. Weder der ökonomische Standpunkt noch der historische vermögen daher eine zutreffende thematische Begrenzung zu liefern. Die Zufälle der Bonner Zusammenstellung von universitären Schwerpunktbereichen werden Leser außerhalb dieser Universität wenig überzeugen. Doch schon in der ersten Auflage wurde eine **juristische Frage als Leitthema** vorgeschlagen, nämlich die Untersuchung, inwieweit das Wirtschaftsrecht dem Einzelnen eine privatautonome Entscheidung beließ bzw. belässt. Gerade in dieser Perspektive greifen Handels-, Arbeits- und Steuerrecht, etc. ineinander, indem sie unterschiedlich stark in die Entscheidungsmacht des Einzelnen hineinwirken. Im Hinblick hierauf ist also nicht nur ein juristisches Kriterium der Aufgabenbegrenzung zu wählen, sondern auch die Lösung schon geboten: Bildet die **Freiheit** schon den roten Faden und den Maßstab, an Hand dessen sich die hier gesammelten Materien vergleichen lassen, dann folgt daraus auch die thematische Begrenzung dieser Darstellung.

Geht es um die unternehmerische Entscheidung bei dem **Aufbau und Betrieb wirtschaftlicher Tätigkeit**, kann das Insolvenzrecht außer Acht gelassen werden (dazu A. I.3, S. 3). Statt dessen ist stärker als bisher die Entwicklung des Ban-

3 Dazu jetzt D. v. Mayenburg/M. Maetschke/M. Schmoeckel (Hg.), Rechtsgeschichte der industriellen Revolution, (Rechtsordnung und Wirtschaftsgeschichte, 5), Tübingen 2013, 83–116, auch zur internationalen Dimension des Falles und seiner Wirtschaftsbeziehungen.

kenwesens zu beleuchten, durch die die Bereitstellung des für die Wirtschaft erforderlichen Kapitals erst möglich wird; zudem stellt der Kontakt zur Hausbank den *basso continuo* der wirtschaftlichen Tätigkeit dar. Außer Acht gelassen werden können allerdings jene Rechtsgebiete aus praktischen Gründen, die schon bisher in etablierten Fachrichtungen Berücksichtigung gefunden haben: Wirtschaftlich relevante Aspekte des Bürgerlichen Rechts, etwa der Immissionschutz, bleiben weiterhin Gegenstand der Privatrechtsgeschichte. Verfassungsrechtliche Vorgaben und verwaltungsrechtliche Umsetzungen sind schon bisher in den Lehrbüchern zur Geschichte des öffentlichen Rechts zu finden.

Ziel der Darstellung ist es, das für Deutschland typische Modell einer partiellen Wirtschaftsfreiheit mit einem – im Vergleich zu Großbritannien jedenfalls – stärkeren Eingriff des Staates genauer zu beschreiben. Man kann die deutsche Entwicklung nur verstehen, wenn man die prägenden **Einflüsse aus dem Ausland** beachtet, insbesondere die bis zum 18. Jahrhundert prägende Bedeutung der italienischen Doktrin, den entscheidenden Einfluss der Französischen Revolution, das Leitbild der liberalen Wirtschaftsordnung Großbritanniens und später das der USA. Ein Überblick über die rechtspolitischen Diskussionen der vergangenen Jahrzehnte und Jahrhunderte belegt zwar, dass im Wirtschaftsbereich durchweg stets erhebliche rechtsvergleichende Kenntnisse vorhanden waren⁴. Die Rechtsänderungen wurden selbst im 19. Jahrhundert mit klugen Hinweisen auf die Erfahrungen in den Wirtschaftsnationen begründet, die man insoweit als vorbildlich ansah: Großbritannien, USA und teilweise Frankreich. Die Sachfragen stellten sich in allen Industrienationen, etwa wie der Eisenbahnbau zu finanzieren sei und wie auf den Streckennetzen Wettbewerb zu garantieren sei. Doch hier können immer wieder nur einzelne Hinweise, nicht aber flächendeckende Vergleiche geleistet werden. Sofern in der Zukunft ähnliche Gesamtdarstellungen zu den anderen großen Industrienationen existieren⁵, wie es hier für Deutschland versucht wurde, wird eine solche vergleichende Rechtsgeschichte der europäischen Wirtschaft möglich werden. Internationale Einflüsse schließen eine nationale Rechtsentwicklung nicht aus. Schon die Diskussion um den „legal transfer“⁶ verweist zu Recht auf die unterschiedlichen Vorgaben der Verfassung, der Gesellschaft und der ökonomischen Situation. Trotz aller internationalen Einflüsse gibt es daher das typische nationale Gepräge einer Wirtschaftsordnung, die sich über Jahrzehnte- und Jahrhunderte

4 So bereits Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band 2: 19. Jahrhundert, München 1989, 95 ff.

5 Vgl. immerhin Jean Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris 1986; Gérard Aubin/Jacques Bouvesse, *Introduction historique au droit de travail*, Paris 1995; Francesco Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna 2001; William R. Cornish/G. de N. Clark, *Law and Society in England 1750–1950*, London 1989 (mit starkem wirtschaftlichem Interesse).

6 Dazu s. Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh 1974.

erhält und die meisten Rechtsänderungen unbeschadet übersteht. Obgleich die internationalen Einflüsse auf die nationale Gesetzgebung daher nicht zu negieren sind, zwingt hier die gebotene Konzentration des Stoffes, vornehmlich eine nationale Eigenheit herauszuheben, nämlich die deutsche.

Als die erste Auflage dieses Buch geschrieben wurde, gab es in vielen Materien noch keine übergreifenden historischen Überblicke. Die zunehmende Zahl von rechtshistorischen Forschungsleistungen in den verschiedenen Fächern zeigt nicht nur ein zunehmendes Interesse allgemein, sondern vielleicht auch eine **Bedeutungszunahme** dieser Materien an. Vielleicht hat die im 19. und 20. Jahrhundert blühende Privatrechtsgeschichte ebenso an Bedeutung abgenommen wie der Anwendungsbereich des klassischen Zivilrechts unter Privaten unter Ausschluß der b2b- und b2c-Geschäfte. Die (post-)industrialisierte Gesellschaft sieht den Einzelnen sowohl als Verbraucher als auch als Investor seines ersparten Geldes. Wirtschaftliche Grundkenntnisse gehören damit zunehmend zum Allgemeinwissen. Vielleicht ist es aber auch nur die zunehmende Umgestaltung der deutschen Wirtschaftsordnung nach europäischen Vorgaben und US-amerikanischen Konzepten, die allmählich das Ende des deutschen Wirtschaftsmodells bewirken, so dass erst das absehbare Ende einer Rechtsordnung diese nach Carl Schmitt für die Geschichtsschreibung zugänglich macht.

Eine formale Änderung bringt die Neuauflage bei den didaktischen Elementen: Mit **Lehrsätzen** sollen wesentliche Prämissen oder grundlegende Erkenntnisse der historischen Entwicklung zugespitzt formuliert werden. Aufgrund der Nähe zur politischen Theorie werden diese Lehrsätze sicherlich nicht die Zustimmung aller finden können. Insoweit sind sie eher als Thesen zu verstehen, die durchaus auch Widerspruch erzeugen und die Diskussion beleben dürfen. Dann wäre schon das Ziel dieses Buchs, Erfolge und Misserfolge der Wirtschaftsordnung im Rückgriff auf die Geschichte zu bestimmen, im wesentlichen erreicht.

Schon die erste Auflage konnte nicht ohne die tatkräftige Unterstützung von PD Dr. Matthias Maetschke geschrieben werden, der nicht nur die wesentliche Literatur zusammensuchte, sondern auch der notwendige Dialogpartner war, ohne den das Werk nicht zustande gekommen wäre. In der vergangenen Zeit haben wir in Seminaren und Forschungsprojekten unser Verständnis der Materie vertieft und im stetigen, anregenden Diskurs das Projekt der Rechtsgeschichte der Wirtschaft weiter entwickelt. Die klare Stellung als Mitautor ist Zeichen der Dankbarkeit und wohlverdient zugleich.

Bonn, im Juni 2016

*Mathias Schmoeckel
Matthias Maetschke*

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Nicht immer kann man sich 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 taugen. 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 fehlten ein Themenkanon oder ein 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 Literatur steht eine überbordende Fülle an rechtshistorischer Spezialliteratur sowie wirtschaftshistorischen Werken gegenüber, letztere doch meist ohne Berücksichtigung der normativen Entwicklung und kaum einer durchgehenden Betrachtung der institutionellen Entwicklung⁷. 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 21. nun vielleicht die „Rechtsgeschichte der Wirtschaft in der industriellen Epoche“.

In diesem Ansatz liegt die Chance, traditionell geschichtsferne Fächer wieder

⁷ 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.

mit der Rechtsgeschichte zu verbinden, um 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 einer raschen politischen Entwicklung unterworfen und als solche besonders durch eine rasche historische Entwicklung charakterisiert ist. Diese Entwicklung muss auch der Jurist kennen, der sich auf dieses in steter Entwicklung befindliche Fach einstellen möchte. 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 auch die Chance zur Prägung des Volks für lange Zeit hat. Angesichts der grundlegenden Neuerungen aufgrund europäischer und internationaler Einflüsse wird es wichtig zu lernen, was typisch „deutsch“ und 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 Wirtschaftsordnung⁸. 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.

(...)

Bonn, 7. 1. 2008

Mathias Schmoeckel

⁸ Diese Annahme wird von Wirtschafts- und Sozialhistorikern allerdings längst vertreten, die von einem „deutschen Kapitalismus“ sprechen, vgl. Jürgen Kocka, Einleitung, in: V. R. Berghahn/S. Vitols (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. Siehe auch Hans-Ulrich Wehler, Die Deutschen und der Kapitalismus, in: Gunilla Budde (Hg.), Kapitalismus. Historische Annäherungen, Göttingen 2011, 34–49.

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn
Vorwort zur 2. Auflage	VII	
Aus dem Vorwort zur 1. Auflage	XI	
Abkürzungsverzeichnis	XVIII	
A. Einleitung	1	1
I. Bestimmung des Gegenstandes	1	1
1. Keine Wissenschaftsgeschichte des Wirtschaftsrechts ...	1	1
2. Keine „neuere Privatrechtsgeschichte II“	2	3
3. Keine Rechtsgeschichte aller wirtschaftsrelevanten Rechtsmaterien	3	5
4. Freiheit als Abgrenzungskriterium und Vergleichsmaßstab	4	7
II. Methodenfragen	9	14
III. Gliederung des Stoffes	10	17
B. Bis zur Entstehung des freien Marktes	13	22
I. Vorbemerkung	13	22
II. Markt und Zoll	14	23
III. Der „gerechte Preis“ (iustum pretium), Zins- und Wucherverbot	16	26
IV. Von der Natural- zur Geldwirtschaft	21	33
1. Die Bedeutung des Geldes bis zum Hohen Mittelalter ...	21	33
2. Entstehung der Banken	22	36
3. Entstehung der Versicherungen	25	40
4. Aufschwung der Geldwirtschaft	27	44
V. Bindungen auf dem Land	29	46
VI. Gilden, Zünfte, Innungen	30	48
VII. Merkantilismus und Kameralismus	34	54
VIII. Standesgesellschaft	39	62
C. Der Markt als Wirtschaftsprinzip: die „invisible hand“ des Liberalismus	44	66
I. Entwicklung des Liberalismus in England	44	66
II. Adam Smith	48	73
III. Die Bedeutung des Handels für die englische Gesellschaft ...	52	77
IV. Zusammenhang von Liberalismus und staatlicher Ordnung .	55	82
V. „Industrielle Revolution“	59	88
1. Aspekte und Probleme des Begriffs	59	88

XIV Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn
2. Gründe für die Entwicklung in England	64	96
3. Die preußischen Reformen	66	97
VI. Allgemeine Faktoren	76	115
D. Entwicklung des Handelsrechts	80	120
I. Wirtschaftliche Entwicklung	80	120
II. Entwicklung des Handelsrechts bis 1800	84	126
III. Wissenschaftliche Erneuerung nach 1800	88	133
IV. Entwicklung des Wechselrechts	92	139
V. Entwicklung des ADHGB	95	143
1. Entstehung	95	143
2. Entwicklung bis 1897	100	152
VI. Kritik am HGB nach 1900	103	154
1. Einleitung	103	154
2. Subjektives oder objektives System?	104	157
3. „Unternehmen“ als Zentralbegriff des Handelsrechts ...	109	165
4. Rügepflicht, § 377 HGB	112	168
VII. Zusammenfassung	113	169
E. Die Grundlagen des Markts; gewerblicher Rechtsschutz („the invisible handshake“)	116	170
I. Der Markt und seine Freiheit	116	170
II. Schutz vor unlauterem Wettbewerb?	120	177
III. Geschichte des geistigen Eigentums	125	184
1. Historische Entwicklung	125	184
2. Patentrecht	129	192
3. Urheberrecht	134	202
4. Warenmarken, -zeichen	139	213
IV. Zusammenfassung	143	221
F. Gesellschaftsrecht	148	227
I. Fragestellung	148	227
II. Vorgeschichte	150	231
1. Frühformen	150	231
2. Die Erfindung der juristischen Person	154	235
III. Entwicklung der Personengesellschaften bis zum HGB	157	242
IV. Entwicklung der Kapitalgesellschaften	158	245
1. Aktienrecht bis zum ADHGB	158	245
2. Genossenschaftsrecht	164	252
3. Abkehr vom Konzessionssystem im Aktienrecht ab 1860 ..	168	259
4. Entstehung und Entwicklung der GmbH	172	266
V. Der Konzern	175	271
VI. Corporate Governance	181	279
VII. Zusammenfassung	187	285
G. Die öffentliche Hand: Sozial- und Verwaltungsrecht	192	288
I. Die soziale Frage	192	288
II. Ideen zur Lösung der sozialen Frage durch den Staat	200	301

	Seite	Rn
III. Vom „sozialen Königtum“ zum Sozialstaat: Entstehung des Sozialrechts	204	307
1. Entstehung der Sozialversicherungen	204	307
2. Der Krieg als „großer Schrittmacher der Sozialpolitik“ ..	209	316
3. Bundesrepublik	212	321
IV. Von der Eingriffverwaltung zur Gewährleistungsaufsicht ...	214	324
1. Verkammerung	214	324
2. Motive staatlicher Wirtschaftstätigkeit	216	327
a. Zentrale Aufgaben	216	327
b. Ökonomische Erwägungen	218	329
c. Politische Gründe	219	331
3. Die Entwicklung von Staatsbetrieben bis zum Ersten Weltkrieg	220	332
4. Staatskonzerne in der Weimarer Republik	225	339
5. Von der Daseinsvorsorge zur Leistungsverwaltung	229	344
V. Ergebnis	236	355
H. Steuerrecht	242	362
I. Geschichte des Steuerrechts bis 1800	242	362
II. Entwicklung des Steuerstaates bis 1870	253	378
III. Kaiserreich	257	384
IV. Weimar	265	395
V. Nationalsozialismus	269	400
VI. Bundesrepublik	271	403
VII. Zusammenfassung	274	412
I. Das Kartellrecht: Individualismus oder Kollektivismus auf dem Gütermarkt?	279	416
I. Einleitung	279	416
II. Zulassung der Kartelle bis zum Ersten Weltkrieg	281	422
1. Der Weg zur Kartelllegalisierung 1897	281	422
2. Ein deutscher Sonderweg?	291	434
III. Kartellkontrolle in der Weimarer Zeit	293	436
1. Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen 1923	293	436
2. Kartellnotverordnung von 1930	297	442
IV. Entwicklung im Dritten Reich	299	445
1. Preisüberwachung und Kartellrecht	299	445
2. Zwangskartellgesetz vom 15. 7.1933	299	446
V. Kartellrecht der Bundesrepublik	301	448
VI. Kartellrecht in der europäischen Einigung	307	456
VII. Zusammenfassung und Deutung	308	458
K. Regulierungsrecht	313	462
I. Einleitung	313	462
1. Einführung in das Problem am Beispiel der Eisenbahn ...	313	462
2. Einführung der „independent regulatory agencies“ in den USA	315	467

	Seite	Rn
3. Entstehung von Regulierungstheorien	319	475
4. Regulierung in Europa	320	480
5. Regulierung in Deutschland	321	482
6. Fragestellung	324	486
II. Besondere Regelungsmaterien	325	488
1. Telekommunikation und Post	325	488
2. Eisenbahnen	328	494
3. Versicherungswirtschaft	330	500
4. Finanzmarkt	334	505
a. Reichsbank und Geldversorgung	334	505
b. Kredit- und Kapitalmarkt	339	512
aa. Einleitung	339	512
bb. Wertpapierhandel	341	514
cc. Hypothekenbanken	343	517
dd. Bankenaufsicht	344	518
ee. Ergebnis	346	523
5. Energiewirtschaft	347	524
III. Zusammenfassung	350	529
1. Regulierung als „legal transplant“?	350	529
2. Pfadabhängigkeiten	352	533
L. Arbeitsvertragsrecht	355	534
I. Fragestellung und Einleitung	355	534
II. Kaiserreich	363	544
1. Die Rolle des Staates	363	544
2. Entstehung der Arbeitsrechtswissenschaft	367	553
3. Zur Regelung im BGB	373	563
III. Weimarer Republik	377	566
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	377	566
2. Entwicklung der Arbeitsrechtsprechung	379	569
IV. Nationalsozialismus	381	573
V. Bundesrepublik	385	580
VI. Zusammenfassung	389	587
M. Tarifvertragsrecht	395	593
I. Vorgeschichte und Fragestellung	395	593
II. Kaiserreich	400	602
III. Weimar	408	615
IV. Nationalsozialismus	412	622
V. Bundesrepublik	415	626
VI. Zusammenfassung	421	635
N. Recht der betrieblichen Mitbestimmung	426	639
I. Fragestellung	426	639
II. Vorgeschichte: bis zum Ersten Weltkrieg	428	643
III. Anfänge in der Weimarer Verfassung	432	649
IV. Nationalsozialismus	437	659

	Seite	Rn
V. Nachkriegszeit	439	663
1. Zonen bis 1949	439	663
2. Anfänge der Bundesrepublik: Der Montanbereich	442	668
3. Betriebsverfassungsgesetz und Mitbestimmungsgesetz ...	445	671
VI. Zusammenfassung	450	678
O. Weltwirtschaftsrecht?	454	681
I. Fragestellung	454	681
II. Epoche des Freihandels seit Ende des 18. Jahrhunderts	456	685
1. Handelsverträge	456	685
2. Internationale Währungspolitik	459	688
3. Internationale Verkehrspolitik	461	691
4. Folgen	462	694
III. Rückkehr des Protektionismus am Ende des 19. Jahrhundert	463	695
1. Gründe des Protektionismus	463	695
2. Bemühungen um internationale Rechtsangleichung	466	701
IV. Erster Weltkrieg und Zwischenkriegszeit	470	706
1. Großraum-Denken	470	706
2. Handelspolitik	472	709
3. Devisenrecht	474	714
V. Nachkriegszeit	476	716
VI. Europäische Wirtschaftsgemeinschaft	482	725
VII. Zusammenfassung	483	728
P. Resümee: Politische Konzepte zur Rechtsordnung der Wirtschaft .	487	731
I. Einleitung	487	731
II. 1800–1870: Liberalisierung der Wirtschaft	490	735
III. Kaiserreich	494	741
1. Pragmatischer Kapitalismus	494	741
2. Korporativer Wettbewerb	497	746
IV. 1919–1933: Der Staat als Schlichter im korporativen Wettbewerb	498	749
1. Das Zeitalter der Experimente	498	749
2. Die Idee der „Gemeinwirtschaft“	500	753
V. Nationalsozialismus	503	757
VI. DDR (1945 bis ca. 1970): Staatliche Planwirtschaft	504	762
1. Staatliche Planwirtschaft	504	762
2. Verstaatlichung	505	764
3. Planung	508	768
VII. Bundesrepublik (1945 bis ca. 1970): Soziale Marktwirtschaft	510	773
VIII. Zusammenfassung	519	785
Anhang: Musterklausur	522	
Quellentext	522	
Aufgabenstellung	523	
Lösungsvorschlag	523	
Register	537	

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (seit 1811)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (von 1861)
ALR	Preußisches 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 Band
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
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 Civilis, 2. Aufl. Heidelberg 1999)
Hrsg.	Herausgeber
JZ	Juristenzeitung
lat.	lateinisch
LexMA	Lexikon des Mittelalters
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
ROWG	Rechtsordnung und Wirtschaftsgeschichte
s.	siehe
sc.	scilicet
(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

XX Abkürzungsverzeichnis

vgl.	vergleiche
WRV	Weimarer Reichsverfassung
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

Entwickelt man ein neues Lehrfach, muss man sich zunächst des Gegenstandes 1
versichern: Was bildet seinen Inhalt, welche Materien gehören nicht dazu? Gibt
es alle Fächer verbindende Aspekte? Welches sind die zeitlichen Zäsuren, wann
beginnt und wann endet die hier vorgenommene Darstellung?

Das Problem wird deutlich, wenn man begreift, dass hier keine „Wirtschafts-
rechtsgeschichte“ vorgelegt werden kann, denn das „**Wirtschaftsrecht**“ als Teil-
disziplin 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 bil-
dete zunächst das 1917 gegründete wirtschaftsrechtliche Institut in Jena. Schon
vor dem Ersten Weltkrieg wurde der Verein „Recht und Wirtschaft“ gegründet,
der seit Oktober 1911 die gleichnamige Zeitschrift herausgab. Heinrich Leh-
mann (1876–1963)² veröffentlichte 1913 einen grundlegenden Artikel mit dem
Titel „Grundlinien des deutschen Industrierechts“³, der gemeinhin als „Ge-
burtstunde“ des Wirtschaftsrechts bezeichnet wird.

Die Gründe für das Entstehen des neuen Faches sind vielfältig. Zum einen ist 2
die unmittelbare Anschauung der neuen Institute des „Kriegswirtschaftsrechts“

1 Dazu Michael Stolleis, Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und
Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg, in: H. Bauer u. a. (Hg.), Um-
welt, 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. 22f. zur Jenenser Zeit; Marc-Philippe Weller, Heinrich Lehmann (1876–1963): Ein
Pionier des Privat- und Wirtschaftsrechts, in: Steffen Augsburg, Andreas Funke (Hg.),
Kölner Juristen im 20. Jahrhundert, Tübingen 2013, 33–52.

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

zu nennen, daneben eine methodische Neuausrichtung im Zeichen der Freirechtsschule, die eine „soziologische“ Betrachtungsweise 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 gelungen⁴.

Was das Wirtschaftsrecht inhaltlich ausmacht, ist also wesentlich unklarer als in den anderen juristischen Fächern. Teilgebiete, die man früher unter das Wirtschaftsrecht einordnete, haben sich mittlerweile als eigenständige Rechtsmaterien etabliert⁵. So spricht man heute kaum noch von Wirtschaftsrecht, sondern von Kartellrecht, Recht gegen unlauteren Wettbewerb, Konzernrecht usw. In der Tat findet sich vornehmlich rechtshistorische Literatur zu solchen Einzelgebieten. Man sollte die Unsicherheiten, die mit dem Konzept eines Wirtschaftsrechts verbunden sind, nicht in die Rechtsgeschichte übertragen.

2. Keine „neuere Privatrechtsgeschichte II“

- 3 Negativ wird der Bereich einstweilen durch die Materie der inzwischen klassischen Vorlesung zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit bestimmt⁶: Erfunden im Rahmen der nationalsozialistischen Studienreform von 1935 durch Karl August Eckhardt⁷ und inhaltlich definiert durch das klassische Lehrbuch von Franz Wieacker⁸, findet sich dort die Fortwirkung des römischen Rechts bis zur Entstehung 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 „neuere Privatrechtsgeschichte“ deckt sich also weder zeitlich noch inhaltlich mit einer Geschichte der wirtschaftsbezogenen Rechtsmaterien.

- 4 Andere Ansätze können im Vergleich hierzu nur schwerlich überzeugen. Franz Böhm (1895–1977), der nach dem Zweiten Weltkrieg bedeutendste ju-

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

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

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

7 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.

8 Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967; hierzu Hans-Peter Haferkamp, Wege der Historiographie zur Privatrechtsgeschichte, ZNR 32 (2010), 61–81.

ristische Vertreter des Ordoliberalismus und einer der hervorragendsten Wettbewerbsrechtler⁹, 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 leugnen¹⁰. **Privatrecht** wurde daher 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.). Privatrecht diene demnach 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 und kein Selbstzweck.

Damit löst Böhm den Privatrechtsbegriff letztlich auf. Er lässt ihn im öffentlichen Recht aufgehen. Denn nach der klassischen Unterscheidung hat Privatrecht die Aufgabe, die Freiheitssphäre des Einzelnen von der staatlichen Einflussphäre abzugrenzen. Recht, das dem Einzelnen dient, ist Privatrecht. Recht, das dem Staat dient, ist öffentliches Recht. Bei Böhm verliert diese Unterscheidung ihre Bedeutung. Um dieser Konsequenz zu entgehen, macht es Sinn, die wirtschaftsnahen Rechtsmaterien als eigenen Bereich anzusehen. Die Rechtsgeschichte der Wirtschaft ist keine bloße Verlängerung der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit.

3. Keine Rechtsgeschichte aller wirtschaftsrelevanten Rechtsmaterien

Als Thema einer „Rechtsgeschichte der Wirtschaft“ könnte man allgemein den **Einfluss der Wirtschaft auf die Rechtsentwicklung** bestimmen¹¹. So jedenfalls argumentiert Lukas Gschwend¹². Hierfür spricht, dass es kaum ein Rechtsgebiet

9 Ernst-Joachim Mestmäcker, Franz Böhm, in: Stefan Grundmann, Karl Riesenhuber (Hg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Bd. 1, Berlin 2007, 31–54.

10 Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1968, 114.

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

12 Lukas Gschwend, *Wirtschafts-Rechts-Geschichte?*, ZRG GA 121 (2004), 471–492; *ders.*, in: Marcel Senn/ *ders.*, *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, 185 ff.; *ders.*/ René Pahud de Mortanges (Hg.), *Wirtschaftsrechtsgeschichte der Modernisierung in Mitteleuropa. Zur Wechselwirkung zwischen wirtschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen im Rahmen der grossen Transformation 1750–1850*, (Europäische Rechts- und

gibt, das keine Auswirkungen auf das Wirtschaften beinhaltet. Dementsprechend kann man auch jedes Rechtsgebiet wirtschaftlich analysieren. Beispielfhaft sei nur das Insolvenzrecht genannt. Dieses regelt etwa die Zerschlagung oder Neustrukturierung von Unternehmen, die sich zu hoch verschuldet haben. Je schuldnerfreundlicher ein Insolvenzrecht ist, desto mehr fördert es den Unternehmergeist. Denn ein Gründer kann eine neue Geschäftsidee getrost ausprobieren. Ein Scheitern träfe ihn nicht hart¹³.

- 6 Dennoch wird das Insolvenzrecht hier nicht in die Betrachtung einbezogen. Das Abstellen allein auf die wirtschaftliche Relevanz eines Rechtsgebietes würde den Gegenstand dieses Buches ins Uferlose ausweiten. Die Darstellung konzentriert sich daher auf diejenigen Rechtsgebiete, welche in wirtschaftsorientierten Schwerpunktbereichen gewöhnlich unterrichtet werden. Bei diesen Materien besteht die Vermutung, dass sie in „besonderem“ Maße in einer Beziehung zur Wirtschaft stehen. Sollte in diesem Buch dennoch hin und wieder die Bezeichnung „wirtschaftlich relevantes Rechtsgebiet“ auftauchen, dient dies lediglich der sprachlichen Vereinfachung.

4. Freiheit als Abgrenzungskriterium und Vergleichsmaßstab

- 7 Die Geschichte der so umschriebenen Rechtsmaterien soll aus dem Blickwinkel der Freiheit betrachtet werden. Mit der Entstehung des liberalen Begriffs des Zivilrechts am Ende des 18. Jahrhunderts war eine grundlegende Veränderung der Rechtsordnung verbunden: Die Einführung der bürgerlichen Freiheitsrechte wurde in den neuen Verfassungen verbrieft. Aber auch verfassungslose Staaten setzten diese Freiheiten voraus, wie etwa das Beispiel Preußens mit seinem Allgemeinen Landrecht von 1794 deutlich macht. Mit dieser neuen Rechtsordnung einher ging auch ein grundlegender Wandel der Rechts- und Staatsphilosophie, vor allem durch Immanuel Kant, der der menschlichen Freiheit eine neue Bedeutung für die Rechts- und Gesellschaftsordnung gab. Der theoretische Paradigmenwechsel wurde von grundlegenden gesellschaftlichen Veränderungen flankiert, die Kriege und die Säkularisation sowie der Aufschwung der Wirtschaft begünstigte die Ansammlung von Kapital in bürgerlichen Familien, die damit zu einem finanziellen Rückgrat ihrer Staaten wurden. Man spricht daher auch vom Beginn des bürgerlichen Zeitalters.
- 8 Damit war ebenso eine neue Wirtschaftsordnung verbunden. Dies wurde vor allem in der bahnbrechenden Studie von **Karl Polanyi**, „The Great Transfor-

Regionalgeschichte, 9), Baden-Baden 2009. Zur Insolvenzrechtsgeschichte s. zuletzt Ulrich Falk, Die Konkursübel. Forschungsfragen zur Geschichte des Konkursverfahrens in Deutschland, ZRG GA 131 (2014), 266–324.

13 Niall Ferguson, The Ascent of Money. A Financial History of the World, London 2009, 60 ff.

mation“ von 1944, erklärt¹⁴. Dieser ging davon aus, dass sich erst zum 18. Jahrhundert jene Faktoren entwickelten, die den Markt als bestimmende Kraft der Wirtschaft ermöglichen: Freiheit der Person und des Eigentums, Freiheit und Selbständigkeit der wirtschaftlichen Betätigung, Duldung des Wettbewerbs durch Verzicht auf einschränkende staatliche Regulierungen.

Die wesentlichen Neuerungen sowohl der Rechts- als auch der Wirtschaftsordnung ergänzten sich also gegenseitig. Diese beiden Entwicklungen zusammen genommen rechtfertigen die Annahme eines Paradigmenwandels bzw. einer neuen Epoche. Die Bedeutung der juristisch verankerten Freiheit des Einzelnen für den Markt bildet die Grundlage für den Wandel der Wirtschaftsordnung. Die Befreiung des Individuums von staatlichen Beschränkungen im Wirtschaftsrecht ging tatsächlich so weit, selbst den Tatbestand des Wuchers jedenfalls vorübergehend abzuschaffen¹⁵.

Beginnt mit dem Liberalismus also erst jene Epoche, in der das moderne Wirtschaftsrecht entstand, gingen ihr jedoch zahlreiche Entwicklungen voraus, die positiv oder negativ von prägendem Einfluss waren. Bildet die „Vorgeschichte“ also nicht den hier näher bestimmten Gegenstand, so gilt es doch, die früheren Entwicklungen zum Zweck der Abgrenzung jeweils in den Blick zu nehmen.

Die Entwicklung mit der Einführung liberalistischer Elemente verlief jedoch keineswegs einheitlich. Während die Möglichkeiten der Liberalisierung nur langsam und allmählich ertastet wurden, nahmen insbesondere ab dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts die wirtschaftlichen Kontrollen und Restriktionen bereits wieder zu. Unter Beibehaltung der Freiheiten im Prinzip entwickelte sich in den verschiedenen Staaten Europas jeweils eine **charakteristische Mischung aus staatlicher Kontrolle und der Garantie der Freiheitsrechte**. Markt und staatliche Eingriffe bilden seither die beiden prägenden Mechanismen der Wirtschaft. Die Freiheit wurde also wieder zurückgenommen; gerade diese Rücknahme kennzeichnet die Entwicklung der Rechtsgrundlagen der modernen Wirtschaft.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die hier vorgelegte Darstellung auf die Einführung des freien Marktes und des **Wettbewerbs** als wichtigste Veränderung der Wirtschaftspolitik und Rechtsordnung um 1800 abstellt. Der Wettbewerb war dabei zweifellos keine neue Erfindung des Wirtschaftsliberalismus des 18. Jahrhunderts¹⁶. Dennoch gewann der freie Markt um 1800 durch die Einführung von Verfassungen und ihre neuen Freiheitsrechte, den Wegfall der

14 Karl Polanyi, *The Great Transformation*, 4. Aufl. Frankfurt a. M. 1997.

15 Katrin Liebner, *Wucher und Staat. Die Theorie des Zinswuchers im Deutschland des 18. und 19. Jahrhunderts* (Schriften zur Rechtsgeschichte, 144), Berlin 2010; Klaus Luig, *Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB. Bemerkungen zur Vorgeschichte des § 138 II BGB*, Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, (Ius Commune Sonderhefte, 17), Frankfurt a. M. 1982, 171–206.

16 Oliver Volckart, *Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung im vormodernen Deutschland 1000–1800*, (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften, 122), Tübingen 2002.

Zunftverfassungen und die wachsende Bedeutung des Geldes für die gesellschaftliche Stellung eine neue Bedeutung. Der Wettbewerb wurde zur gedanklichen und konzeptionellen Grundlage der wirtschaftsnahen Rechtsmaterien¹⁷.

- 10 Die Ausbildung der rechtlichen Freiheiten in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts diente der Durchsetzung des Wettbewerbs¹⁸. Genauso war die Kritik am Wettbewerb Auslöser der Zunahme wirtschaftsbezogener Regelungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die folglich die den Wettbewerb absichern den wirtschaftlichen Freiheiten wie etwa die privatrechtliche Freiheit und Gewerbefreiheit einschränkten.

Bildet die um 1800 gewonnene **Freiheit** des Bürgers im Markt und im Staat den Ausgangspunkt, zeigt das Wirtschaftsrecht auch das Ausmaß der Einschränkungen in den verschiedenen Perioden und Wirtschaftsordnungen an. Anders als im Privatrecht bildet die Freiheit in der Rechtsgeschichte der Wirtschaft **nicht das Prinzip**, um dessen Verwirklichung gerungen wird. Vielmehr ist sie ein Gestaltungsmittel, neben das die staatliche Kontrolle tritt. Die Freiheit ist somit im Wirtschaftsrecht **eher ein Gradmesser**, um die unterschiedlichen Wirtschaftskonzeptionen über die Zeit hinweg miteinander vergleichen zu können. Die Freiheit gibt danach das Thema und das Leitmotiv der Wirtschaftsrechtsgeschichte vor.

- Sie bildet das **innere Band** zwischen den Gebieten Wirtschaft und Recht, insoweit ihr um 1800 in beiden Fällen der Vorrang eingeräumt wurde.
- Daraus lässt sich begründen, warum hier vor allem die Rechtsgeschichte der Wirtschaft **seit um 1800** geschildert werden soll.
- Da die verschiedenen Rechtsmaterien getrennt dargestellt werden, müssen die Querverweise und -bezüge deutlich werden. Gerade die Freiheit als Maßstab kann deutlich machen, **wie sich die Rechtsmaterien** zu mehr Freiheit oder mehr Repression **ergänzen**. Die Freiheit, die im Handelsrecht gewährt wird, kann durch die Bindungen im Arbeits- und Steuerrecht wieder ihre Bedeutung verlieren.
- Diese Leitidee ermöglicht auch den **Vergleich zwischen den Perioden**. Die Wirtschaftsordnung des Kaiserreichs und dann des Nationalsozialismus kann man über die Stellung des Wirtschaftstreibenden miteinander in Beziehung setzen und in die allgemeine Entwicklung einordnen.

- 11 Das Abstellen auf die Freiheit als inneres Band zwischen den Materien und als Leitmotiv der Zeit ab um 1800 bedeutet gleichzeitig, dass die Epochengrenze nicht im Hinblick auf eine „industrielle Revolution“ oder „Industrialisierung“ gewählt wird. Dennoch bildet die Industrialisierung neben der Freiheit einen

17 Werner Sombart, Die deutsche Volkswirtschaft im neunzehnten Jahrhundert, Darmstadt 1954, 122 ff.

18 Adolf Zycha, Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Marburg 1949, 286f.

weiteren Kernpunkt der Darstellung. Die Liberalisierung setzte den rechtlichen Rahmen, in welchem sich neue Formen der Arbeitsteilung und die Fertigung mit neuen Maschinen durchsetzen konnten. Die Industrialisierung führte schließlich auch zu der großen Besonderheit der modernen Wirtschaftsentwicklung: dem dauerhaften auch für den Einzelnen spürbaren Wirtschaftswachstum¹⁹.

Gerade die freiheitlichen Rechtsstrukturen hatten aber auch zur Folge, dass sich die Wohlstandsmehrung ungleichmäßig verteilte. Es waren vor allem die Reichen, die Boomregionen und die Leitindustrien, die profitierten. Auch zeitlich war das Wachstum uneinheitlich. Phasen der Hochkonjunktur und des wirtschaftlichen Abschwungs lösten sich ab. Die Konjunkturreinbrüche hatten Unternehmenspleiten und Arbeitslosigkeit zur Folge. Steuereinnahmen brachen ein und nahmen den Staaten einen Teil ihrer Handlungsmöglichkeiten²⁰. Solche Ungleichmäßigkeiten erträgt eine Gesellschaft immer nur in einem bestimmten Ausmaß. Kritik am Wettbewerb und die Zunahme staatlicher Eingriffe zielte damit auch darauf, das Wirtschaftswachstum zu stabilisieren und gleichmäßiger zu verteilen. So entwickelte jede industrialisierte Gesellschaft ihr eigenes spezifisches Zusammenspiel von Wettbewerb, Wirtschaftswachstum und sozialer Umverteilung. Dieses Verhältnis von Freiheit und Bindung lässt sich als „*Industrielle Ordnung*“ beschreiben.

Dabei zeigt sich zugleich auch eine Besonderheit der deutschen Entwicklung. Prägend für diese wurde eine Mischung von Freiheit und Kontrolle, wie sie in der Zeit des Zweiten Kaiserreiches entwickelt wurde. Als These soll hier also auf die Rolle des Kaiserreiches als „Sattelzeit“²¹ für die deutsche Wirtschaftsentwicklung, also als prägende Periode für die deutsche Wirtschaftsgeschichte bis zur Gegenwart hingewiesen werden²². Wenn sich Veränderungen ergaben, dann handelte es sich meist um jüngere Entwicklungen vor allem aufgrund des Einflusses des europäischen Einigungsprozesses. Auf die Prägekraft der Zeit zwischen 1870 und 1914/8 soll in den Kapiteln zu den einzelnen dogmatischen Entwicklungen immer wieder hingewiesen werden.

Die Industrielle Ordnung prägte die Ausgestaltung der meisten wirtschaftsnahen Rechtsmaterien. Sie verlor jedoch ihre Prägekraft nach den 1970er Jahren. Daher wird nur zur Verdeutlichung auf Veränderungen hingewiesen, die sich danach ereigneten. Denn wie die Wirtschaftsordnung nach 1970 zu cha-

12

19 Jan-Otmar Hesse, *Wirtschaftsgeschichte (Historische Einführungen, 15)*, Frankfurt a. M./New York 2013, 23 ff.

20 Werner Plumpe, *Wirtschaftskrisen. Geschichte und Gegenwart*, München 2010.

21 Der Begriff geht auf Reinhart Koselleck zurück, vgl. Einleitung, in: O Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 1, Stuttgart 1972, XV., der diesen aber in einem anderen Zusammenhang verwandte. Die Idee für diese Verwendung des Begriffs verdanke ich Günther Schulz. Ähnlich Werner Abelshauser, *Deutsche Wirtschaftsgeschichte seit 1945*, München 2004, 30, nach dem praktisch alle Bestandteile des gegenwärtigen organisatorischen Rahmens der Wirtschaft im Kaiserreich entstanden.

22 Werner Abelshauser, *Deutsche Wirtschaftsgeschichte seit 1945*, München 2004, 28 ff.

akterisieren ist, ist derzeit noch offen. David Graeber bezeichnet in dieser Hinsicht das Jahr 1971 als den Beginn von etwas, was erst noch zu verstehen ist („1971 – The Beginning of Something Yet to Be Determined“)²³.

Einig ist man sich noch darin, dass die Industrie mit den 1970er Jahren ihre bestimmende Prägekraft verlor. Durch was sie ersetzt wurde, ist bislang noch offen. Es wurden viele Vorschläge gemacht, von denen hier nur einige genannt werden können. Weil Dienstleistungen im Verhältnis zur industriellen Produktion immer wichtiger wurden, sprach man zunächst vom Aufkommen der Informations-, Wissens- oder Dienstleistungsgesellschaft. Als Kapital und Arbeitsplätze nach Asien und Osteuropa abwanderten, dachte man an die Globalisierung²⁴. Für einige brach aber auch das Zeitalter des Neoliberalismus an. Denn dies erklärte die Welle von Privatisierung und Deregulierung, insbesondere in den Bereichen Telekommunikation, Transport, Energie und Finanzen. Seit der Immobilien- und Finanzkrise 2008 spricht man häufiger vom Finanzkapitalismus oder der „Finanzialisierung“ („Financialization“)²⁵. Dies nimmt auf die immer wichtigere Rolle der Finanzmärkte Bezug. Aber auch die Bedeutung der Internetkonzerne nimmt immer weiter zu, was durch den Begriff der Digitalisierung erfasst wird. Einige sprechen gar von einer digitalen Revolution. Schließlich darf nicht übersehen werden, dass ökologische Aspekte für die Wirtschaft immer wichtiger wurden. Denn man wirtschaftet auf einem Planeten mit endlichen Ressourcen und einem sich wandelnden Klima.

- 13 Aber nicht alles ist neu. Einige Fragen bleiben gleich. Probleme der Finanzierung über gesellschaftsrechtliche Formen stellen sich bei Unternehmen der Computer- und Internetbranche in vergleichbarer Weise wie bei Industrieunternehmen. Auch die strukturellen Fragen des Erfindungsschutzes ähneln sich – wenn sich auch die Schutzgegenstände des Patentrechts mit Ausweitung des Wissenstands verändern. Zu solchen übergreifenden Problemen gehört nicht nur die „Schere“ zwischen Arm und Reich²⁶. Im Zentrum steht auch immer wieder die Frage der wirtschaftlichen Freiheit. Denn die Diskussion über die wirtschaftliche Freiheit ist insoweit das Scharnier zwischen Wirtschaft und Gesellschaft. Das Buch sieht seine Aufgabe darin, die historische Dimension dieses Problems zu ergründen und seine Bedeutung vor Augen zu führen. Es kommt insoweit einer Aufforderung des 2006 verstorbenen amerikanischen Ökonomen John Kenneth Galbraith nach. Denn dieser kritisierte, dass es nur wenige Bereiche menschlichen Handelns gebe, in denen die Geschichte so wenig zähle wie in der Welt des Geldes. Gleichzeitig gab er jedoch auch eine Warnung mit auf den Weg. Die Lehren der Geschichte könnten verwirrend vieldeutig sein, und das vor allem in der Wirtschaft²⁷.

23 David Graeber, *Debt. The first 5,000 Years*, New York 2011, 361ff.

24 Rolf Walter, *Geschichte der Weltwirtschaft*, Köln u. a. 2006, 202ff.

25 Jürgen Kocka, *Geschichte des Kapitalismus*, München 2013, 92ff.

26 Thomas Piketty, *Das Kapital im 21. Jahrhundert*, 3. Aufl., München 2014.

27 John Kenneth Galbraith, *Eine kurze Geschichte der Spekulation*, Frankfurt a. M. 2010, 28, 113.

II. Methodenfragen

Eine „Rechtsgeschichte der Wirtschaft“ muss die Entwicklung der Lehrmeinungen in den relevanten Fächern aufzeigen. Sie ist damit zunächst Dogmengeschichte. Insoweit es auf die Ausbildung charakteristischer Einrichtungen des Handels oder seiner Kontrolle ankommt, ist sie auch Institutionengeschichte. Die notwendige Einbeziehung der historischen, gesellschaftlichen, vor allem aber wirtschaftstheoretischen und -politischen Entwicklungen macht eine umfassende Berücksichtigung wirtschaftshistorischer Erkenntnisse unerlässlich. Zur Erfassung der prägenden Einflüsse sind sicherlich ebenso die Stimmen von Ökonomen wie Politikern und Juristen zu erfassen²⁸. 14

Dabei wird weder von einem kommunistischen Primat der Ökonomie noch einem legalistischen Primat des Rechts ausgegangen²⁹. Solche Dominanzen wird man historisch allenfalls für einzelne Epochen feststellen können. Damit wird hier eine dezidiert historische Betrachtungsweise gewählt, die es einstweilen offen lässt, ob jeweils der Wirtschaft oder dem Recht die wegweisende Stellung zukam. 15

Im Vordergrund steht also die Arbeit mit Quellen. Daher werden hier auch Originalwortlaute teilweise wiedergegeben und analysiert. Ferner sollen durch einzelne Beispiele die Auswirkungen von allgemeinen Vorgängen und Gesetzgebung verdeutlicht werden. Dabei könnte man geradezu von einem Vergleich der Makro- mit der Mikroebene sprechen: Während die allgemeinen Ausführungen primär auf die allgemeine Rechts- und Wirtschaftsentwicklung zielen, können diese ohne eine Berücksichtigung ihrer Auswirkungen in der Praxis nicht begriffen werden. 16

Schließlich muss der Vergleich auch mit außerdeutschen Vorgängen vorgenommen werden. Nur so kann ermittelt werden, was die deutsche Entwicklung ausmacht. Daher sind immer wieder Blicke nach insbesondere Großbritannien als Mutterland der Marktwirtschaft, Frankreich als Gegenmodell und den USA als stärkster Wirtschaftsnation des 20. Jahrhundert zu werfen.

28 Nur mit dieser Einschränkung soll von einer Bedeutung der gesellschaftlichen Kultur hier die Rede sein. Für der Bedeutung der „Kultur“ bereits Helmut Coing, *Rechtsgeschichte und Wirtschaftsentwicklung im 19. Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte*, in: H. Sauer mann/E.-J. Mestmäcker, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*. Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, 101–117, 102.

29 Die Wechselwirkungen werden überblicksartig aufgezeigt von Olivier Descamps, *Brefs repères historiques sur la prise en compte de l'économie par le droit*, in: S. Bollée u. a. (Hg.), *L'efficacité économique en droit*, Paris 2010, 23–30.