

WIRTSCHAFTSORDNUNG  
UND  
RECHTSORDNUNG

FESTSCHRIFT

ZUM 70. GEBURTSTAG VON FRANZ BÖHM

AM 16. FEBRUAR 1965

HERAUSGEGEBEN VON

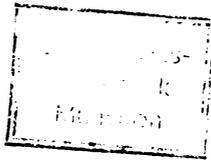
HELMUT COING · HEINRICH KRONSTEIN

ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER



VERLAG C. F. MÜLLER KARLSRUHE

1965 ·



© 1965 VERLAG C. F. MÜLLER KARLSRUHE

SATZ UND DRUCK:

C. F. MÜLLER · BUCHDRUCKEREI UND VERLAG GMBH

KARLSRUHE

# INHALT

## ZUM VERFASSUNGSRECHT

PROFESSOR DR. KONRAD DUDEN  
Heidelberg

### ENTFLECHTUNG UND GRUNDGESETZ

SEITE 3 BIS 20

DR. HELMUT RIDDER  
o. Professor der Rechte an der Universität Bonn

### GRUNDGESETZWIDRIGE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN IM POLITISCHEN PROZESS DURCH STAATLICHE DIREKTFINANZIERUNG DER POLITISCHEN PARTEIEN ?

SEITE 21 BIS 39

DR. RUDOLF WIETHÖLTER  
o. Professor der Rechte an der Universität Frankfurt/Main

### DIE POSITION DES WIRTSCHAFTSRECHTS IM SOZIALEN RECHTSSTAAT

SEITE 41 BIS 62

DR. HANS F. ZACHER  
o. Professor der Rechte an der Universität des Saarlandes

### AUFGABEN EINER THEORIE DER WIRTSCHAFTSVERFASSUNG

SEITE 63 BIS 109

## ZUM BÜRGERLICHEN RECHT

DR. KURT H. BIEDENKOPF LL.M.  
o. Professor der Rechte an der Ruhr-Universität Bochum

### ÜBER DAS VERHÄLTNISS WIRTSCHAFTLICHER MACHT ZUM PRIVATRECHT

SEITE 113 BIS 135

DR. HEINRICH KRONSTEIN SJD  
o. Professor der Rechte an den Universitäten Frankfurt/Main/Washington D. C.

STAAT UND PRIVATE MACHT  
IN DER NEUEREN AMERIKANISCHEN  
RECHTSENTWICKLUNG

SEITE 137 BIS 161

DR. DR. h. c. DR. h. c. DR. h. c. HANS CARL NIPPERDEY  
o. Professor der Rechte an der Universität Köln  
Präsident des Bundesarbeitsgerichts i. R.

DER EINGRIFF IN SCHULDRECHTLICH FESTGELEGTE  
INTERESSENSPHÄREN UND § 687 ABS. 2 BGB

SEITE 163 BIS 175

ZUM WIRTSCHAFTSRECHT

DR. KURT BALLERSTEDT  
o. Professor der Rechte an der Universität Bonn

HANDLUNGSUNWERT ODER ERFOLGSUNWERT IM  
GESETZ GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN?

SEITE 179 BIS 198

DR. DR. RUDOLF LUKES  
o. Professor der Rechte an der Universität Münster/Westf.

ZUM VERSTÄNDNIS DES WETTBEWERBS UND DES MARKTES  
IN DER DENKKATEGORIE DES RECHTS

SEITE 199 BIS 226

DR. HANS MERZ  
o. Professor der Rechte an der Universität Bern

KARTELLRECHT - INSTRUMENT DER WIRTSCHAFTSPOLITIK  
ODER SCHUTZ DER PERSÖNLICHEN FREIHEIT?

SEITE 227 BIS 259

DR. WOLFGANG FIKENTSCHER LL.M.  
o. Professor der Rechte an der Universität Münster/Westf.

SYSTEMFRAGEN IM EUROPÄISCHEN  
RECHT DER WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN

SEITE 261 BIS 278

DR. EBERHARD GÜNTHER  
Präsident des Bundeskartellamts, Berlin

EUROPÄISCHE UND NATIONALE WETTBEWERBSPOLITIK

SEITE 279 BIS 318

DR. HEINRICH MATTHIES  
Luxemburg

GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMEN IN DER MONTANUNION

SEITE 319 BIS 343

DR. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER  
o. Professor der Rechte an der Universität Münster/Westf.

OFFENE MÄRKTE  
IM SYSTEM UNVERFÄLSCHTEN WETTBEWERBS IN DER  
EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTSGEMEINSCHAFT

SEITE 345 BIS 391

HANS F. ZACHER

## AUFGABEN EINER THEORIE DER WIRTSCHAFTSVERFASSUNG

- I. Geschichtliche und vergleichende Reflexion
- II. Begriffsbildung und -gegenstand
- III. Das Methodenproblem der Wirtschaftsverfassung
- IV. Wirtschaftsverfassung unter dem Grundgesetz
  1. *Wirtschaftsverfassung und Demokratie*
  2. *Wirtschaftsverfassung und Rechtsstaat*
  3. *Die konkrete wirtschaftsverfassungsrechtliche Aufgabe*
- V. Privatrecht oder öffentliches Recht?

Wie wohl kein zweiter ist der Name *Franz Böhms* mit der Diskussion des Phänomens verknüpft, das mit dem Stichwort „Wirtschaftsverfassung“ vieldeutig angesprochen ist<sup>1</sup>. Ihn zu ehren, heißt wesentlich auch, sich der schöpferischen Kraft zu erinnern, mit der *Böhm* seine Konzeption der reinen Wettbewerbswirtschaft hervorbrachte, die Beständigkeit zu be-

<sup>1</sup> Zum Werk *Franz Böhms* sei vorweg hingewiesen auf „Franz Böhm, Reden und Schriften“, hrsgg. von *Ernst-Joachim Mestmäcker*, 1960 (im Folgenden: Reden und Schriften). Im Folgenden sind insbesondere berücksichtigt: Das Problem der privaten Macht, *Die Justiz*, Bd. 3 (1927/28) S. 324 ff = Reden und Schriften, S. 25 ff (im Folgenden danach zitiert); Der Kampf des Monopolisten gegen den Außenseiter als wettbewerbsrechtliches Problem, *Freiburger Dissertation*, 1933; Kartelle und Koalitionsfreiheit, 1933; Wettbewerb und Monopolkampf, 1933; Die Wirtschaftsordnung als Zentralbegriff des Wirtschaftsrechts, *Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht*, Heft 31, 1936, S. 3 ff; Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, 1937; Der Wettbewerb als Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung, in: *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung*, vorgelegt von *Günter Schmölders*, *Schriften der Akademie für Deutsches Recht*, 1942, S. 51 ff; Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, *SJZ Jhg.* 1 (1946) S. 141 ff (im Folgenden danach zitiert) = Reden und Schriften, S. 46 ff; Das Reichsgericht und die Kartelle, *ORDO* Bd. 1 (1948) S. 197 ff = Reden und Schriften, S. 69 ff (im Folgenden danach zitiert); Die Idee des *ORDO* im Denken *Walter Euckens*, *ORDO* Bd. 3 (1950) S. XV f; *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Heft 153/154, 1950;

wundern, mit der er sein Theorem – unter sich immer wieder wandelnden Bedingungen – entfaltete, über den Eifer zu staunen, mit dem er seine Wahrheit ausbreitete, und sich dem starken Eindruck personaler Sicherheit hinzugeben, in der er zusammen mit *Walter Eucken* und anderen Freunden<sup>2</sup> eine an Wirkungen reiche, der machtvollen Front des Neoliberalismus nicht ohne Eigenart eingefügte Schule<sup>3</sup> auf die Idee eines

Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft, Schriftenreihe der Hochschule für politische Wissenschaften München, Heft 14, 1951; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb, *ORDO* Bd. 4 (1951) S. 21 ff; Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung, in: Das Programm der Freiheit, 1953, S. 23 ff; Marktwirtschaft von links und rechts, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* von 24. Oktober 1953 = Reden und Schriften, S. 151 ff (im Folgenden danach zitiert); Freiheitsordnung und soziale Frage, in: Grundsatzfragen der Wirtschaftsordnung, Wirtschaftswissenschaftliche Abhandlungen, Volks- und betriebswirtschaftliche Schriftenreihe der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Freien Universität Berlin, Heft 2, 1954, S. 71 ff; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, ebenda S. 96 ff (im Folgenden danach zitiert) = Reden und Schriften, S. 82 ff; Die Sozialpolitik in der Marktwirtschaft, *Sozialer Fortschritt*, 3. Jhg. (1954) S. 125 ff; Kartelle und Krise, Beginn einer Auseinandersetzung mit dem Isay-Gutachten, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 4. Jhg. (1954) S. 367 ff; Die Bedeutung des Mittelstandes und die Ursachen seiner Gefährdung, in: Der mittelständische Unternehmer in der Sozialen Marktwirtschaft, 1955, S. 9 ff; Die verantwortliche Gesellschaft, hektographiert 1957 = Reden und Schriften, S. 3 ff (im Folgenden danach zitiert); Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts, in: *Aus der Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaften zu Freiburg i. Br.*, hrsgg. von *Hans Julius Wolff*, 1957, S. 95 ff = Reden und Schriften, S. 158 ff (im Folgenden danach zitiert); Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, *ORDO* Bd. 10 (1958) S. 167 ff; Vorwort (zusammen mit *Friedrich A. Lutz* und *Fritz W. Meyer*) *ORDO* Bd. 12 (1960/61) S. XXXI ff; Demokratie und ökonomische Macht, in: *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Bd. I, 1961, S. 3 ff; Einleitung zu „Recht und wirtschaftliche Macht“, *Ausgewählte Schriften von Heinrich Kronstein*, hsgg. von *Kurt Hans Biedenkopf*, 1962, S. 9 ff; Die Bedrohung der Freiheit durch private ökonomische Macht in der heutigen Gesellschaft, *Universitas* 18. Jhg. (1963) S. 37 ff (entspricht: *Demokratie und ökonomische Macht*, S. 14 ff). – Zitate ohne Verfasserangabe sind im Folgenden den vorgenannten Werken entnommen.

<sup>2</sup> Zu den Anfängen s. *Böhm* selbst in: *Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts*.

<sup>3</sup> S. dazu etwa *Dürr*, *Wesen und Ziele des Ordoliberalismus*, 1954; *Behlke*, *Der Neoliberalismus und die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung in der Bundesrepublik Deutschland*, 1961; *Nawroth*, *Die Sozial- und Wirtschaftsphilosophie des Neoliberalismus*, 1961 (s. von *demselben*: *Die wirtschaftspolitischen Ordnungsvorstellungen des Neoliberalismus*, *FIW-Schriftenreihe* Heft 3, 1962, mit Diskussion). – Im Folgenden muß *Franz Böhm* grundsätzlich als der Repräsentant seiner Schule angesehen und zitiert werden. Das

ORDO<sup>4</sup> hinführte. Es heißt aber nicht weniger, das intensive praktische Engagement zu rühmen, mit dem er sich immer wieder an hervorragender Stelle – im Reichswirtschaftsministerium<sup>5</sup> und im Deutschen Bundestag<sup>6</sup>, im Wissenschaftlichen Beirat des Bundesministers für Wirtschaft<sup>7</sup> und in zahllosen anderen einflußreichen Gremien – für die Verwirklichung dessen einsetzte, was er theoretisch als richtig erkannt hatte. Am Anfang aber alles dessen, was *Franz Böhm* für die „Wirtschaftsverfassung“ geleistet hat, steht, daß er sie als Aufgabe erkannt und gezeigt hat. Diese Aufgabe kann nie erledigt sein. Im Wandel der Verhältnisse und Erkenntnisse steht sie vor einer immer neuen Zukunft.

## I. Geschichtliche und vergleichende Reflexion

*Franz Böhms* Stellung in der Diskussion über die „Wirtschaftsverfassung“<sup>8</sup> ist ein gutes Beispiel für die Vielfalt und stetige Wandlung des Problems. Auch *Böhm* hat zwar Argumente ausgewechselt und hinzugenommen. Mehr aber haben sich die tatsächlichen sozialen und die rechtlichen Verhältnisse, die Standpunkte ihrer Betrachtung und die Möglichkeiten ihrer Erörterung verändert.

entspricht nicht nur dem Anlaß, aus dem diese Zeilen geschrieben werden. Bei der Vielfalt der literarischen Produktion des Ordoliberalismus ist es auch ein Gebot des knappen Raumes.

<sup>4</sup> Auch als Selbstzeugnis: *Böhm*, Die Idee des ORDO im Denken Walter Euckens.

<sup>5</sup> Es darf angenommen werden, daß vor allem die 1928 und 1933 erschienenen Arbeiten (s. oben Anm. 1) über die dort gesammelten Erfahrungen berichten und darauf reagieren.

<sup>6</sup> Aus den Plenardebatten des Bundestages seien folgende Beiträge des Jubilars dem bibliographischen Vergessen entrissen:

Zum Recht der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften: 2. Deutscher Bundestag, 8. Sitzung vom 10. Dezember 1953, Sten. Ber. Bd. 18, S. 199 f; 34. Sitzung vom 19. Juni 1954, Sten. Ber. Bd. 20, S. 1615 ff.

Zum Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: 2. Deutscher Bundestag, 76. Sitzung vom 24. März 1955, Sten. Ber. Bd. 24, S. 4213 ff; 77. Sitzung vom 31. März 1955, Sten. Ber. Bd. 24, S. 4264 ff; sowie der eigene Gesetzentwurf, den *Böhm*, zusammen mit anderen Abgeordneten, einbrachte (Drucksache 1269).

Zum Recht der Industrie- und Handelskammern: 2. Deutscher Bundestag, 167. Sitzung vom 26. Oktober 1956, Sten. Ber. Bd. 32, S. 9227. Über die Arbeit *Böhms* im Ausschuß für Wirtschaftspolitik bzw. im Wirtschaftsausschuß des Bundestages kann hier nicht im einzelnen berichtet werden.

<sup>7</sup> Über seine Grundsatzarbeit in diesen Gremien berichtet *Böhm* in „Freiheitsordnung und soziale Frage“ und „Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat“.

<sup>8</sup> Die beiden wichtigsten unter den vom juristischen Standpunkt aus geleisteten Beiträgen sind wohl: *Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: *Bettermann-*

Als *Franz Böhm* gegen Ende der Weimarer Zeit in die Arena trat, war ein unüberschaubares Feld von Fragen vom Grunde aus aufgebrochen. Eine vielfältig gespaltene Gesellschaft – noch auf das Gegenüber zur monarchischen Staatsgewalt eingestellt – verleugnete „ihren“ demokratischen Staat. Daß die soziale und politische Rolle der Wirtschaft mit einem Mal so wichtig und evident geworden war<sup>9</sup>, hätte helfen können, diesen Gegensatz abzubauen. Statt dessen war die Wirtschaft in das Ansehen eines eigenständigen Organismus eingerückt, wozu die Macht einer kapitalistischen Oberschicht nicht weniger beitrug als sozialistische Ansprüche auf das ökonomische Potential, wie sie unter dem Namen „Wirtschaftsdemokratie“<sup>10</sup> exemplarisch ausgeprägt waren. Das Recht, dessen Verflechtung mit der Wirtschaft längst bekannt war<sup>11</sup>, mußte sprunghaft gewachsenen Bedürfnissen nach Organisation, Bestands- und Verteilungsordnung und Ablaufregelung der Wirtschaft nachgehen, was nicht zuletzt zum lehrgeschichtlichen Phänomen des Wirtschaftsrechts führte<sup>12</sup>. Die Verfassung, die den Wegfall der substratbedingt auch materiell steuernden konstitutionellen Dyarchie zugunsten des demokratischen Monismus neben anderem durch eine materiell-normative Grundordnung kompensierte, hatte sich desgleichen der Wirtschaft angenommen: organisatorisch und materiell, spektakulär direkt und sehr viel bedeutsamer implizit. Aber das Unbehagen an ihr und den Zuständen führte nicht nur dazu, sie verschieden zu werten, sondern die eigentliche Verfassung neben und

*Nipperdey-Scheuner*, Die Grundrechte, Bd. 3, 1. Halbband, 1958, S. 1 ff; *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961. Ferner darf vor allem *Ernst Rudolf Huber* genannt werden: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. Bd. 1, 1953, S. 18 ff, 20 ff; Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 9. Jhg. (1956) S. 97 ff, 135 ff, 172 ff, 200 ff. Schließlich sei noch auf die sehr erhellenden Ausführungen bei *Badura*, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 281 ff, aufmerksam gemacht. Alle weiteren Hinweise s. – abgesehen vom Folgenden – bei den Genannten.

<sup>9</sup> S. dazu als Voraussetzung für die Ausbildung einer „Wirtschaftsverfassung“ *Ballerstedt* aaO S. 12 ff, 17 f; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 178 ff.

<sup>10</sup> *Franz Böhm* befaßt sich mit ihr wieder und wieder: Kartelle und Koalitionsfreiheit, S. 9; Die Ordnung der Wirtschaft, S. 143 f; Die Idee des ORDO, S. LIII; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 42 ff; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 150 ff.

<sup>11</sup> *Stammler*, Wirtschaft und Recht, 1. Aufl. 1896, 5. Auflage 1924; *ders.*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1922, S. 105 ff; auf ihm aufbauend die „sozialrechtliche Schule“ (*Diehl, Hesse*), s. *Hesse*, Art. „Sozialrechtliche Schule“, HDSW Bd. 9 (1956) S. 576 m. Bibliographie; andererseits vor allem *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 4. Aufl. 1956, insbes. S. 181 ff, 387 ff.

<sup>12</sup> S. *Hedemann*, Das Wirtschaftsrecht – Rückblick und Abschied, in: „Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht“, Festschrift für Alfred Hueck, 1959, S. 377 ff. Zur älteren Geschichte s. *Piepenbrock*, Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum ersten Weltkrieg, 1964.

hinter ihrer positiven Normativität zu suchen<sup>13</sup>. Die Entwicklungslinien des „Wirtschaftsstaates“<sup>14</sup>, der „Wirtschaftsgesellschaft“, des „Wirtschaftsrechts“ und des „Verfassungsstaates“<sup>15</sup> schneiden sich vielfach und an sehr verschiedenen Orten, und doch ist jeder Schnittpunkt eine Versuchung, eine „Wirtschaftsverfassung“ anzusiedeln. Kaum scheint dem Wirtschaftsrecht das Wirtschaftsverfassungsrecht zugewachsen zu sein, kaum scheint zu den Bedingtheiten der Wirtschaft durch die institutionelle Verfassung – um die man längst wußte<sup>16</sup> – die normative Steuerung der Wirtschaft durch das Verfassungsrecht gekommen zu sein<sup>17</sup>, war die Entwicklung auch schon durch negierende, reduzierende und verschiebende Reaktionen auf den übermäßig empfundenen Anspruch des Verfassungsrechts unterlaufen und der Blick auf das Ganze durch polemisch sich *pars pro toto* verdrängende Teilanliegen des Zusammentreffens von Staat und Gesellschaft im Ökonomischen verstellt. Kaum war der Gedanke einer „Wirtschaftsverfassung“ namhaft geworden<sup>18</sup>, war so auch schon die Diskussion durch die Fülle der Aspekte und Äquivokationen verwirrt<sup>19</sup>. Da-

<sup>13</sup> Zur Situation s. etwa *Sonthheimer*, Zur Grundlagenproblematik der deutschen Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. 46 (1960) S. 39 ff und die dort. Nachweise. Zum speziellen Einfluß *Carl Schmitts* auf die Lehre der „Wirtschaftsverfassung“ s. noch unten (insbes. unter II).

<sup>14</sup> Vgl. *E. R. Huber*, Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat, 1931.

<sup>15</sup> S. dazu neuerdings *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 783 ff.

<sup>16</sup> Außer den Sozialisten (s. dazu z. B. *Arthur Rosenberg*, Demokratie und Sozialismus, 1938) s. etwa *v. Stein*, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, 3 Bände, 1850, Bd. 3 „Das Königtum, die Republik und die Souveränität der französischen Gesellschaft seit der Februarrevolution 1848“; *Tocqueville*, De la Démocratie en Amérique, Tome II, 2ième partie, chapitre XIV (Paris 1951 éditions M. Th. Genins, p. 187); als letzte Zeugen vor dem ersten Weltkrieg etwa *Herkenr*, Sozialrevolutionäre Bewegungen in der Demokratie, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, n. F. 33. Jhg. Heft 2 (1919) S. 241 ff (und in den verschiedenen Auflagen seiner „Arbeiterfrage“); *Zwiedineck-Südenhorst*, Verfassung und Wirtschaftspolitik, 1912. Noch ganz darin befangen etwa *Göppert*, Staat und Wirtschaft, 1924.

<sup>17</sup> Auf die bedeutungsvolle Parallelität dieser Entwicklung zu dem aufkommenden Gegensatz zwischen der organisatorischen (formalen) und der „materiellen“, „realen“, „sozialen“, „wahren“ Demokratie und „Wirtschaftsdemokratie“ kann hier nur hingewiesen werden.

<sup>18</sup> Nur um das begriffliche Zutagetreten oder eben um die speziellen Wirtschaftsregelungen der Weimarer Reichsverfassung kann es sich handeln, wenn die Entstehung einer „Wirtschaftsverfassung“ auf 1919 „datiert“ wird: so *Ballerstedt* aaO S. 17 f (insbes. S. 18 Anm. 49a); *Rinck*, Wirtschaftsrecht, 1963, S. 17.

<sup>19</sup> S. z. B. *Neumann*, Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung, Die Arbeit, 8. Jhg. (1931) S. 588 ff; *E. R. Huber*, Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat, S. 10 ff; *Carl Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 96 ff; je m. w. Nachw.

zu sind die grundsätzlichen und konkreten, theoretischen und praktischen Schwierigkeiten der Wirtschaftspolitik dieser Zeit ins Bild zu rücken. Und vor allem *Franz Böhm* würde es nicht gerecht, das Gewirr von Wettbewerb, Konzentration und Planung zu verschweigen, dem jene sich ausgesetzt und verpflichtet sah.

In dieser Zeit, in der so viele nach den klaren Wassern reiner Grundsätzlichkeit dürsteten, stieß *Franz Böhm* zum strahlkräftigen Leitbild der reinen Wettbewerbswirtschaft durch. Etwa zur gleichen Zeit als *Darmstaedter*<sup>20</sup> die Idee klassischer materieller Rechtsstaatlichkeit<sup>21</sup> für seine Zeit zu interpretieren versuchte<sup>22</sup>, holte er aus, um die Wirtschaftsordnung auf den Grundlagen klassischer liberaler Rechtsstaatlichkeit<sup>23</sup> neu aufzurichten. Den Aufwand der Industrialisierung hinter sich und um die Kenntnis der Ursachen des Marxismus<sup>24</sup> und der Konzentration<sup>25</sup> bereichert, sollte die Wirtschaftspolitik das Wettbewerbsprinzip neu mit ungeübtem Erfolg verwirklichen. Das vieldiskutierte Problem einer organisatorischen Wirtschaftsverfassung konnte ihn nicht interessieren. Die Strukturmöglichkeiten, welche die Reichsverfassung anbot, waren sekundär<sup>26</sup>. Das Ideal des Wettbewerbs und die „Verfassungsentscheidung“ für die reine Wettbewerbswirtschaft – die er in Gewerbefreiheit und Gewerbeordnung lokalisierte<sup>27</sup> – prägten seine Überlegungen.

<sup>20</sup> *Darmstaedter*, Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates, 1930.

<sup>21</sup> Zur Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit in Deutschland s. z. B. *Huber*, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, in: Demokratie und Rechtsstaat“, Festschrift für Zaccharia Giacometti, 1953, S. 59 ff; *Menger*, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, 1953, S. 4 ff; *Scheuner*, Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates, in: „Macht und Recht“, Beiträge zur lutherischen Staatslehre der Gegenwart, 1956, S. 76 ff; *ders.*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, in: „Hundert Jahre deutsches Rechtsleben“, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. II, 1960, S. 229 ff; *Hesse*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: „Staatsverfassung und Kirchenordnung“, Festgabe für Rudolf Smend, 1962, S. 71 ff.

<sup>22</sup> Zu nennen wäre andererseits auch die zeitl. Nähe zu *v. Mises*, Liberalismus, 1927.

<sup>23</sup> „Rechtsstaat“ im Sinne *Franz Böhms* ist grundsätzlich der materiell begrenzte, liberale Rechtsstaat der älteren Provenienz. Typisch etwa: Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 89 f; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 96 ff; Demokratie und wirtschaftliche Macht, S. 13 f.

<sup>24</sup> S. dazu: Die Idee des ORDO, S. LVI ff; Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft, S. 8 ff; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 130 ff; Verantwortliche Gesellschaft, S. 14 ff; – Marxismus und Sozialismus sind für *Böhm* im wesentlichen Folgen des laissez faire. Eine bereinigte Wettbewerbswirtschaft würde keine vergleichbare Herausforderung mehr liefern.

<sup>25</sup> S. etw.: Die Idee des ORDO, S. LI ff; Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft, S. 10 ff.

<sup>26</sup> Wettbewerb und Monopolkampf, S. 318 ff.

<sup>27</sup> Wettbewerb und Monopolkampf, passim; s. a. noch: Die Ordnung der Wirtschaft, S. 95 ff; Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, S. 169, 195.

So entzog die Paralyse der Reichsverfassung unter dem Nationalsozialismus ihm auch nicht die Grundlage seines „Wirtschaftsverfassungs“-Denkens. Die quasiständische Organisation der Wirtschaft konnte er als personell-disziplinierend von den Normen des Wirtschaftsablaufes trennen<sup>28</sup>. Die nationalsozialistische Ordnung der „Arbeitswirtschaft“ und der „Ernährungswirtschaft“ schienen den Wettbewerb in der für *Böhm* immer primären „gewerblichen Wirtschaft“ zunächst nicht abzuringen<sup>29</sup>. Daß das neue Regime in der Konzentration – etwa durch Zwangskartelle – ein Instrument positiver Wirtschaftspolitik sah, konnte als Alternative zur unerwünschten privaten wirtschaftlichen Macht nicht schlechterdings verworfen werden<sup>30</sup>. So konzentrierte sich die Auseinandersetzung darauf, dem Wettbewerb – und damit einem Stück Freiheit – noch soviel Raum zu sichern, als unter den gegebenen politischen Voraussetzungen möglich war<sup>31, 32</sup>.

Hatte der Nationalsozialismus die Diskussion nicht zuletzt um den Aspekt der Verfassung als normativer Bindung der Staatsgewalt verkürzt, so traten 1945 rechtsdogmatische Probleme schlechthin in den Hintergrund, Chance und Aufgabe des Neuaufbaues forderten rechts- und wirtschaftspolitische Konzeptionen. Grundsätzliche Möglichkeiten der Neuordnung waren ebenso aufgetan, wie die akuten Notstände der Zeit nach pragmatischen Lösungen schrien. In dieses Feld der Fragen und Antworten traten Idee und Programm des ORDO. Zugleich erschien *Böhms* „Wirtschaftsverfassungs“-Denken um eine neue Dimension bereichert. Hatte ihn der Hitlerstaat die wechselseitige Bedingtheit von „politischer“ und „Wirtschaftsverfassung“ erkennen lassen<sup>33</sup>, so konkretisierte er diese nun zur Verschwisterung von Demokratie und Wettbewerbswirtschaft.

Die Länderverfassungen ergaben noch keine nachhaltigen Zäsuren. Mehr oder weniger dem Weimarer Vorbild verpflichtet, suchten sie – verbreiteter politischer Überzeugung gemäß –, einen Mittelweg zwischen freier

<sup>28</sup> Wettbewerb und Monopolkampf, S. 11 ff; Die Wirtschaftsordnung als Zentralbegriff des Wirtschaftsrechts, S. 8 f; Die Ordnung der Wirtschaft, S. 185 f.

<sup>29</sup> Die Ordnung der Wirtschaft, insbes. Zweiter Abschnitt, Zweiter und Dritter Teil, S. 75 ff, 92 ff.

<sup>30</sup> Ebd. insbes. S. 146 ff.

<sup>31</sup> Die Ordnung der Wirtschaft; Der Wettbewerb als Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung.

<sup>32</sup> S. a. die interessante Parallellität zwischen dem politischen Führungsdenken und der wirtschaftlichen „Führungsaufgabe“ des Kapitals (Ordnung der Wirtschaft, S. 117 ff).

<sup>33</sup> Die Ordnung der Wirtschaft, S. 60 f (s. dazu auch *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, S. 13 Anm. 33). Noch in „Wettbewerb und Monopolkampf“ (S. 154 ff) hatte *Böhm* die notwendige Einheit von politischer und wirtschaftlicher Freiheit in Abrede gestellt.

<sup>34</sup> Erstmals: Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, insbes. S. 145 ff; Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, insbes. S. 39 ff. Seitdem immer wieder. S. dazu noch unten IV, 1.

Verkehrs- und Zentralverwaltungswirtschaft zu gehen. Zwischen wirtschaftlicher Not und wirtschaftswidriger Partikularität eingeklemmt, wurden sie nicht effektiv und provozierten sie so keine ausgeprägte wirtschaftsverfassungsrechtliche Dogmatik<sup>35</sup>. Die Statuten des Vereinigten Wirtschaftsgebietes waren zu sehr auf das Organisatorische konzentriert, zu vorläufig und kurzlebig dazu<sup>36</sup>. Jedoch datiert aus jener Zeit die Politik der „sozialen Marktwirtschaft“<sup>37</sup>, deren Maximen ungeklärt und vieldeutig genug waren und blieben<sup>38</sup>, um mit dem Programm des ORDO ebenso identifiziert<sup>39</sup> wie davon differenziert zu werden<sup>40</sup>.

Das Grundgesetz trieb den „Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht“<sup>41</sup> in eine neue Phase. Daß es sich der Wirtschaftsordnung nicht expressis verbis annahm, stand in Gegensatz nicht nur zur Weimarer Verfassung und den Verfassungen der Länder, sondern auch zum Entscheidungsbedürfnis des theoretischen und praktisch-politischen Meinungsstreits. Das konnte darauf schließen lassen, daß die Verfassung in dieser Frage so gut als möglich offen ist. Wissenschaft und ökonomisch-politisches Interesse sahen sich aber auch herausgefordert, das Schweigen auf vorausgesetzte Ordnungsbilder hin zu deuten<sup>42</sup> und möglichst viel Wirtschafts(rechts)politik dem permanenten Austrag im fixierenden Zugriff der Verfassungsinterpretation zu entziehen<sup>43</sup>. Das löste die zu schmale, zu

<sup>35</sup> Als sehr bemerkenswerte Ansätze zu nennen: *Arndt*, Das Problem der Wirtschaftsdemokratie, SJZ 1. Jhg. (1946) S. 137 ff; *Schüle*, Verfassung und Wirtschaft, o. J. (1948); *Ballerstedt*, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AöR Bd. 74 (1948) S. 129 ff; *Raiser*, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: Festschrift für Julius von Gierke, 1950, S. 181 ff.

<sup>36</sup> Zu ihnen etwa *Klein*, Neues deutsches Verfassungsrecht, 1949, S. 169 ff.

<sup>37</sup> S. etwa *Mötelli*, Licht und Schatten der sozialen Marktwirtschaft, 1961.

<sup>38</sup> S. etwa *Coester-Katholnigg*, Art. „Soziale Marktwirtschaft“, in: Staatslexikon, 6. Aufl. Bd. 7 1962, Sp. 231 ff m. eingeh. Schrifttumsnachweis.

<sup>39</sup> So insbes. von *Böhm* selbst: Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 167 ff; Vorwort zu ORDO Bd. 12, S. XXXIII. Zurückhaltender: Verantwortliche Gesellschaft, S. 21.

<sup>40</sup> Vgl. *Giersch*, Allgemeine Wirtschaftspolitik, Bd. I, Grundlagen, 1960, S. 188 f. Ferner *Coester-Katholnigg* aaO. – Zur Diskrepanz zwischen der konzentrationsträchtigen Verfassungswirklichkeit und dem Programm des ORDO-Liberalismus s. etwa *Fritz Voigt*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsentwicklung der Bundesrepublik Deutschland, in: „Staat und Bürger“, Festschrift für Willibald Apelt, 1958, S. 73 ff, insbes. S. 85 ff. – Die eingehendste Untersuchung zum Verhältnis zwischen der Wirtschaftspolitik der Bundesrepublik und dem ORDO-Liberalismus: *Behlke* (s. o. Anm. 3).

<sup>41</sup> S. die Schrift dieses Namens von *E. R. Huber* (oben Anm. 8).

<sup>42</sup> Beispielhaft *Scupin*, Die Rechtslage der Wirtschaft unter dem Bonner Grundgesetz, 1950.

<sup>43</sup> In erster Linie *Nipperdey*, der sich in einer großen Zahl von Veröffentlichungen geäußert hat. Daraus seien hier genannt: Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, DRZ 5. Jhg. (1950) S. 193 ff = Recht Staat Wirtschaft Bd. 3 (1951) S. 223 ff; Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung

spitze Antithese aus, das Grundgesetz verbiete schlechthin, die staatliche Wirtschaftspolitik an wirtschaftstheoretischen Systemen auszurichten<sup>44</sup>. Das Bundesverfassungsgericht ließ sie ebenso beiseite, wie es sich der Usurpation des Verfassungsrechts durch ökonomische Ordnungstheoreme konstitutionell inkompetenter Provenienz widersetzte<sup>45</sup>. Es bestärkte so die – man könnte sagen: pragmatische – Richtung, die nicht eine „Wirtschaftsverfassung“ als eine gesonderte, in sich geschlossene Ordnung der Wirtschaft aufsucht, sondern die Summe der – spezifischen und unspezifischen, unmittelbaren und mittelbaren, sachnahen und abstrakten – verfassungsrechtlichen Gestaltelemente der rechtlichen Ordnung der Wirtschaft<sup>46</sup>. Die Idee freilich, die Summe der so gegebenen wirtschaftspolitischen Möglichkeiten zu begreifen – und in ein System zu bringen –, bleibt auch und gerade von daher aufgegeben<sup>47</sup>, um die Gefahr unkontrollierbarer Gnostik und der Versuche konstruktiv ergänzender, abrundender, scheinbar oder wirklich bedenkliche Offenheiten schließender Verfassungsinterpretationen zu vermeiden<sup>48</sup>.

der Bundesrepublik, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 10, 1954 = *Wirtschaft und Wettbewerb*, 4. Jhg. (1954) S. 211 ff; *Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht*, Kartellrundschaue, Heft 2, 1960 = „Wirtschaftsordnung und Menschenbild“ Geburtstagsgabe für Alexander Rüstow, 1960, S. 39 ff.

<sup>44</sup> *Krüger*, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBL. 66. Jhg. (1951) 361 ff (insbes. S. 362 f); zustimmend *Hamann*, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, 1953, S. 31 f.

<sup>45</sup> Grundlegend das sog. Investitionshilfe-Urteil, BVerfGE 4, 7 (17 f). Zur weiteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts s. *Gebhard Müller*, Das Bundesverfassungsgericht und das Wirtschaftsverfassungsrecht, Juristenjahrbuch Bd. 2, 1961/62 (1961) S. 17 ff; *Echterhölter*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wirtschafts- und Sozialrecht, BB 17. Jhg. (1962) S. 265 ff.

<sup>46</sup> Die Positionen sind dabei im einzelnen sehr verschieden. – Das Hauptwerk der Richtung (das vom Begriff der „Wirtschaftsverfassung“ überhaupt abrä): *Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*. S. ferner: *Scheuner*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL Heft 11, 1954, S. 1 ff (8 ff, 18 ff, 23 ff u. passim); *Badura*, Das Verwaltungsmonopol, S. 317 ff (323 oben!). Vgl. auch *Hamann*, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 1958, S. 13 f; *Gebhard Müller* aaO S. 18 f; *Rapold*, *Demokratie und Wirtschaftsordnung*, o. J., S. 146 ff (147); *Maunz*, *Deutsches Staatsrecht*, 13. Aufl. 1964, S. 135 f. Zu älteren Ansätzen s. *Ehmke* aaO S. 15 ff. Mehr oder weniger hierher zu rechnen sind auch die unten Anm. 48 Genannten (s. dort und den Text dazu).

<sup>47</sup> S. a. *Mestmäcker*, *Wirtschaft und Verfassung*, DÖV 17. Jhg. (1964) S. 606 ff (611).

<sup>48</sup> S. vor allem die zwischen Offenheit und materiellem Systemabschluß schwankende Konzeption einer „gemischten Wirtschaftsverfassung“ bei *E. R. Huber* (*Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*) und *Dürig* (*Maunz-Dürig*, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1, Randn. 44 ff, s. insbes. auch die Ausführungen

*Böhm* hat sich an diesen Versuchen eines mehr oder minder in der Dimension der Grundgesetz-Interpretation lagernden „Wirtschaftsverfassungs“-Denkens kaum beteiligt. Seine Überlegungen in dieser Zeit sind vorwiegend rechtspolitischer Natur. Aber sie setzen sich vielfältig in verfassungsrechtlicher Problematik um. Seine Argumente gehen auf Werte zurück, die auch der Verfassung eignen. Ihre Unbedingtheit ist wie ein Appell zu integraler Positivierung seiner Ordnungsidee aus der Verfassung. Aber auch für den pragmatischen Betrachter ist sie als mögliches subjektives Vorstellungsbild verfassungsgestaltender und -realisierender Kräfte und potentieller objektiver gemeinsamer Nenner wirtschaftsbezogener Verfassungssätze ein hochinteressanter Faktor.

Mehr und mehr aber wandeln die Europäischen Gemeinschaften das Bild erneut<sup>49</sup>. *Franz Böhm*s politische Forderungen wollen auch ihnen gegenüber gelten. Aber sind sie in das Gemeinschaftsrecht, sind sie in die Politik der Gemeinschaften eingegangen? Wie verhalten sich die „Wirtschaftsverfassung“ der Gemeinschaften und der Bundesrepublik zueinander? Wo liegen national- und gemeinschaftsrechtlich und ökonomisch die Grenzen divergierender Entwicklungen in den Gemeinschaften und der

zu Art. 19 Abs. III, Randn. 46 ff). Verwandt in dieser Grundspannung bei anderer Sacheinsicht: *Stern*, Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 14. Jhg. (1961) S. 325 ff; s. ferner etwa *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 183 f, 192 f. Im Sinne naturrechtlicher Postulate *Geiger*, Verfassungsrechtliche Forderungen zur Gestaltung der Wirtschaft? in: Unternehmer-Forderungen an eine neue Wirtschafts- und Finanzverfassung, 1954, S. 75 ff.

<sup>49</sup> S. dazu etwa „Die wirtschaftliche Integration Europas“, Denkschrift des wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium vom 1. Mai 1953, hsgg. vom Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht Frankfurt am Main, 1953; *Ballerstedt*, Nationale und übernationale Marktordnung, 1955; *Röpke*, Gemeinsamer Markt und Freihandelszone, ORDO Bd. 10 (1958) S. 31 ff; *Peter Muthesius*, Euratom und die soziale Marktwirtschaft, ORDO Bd. 10 (1958) S. 115 ff; *Arthur Frey*, Die Montan-Union in der Sicht der Theorien der Wirtschaftssysteme und der Marktformen, 1959; *Eugen Langen*, Marktbeherrschung und ihr Mißbrauch nach Art. 86 des EWG-Vertrages, Studien zum europäischen Wirtschaftsrecht, Heft 2, 1959; *Steindorff*, Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften und das nationale Recht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, 1961, S. 157 ff; *von der Groeben*, Das Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Lichte zweieinhalbjähriger Erfahrung, ebd. S. 49 ff; ders.; Wettbewerbspolitik in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Wirtschaft und Wettbewerb, 11. Jhg. (1961) S. 373 ff; *Behlke* aaO (s. o. Anm. 3), S. 189 ff; *Ophüls*, Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 124. Bd. (1962) S. 136 ff; s. neuerdings die einschlägigen Verhandlungen des 32. Staatswissenschaftlichen Fortbildungskursus der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer mit Referaten von *Much* und *Wirsing* (vgl. den Bericht von *Kisker*, DÖV 17. Jhg. [1964] S. 663 ff [665]).

Bundesrepublik? Diese bewegenden Fragen der Gegenwart führen die Problematik der „Wirtschaftsverfassung“ auf neue Bahnen europäischen Vergleichens und Kooperierens. Sie können hier nicht mehr einbezogen werden. *Franz Böhm* selbst – auch darin einem altliberalen Vorstellungsbild treu geblieben – setzt wohl staatlich geschlossene Wirtschaftsräume voraus, so daß bei ihm weder deren bundesstaatliche Gliederung noch ihr internationales Zusammenwirken zu einem Problem der Wirtschaftsordnung wird.

Radikal würde sich das Bild noch einmal wandeln, wenn Deutschland „wiedervereinigt“ würde<sup>50</sup>. Doch davon braucht nicht gehandelt zu werden; auch nicht davon, welche Ausblicke sich sonst noch bieten. Die Relativität der „Wirtschaftsverfassungs“-Problematik in historischen und regionalen Dimensionen ist auch so evident. Ihre Kategorien zu gewinnen und damit das Pionierzeitalter des „Wirtschaftsverfassungs“-Denkens endgültig zu überwinden, erweist sich als eine Aufgabe auch historischer und vergleichender Reflexion<sup>51</sup>. Die Einzigartigkeit des vom Deutschland der Weimarer Zeit ausgehenden mitteleuropäischen „Wirtschaftsverfassungs“-Denkens mag dem Genius des Ortes und der Zeit zur Ehre gereichen. Aber den, der auf Richtigkeit ausgeht, muß sie zunächst beunruhigen.

## II. Begriffsbildung und -gegenstand

Die Phänomene, die mit den Begriffen „Wirtschaftsverfassung“<sup>52</sup> und „Wirtschaftsordnung“<sup>53</sup> angesprochen werden, bilden einen entmutigend verwirrenden Komplex von Tatsachen und Normen, Beständen und Ab-

<sup>50</sup> S. zum gegenwärtigen Verhältnis zwischen bundesrepublikanischem und sowjetzonalen „Wirtschaftsverfassungsrecht“ z. B. BVerfGE 11, 150, 326; 12, 99.

<sup>51</sup> Historische Ansätze finden sich gelegentlich (z. B. *Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 7 ff u. passim). Aber selbst der intensivste Versuch bei *Ehmke* (Wirtschaft und Verfassung, S. 7 ff) konnte die Fülle der Bezüge nicht annähernd erschöpfen. – Als Aufruf zur Rechtsvergleichung s. *Constantinesco*, La Constitution économique de la République fédérale allemande, Revue économique, 1960, pp. 266 e. s. = Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, Annales universitatis saraviensis, Serie Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Vol. VIII (1960) Fasc. 1/2 S. 107 ff. Auch in dieser Richtung ist wieder *Ehmkes* Beitrag als der bisher bedeutsamste zu bezeichnen. Doch muß er sich in dem Vergleich Westdeutschland – USA erschöpfen.

<sup>52</sup> S. dazu etwa die zusammenfassenden Beiträge von *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1, S. 18 f, 20 ff; *Ballerstedt* aaO S. 3 ff; *Ehmke* aaO S. 7 ff.

<sup>53</sup> S. dazu zusammenfassend etwa *Ritschl*, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, Weltwirtschaftliches Archiv Bd. 65 (1950) S. 218 ff (abgedruckt auch in: *Ritschl*, Grundlagen der Wirtschaftsordnung, 1954, S. 105 ff; s. neuerdings auch *dens.*, Art. „Wirtschaftsordnung“ HDSW 44. Lfg., 1962, S. 189 ff).

läufen, festen und beweglichen Daten<sup>54</sup>, Zusammenhängen und Differenzen, bekannten, ungefähren und unbekanntem Größen: wirtschaftlich relevante tatsächliche Gegebenheiten (Menschen, Güter, Techniken), nichtrechtliche Gesetzmäßigkeiten ihrer Entwicklung (von den reinen Naturgesetzen über die sozialen [sozialpsychologischen] Zwangsläufigkeiten bis zu den Normen der Konvention, Sitte und Ethik) und die spezifisch rechtliche Ordnung. Die sozialen (ökonomischen) Verhältnisse werden durch die Rechtsordnung mit konstituiert und sind insofern von ihr nicht ablösbar. Aber die Herrschaft des Rechts über die sozialen Zustände und Abläufe ist begrenzt, so daß das Recht diese voraussetzen und hinnehmen muß. Die rechtliche Ordnung der Wirtschaft ist schließlich in sich selbst ein vielgliedertes und -kombinierter Komplex aus Normen und Rechtsverhältnissen verschiedener Geltungskraft, wechselseitiger Zuordnung, Effektivität und ökonomischer Relevanz.

Von all dem wurde nun allzuviel – vom Gesamtkomplex bis zu engsten Teilzusammenhängen verschiedenster Gattung – als „Wirtschaftsverfassung“ oder „Wirtschaftsordnung“ hervorgehoben. So stellt sich die Frage nach der wissenschaftlichen Nützlichkeit dieser Begriffe und – vornehmlich hinsichtlich der „Wirtschaftsverfassung“ – nach ihrer politischen Unbedenklichkeit<sup>55</sup>. Selbst im Werk *Franz Böhm*s variiert der Sinn dieser Vokabeln, wobei gegenständlich die Konzentration auf den Ablauf des Gütermarktes<sup>56</sup>, qualitativ die Zusammenfassung rechtlicher und wirtschaftlicher Gesetze<sup>57</sup> typisch ist, während ihm doch für die „Wirtschaftsverfassung“ als rechtlich-ökonomische Grundentscheidung<sup>58</sup> eine rechts-

<sup>54</sup> Der Begriff des „Datums“ ist, wenn er hier gebraucht wird, grundsätzlich *nicht* im engeren spezifischen Sinne *Euckens* zu verstehen (s. dazu *Eucken*, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl. 1950, S. 93, 127 ff, 143 ff, 156 ff, 179, 211, 262 ff; ders., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952, S. 287 f, 277 f).

<sup>55</sup> Scharf ablehnend *Ehmke* aaO S. 7 ff insbes. S. 11 f m. N. 26. Dagegen *Mestmäcker*, Wirtschaft u. Verfassung, DÖV 17. Jhg. (1964) S. 606 ff (608). Zur herrschenden Begriffsvielfalt s. a. *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 21 f.

<sup>56</sup> Der Ton liegt auf „Ablauf“ ebenso wie auf „Gütermarkt“. Ein weiteres institutionelles Ausholen fällt auf in „Wettbewerb und Monopolkampf“ S. 124 f. Weit auch „Die Wirtschaftsordnung als Zentralbegriff“ S. 8: „Wirtschaftsordnung in diesem Sinne ist das Gesamtsystem aller Rechtsgrundsätze und Rechtseinrichtungen, deren Bestimmung es ist, die wirtschaftlichen Handlungen aller in einer arbeitsteiligen Wirtschaft Tätigen aufeinander abzustimmen und zu einem für die Gemeinschaft nützlichen, produktiven Gesamteinsatz zusammenzufassen“. An die Stelle der gegenständlichen Beschränkung tritt hier eine nach dem Zweck. – Ganz allgemein ist zu sagen, daß die aufgezeigten Beschränkungen des Gegenstandes bei *Böhm* viel weniger erklärt als praktiziert werden.

<sup>57</sup> S. insbes. Wettbewerb und Monopolkampf, S. 318 ff; Die Wirtschaftsordnung als Zentralbegriff; dann ständig.

<sup>58</sup> Wettbewerb und Monopolkampf, S. 107 f, 127 ff, 318 ff; Die Ordnung der Wirtschaft, S. 39 ff, 55 ff. S. a. die Einleitung der Herausgeber hierzu, S. 19 f.

normative Manifestation wichtig ist<sup>59</sup>. Die Frage einer präzisen und sinnfälligen Nomenklatur<sup>60</sup> ist jedoch sekundär und einer isolierten Entscheidung weder fähig noch bedürftig. Je klarer die Sache selbst in Unterscheidungen und Zusammenhängen gesehen wird, desto eher ergeben sich überzeugende terminologische Lösungen wie von selbst.

*Böhm* hat auf einen *expressis verbis* kaum verkannten, der Sache nach umso öfter übergangenen Gesichtspunkt aufmerksam gemacht, der für den Gebrauch des Begriffselements „Wirtschaft“ sehr bedeutsam ist: die Wirtschaft ist ein Sach- und Funktionenzusammenhang, nicht eine Personengruppe<sup>61</sup>. Was als „die Wirtschaft“ gelegentlich besonders organisiert, privilegiert, belastet oder sonstwie geordnet wird, ist stets ein engerer Kreis von Wirtschaftsbeteiligten<sup>62</sup>. Der Kreis aller Wirtschaftsbeteiligten wird als Gemeinschaft nur kraft der allgemeinen Rechtsordnung faßbar, welche die Wirtschaft als Sach- und Funktionenzusammenhang mit konstituiert<sup>63</sup>. „Wirtschaftsverfassung“ oder „Wirtschaftsordnung“ schlechthin ist daher der auf die Wirtschaft als Sach- und Funktionenzusammenhang bezogene Teil einer allgemeinen Gemeinschafts-, insbes. also der Staatsverfassung und Staatsordnung. Ist damit aber die „Verfassung“ oder „Ordnung“ einer engeren Gemeinschaft von Wirtschaftenden gemeint, so hat der Begriffsgegenstand Teilcharakter – personell in bezug auf die allgemeinere Staats- und Rechtsgemeinschaft, sachlich in bezug auf den gesamten Sach- und Funktionenzusammenhang der Wirtschaft. Ihn *pars pro toto* zu nennen, kann nur erlaubt sein, wenn der integrierende Gesamtbezug nicht unterschlagen wird und die Auswahl angemessenen Maßstäben folgt. Parallele Schwierigkeiten bestehen, statt der Wirtschaftenden die Gegenstände, Mittel und Funktionen des Wirtschaftens – „das Wirtschaften“ – aus der Summe der sozialen Beziehungen auszufiltern und als solche einer „Wirtschaftsordnung“ zu unterstellen. Immer nur einzelne Bereiche werden so kraft ihrer ökonomischen Relevanz als „Wirtschaft“ faßbar. Und auch für sie und ihre Additionen muß der Versuchung, sie *pars pro toto* zu nennen, mit Bewußtheit und Differenz begegnet werden. „Wirtschaftsverfassung“ und „Wirtschaftsordnung“ sind also Teilordnungen, deren Gegenstand aus dem Objekt der Gesamtordnung nie vollständig und endgültig, sondern nur exemplarisch schwerpunktartig, nach dem Grad der ökonomischen Relevanz ausgesondert werden kann.

<sup>59</sup> Wettbewerb und Monopolkampf, S. 127 f, 318; Die Ordnung der Wirtschaft, S. 39 ff, 87 f, 92 ff; s. a. oben Anm. 27. – Allgemeiner die Stellungnahme zum Begriff der „Wirtschaftsordnung“ im Sinne *Euckens* im Vorwort zu *ORDO* Bd. 12, S. 42 f.

<sup>60</sup> S. die guten Vorschläge bei *Badura* aaO S. 289 Anm. 25.

<sup>61</sup> Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, S. 142, 144.

<sup>62</sup> Z. B. die Produzenten, diese und die Verbraucher, oder die Produzenten und ihre Arbeitnehmer.

<sup>63</sup> Zu eng daher: Die Ordnung der Wirtschaft, S. 67.

Wie vieldeutig andererseits auch der Begriff der „Verfassung“ sein mag, so ist ihm doch allemal wesentlich, daß er einem Gemeinwesen zugeordnet ist<sup>64</sup>. „Wirtschaftsverfassung“ kann also nur die sachlich spezielle Teilverfassung eines sich nicht im Wirtschaftlichen erschöpfenden Gemeinwesens oder – unter unzulässiger Sinnedrehung des Elementes „Wirtschaft“ – die Verfassung eines Gemeinwesens von Wirtschaftenden sein<sup>65</sup>. Es kann wegen der die Wirtschaft als faßbare Sach- und Funktionseinheit konstituierenden Bedeutung des Rechts auch nicht sinnvoll sein, den Begriff der „Verfassung“ im Rahmen der „Wirtschaftsverfassung“ seinem Gemeinwesenbezug zu entfremden<sup>66</sup>. Allenfalls in einem ganz „natürlichen“ Sinn ließe sich daran denken, die „Wirtschaftsverfassung“ auf den Zustand einer amorphen Gesellschaft von Wirtschaftenden zu beziehen. Doch selbst dabei kann nicht außer Betracht bleiben, daß dieser Zustand nicht ohne rechtliche Elemente begriffen werden kann<sup>67</sup>. So müßte denn dies übersehen oder der Staat zugunsten dieser amorphen Gesellschaft als Zurechnungspunkt des Rechts abgedankt<sup>68</sup> und die immer irgendwie auch ökonomische Relevanz der Staatsgebundenheit aller Wirtschaftenden geleugnet werden, um den wesentlichen Bezug auch nur einer „natürlichen Wirtschaftsverfassung“ zur Staats- und Rechtsgemeinschaft zu lösen. Im übrigen scheint es zwar primär eine Frage der Bildung und Kritik des Verfassungsbegriffs<sup>69</sup>, in welchem Sinne von „Wirtschaftsverfassung“ gesprochen werden darf. Doch ergibt die Kombination mit dem Begriff der Wirtschaft immer wieder spezifische Probleme.

Wird anstatt von „Wirtschaftsverfassung“ von „Wirtschaftsordnung“ gesprochen, so entfällt die Möglichkeit verengenden Verständnisses im Sinne von Grundnorm und Elementarentscheidung ebenso wie die naiver Zustandsschau im Sinne des „natürlichen“ Verfassungsbegriffes. Das Element der Gesetzmäßigkeit tritt stärker hervor. Aber dieses reicht vom Sein zum Sollen<sup>70</sup>, vom Naturgesetz zum Recht und schließt potentiell den kritischen Bereich „natürlicher“ – naturrechtlicher – Sollensordnung ein, in dem naturalistische Bejahung und Unterwerfung im Widerstreit

<sup>64</sup> S. z. B. *Krüger*, Art. „Verfassung“, HDSW Bd. 11, 1961, S. 72 ff.

<sup>65</sup> S. Die Ordnung der Wirtschaft, S. 12, 40 ff.

<sup>66</sup> Gegen ein „Wirtschaftsverfassungs“-Denken von der Gesellschaft her s. insbes. *Ehmke*, aaO passim (z. B. S. 23 ff, 37 ff).

<sup>67</sup> S. a. den Begriff der Wirtschaftsverfassung im politisch-soziologischen Sinn bei *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 21.

<sup>68</sup> Unklar: Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 112 ff.

<sup>69</sup> S. dazu immer noch *C. Schmitt*, Verfassungslehre 1928 (mehrfach neu gedruckt), S. 1 ff; s. a. *Scheuner*, Art. Verfassung in: Staatslexikon (6. Aufl. 1963) Bd. 8, Spalte 117–127.

<sup>70</sup> Selbst dort, wo das „Ordnungsbild“ in den Rahmen der Verfassungsinterpretation gestellt wird; vgl. dazu *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 226 Anm. 264.

liegen zu der Verantwortung des Menschen, sich die Erde untertan zu machen. So ist eine zwingende Beziehung der „Wirtschaftsordnung“ zum staatlichen Recht nur gegeben, soweit diesem „Ordnungsinstrument“ Raum gegeben wird. Die Beziehung zur staatlichen Gemeinschaft an sich ist ähnlich reduziert und relativ.

Während nun für die Zustandsschau im Sinne einer „natürlichen Wirtschaftsverfassung“ und die Ordnungsschau im Sinne der „Wirtschaftsordnung“ im wesentlichen – immer noch – Aufgaben inhaltlicher Systematik und Dogmatik anstehen, geht es für das spezifische Element des Rechts schon in diesem vordergründigen Bereich begrifflicher Einordnung um mehr. Die Rechtsordnung der Wirtschaft ist enger als die „Wirtschaftsordnung“ schlechthin, integriert sie aber gleichwohl mit<sup>71</sup>. Sie ist weiter als das herkömmliche „Wirtschaftsrecht“<sup>72</sup>, das nur Schwerpunkte aus ihrem real unausscheidbaren Anteil am Gegenstand des ganzen Rechts meint. Sie wäre mit dem Begriff der „Wirtschaftsregulierung“<sup>73</sup> oder gar der „Intervention“ zu einseitig – zu sehr von der gezielten Ablaufsteuerung her – gekennzeichnet. Die Rechtsordnung der Wirtschaft schließlich als „Wirtschaftsverfassung“ zu benennen<sup>74</sup>, unterstellt die Möglichkeit einer Analogie von dem Verhältnis zwischen Verfassung und Gemeinwesen (bzw. seiner rechtlichen Ordnung) zu dem Verhältnis zwischen Recht und Wirtschaft – eine Möglichkeit, die in Wahrheit nicht besteht, zudem würde der Begriff der „Verfassung“ verbraucht, obwohl er gerade in der Spannung Recht – Wirtschaft in speziellerem Sinne benötigt wird.

Dieser spezifische Platz der „Wirtschaftsverfassung“ ist dort, wo die wirtschaftsordnenden Rechtsnormen den Rang des Verfassungsrechts einnehmen<sup>75</sup>. Dies zu sagen, gilt offenbar als positivistisch und allzu einfach – gleichsam als unfein –, seit von „Wirtschaftsverfassung“ gesprochen wird; ebenso wie unter allen Entstehungsgründen des „Wirtschaftsverfassungs“-Denkens am meisten der Gesichtspunkt der neuen materiellen Aufgabe des Verfassungsrechts im nachmonarchischen deutschen Verfassungsstaat vernachlässigt wird. Dabei wird die Verfassungsnorm verfehlt<sup>76</sup>, ja von Anfang an gemieden, wenn nicht bewußt überspielt. Dabei wird die spezifische rechtliche und soziale Mächtigkeit des Verfassungs-

<sup>71</sup> Gegen Identifikation von Rechtsordnung und Wirtschaftsordnung z. B. *Eucken*, Grundlagen der Nationalökonomie, S. 53 f, 238 ff.

<sup>72</sup> S. o. Anm. 12.

<sup>73</sup> *Ehmke* aaO S. 42.

<sup>74</sup> S. z. B. *Ritschl*, Art. „Wirtschaftsordnung“ aaO S. 189; *Rapold* aaO S. 146 ff (Wirtschaftsverfassung im weiteren Sinn).

<sup>75</sup> S. o. Anm. 46 und 48; insbes. – je aaO – *Geiger* (S. 81 f), *Rapold* (S. 147), *Stern* (S. 326 ff), *Müller* (S. 18 f); ferner den Begriff des formellen Wirtschaftsverfassungsrechts bei *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 28 (ff). Kritisch dazu insbes. *Badura* aaO S. 317 f.

<sup>76</sup> *Ehmke* aaO S. 13.

rechts ignoriert<sup>77</sup>. Schließlich aber bleibt der mehrdeutige Einsatz des Verfassungsbegriffs dann doch eine ständige Versuchung, diese rechtliche und soziale Macht des Verfassungsrechts für Ordnungsziele in Anspruch zu nehmen, die als „Wirtschaftsverfassung“ des Nachweises höherrangiger normativer Kraft zunächst nicht zu bedürfen scheinen<sup>78</sup>.

Sobald der Begriff der „Wirtschaftsverfassung“ auf den Ansatz im Verfassungsrecht verzichtet<sup>79</sup>, wird er gefährdet und gefährlich. Welche Rechtssätze sollen als „eigentliche Wirtschaftsverfassung ein in sich geschlossenes System von Normierungen“<sup>80</sup> bilden? „Es sind nämlich solche Rechtssätze“, lautet die Antwort, „die eine rechtliche Regelung des Sozialbereiches Wirtschaft darstellen, und von diesen wiederum diejenigen, die einen grundlegenden Charakter haben. Was in diesem Sinne grundlegend ist, bestimmt sich vom Lebensbereich der Wirtschaft her“<sup>81</sup>. Eine Fülle der Bedenken erhebt sich. Ordnet das Recht die Wirtschaft, so muß es das tun, wie es *seinem* Wesen entspricht. Will es gewisse Grundsätze besonders hervorheben und stabilisieren, so kann es diese, wie eben in der rigiden Verfassung, erstarren lassen und rechtlich absichern. Sollen ökonomische Wertungen rechtlichen Niederschlag finden, so ist das der Weg dazu. Wird er nicht beschritten, so bleibt die Wertung *rein* ökonomisch. Sie ist am Recht nicht nur nicht abzulesen. Sie ist gerade auch nicht in jenem Maße sozial entschieden, in dem das Recht Entscheidungen trifft. Sie ist nicht (endgültig) aus dem Raum – wissenschaftlicher oder politischer – Subjektivität gehoben. Wird sie dennoch – zudem unter dem Titel der „Verfassung“ – nicht nur an das Recht heran-, sondern in das Recht hineingetragen, so ist die Gefahr des Mißverständnisses – in dieser oder jener Richtung – unvermeidlich.

Praktisch wird regelmäßig die volle Sach- und Funktionsgesamtheit der Wirtschaft und ihre komplexe fast universale Interdependenz mit dem Recht zugunsten besonderer Gruppen und Sachzusammenhänge verkürzt. Die besondere (berufsständische, wirtschaftsdemokratische) Organi-

<sup>77</sup> S. dazu etwa *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 75 ff; *Hesse*, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL Heft 17, 1959, S. 10 ff (12 ff, 48 f); *ders.*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, insbes. S. 7 ff.

<sup>78</sup> Dies wird von *Mestmäcker* (aaO S. 608) zu gering veranschlagt.

<sup>79</sup> Zu *Böhm* s. o. Anm. 26 f. S. ferner *Strauß*, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, 1952, insbes. S. 6; *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1, S. 18 f, 27 f und passim („Wirtschaftsverfassung“ im materiellen Sinn); *Partsch*, Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, ORDO Bd. VI (1954) S. 19 ff (S. 22); *Scheuner*, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, S. 18 f; *Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 43 (der aber – Anm. 115 – immerhin anerkennt, daß die verfassungsrechtliche Garantie besondere Bedeutung hat); *Badura* aaO S. 316 ff; *Rincke*, Wirtschaftsrecht, insbes. S. 18 ff, 33 ff. S. a. die Nachweise zum Folgenden.

<sup>80</sup> *Scheuner* aaO S. 18.

<sup>81</sup> *Badura* aaO S. 316 f.

sation von Wirtschaftenden<sup>82</sup> – sei es im Sinne gesamtpolitischer Mitverantwortung<sup>83</sup>, sei es im Sinne von Selbstverwaltung<sup>84</sup> –, die Ordnung des Marktes<sup>85</sup>, die Verteilung und der Inhalt des Eigentums („Eigentumsverfassung“), die Struktur der Unternehmen („Unternehmensverfassung“) u. a. m. werden als Gegenstände jeweils *der* „Wirtschaftsverfassung“ (oder „Wirtschaftsordnung“) verselbständigt und aufgewertet. Bedenklicher Optimismus unzulässiger Vereinfachung stellt sich ein. Je enger und geschlossener der zu Unrecht mit dem Ganzen identifizierte Teilbereich ist, umso eher scheinen klare grundsätzliche Lösungen möglich, denen man Verfassungscharakter beizulegen geneigt ist. Je weiter dagegen der Bereich der Beobachtung und Ordnung gespannt ist, desto mehr entziehen sich Verschiedenheiten und Interdependenzen dem einheitlichen Prinzip. Massive „Wirtschaftsverfassungs-“Prinzipien werden so nicht selten auf Kosten der Gesamtschau des überreichen Problemkomplexes entwickelt.

Eine mögliche Konsequenz ökonomischer Qualifikation der „Wirtschaftsverfassung“ ist, „die Wirtschaft“ in die Rolle des „Verfaßten“, letztlich des Subjekts der „Wirtschaftsverfassung“ zu versetzen<sup>86</sup>. Dadurch wird der notwendige und integrierende Teilcharakter jeder „Wirtschaftsverfassung“ in Bezug auf die staatliche Gemeinschaft und ihr Recht wenigstens verzeichnet, wenn nicht unterdrückt. Ein Nebeneinander von „Wirtschaftsgemeinschaft“ und „politischer Gemeinschaft“ leugnet die Einsicht, daß jene sich letztlich nur über diese konstituiert.

Auf der anderen Seite verleiten gewisse Vorstellungen, die mit dem Begriffselement „Verfassung“ selbst verbunden werden, zur Vereinfachung. Wird das Wesen der Verfassung statt im Rechtlich-Normativen in der politischen Dezision gesehen<sup>87</sup>, verlangt das nach einfachen Formeln

<sup>82</sup> Zur Organisation der Wirtschaft als Teil der „Wirtschaftsverfassung“ s. *Reuß*, Die Organisation der Wirtschaft, in: *Bettermann-Nipperdey-Scheuner*, Die Grundrechte, Bd. 3, 1. Halbband, 1958, S. 91 ff (94 ff); *E. R. Huber*, Selbstverwaltung der Wirtschaft, 1958, insbes. S. 19 ff; je m. w. Nachw.

<sup>83</sup> In diesem Sinne insbes. *Forsthoff*, Wirtschaftsverfassung im Rahmen der Gesamtverfassung, in: Ratgeber von Parlament und Regierung, 1951, S. 127 ff (134 ff). Zur Diskussion im Anschluß an Art. 165 Abs. 2 ff RV 1919 s. o. Anm. 14 und 19.

<sup>84</sup> Vgl. *E. R. Huber* aaO; s. a. *Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 24 ff.

<sup>85</sup> So typisch bei *Böhm* und anderen Autoren des Neoliberalismus. S. o. Anm. 29 ff. Dazu, daß „Marktverfassung“ noch keine Wirtschaftsverfassung ist. s. a. *Ballerstedt* aaO S. 13.

<sup>86</sup> So die sehr anspruchsvolle und fördernde, aber doch unvollständige Theorie *Ballerstedts* (Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 9 f, 18 ff, 47 f). Anklänge auch bei *Leisner* (Grundrechte und Privatrecht, S. 178 ff). Zu *Ballerstedt* s. insbes. auch *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, S. 36 ff.

<sup>87</sup> So der bekannte Verfassungsbegriff *Carl Schmitts*. Daran für die „Wirtschaftsverfassung“ anknüpfend insbes. *Böhm* (s. o. Anm. 58) und *Eucken* (Grundlagen der Nationalökonomie, S. 52 f, 240 f). S. dazu *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 24 ff; *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, S. 8 ff.

auch für die „Wirtschaftsverfassung“. So wie das dezisionistische Verfassungsdenken auf einen „Rassismus“ der politischen Systeme zuführt, ist ihm ein integralistisches wirtschaftspolitisches Modelldenken verwandt. Die Verbindung beider führt dazu, den Verfassungsbegriff reduktiv zu materialisieren: nur die Grundentscheidung für ein in sich geschlossenes Wirtschaftssystem (verbürgt das geforderte Maximum an definitivem Dezisionsgehalt und) erscheint so als „Wirtschaftsverfassung“<sup>88</sup>. Umgekehrt ist diese Grundentscheidung eine „Wirtschaftsverfassung“ auch dann, wenn sie nicht in der Verfassung im rechtsnormativen Sinn getroffen ist. Ökonomische Theoreme werden so auf die Bahn rechtlich überwertiger Positivierung gebracht<sup>89</sup>, von der die modell-theoretischen Unterstellungen im Rahmen des Grundgesetzes<sup>90</sup> nicht allein, aber eindrucksvoll zeugen.

Die möglichen und historischen Irrungen der „wirtschaftsverfassungs“-theoretischen Terminologie können hier nicht vollständig aufgezählt werden<sup>91</sup>. Doch dürfte deutlich sein, daß ihnen bedeutsame Sachfragen entsprechen. Aber auch die positive Lösung kann hier nicht ausgezeichnet werden. Die Konzentration der Begriffskritik auf die Kategorie des formellen Verfassungsrechts, der wechselseitig integrierenden und notwendig teilhaften Zuordnung von Wirtschaftsrecht und -verfassung zu staatlicher Rechtsordnung und staatlicher Verfassung und die reale Unausscheidbarkeit des Gegenstands der „Wirtschaftsverfassung“ aus dem Gegenstand der Staatsverfassung wirft neue Fragen auf<sup>92</sup>. So wird vor allem neu nach der Einteilbarkeit des Rechts in ökonomisch zentrale und periphere, grundsätzliche und sekundäre Regelungen wirtschaftlicher (wirtschaftlich relevanter) Vorgänge Ausschau gehalten werden müssen, nachdem sich der Gesichtspunkt der „Wirtschaftsverfassung“ als zu wenig geeignet dafür erwies.

<sup>88</sup> Einleitung der Herausgeber zu „Die Ordnung der Wirtschaft“ S. XIX f; *Böhm* das. S. 57 f; später verwandt die Alternative Rechtsstaat oder Wohlfahrtsstaat: Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 167 f. Zum integralistischen „Wirtschaftsverfassungs“-Denken *Böhms* s. a. *Ballerstedt*, S. 7 f. Vgl. ferner *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 379 f. Verwandt *Strauss*, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, S. 13. Immerhin im Sinne einer Vermutung für Grundtypen auch im Kompromißsystem: *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 19. – Ähnlich *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 188 insbes. Anm. 171 a. – S. dazu kritisch: in weiterem Rahmen auch *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 577 f.

<sup>89</sup> S. z. B. *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 255, 307.

<sup>90</sup> S. o. Anm. 43 und 48.

<sup>91</sup> Weitere sehr interessante Hinweise s. etwa bei *Badura* aaO S. 318 mit Anm. 13.

<sup>92</sup> Nicht zuletzt ist an die lehr- und darstellungstechnischen Schwierigkeiten zu denken, die mit der Einsicht der gegenständlichen „Offenheit“ der Rechtsordnung der Wirtschaft und ihrer „Wirtschaftsverfassung“ zur übrigen (ganzen) Rechtsordnung und zur übrigen (ganzen) Verfassung hin entstehen.

### III. Das Methodenproblem der Wirtschaftsverfassung

Die innere Vielfalt des Gesamtkomplexes der „Wirtschaftsverfassung“, deren Sachgegenstand so weit reicht wie die mögliche Rechtsordnung der Wirtschaft schlechthin, bedingt eine Vielfalt sachadäquater Methoden seiner Bewältigung. Die Fragestellung führt nicht nur die Rechts- und Wirtschaftswissenschaften zusammen. Sie reicht weit darüber hinaus in Disziplinen der Soziologie, der Statistik, der Naturwissenschaften und der Mathematik, der Geschichte, der Philosophie<sup>93</sup> u. a. m.<sup>94</sup>. Aber auch die Rechts- und Wirtschaftswissenschaften sind keine in sich geschlossenen Blöcke von Methoden und Kunstlehren. So erwächst sekundär ein Komplex von Problemen der Methodenauswahl, -abgrenzung und -verweisung, der in summa etwa die Frage nach der spezifischen Methode einer Theorie der „Wirtschaftsverfassung“ – und in einer in der Relation zwischen Verfassung und Recht verschobenen Sicht: einer Theorie des Wirtschaftsrechts – abgibt<sup>95</sup>. Dicht daneben stehen die technischen Alternativen von Einzelarbeit und Teamarbeit, von Polyhistor und Dilettant, die mehr und mehr zu Lebensfragen wissenschaftlich entwickelter Wirtschaftspolitik im Rechtsstaat werden. Die Heranbildung von Fachleuten der beteiligten Disziplinen, die sich über die wechselseitig offenen Anschlussfragen möglichst lückenlos verständigen können, ist ein bedeutsames Problem der Bildungspolitik, dessen gegenwärtige Vernachlässigung finstere Schatten wirft.

*Franz Böhm* hat immer auf die Notwendigkeit der Kooperation zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaften aufmerksam gemacht<sup>96</sup>. In ihm selbst freilich mußte der Zustand der Wissenschaft und der Anspruch der Zeit zuerst das Talent zu schöpferischer Gesamtschau und positiver Lösung alarmieren, womit die Wissenschaft immer wieder nicht nur in eine wegweisende soziale Rolle eintreten, sondern gleichsam sich selbst voranschreiten muß. Umso mehr verpflichtet sein Werk, sich in beruhigter Zeit der methodischen Besinnung erneut zu widmen. Der Weg kann auch

<sup>93</sup> *Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 2 f (Anm. 3), will die Philosophie einschalten, weil ohne sie „der Methodenpluralismus in Willkür ausarten müßte“. Gewiß kann die Philosophie bedeutsame methodische Hilfen bieten. Zunächst aber muß sie ihren Beitrag zur Sacheinsicht selbst leisten.

<sup>94</sup> So z. B. *Liefmann-Keil*, Einführung in die politische Ökonomie, 1964, S. 254.

<sup>95</sup> Der wohl wichtigste Beitrag: *Raiser*, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem.

<sup>96</sup> Vgl. Der Kampf des Monopolisten gegen den Außenseiter als wettbewerbsrechtliches Problem, S. 19 f; Wettbewerb und Monopolkampf, S. IX f und passim; Die Wirtschaftsordnung als Zentralbegriff, S. 3 f; Die Bedeutung der Wirtschaftsverfassung für die politische Verfassung, S. 142; Die Idee des ORDO, S. L; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat. S. a. die Einleitung der Herausgeber vor „Die Ordnung der Wirtschaft“, S. XX f. Gegen die Abneigung der Juristen, sich in einer zweiten Wissenschaft einzuarbeiten: Rechtsstaat und sozialer Wohlfahrtsstaat, S. 125.

hier nicht der Vereinfachung sein<sup>97</sup>. Vielmehr kann nur über die redliche Ausbreitung der Vielfalt die Einheit erfolgreich gesucht werden<sup>98</sup>. Es gilt, gemeinsame Kategorien für die verschiedenen Betrachtungsgegenstände und Betrachtungsweisen zu gewinnen<sup>99</sup>. Daß dabei neue Gefahren der Vereinfachung lauern, bedarf etwa im Blick auf die „sozialrechtliche Schule“ keiner Betonung<sup>100</sup>. Und scheint es auch abgetan, mit *Max Weber*<sup>101</sup> zwischen dem Recht als „einem Kosmos logisch als ‚richtig‘ erschließbarer Normen“ und „einem Komplex von faktischen Bestimmungsgründen realen menschlichen Handelns“ zu unterscheiden, um diesen in die soziologische und wirtschaftstheoretische Betrachtungsweise hineinzu nehmen – denn wie sollte dieser Komplex von Bestimmungsgründen anders existieren denn als ein Kosmos logisch als „richtig“ erschließbarer Normen, also seinem Wesen gemäß –, so macht sich doch Verlegenheit auf die Frage hin breit, wie besser denn das Verhältnis von Recht und Wirtschaft seither durchdrungen worden sei. Aber es scheint wichtiger, die Schwierigkeiten zu sehen, als an ihnen vorbeizugehen.

Ich habe an anderer Stelle der Zusammenarbeit zwischen den Rechts- und Wirtschaftswissenschaften einige Umrisse abzugewinnen versucht<sup>102</sup>. Dieses Bild zu vervollständigen, ist hier nicht der Ort. Soviel scheint deutlich und muß genügen: nicht darum geht es, vorhandene Methoden gegen neue auszutauschen; vielmehr müssen die vorhandenen Methoden auf ihre Grenzen, ihr Ergänzungsbedürfnis und ihre Kontaktmöglichkeiten hin gesehen, so zu anderen methodischen Bereichen hin geöffnet und für die Kooperation erschlossen werden. Die Bereinigung und Entfaltung der bekannten Methoden kann das logische Problem der „Wirtschaftsverfassung“ gewiß nicht erschöpfen; sehr vieles ist jedoch nur und schon damit zu leisten.

<sup>97</sup> Zu Recht gegen die „interessante Verkürzung“ des Prozesses der Trennung der Staatswissenschaften bei *Eucken: Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*, S. 7 f.

<sup>98</sup> Den derzeit neuesten und bedeutsamsten, wengleich experimentellen Beitrag stellen die Verhandlungen auf der Arbeitstagung des Vereins für Socialpolitik in Würzburg 1963 über „Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik“ (*Schriften des Vereins für Socialpolitik*, n. F. Bd. 33, 1964) dar.

<sup>99</sup> *S. Raiser* aaO S. 184 und ff. – Befruchtend hier zu vergleichen der Versuch *Nawiaskeys*, den – gleichen – Staat ideal, sozial und rechtlich zu sehen (s. *Nawiaskey*, *Allgemeine Staatslehre*, insbes. Teil 1, *Grundlegung*, 1945).

<sup>100</sup> S. o. Anm. 11.

<sup>101</sup> *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4. Aufl. 1. Halbbd. 1956, S. 181 f.

<sup>102</sup> S. o. Anm. 98, S. 172 ff; noch wichtiger ist mir, was ich in der Diskussion hierzu gesagt habe (s. den Bericht von *Raiser* S. 189 ff [S. 231 ff]). Ich hoffe, an anderer Stelle wieder darauf zurückkommen zu können. Eine Vertiefung hier müßte das Vorhaben, die verschiedenen Richtungen in *Franz Böhm's* „wirtschaftsverfassungs“-theoretischem Schaffen mit sichtbar werden zu lassen, vereiteln.

Von dem hier leitenden normativen Verständnis der „Wirtschaftsverfassung“ her erscheint es wesentlich, den so angesprochenen Komplex juristisch und zwar rechtsfindend, im Kern interpretatorisch angehen zu können und anzugehen. Die Dogmatik des Verfassungsrechts kann dieser Aufgabe nicht gerecht werden, wenn sie einseitig von der statischen Norm ausgeht, sie mit den herkömmlichen Mitteln der Interpretation ausmünzt und – da diese in ihrer legalistischen, handwerklichen Verkürzung weithin hilflos lassen und objektivem wie subjektivem Mißbrauch offen stehen – schließlich der Verfassung vorgefundene, vorgefaßte und vorgestellte Problemlösung mehr oder weniger bewußt oder unkontrolliert unterstellt. Die Auslegung des Grundgesetzes auf eine „Wirtschaftsverfassung“ hin – und zwar nicht nur in den großen theoretischen Konzeptionen, fast mehr noch in den unüberschaubaren Rückgriffen auf „Wirtschaftsverfassungs“-Prinzipien in oft kleinen und kleinsten Entscheidungsbereichen – legen beredtes Zeugnis davon ab. Alles kommt daher auf den richtigen Ausgang vom Problem an<sup>103</sup>. Die Norm der Verfassung ist in der vielfältigen Herausforderung der Sache, des politischen Wollens, des Rechts vor und nach, über und unter ihr und in der Last ihres Wesens als Rechtssatz, als geschriebenes Wort im geschriebenen Gesetz oder als ungeschriebener Satz neben ihm zu sehen. Je intensiver dieser Problembereich der „Wirtschaftsverfassung“ mit seiner permanenten Aktualität, dem Volumen, der komplexen Natur und vor allem der stetigen Wandelbarkeit und Wandlung von Substanz und Erkenntnis ökonomischer Ideal- und Realfaktoren und der Spannung zwischen gegenständlicher Spezialität und Universalität, Bindungs- und Freistellungswillen der Verfassung ausgeleuchtet ist, desto gültiger kann die Auskunft des Interpreten sein. Damit aber entwickelt die Verfassungsinterpretation ein Informationsbedürfnis, in dem Dilettantismus notorisch scheitern muß. Die Vervollkommnung der eigenen Methode führt so zur bewußten Sicht auf andere methodische Bereiche und letztlich zur methodischen Kommunikation<sup>104</sup>.

In der Sache selbst wird vieles klarer und verständlicher beobachtet, wenn nicht konventionell an der Norm, sondern am Problem als solchem angesetzt wird. Das kann hier nicht exemplifiziert werden. Wegen ihrer großen und allgemeinen Bedeutung sei jedoch auf die juristischen Auswirkungen der Dynamik der ökonomischen Sachverhalte hingewiesen<sup>105</sup>. Es

<sup>103</sup> Zur Methode des Problem Denkens im Verfassungsrecht statt aller anderen *Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL Heft 20, 1964, S. 53 ff m. w. Nachw.; *Zippelius*, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1962, so insbes. S. 79 ff.

<sup>104</sup> Zu einem bestimmten Stand der Wirtschaftswissenschaften als Voraussetzung für das Aufkommen eines Wirtschaftsverfassungsdenkens überhaupt s. *Ballerstedt* aaO S. 13.

<sup>105</sup> Dazu, daß die „Wirtschaftsverfassung“ mit der historischen Situation verknüpft und auf ihren Wechsel einzustellen ist, s. z. B. *Raiser* aaO insbes. S. 200; *Strickerodt*, Die Idee der Wirtschaftsverfassung als Gestaltungs- und In-

ist absurd – politisch, rechtlich und ökonomisch ungeschichtlich –, auf die Probleme des Mangels wie des Wohlstandes, des Krieges (und seiner Folgen) wie der friedlichen Entwicklung, des Wachstums wie der Schrumpfung, der Unterbeschäftigung wie der Vollbeschäftigung, des Struktureinbruchs wie der Kontinuität, der (politisch vorweg entschiedenen) nationalen wirtschaftlichen Isolierung wie der internationalen Verflechtung und Freizügigkeit von den gleichen Verfassungsnormen die gleichen Antworten zu erfragen. Nur eine Verfassung, die ein „Zeitgesetz“ wäre, könnte hier geschlossen interpretiert werden. Ist die Verfassung auf Dauer bedacht, muß sie offen bleiben, um ihre Werte auch in veränderten Situationen realisieren zu können. Dabei muß kalkuliert werden, für welche Amplitude der Entwicklung die Verfassung gelten und wann sie dem Notstand weichen will. Aber es ist unter vielen Gesichtspunkten bedenklich, die Verfassung in der Problemarmut der Prosperität zu etablieren und für Schwierigkeiten von vornherein auf verfassungs-verdrängendes Notstandsrecht zu setzen. War – um konkret zu werden – die „Wirtschaftsverfassung“ des Grundgesetzes zunächst da, um der Not der Nachkriegszeit zu steuern, wurde sie dann allmählich aus der Überzeugungskraft des Erfolges der eingeschlagenen Politik heraus geschrieben, so darf sie jetzt weder den Erfolg der Politik mit deren Grundsätzen und Methoden verwechseln und diese sanktionieren, noch sonst auf dem Weg zu diesem Erfolg verharren. Sie muß die Prosperität – ihre Erhaltung, ihre Insuffizienzen, ihre Gefahren, ihre Möglichkeiten – nunmehr als ihr Problem erkennen<sup>106</sup>. So könnte die „Wirtschaftsverfassung“ der Gegenwart als die „Wirtschaftsverfassung des Überflusses“ geschrieben werden<sup>107</sup>. Aber eben nur hic et nunc, nicht als die „Wirtschaftsverfassung“ schlechthin, nicht abermals in Verewigung des Zeitlichen! Und sie wird auch als „Wirtschaftsverfassung“ der Gegenwart umso besser ausgelegt sein, je wacher der Blick dabei bereits auf die Möglichkeiten der Zukunft gerichtet ist. Welche Aufgaben wird allein schon die technische Entwicklung stellen!

Die „Wirtschaftsverfassung“ auf diese Weise offen zu halten, verlagert die Gewalten. Die Offenheit allein auf die Gestaltungsvollmacht der po-

terpretationsprinzip, JZ 12. Jhg. (1957) S. 361 ff (364, 366 f); *Ballerstedt* aaO S. 2, 12 ff, 19 m. N. 52, 45; *Voigt*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsentwicklung der Bundesrepublik Deutschland, in: „Staat und Bürger“, Festschrift für *Willibalt Apelt*, 1958, S. 73 ff; *Ehmke* aaO S. 84 u. passim.

<sup>106</sup> S. dazu etwa: Strukturwandlungen einer wachsenden Wirtschaft, hsgg. von *Neumark*, Schriften des Vereins für Socialpolitik n. F. Bd. 30 (I und II), 1964.

<sup>107</sup> S. *Galbraith*, Gesellschaft im Überfluß, deutsch 1959 (dazu etwa *Molitor*, Gesellschaft im Überfluß, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 4. Jahr („Zur Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft“, Fests Ausgabe für *Eduard Heimann*), 1959, S. 188 ff). – Zur eigenartigen Situation der „Wirtschaftsverfassung des Überflusses“ vgl. auch *Voigt* aaO S. 106 u. passim.

litischen Gewalten der Legislative und Exekutive hin zu deuten<sup>108</sup>, entleerte die Verfassung. Die Alternative heißt Rechtsprechung und vor allem Bundesverfassungsgericht<sup>109</sup>. Doch stellt sich das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit hier nicht grundsätzlich anders als sonst. Ihr Auftrag an der Grenze des Rechts zur Politik ist kühn. Aber die Verfassung will durch die Verfassungsgerichtsbarkeit – in dialektischem Austausch mit Regierung, Legislative, Exekutive, übriger Gerichtsbarkeit, Wissenschaft, Sachverstand, öffentlicher Meinung und betroffenen Bürgern – in konkrete Situationen realisiert werden. Das ist auch hier mit gutem Grund zu respektieren.

Wesentlich für das Problemverständnis der „Wirtschaftsverfassung“ ist ferner die richtige Sicht auf das Verhältnis des Rechts zu seinen nicht-rechtlichen Umständen und Gegenständen<sup>110</sup>. Weniges ist für die Theorie der „Wirtschaftsverfassung“ so gefährlich, wie wenn sie, ohne die Differenz zu reflektieren, Gegebenheiten und Normen verschiedenen Wesens zu einer vorgeblich einheitlichen Ordnung fügt<sup>111</sup>. Reine Naturgesetze<sup>112</sup> entziehen sich der Herrschaft des Rechts ebenso wie statische Realfak-

<sup>108</sup> Vornehmlich in diesem Sinne *Ehmke* aaO S. 59, 79.

<sup>109</sup> Vgl. *Gebhard Müller* aaO S. 40 f.

<sup>110</sup> Vgl. *Partsch*, Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien; *Ballerstedt* aaO S. 22 ff, 44 ff; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 183 ff. Konkret: *Fritz Voigt*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsentwicklung der Bundesrepublik Deutschland. – Allgemeiner zum Verhältnis von Recht und Wirtschaft schon *Stammler*, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 1. Aufl. 1896 – 5. Aufl. 1924, jeweils vor allem in dem Abschnitt über die „Angebliche Wechselwirkung von Recht und Wirtschaft“ mit den bezeichnenden Untertiteln: „Verhältnis von Regel und Geregelter“, „Einfluß des Rechts auf die Technik“ und „Einwirkung des Rechts auf die Unterworfenen“; *ders.*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1928, S. 109 ff. – Ganz allgemein wird hier der Bereich betreten, der mit Stichworten wie „Natur der Sache“ (dazu etwa *Ballweg*, Zu einer Lehre von der Natur der Sache, 2. Aufl. 1963), „Realien der Gesetzgebung“ (*Eugen Huber*, Über Realien der Gesetzgebung, Zeitschrift für Rechtsphilosophie, Bd. 1 (1914) S. 39 ff; s. *dens.*, Recht und Rechtsverwirklichung, 1921, S. 281 ff), „Rechtsfreier Raum“ (*Engisch*, Der rechtsfreie Raum, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 108 [1952] S. 385 ff) und dergleichen mehr angesprochen werden (weitere Hinweise bei *Ballweg* und *Engisch* je aaO). Es ist nicht möglich, die Erkenntnisse dieser Forschungsrichtungen hier im einzelnen auszuwerten. Vielmehr zählt gerade das zu den Aufgaben einer Theorie der „Wirtschaftsverfassung“, die noch so kaum auch nur in Angriff genommen sind.

<sup>111</sup> S. zur Differenzierung auch *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 22 f (freilich zu wenig intensiv); *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 19 f.

<sup>112</sup> Zur Differenz zwischen ökonomischen und reinen Naturgesetzen z. B. *Giersch*, Allgemeine Wirtschaftspolitik – Grundlagen – S. 29.

toren<sup>113</sup>. Verfehlt es sie, büßt es an Effektivität ein. Versucht es, sie zu statuieren, statt sie vorauszusetzen, stößt es ins Leere. Verhaltensnormen der Sitte und Ethik, mitunter aber auch Techniken, kann das Recht rezipieren, verändert dabei ihr Wesen aber wenigstens dadurch, daß es ihre maßgebliche Erkenntnis beim Sanktionsapparat des Rechts konzentriert. Objektive Gesetzmäßigkeiten sozialer Verhaltensweisen kann das Recht treiben lassen, durch Datenfixierung oder Rezeption mitwirkender Verhaltensnormen stützen, durch Datenänderung oder gegenläufige Entgegen-treten aufheben – mit umso mehr Zwang, je elementarer, „natürlicher“ die Gesetzmäßigkeit ist. Im Maße ihrer Beherrschbarkeit aber übernimmt das Recht die Verantwortung für sie<sup>114</sup>. So entspringt auch – *Franz Böhm* hat das immer wieder gesagt<sup>115</sup> – die Wettbewerbswirtschaft stets einer positiven Entscheidung des Rechts, selbst wenn diese sich nur in einem Unterlassen auszudrücken scheint. Vor allem die bereinigte Wettbewerbswirtschaft ist nicht an sich ein Naturgesetz und deshalb auch keine historische Realität<sup>116</sup>. Sie bedarf der rechtlichen Konstitution, letztlich des harten<sup>117</sup> staatlichen Zwangs<sup>118</sup>. Wenn *Franz Böhm*, sowohl an die Physiokraten<sup>119</sup> als auch an *Adam Smith*<sup>120</sup> anknüpfend, dann freilich auch wieder die Vorstellung von „Naturgesetzen“ zur Geltung bringt<sup>121</sup>, tritt

<sup>113</sup> S. a. *Geiger*, Verfassungsrechtliche Forderungen zur Gestaltung der Wirtschaft?, insbes. S. 78 f.

<sup>114</sup> S. a. *Leisner* aaO S. 178 ff.

<sup>115</sup> Das Problem der privaten Macht, S. 40; Wettbewerb und Monopolkampf, S. 120; Die Wirtschaftsordnung als Zentralbegriff, S. 6, 11 ff; Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, S. 60 f, 71 ff (gegen den „Kult des Faktischen“), S. 104 ff; Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, insbes. S. 144; Die Idee des ORDO, S. L. – S. a. die Lehre, das Recht (der Staat) „bewidme“ die Gesellschaft (Wirtschaft) mit einer „herrschaftslosen Verfassung“, wenn und soweit es den Wettbewerb als Ordnungsprinzip der Wirtschaft installiere (insbes. Wettbewerb und Monopolkampf, S. 116 ff, insbes. S. 127 f – im Gegensatz zu S. 125 f –).

<sup>116</sup> Die Idee des ORDO, S. XXI; Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 8; Die Bedeutung des Mittelstandes und die Ursache seiner Gefährdung, S. 19. S. ferner „Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht“ S. 202: funktioniert „nur als theoretisches Modell tadelfrei“.

<sup>117</sup> Zur notwendigen Härte s. Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 33 f, 37 f, 49, 54.

<sup>118</sup> Wettbewerb und Monopolkampf, insbes. S. 120 ff.

<sup>119</sup> Z. B. Wettbewerb und Monopolkampf, S. X, 326.

<sup>120</sup> Insbes. Wettbewerb und Monopolkampf, passim.

<sup>121</sup> S. z. B. Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 48: „Freiheit im demokratischen Sinn bedeutet nicht Freiheit von den Naturgesetzen“. Gleich darauf (S. 50) brandmarkt *Böhm* freilich dann den „Irrtum“, „daß die Abhängigkeit freier Wirte von den sogenannten Marktgesetzen eine Abhängigkeit naturgesetzlich-mechanischer Art sei“. Der Rechtsstaat und der soziale

nicht nur das Besondere zurück, das dieser und jene unter der „Herrschaft der Natur“, verstanden<sup>122</sup>; auch das Verhältnis zwischen Naturrecht<sup>123</sup>, sozialer Zwangsläufigkeit und positivem Recht bleibt dadurch unklar<sup>124</sup>. Gerade Vielfalt, Wesen und Reichweite der im Spiel befindlichen Normen müssen aber klar gesehen werden. Für das nationalökonomische Modell ist das Recht ein Datum<sup>125</sup>. Wirtschaftspolitik – auch des Neoliberalismus – läuft darauf hinaus, dieses Datum zu bewegen<sup>126</sup>. Die Auswirkungen sind wissenschaftlich aber nur soweit kalkulierbar, als das System der interdependenten Funktionen aller Gegebenheiten und Normen, das mit der Veränderung auch nur eines Elementes in Bewegung gerät, erkannt werden kann und wird. Daß die Idee, die Masse der Unbekannten, die etwa in den *ceteris-paribus*-Klauseln der ökonomischen Theorie und in der juristischen Differenz zwischen „Recht haben“ und „Recht bekommen“ spürbar wird, aufzulösen, vielleicht nicht Wirklichkeit werden kann, darf nicht davon abhalten, die Formel des Systems so weit zu entwickeln wie möglich.

Die Situation der „Wirtschaftsverfassung“ darin ist zusätzlich differenziert. Sie gehört einem spezifischen Ausschnitt aus dem Recht an. Sie wendet sich grundsätzlich an den Gesetzgeber, der das „übrige Recht“ erst zu schaffen hat. Insofern ist es ihr spezifisches Problem, die Rolle des Rechts in diesem System zu determinieren – ein Problem, das sich in den Schwierigkeiten der Formulierung ebenso spiegelt wie in denen der Anwendung<sup>127</sup>.

Selten tritt schließlich das Recht in wissenschaftlich so vielfältig und präventiv durchdrungener sozialer Ambiance auf wie im Raume der „Wirtschaftsverfassung“. Selten ist es deshalb gleich versucht, vorrechtlich-

Wohlfahrtsstaat: Das Gesetz ist besser als Menschenwille (S. 123, 154); und die sich selbst überlassene Gesellschaft findet die im vorgefundenen Gesetz ausgedrückte gottgewollte Naturordnung von selbst, um sie als Gewohnheitsrecht zu praktizieren (S. 103, 114 ff, 119). S. ferner: Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, S. 171; Verantwortliche Gesellschaft, S. 10 ff. – Dazu deutend und klärend (wenn unmittelbar auch zur Lehre *Euckens*): *Veit*, ORDO und Ordnung, Versuch einer Synthese, ORDO Bd. V (1953) S. 3 ff.

<sup>122</sup> S. *Mann*, Art. „Smith, Adam“, HDSW Bd. 9, 1956, S. 288 ff (290 f).

<sup>123</sup> Dazu interessant insbes. die Auseinandersetzung der Herausgeber der „Ordnung der Wirtschaft“ mit dem Historismus (aaO S. 9 ff). – Bemerkenswert zu *Böhms* Bewertung des Naturrechts andererseits wieder seine Feststellung, nicht das Naturrecht, sondern die ökonomische Theorie habe den Feudalismus überwunden (Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 125 f).

<sup>124</sup> Illustrativ dazu ferner etwa: Wettbewerb und Monopolkampf, S. 232; Die Idee des ORDO, S. XLVIII; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 154.

<sup>125</sup> Die Grundlagen der Nationalökonomie, S. 133 f und passim.

<sup>126</sup> Die Grundlagen der Nationalökonomie, S. 158; Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 378.

<sup>127</sup> S. dazu etwa *Raiser* aaO S. 192; *Partsch* aaO S. 29.

wissenschaftlichen Theoremen zu erliegen<sup>128</sup>. Kann für die Richtigkeit des Rechts auch nur entscheidend sein, was ist, so kann es doch nur am jeweils Erkannten und als erkennbar Erschlossenen orientiert werden. Dadurch entsteht die Gefahr, die Grenze von der möglicherweise nur partiellen und potentiell immer fehlerhaften wissenschaftlichen Erkenntnis zur schöpferischen Entscheidung des Politikers, Rechtsetzers und Rechtsanwenders bewußt oder unbemerkt zu überschreiten<sup>129</sup>. Nicht selten auch wird durch die Identifikation von Erkanntem, Richtigem und Rechtlichem die Wissenschaft überfordert und – zumal wenn ihr Sachverstand organisiert herangezogen wird – einem wesenswidrigen Zwang zur Entscheidung ausgesetzt, das Amt des Politikers, Rechtsetzers und Rechtsanwenders aber unterschätzt<sup>130</sup>. Es zählt zur Eigenart *Franz Böhms*, daß er – einmal mehr der Geisteswelt des 19. Jahrhunderts verbunden – in positivistischem Optimismus gerne die Richtigkeit wissenschaftlicher Erkenntnis unterstellt und die Richtigkeit einer Entscheidung der Kongruenz mit wissenschaftlicher Erkenntnis entnimmt<sup>131</sup>. Die politische Tat und Verantwortung davon zu trennen und ihr Risiko selbst einzugehen, hat er sich jedoch nicht erspart.

Dazu kommt, daß die „Wirtschaftsverfassung“ für die Dynamik ihres Gegenstandes offen bleiben muß. Sie schließt sich jedoch ab, sobald sie sich mit einem bestimmten Stand seiner wissenschaftlichen Erkenntnis und technischen Durchdringung identifiziert<sup>132</sup>. Die Wissenschaft muß

<sup>128</sup> S. *Böhm* in: Wettbewerb und Monopolkampf, S. 325 f.

<sup>129</sup> S. a. *Hamann*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 19 f (der freilich Recht und Rechtswissenschaft gleichsetzt).

<sup>130</sup> S. a. *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, S. 13.

<sup>131</sup> Wettbewerb und Monopolkampf, S. 341; Die Wirtschaftsordnung als Zentralbegriff, S. 13; Die Ordnung der Wirtschaft, S. 183 f; Die Idee des ORDO, S. LXIII f; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 96. Zur Wissenschaft als Freund des Konsumenten s. Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 197 f. Im Sinne *Böhms* auch *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 340 ff. Strickrodt (Die Idee der Wirtschaftsverfassung als Gestaltungs- und Interpretationsprinzip, JZ 12. Jhg. [1957] S. 361 ff [365]) fordert eine extensive wirtschaftsverfassungsrechtliche Auslegung des Grundgesetzes, damit die Wissenschaft – bei ihm allerdings die Rechtswissenschaft – „ihr Mitspracherecht bei den aktuellen Gestaltungsnotwendigkeiten“ nicht einbüßt!). In einem (dem Verfasser nicht erklärlichen) Gegensatz zu *Böhms* hoher Einschätzung der Wissenschaft steht seine Abneigung gegen „rationalistisches Denken“ (Ordnung der Wirtschaft, S. 19) und „Intellektuelle“. Die Idee des ORDO, S. XLVIII f; der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 145; s. a. die Einleitung der Herausgeber zu „Die Ordnung der Wissenschaft“ S. XII). Auch die Anhänger der Planwirtschaft kommen wohl als „Projektmacher, Pläneschmiede und Reißbrettstrategen“ (Der Rechtsstaat und der Soziale Wohlfahrtsstaat, S. 156) zu schlecht weg.

<sup>132</sup> *Gegen* Zeitbedingtheit wissenschaftlicher Erkenntnis: *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 342 f.

bereit sein, ihre Erkenntnisse immer wieder neu in Frage zu stellen. Und gerade die Wirtschaftswissenschaften haben diese Bereitschaft zum schönen Prinzip erhoben. Die Verfassung dagegen ist zwar nicht ewig, aber doch relativ Bleibendes. Wissenschaftliche – und nicht zuletzt wirtschaftswissenschaftliche – Sätze werden daher ihrem Wesen umso mehr entfremdet, je unmittelbarer sie in Verfassungssätze umgesetzt werden<sup>133</sup>. Der wissenschaftliche Fortschritt wird dann nicht mehr erwartet, sondern von Rechts wegen – wenigstens vorläufig – diskriminiert. Die Verfassung sollte deshalb auf Grundwerte hin gestaltet und anwendend integriert werden, die vom Standentwicklungsfähiger wissenschaftlicher Erkenntnis unabhängig sind, so daß sie schließlich gerade dadurch einen Anreiz bietet, die jeweils besten Methoden zu suchen, um den Grundwerten nach den Umständen der Zeit gerecht zu werden. Das rechts- und bildungssoziologische Phänomen, daß das Recht auf die ökonomischen Herausforderungen von heute mit dem wirtschaftspolitischen Instrumentarium allenfalls von gestern zu antworten pflegt, bleibt auch dann noch genug zu bedauern.

#### IV. Wirtschaftsverfassung unter dem Grundgesetz

Die „Wirtschaftsverfassung“ des Grundgesetzes verwirklicht sich also in der – schwer in ein System zu bringenden<sup>134</sup> – Summe der Antworten der geschriebenen und ungeschriebenen, in immer wieder anderen Konstellationen beteiligten Verfassungsnormen auf die sich stetig erneuernde Herausforderung durch die ökonomischen Gegebenheiten und Interessen und die Probleme ihrer vorgefundenen oder angestrebten rechtlichen Ordnung<sup>135</sup>. Auch die bereinigte Wettbewerbswirtschaft i. S. *Franz Böhms* ist eine dieser möglichen Antworten für Teilbereiche der Wirtschaft und unter gewissen ihr günstigen Umständen – nicht weniger aber auch nicht mehr<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> Dagegen vom Standpunkt der Freiheit der Wissenschaft: *E. R. Huber*, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, S. 99.

<sup>134</sup> Der Ausgangspunkt von einzelnen Verfassungsnormen – den etwa *Hamann* in seinem „Wirtschaftsverfassungsrecht“ gewählt hat – ist ebenso einseitig wie der Ausgangspunkt von der Sache – für den etwa *Ballerstedt* (Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 66 ff) und *Huber* (*Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*) typisch sind –.

<sup>135</sup> S. dazu auch *Strickerodt*, *Die Idee einer Wirtschaftsverfassung usw.*, S. 365 m. w. Hinw.

<sup>136</sup> S. nochmals oben Anm. 45 ff und den Text hierzu. Für kasuistische Entscheidung im Konflikt zwischen Freiheit und Bindung s. a. *Behlke*, *Der Neoliberalismus und die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 101.

## 1. Wirtschaftsverfassung und Demokratie

Die erste Entscheidung über den sozialen Gehalt der Staatstätigkeit ist jene über die Struktur der Staatsgewalt. Die materiellen Normen des Verfassungsrechts – vornehmlich die, welche die Staatsgewalt nicht nur eingrenzen und hemmen, sondern ihr positiv eine Richtung geben wollen – sind von mehrfach bedingter und beschränkter Effektivität. Die Struktur der Staatsgewalt kann nicht im Vertrauen darauf an Interesse verlieren, daß die Verfassung ihre Schritte der Sache nach schon verläßlich lenken werde. Im Gegenteil kann das materielle Verfassungsrecht nur im Blick auf die Staatsgewalt, die es zu lenken gilt, sinnvoll gestaltet und bewertet werden. Die „Wirtschaftsverfassung“ des Grundgesetzes wird so vor allem anderen durch die egalitär-demokratische und repräsentative Struktur der Staatsgewalt geprägt, die sie zu erfüllen hat<sup>137</sup>. Der monarchisch-demokratische Gegensatz zwischen dem Staat des 19. Jahrhunderts und seiner Gesellschaft ist aufgehoben, der Staat kein Synonym mehr für Heteronomie. Er ist der Staat seiner Gesellschaft<sup>138</sup>. Das allge-

<sup>137</sup> Auf das Verdienst *Franz Böhm*s, darauf aufmerksam gemacht zu haben, wurde bereits oben (Anm. 43 f) hingewiesen. S. a. die Nachw. zum Folgenden. An anderer Stelle freilich bemerkt *Böhm*, die Entscheidung für den Rechtsstaat gehe der Entscheidung über den Machträger vor (Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 113, 126 ff). Im übrigen s. dazu *Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 40 ff. – Zusammenfassend s. zum Thema: *Rapold*, Demokratie und Wirtschaftsordnung. S. a. nochmals oben Anm. 16 f. Die Masse der Belege aus der Geschichte der sozialen Frage und ihrer weitesten Dogmatik kann hier nicht angeführt werden. Doch sei auf den Zusammenhang hingewiesen.

<sup>138</sup> S. dazu *Zacher*, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964, S. 63 ff u. passim m. w. Hinweisen. – Für *Böhm* ist der Vorrang der Gesellschaft auch gegenüber dem Staat der Gegenwart bestimmend (z. B. der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 98 f, 102 ff, 123: „Rechtsstaat im Grunde nichts als ein ehrlicher Makler der Gesellschaft“; s. a. S. 149 f zur Lehre vom Absterben des Staates). Nur in ihr kann die Macht atomisiert werden (ebd. S. 120). Fast schlechterdings böse scheint ihm die staatliche Exekutive (Ebd. S. 112 ff). So sollen – wenn schon Staat – das Gesetz und der Richter herrschen (z. B. Wettbewerb und Monopolkampf, S. 237, 324 u. passim; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 74 ff; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 103 ff; Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft usw., S. 174). Vor allem in die Wirtschaft sollen nur gesetzgebundene, richterlich überprüfbare oder richterlich unabhängige Behörden eingreifen (Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 54 f); Die Idee des ORDO, S. XXXIV. Aber auch das Gesetz ist umso besser, je weniger der Mensch darauf Einfluß hat (s. o. Anm. 121; insbes. auch: Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 117 f, 155), und zwar nicht nur im Vollzug (gegen Ermessen z. B.: Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 121), sondern gerade auch in der Rechtsetzung. Die Naturordnung, zu der eine freie Gesellschaft von selbst findet (s. o. Anm. 121), ist – wie ihm das Beispiel der Wettbewerbsordnung beweist – nicht nur vom Staat am einfachsten zu be-

meine und gleiche Wahlrecht bindet ihn an alle und führt alle an ihn heran<sup>139</sup> – im Gegensatz nicht nur zum absolutistischen Staat, sondern auch zur Honoratiorendemokratie des liberalen Jahrhunderts. Dieser Staat kann und braucht nicht mehr um der Freiheit willen auf die Kontrolle gesellschaftlicher Macht<sup>140</sup> zu verzichten. Er ist vielmehr gedrängt, immer wieder die Interessen möglichst vieler aufzugreifen. Die egalitäre Demokratie ist so schon ihrer Machtstruktur nach zum Sozialstaat bestimmt<sup>141</sup>. Sie braucht auch materielle Egalität<sup>142</sup>, damit sie nicht plutokratisch überspielt wird, nicht das Interesse elender Massen verliert und ihr das nötige Mindestmaß an sozialer Homogenität erhalten bleibt<sup>143</sup>. Die Affinität zwischen der demokratischen Herrschaftsordnung und der bereinigten Wettbewerbswirtschaft im Sinne *Böhms*<sup>144</sup> hängt insofern von ihrer verteilungspolitischen Leistungsfähigkeit ab, ist also relativ. Die Demokratie kann Anlaß haben, zu korrigieren, zu intervenieren, zu planen. Voll zu planen, fällt der Demokratie jedoch schwer. Die Rücksichtnahme auf allzu viele konkrete Interessen und die umständliche Organisation – mit anderen Worten: die Verantwortlichkeit der entscheidenden Funktionäre – hindern sie<sup>145</sup>. So tendiert sie praktisch auf eine Wettbewerbswirt-

wahren (Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 75). Sie ist durch die Härte der ihr eigenen „Strafen“ (im Wettbewerbssystem: wirtschaftliche Nachteile, letztlich Untergang) auch am sichersten gewährleistet (Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 15 f, 47; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 168 f). – Gegen dieses „Wirtschaftsverfassungs“-Denken von der Gesellschaft her s. *Ehmke* (Wirtschaft und Verfassung, S. 7 ff [insbes. S. 11 Anm. 24], 87 und passim), der selbst in seiner Abhandlung über „Staat‘ und ‚Gesellschaft‘ als verfassungstheoretisches Problem“ (Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für *Rudolf Smend*, 1962, S. 21 ff) den bedeutendsten jüngeren Beitrag zur Diskussion über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft geschrieben hat.

<sup>139</sup> *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 341: „Nicht nur – wie man ‚Demokratie‘ in den Verfassungen des Staates zu umschreiben pflegt – die Staatsgewalt, sondern vor allem der Staat selbst geht hier vom Volke aus.“

<sup>140</sup> Das Problem privater Macht in der Demokratie sieht *Böhm* scharf (z. B. Demokratie und wirtschaftliche Macht, S. 12 ff). Konkret beschäftigt er sich aber nur mit der wirtschaftlichen Konzentration. Zum weiteren Problembe- reich s. *Zacher* aaO S. 59 ff, 63 ff, 69, 72, 83, 86, 124 ff, 131 f und die dortigen Nachweise.

<sup>141</sup> Auf diese Interdependenz zwischen Sozialstaat und Demokratie kann hier nicht näher eingegangen werden. Der *Verfasser* bringt Näheres hierzu in seinem „Sozialverfassungsrecht“ (Habilitationsschrift; voraussichtlich 1966 bei C. H. Beck).

<sup>142</sup> Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 30; Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 30.

<sup>143</sup> S. o. Anm. 141.

<sup>144</sup> S. o. Anm. 34.

<sup>145</sup> Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 43 ff, 65; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 81 ff.

schaft mit viel interventionistischer Korrektur – eine recht pragmatische Beziehung zwischen Demokratie und Wirtschaftssystem, deren verfassungs- und wirtschafts-politischer und -rechtlicher Gehalt noch nicht erschöpfend gesichtet ist<sup>146</sup>.

*Böhm* hat wichtige Anregungen gegeben, sich mit dem Problem auseinanderzusetzen. So bringt er etwa die fröhdemokratische Lehre in Erinnerung, daß nur der wirtschaftlich Unabhängige im Staate frei und sinnvoll mitbestimmen könne<sup>147</sup>. Ein zwingendes Argument für die bereinigte Wettbewerbswirtschaft liegt darin nicht. Keine Bereinigung kann die arbeitsteilige Industriebirtschaft so parzellieren, daß alle noch bleibenden „Abhängigen“ als Aktivbürger gestrichen werden dürften. Aber die Demokratie ist doch auf die Gefahren der wirtschaftlichen Konzentration<sup>148</sup>, – einschließlich der staatskapitalistischen! – und der sozialen Unausgeglichenheit hingewiesen<sup>149</sup>. Weiter bringt er das faszinierende Bild, in der Wettbewerbswirtschaft würden die Preise in einem permanenten Plebiszit gebildet<sup>150</sup>. Sie sei so die ökonomische Kopie der politischen Demokratie<sup>151</sup>. Gewiß, einige Züge des Bildes trügen. Demokratie und Plebiszit sind nicht ein und dasselbe – schon gar nicht unter dem Grundgesetz. Auch mündet die „Stimmabgabe“ des ökonomischen Nachfragers in einen amorphen, keinem Willen zurechenbaren Prozeß ein<sup>152</sup>, während das Plebiszit die Entscheidungen Einzelner zu einem bestimmten Gesamttakt zusammenfaßt. Schließlich haben die Nachfrager – die das „Volk“ in *Böhms* „Wirtschaftsdemokratie“ sind<sup>153</sup> – nicht gleiches „Stimmgewicht“. Wenn die Wettbewerbswirtschaft einer Demokratie vergleichbar wäre, dann der Honoratiorendemokratie. Aber wie auch immer:

<sup>146</sup> Neuerdings dazu etwa *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 577 f m. einigen weiteren Hinweisen; desgl. *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, S. 13 f (m. Anm. 33). S. a. oben Anm. 16 f und 137).

<sup>147</sup> Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 40 ff. Zur Geschichte des Dogmas s. *Krüger* aaO S. 156 ff m. w. Nachw.

<sup>148</sup> S. o. Anm. 141 ff.

<sup>149</sup> S. o. Anm. 16 f – 137 ff und den Text hierzu.

<sup>150</sup> Die Idee des ORDO, S. XLVI; Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 50; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, passim; Vorwort zu ORDO Bd. 12, S. XLIV; Demokratie und wirtschaftliche Macht, S. 9.

<sup>151</sup> Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 50 ff, 61; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, passim.

<sup>152</sup> Daß das so ist, ist für *Böhm*, der jeden wirtschaftlichen Befehl negiert, der von einem menschlichen Willen ausgeht (s. o. Anm. 138), gerade entscheidend, um die Marktwirtschaft als frei zu qualifizieren; so schon: Der Kampf des Monopolisten gegen den Außenseiter als wettbewerbsrechtliches Problem. – Zur angesprochenen Differenz s. a. *Partsch*, Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, S. 31.

<sup>153</sup> Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 29: Diejenigen, für die gewirtschaftet wird, sind das eigentliche Volk.

es ist das Verdienst *Franz Böhm*s, den Vergleich artikuliert und zum Gegenstand wissenschaftlicher Kritik erhoben zu haben<sup>154</sup>.

Von besonderem Interesse, nämlich als Prüfstein für die politische Leistungsfähigkeit des neoliberalen Programms, ist *Böhm*s immer wiederkehrende Behauptung, die bereinigte Wettbewerbswirtschaft lasse dem Staat nichts zu verteilen. Niemand habe also Anlaß, Interessengruppen zu bilden. Die für den demokratischen Staat so schädliche Interessenpolitik entfalle. *Böhm*s Urteil über die Interessenverbände<sup>155</sup> braucht hier nicht untersucht zu werden<sup>156</sup>. Mehr reizt es, der Berühmung des befriedigenden Effektes der bereinigten Marktwirtschaft an sich nachzugehen. Wird die Eindeutigkeit des Prinzips nicht überschätzt? Diese Frage ist nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Demokratie, fast mehr noch unter dem des rechtsstaatlichen Anspruchs von Bedeutung. In der Tat sind viele Probleme offen. *Böhm* selbst weist mehrfach darauf hin<sup>157</sup>. Was etwa soll der Inhalt jener straf- und polizeirechtlichen Vorschriften sein, die zum Schutze des inneren Friedens, der Gesundheit, der Sittlichkeit und anderer sozialer und individueller Güter auch im neoliberalen Staat zugelassen sein sollen<sup>158</sup>? Was soll die Aufgabe der „Gewerbepolizei“ sein, die zwar nicht verteilungskritisch, aber doch nicht nur zu Sicherheits- sondern auch zu „gesundheits- und sozialpolizeilichen Zwecken“ tätig werden soll<sup>159</sup>? Was sind jene „unsittlichen“ und „unvernünftigen“ Bedürfnisse, deren Befriedigung der Staat entgegenreten darf<sup>160</sup>? Was heißt Gleichheit im Wettbewerb, wo sich die Ungleichheit alle Tage neu einstellen und neue Wege suchen muß<sup>161</sup>? Welche „Märkte“ werden herausgenommen<sup>162</sup>? Jedenfalls für den Arbeitsmarkt<sup>163</sup> und für die Land-

<sup>154</sup> Gegen die unmittelbare Übertragung politischer Ordnungsprinzipien auf die Wirtschaft s. a. *Ballerstedt* aaO S. 47. – Aus *Böhm*s eigenem Schaffen s. zu Vorstehendem insbes. Wettbewerb und Monopolkampf, S. 154 ff.

<sup>155</sup> Z. B. Die Idee des ORDO, S. XXXV f; Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 64 f; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 80 f.

<sup>156</sup> Dazu aus neuerer Zeit etwa *Wössner*, Die ordnungspolitische Bedeutung des Verbandswesens, 1961; *Werner*, Art. „Wirtschaftsverbände“, HDSW 44./49. Lieferung, 1962/1964, S. 280 ff; *Krüger* aaO S. 379 ff. – Zum speziellen Thema über „Die Wirtschaftsverbände in der Marktwirtschaft“ s. insbes. die Arbeit *Josua Werners* (1957). Weitere Nachw. s. bei den Zitierten.

<sup>157</sup> *Böhm* selbst weist immer wieder auf das Vorhandensein offener Fragen hin. Besonders deutlich: Die Sozialpolitik in der Marktwirtschaft, S. 128.

<sup>158</sup> Ordnung der Wirtschaft, S. 67; dagegen ebd. S. 92 ff.

<sup>159</sup> Wettbewerb und Monopolkampf, S. 324; Ordnung der Wirtschaft, S. 67, 119 f.

<sup>160</sup> Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 27.

<sup>161</sup> Wettbewerb und Monopolkampf, S. 238 ff; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 71; Freiheitsordnung und soziale Frage, S. 76 ff.

<sup>162</sup> Gegen Herausnahme: Die Idee des ORDO, S. XXXII f; Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 27 ff; weiter: Die Sozialpolitik in der Marktwirt-

wirtschaft<sup>164</sup> kann, ja soll Besonderes gelten. Auch für andere Bereiche erscheint eine öffentliche Kontrolle<sup>165</sup> oder die Übernahme in die öffentliche Hand<sup>166</sup> nicht ausgeschlossen, mitunter sogar geboten. Wie aber gestaltet sich dann das funktionale Verhältnis zur Wettbewerbswirtschaft<sup>167</sup>? Wie ist der Außenhandel zu ordnen? Sollen und können Währung<sup>168</sup> und öffentliche Finanzen<sup>169</sup> „wettbewerbsneutral“ sein? Wie sollen die Unternehmen verfaßt sein<sup>170</sup>? Soll etwas zur Abflachung von Konjunkturschwankungen<sup>171</sup> und zur Bewältigung von Struktureinbrüchen getan werden? Wie sollen die sozialen Insuffizienzen der Wettbewerbswirtschaft ausgeglichen werden<sup>172</sup>? Das unzweifelhafte Ausmaß des Unterschiedes zwischen einem Staat, der darauf antworten muß, und einem Staat, der alle Ökonomie zu planen und zu betreiben hat, ist noch keine Lösung für die demokratischen Probleme, die sich in den angedeuteten Entscheidungsräumen aufwerfen.

schaft, S. 129. S. ferner oben Anm. 29 ff, 56. – S. dazu auch *Fritz Voigt* aaO S. 95 f und passim.

- <sup>163</sup> S. Kartelle und Koalitionsfreiheit; Wettbewerb und Monopolkampf, insbes. S. 340 ff; Die Ordnung der Wirtschaft, S. 76 ff, 80 ff; Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, S. 19; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 182 ff und passim.
- <sup>164</sup> Z. B. Die Ordnung der Wirtschaft, S. 76 ff, 79 ff. – S. dazu auch *Fritz Voigt* aaO S. 96 ff.
- <sup>165</sup> Die Ordnung der Wirtschaft, S. 33 f, 146 ff, 155 ff; Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 38 f.
- <sup>166</sup> Wettbewerb und Monopolkampf, S. 161 ff; Die Ordnung der Wirtschaft, S. 33 f; Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, S. 148.
- <sup>167</sup> Dazu insbes.: Die Ordnung der Wirtschaft, passim; Der Wettbewerb als Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung.
- <sup>168</sup> S. dazu: Die Ordnung der Wirtschaft, S. 33 f, 78; Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, S. 144; Die Idee des ORDO, S. XXXII; Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 22, 24; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 219 ff; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 123.
- <sup>169</sup> Gegen die Progression der Steuern: Die Ordnung der Wirtschaft, S. 116 f; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat.
- <sup>170</sup> Dazu äußert *Franz Böhm* in besonderer Weise dezidierte Vorstellungen: Wettbewerb und Monopolkampf, S. 163 f, 320 f; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht.
- <sup>171</sup> Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 218 ff; Freiheitsordnung und soziale Frage, S. 82 f. – Gegen Maßnahmen: Wettbewerb und Monopolkampf, S. 333. Aber für Vorsorge gegen die Arbeitslosigkeit: Die Aufgabe der freien Marktwirtschaft, S. 26 ff.
- <sup>172</sup> Dagegen: Wettbewerb und Monopolkampf, S. 333. S. dazu auch: Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 218 ff.
- <sup>173</sup> S. *allgemein*: Marktwirtschaft von links und rechts; Die Sozialpolitik in der Marktwirtschaft; Freiheitsordnung und soziale Frage; Die Bedeutung des Mittelstandes und die Ursachen seiner Gefährdung, S. 12; s. a. – soziale

## 2. Wirtschaftsverfassung und Rechtsstaat

Der frühliberale Rechtsstaat<sup>174</sup> war die Antithese zum absolutistischen Polizei- und Wohlfahrtsstaat: die Realteilung des sozialen Lebens zwischen einer in ihrem Bereich gar nicht zu bändigenden, weiterhin züchtigenden, willkürlichen Staatsgewalt<sup>175</sup> und einer um ihre Wohlfahrt selbst bemühten Gesellschaft<sup>176</sup>. Der Versuch scheiterte wie jedes Bemühen, die Grenzen des Staates aufzählend zu bestimmen. Er mußte scheitern, weil die Gesellschaft – sich selbst überlassen und nicht zum Staate konstituiert – als Träger einer gerechten Ordnung überfordert ist<sup>177</sup>. Und er durfte scheitern, weil Thesis und Antithese einmünden konnten in die konstitutionelle, monarchischdemokratische Versöhnung des Staates mit der Gesellschaft, die gewaltenteilige Mäßigung der Staatsgewalt und den Vorbehalt des parlamentarischen Gesetzes. Provozierte spätestens die demokratische Vereinfachung der Staatsgewalt die materielle Mäßigung auch des Gesetzes durch die Verfassung<sup>178</sup>, vertiefte das nur die Selbstkonstitution der Gesellschaft in Staat und Recht. Und der soziale Rechts-

Insuffizienzen der Wettbewerbswirtschaft im wesentlichen leugnend – Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, z. B. S. 170. – Zum *Arbeitsrecht*: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 11 f; Die Sozialpolitik in der Marktwirtschaft, S. 129 (mit Vorbehalt gegen eine Übertreibung des Kündigungsschutzes!); Freiheitsordnung und soziale Frage, insbes. S. 78 ff; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 162 (für Arbeitszeitbeschränkung). – Zur *sozialen Sicherheit*: Marktwirtschaft von links und rechts; Die Sozialpolitik in der Marktwirtschaft, insbes. S. 129; Freiheitsordnung und soziale Frage, insbes. S. 76 f. Zur Sicherung gegen Arbeitslosigkeit s. auch die Ausführungen zum Konjunkturproblem (oben Anm. 171). – Zur *Eigentumsstreuung*: Freiheitsordnung und soziale Frage, insbes. S. 77; gegen eine Politik der E.: Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 165 f.

<sup>174</sup> S. o. Anm. 21.

<sup>175</sup> Diese Vorstellung beherrscht immer wieder *Franz Böhm*s Argumentation. S. z. B. oben Anm. 138.

<sup>176</sup> S. insbes. Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat. Zum Vorrang der Gesellschaft; s. ferner oben Anm. 138. Bemerkenswert ist die Ansicht *Böhm*s, die alten Feudalherren seien bei allen Bedenken gegen sie zu loben, weil sie sich um das Wirtschaftsleben der Gesellschaft nicht gekümmert hätten: Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, S. 175.

<sup>177</sup> Zu dem vielschichtigen Problem s. neuerdings etwa *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 341 ff. Exemplarisch: *Zacher*, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, S. 59 ff, 63 ff und passim. – *Böhm* (Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 114) setzt voraus, daß sich die „Menschen im Status der Gleichberechtigung und der annähernden Machtgleichheit befinden, damit sie der „Natur der Sache“ und der „Schöpfungsordnung“ folgen. Aber wer bringt sie in diesem Zustand. Erzieht sich der Mensch im politischen Liberalismus selbst (Wettbewerb und Monopolkampf, S. 157) oder muß und kann ihn der Staat so erziehen (Ordnung der Wirtschaft, passim)?

<sup>178</sup> S. dazu: Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 128 f.

staat des Grundgesetzes ist weit entfernt davon, den Versuch der Realteilung zu wiederholen.

Nimmt *Franz Böhm* ihn auf? Atmet sein Werk nicht den Gesellschaftsglauben und die Staatsverdammnis jener Zeit<sup>179</sup>? Denkt er nicht in jenen Begriffen? Wenn *Franz Böhm* „Rechtsstaat“ sagt, meint er das fast nie im Sinne aktueller, interpretatorischer verfassungsrechtlicher Terminologie. Aber doch sieht er die „bereinigte Wettbewerbswirtschaft“ staatlich konstituiert und kontrolliert<sup>180</sup>. Der Spielraum der Gesellschaft ist vom Recht kalkuliert und durch eine Fülle staatlich-rechtlicher Entscheidungen gestaltet<sup>181</sup>. Schildert *Böhm* die Freiheit des Wettbewerbs auch als das Glück, „herrschaftslos“ nur das unleugbar harte „Naturgesetz“ des Konkurrenzkampfes über sich zu haben<sup>182</sup>, so soll gerade dieser Kampf durch das Recht moderiert sein. Damit steht auch seine Konzeption auf dem Boden gegenwärtigen Staatsverständnisses. So kann sie also hoffen, Resonanz im Spiel der rechtsstaatlichen Sicherungen der Verfassung zu finden. Welche Fülle der Gesichter<sup>183</sup> Berechenbarkeit des Rechts scheint sich anzubieten, wenn es sich wirtschaftlicher Gestaltung enthält<sup>184</sup>. Aber der Preis ist die Willkür entfesselter sozialer Macht. Verhältnismäßigkeit<sup>185</sup> scheint leicht zu wahren, wo der Einsatz wirtschaftspolitischer Mittel dem freilich immer noch weiterer Klärung bedürftigen Kriterium der „Marktkonformität“ unterstellt ist<sup>186</sup>. Aber die Anliegen sind alles andere als

<sup>179</sup> S. die vorstehenden Hinweise seit Anm. 175 ff.

<sup>180</sup> S. o. Anm. 59 und 115.

<sup>181</sup> S. z. B. oben Anm. 115 ff.

<sup>182</sup> Insbesondere: Wettbewerb und Monopolkampf, S. 118 ff, 158 ff; Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 47 ff. Später findet sich der Terminus der Herrschaftslosigkeit sehr viel seltener.

<sup>183</sup> Gerade auch zum Folgenden muß wiederholt werden, daß es unmöglich ist, die Masse möglicher Hinweise zu den angesprochenen Themen aufzugreifen und wiederzugeben. Die erste Aufgabe dieser Zeilen ist, das Werk *Franz Böhm*s zu den Sachgegenständen der „Wirtschaftsverfassung“ zu erschließen. Das bedingt den weitgehenden Verzicht auf Fremdbelege. Im übrigen gilt hierzu Anm. 141.

<sup>184</sup> So *Böhm* immer wieder. Zur Gefährdung der Berechenbarkeit des Rechts durch Intervention s. Idee des ORDO, S. XXXV. – Eine originelle Beziehung zwischen der Berechenbarkeit des Rechts und seiner Vorstellung von Wirtschaftspolitik stellt *Böhm* in „Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat“ (S. 96) her.

<sup>185</sup> Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im „Wirtschaftsverfassungsrecht“ s. statt aller anderen *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 225 ff.

<sup>186</sup> Zu diesem Zusammenhang: Die Idee des ORDO, S. XXXIII. – Zur Marktkonformität: Wettbewerb und Monopolkampf, S. 325, Die Idee des ORDO, S. XXXII; Freiheitsordnung und soziale Marktwirtschaft, S. 88 ff. – Kritisch z. B. *E. R. Huber*, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 206 f. Aus dem wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum s. *Dobrendorf*, Das Problem der Marktkonformität wirtschaftspolitischer Mittel, Jahrbuch für Sozialwissenschaften, Jhg. 3 (1952) S. 23 ff; *Behlke*, Der Neoliberalismus

kongruent. Ist „Strukturgleichheit“ seiner Eingriffe und Gewährleistungen ein Kennzeichen des Rechtsstaates<sup>187</sup>, so liegt eine konsequente Politik des Neoliberalismus wohl nahe. Aber um wieviel schwerer wiegen in ihr die Einbrüche und Ausnahmen, die doch unvermeidlich scheinen<sup>188</sup>, als gleiche Eingriffe in einem allgemeinen System der Lenkung. Die Sorge der „Plangewährleistung“<sup>189</sup> entfällt, wo nicht geplant wird. Aber wer gewährleistet dann, was geplant werden könnte? Das „natürliche Gesetz“ der Wirtschaft greift Platz, wo die Verwaltung nicht interveniert<sup>190</sup>. Aber wie weit ist dieses Ziel entfernt von der Selbstgesetzgebung im demokratischen Rechtsstaat? Hat der Mensch nur die Wahl zwischen Willkür und blindem Schicksal? Ein System der Planung und Lenkung setzt die Gewaltenteilung kaum mehr erträglichen Belastungen aus<sup>191</sup>. Die „bereinigte Wettbewerbswirtschaft“ ist also nicht schon deshalb ein rechtsstaatlicher Wert, weil sie neben dem „Gesetz von Menschenhand“ auch die Exekutive weithin zu erübrigen scheint. Verwandtschaften also, Möglichkeiten wechselseitiger Stützung, aber auch Antinomien.

Dichter und vielfältiger noch ist das Netz grundrechtlicher Strahlungszentren im wirtschaftsverfassungsrechtlichen Raum<sup>192</sup>. Dabei sollten nicht immer nur die Art. 2 Abs. 1, 12, 14 und 15 GG gesehen werden<sup>193</sup>. Die meisten Grundrechte bedeuten etwas auch für die wirtschaftliche Freiheit. Für die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG) und die Freizügigkeit (Art. 11 GG) ist das evident. Aber man denke sich das Briefgeheimnis (Art. 10 GG) oder die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) aus dem wirtschaftlichen Leben weg und man wird sehen, wie selbstverständ-

und die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 74 ff.

<sup>187</sup> S. dazu etwa *Reuss*, Die Wirtschaftspolitik im Spiegel des Verfassungsrechts, DVBl. 76. Jhg. (1961) S. 875 f; *Lerche*, Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung, DÖV 14. Jhg. (1961) S. 486 ff.

<sup>188</sup> S. o. Anm. 156 ff.

<sup>189</sup> S. z. B. *Lerche* aaO S. 488 f.

<sup>190</sup> S. oben Anm. 114 ff, Anm. 138 und Anm. 182.

<sup>191</sup> Hierher gehört letztlich auch die (gerade auch „wirtschaftsverfassungsrechtliche“) Diskussion um die Probleme der Ermächtigung (s. *Krause*, Wirtschaftslenkung und Ermächtigungsstil, in: Beiträge zum Arbeit-, Handels-, und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, 1959, S. 413 ff; *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, S. 75 ff, 481 ff) und des „Maßnahmegesetzes“ (*Ehmke* aaO S. 62 ff; *Zeidler*, Maßnahmegesetz und klassisches Gesetz, 1951; *Konrad Huber*, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963).

<sup>192</sup> Zur Bedeutung der Grundrechte für die „Wirtschaftsverfassung“ s. insbes. *Leisner* aaO S. 178 ff. Vor allem rechtsvergleichend dazu *Ehmke* aaO passim.

<sup>193</sup> Zu *Böhms* wirtschaftlicher Eigentumsvorstellung s. oben Anm. 170 und 173. S. ferner z. B. zum Verhältnis des Eigentums zu Lenkungsmaßnahmen u. ä.: Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 172 f; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 122.

lich diese Grundrechte der „Wirtschaftsverfassung“ zugerechnet werden. Oder man erinnere sich der weittragenden Folgen des Schutzes von Ehe, Familie, Mutter und unehelichem Kind (Art. 6 GG) für das Wirtschaftsleben. Gerade in diesen Tagen wird die intensive Verflochtenheit von Pressefreiheit (Art. 5 GG) und Wirtschaft wieder bewußt: im Streit der Verleger gegen das Werbefernsehen. Es genügt nicht, die Presse als Institution gegen den unmittelbaren staatlichen Zugriff zu schützen<sup>194</sup>. Soll sie ihre wahre Freiheit als eine Vielfalt von Zeitschriften und Zeitungen, die miteinander konkurrieren und sich so ergänzen und kontrollieren<sup>195</sup>, nicht einbüßen, muß die Presse gegen Konzentration<sup>196</sup>, aber auch gegen jeden anderen Verlust der wirtschaftlichen Grundlage ihrer Pluralität geschützt werden<sup>197</sup>. Was die Presse umgekehrt für die Wirtschaft – als Informant und Werbeträger – bedeutet, bedarf keiner Erläuterung. So zeigt sich, in welchem Maße alle Grundrechte an der „Wirtschaftsverfassung“ beteiligt sind<sup>198</sup>. Schon daß dies herkömmlich übergangen wird, hat allzu sehr erleichtert, Art. 2 Abs. 1 GG mit wirtschaftspolitischer Ideologie zu überfrachten.

Die Freiheitsrechte des Grundgesetzes schützen die wirtschaftliche Freiheit, weil der Mensch sich wesentlich auch als wirtschaftendes Wesen verwirklicht. Diese wirtschaftliche Freiheit ist nicht nur freie Konsumwahl<sup>199</sup>, auch nicht nur Freiheit der Unternehmensbildung und -betätigung. Wirtschaftliche Freiheit erfüllt sich in letzter Steigerung erst im Wettbewerb<sup>200</sup>. Aber die Freiheit ist wertlos, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen fehlen, sie zu gebrauchen<sup>201</sup>. Die Freiheit des Stärkeren bedroht die Freiheit des Schwächeren<sup>202</sup> – die sich deshalb durch „Dritt-

<sup>194</sup> S. dazu etwa *Badura* aaO S. 326 f.

<sup>195</sup> S. BVerfGE 12, 205 (261).

<sup>196</sup> S. *Mestmäcker*, *Wirtschaft und Verfassung*, S. 612.

<sup>197</sup> Vgl. BGHZ 19, 392 ff (399); *Franz Schneider*, *Presse und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz*, 1962, S. 141; *Krause-Ablaß*, *Zur Diskussion um das Werbefernsehen, Verfassungsrechtliche Grundlage und Möglichkeiten der Organisation, Rundfunk und Fernsehen*, 11. Jhg. (1963) S. 129 ff (134). S. dazu auch *Ipsen*, *Zur Legalität des Werbefernsehens*, NJW 16. Jhg. (1963) S. 2049 ff (2056), der jedoch den richtigen Ansatz mehrfach verfehlt.

<sup>198</sup> S. dazu auch *Hamann*, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, S. 76 ff.

<sup>199</sup> S. dazu: *Die Ordnung der Wirtschaft*, S. 109 ff; *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, S. 41.

<sup>200</sup> Zur Verfassungsgarantie einer Wettbewerbsfreiheit s. z. B. *E. R. Huber*, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, S. 136 ff; *Dürig* in: *Maunz-Dürig*, *Grundgesetz*, Art. 2 I Randn. 48 m. w. Nachw. – *Böhm*: „Wettbewerb ist eine Verfassungseinrichtung“ (*Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit*, S. 196).

<sup>201</sup> S. dazu etwa *Fechner*, *Die soziologische Grenze der Grundrechte*, 1954, insbes. S. 16 ff; *Hamel*, *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat*, S. 19, 23 ff u. passim.

<sup>202</sup> *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, S. 64 f.

wirkung“ zur Wehr setzen und vervollkommen muß –<sup>202a</sup>, die Freiheit der Gruppe die Freiheit des Einzelnen<sup>203</sup>. Und das Chaos mißbrauchter Freiheit bedroht die Gemeinschaft, die allein sie gewähren kann<sup>204</sup>. So muß der Staat eingreifen, den Wettbewerb korrigieren und seine Ergebnisse substituieren, mitunter ihn aufheben<sup>205</sup>. Die „Wettbewerbsfreiheit“ ist ebensowenig eine absolute Größe wie die Vertragsfreiheit oder die Unternehmensfreiheit. Daß sie verfassungsrechtlich zumeist in Art. 2 Abs. 1 GG lokalisiert wird und nur in Spezialbereichen an andere Verfassungsbestimmungen gedacht werden kann<sup>206</sup>, sollte wegen der herrschenden Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG<sup>207</sup> auch keinen Zweifel aufkommen lassen. Und es kann nur Staunen erregen, wie oft die Labilität der verfassungsrechtlichen Basis der „Wettbewerbsverfassung“ vergessen wird.

Die Gleichheit, diese andere Dimension der rechtsstaatlichen Grundordnung, ist nicht weniger wirtschaftlich gemeint. Nicht als ob der Staat

<sup>202a</sup> Das ist der wahre Kern der „Drittwirkungs“-Problematik der Grundrechte, insbes. auch des gelegentlich angerufenen sozialstaatlichen Hintergrundes der Drittwirkung. Zum Verhältnis der Drittwirkungslehre zur „Wirtschaftsverfassung“ s. z. B. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 181 ff; *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, S. 78 ff, 262, 426, 605 ff, 619 ff, 647 ff. – Die Bedrohung der Freiheit durch ökonomische Macht hat Böhm schon früh entdeckt. Was er als „Bereinigung“ des Wettbewerbs fordert, ist letztlich ein Exempel für die schwierige Aufgabe, welche die sog. Drittwirkung der Grundrechte der Rechtsordnung stellt: soziale Macht umso mehr der Mäßigung durch die Grundrechte zu unterwerfen, je mehr sie sich der Übermacht des Staates nähert, sie aber doch nicht des Charakters der Freiheit auch des Stärkeren zu entkleiden (dagegen „Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung“ S. 148: Macht und Freiheit sind unvereinbar) (zum Zusammenhang Böhm’schen „Wirtschaftsverfassung“-Denkens mit der Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte s. a. *Mestmäcker*, Wirtschaft und Verfassung, S. 610 f).

<sup>203</sup> Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 64 f – Böhm’s Haltung gegenüber der Gruppenmacht ist allerdings zwiespältig. Im allgemeinen begrüßt er im Geiste des 19. Jahrhunderts die Wirksamkeit „freigebildeter Vereinigungen“ (z. B. Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 111 ff). Soweit es nicht um den Gütermarkt geht, läßt er insbes. auch im wirtschaftlichen Bereich kollektive Lösungen zu (insbes. Kartelle und Koalitionsfreiheit; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 182). Nur auf dem Gütermarkt tritt Böhm der kollektiven Macht grundsätzlich und scharf entgegen. – Im übrigen s. zum Problem der Gruppenmacht nochmals *Zacher*, Freiheit und Gleichgewicht in der Wohlfahrtspflege, S. 59 ff, 63 ff, 69 ff, 72 ff, 85 f und passim m. w. Nachw.

<sup>204</sup> S. z. B. das Problem des Schutzes „überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter“ etwa der Berufsfreiheit trotz fehlenden Gesetzesvorbehalts (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG).

<sup>205</sup> S. schon oben Anm. 157 ff.

<sup>206</sup> S. oben Anm. 192 ff.

<sup>207</sup> BVerfGE 6, 32.

alle wirtschaftliche Ungleichheit ausrotten müßte und könnte; er darf sie aber nicht unkritisch hinnehmen. „Unter dem Gebot des sozialen Ausgleichs (ist) wahre Gleichheit vor dem Gesetz erst gegeben, wenn sozial berücksichtigenswerte Ungleichheiten aufgespürt und abgefangen worden sind<sup>208</sup>.“ Der Rechtsstaat darf nicht blind sein für die egalitäre Prämisse der Freiheit<sup>209</sup>. Im 19. Jahrhundert mochte schon die gleiche Freiheit im Recht für alle als eine echte Gleichheit erscheinen – im Aufkommen des allgemeinen Gesetzes und der Gleichheit aller vor diesem Gesetz nach der prinzipiellen Ungleichheit des Privilegienstaates und der einseitigen Bindung des Rechts<sup>210</sup>. Aber diese robuste opferreiche Entwicklung ist historisch. Die Gleichheitsvorstellung ist sozial erfüllt. Die Wettbewerbswirtschaft aber läuft permanent darauf hinaus, ungleiche Startchancen in ungleiche Einkommen umzusetzen und neue Ungleichheiten zu schaffen<sup>211</sup>. Die aufmerksamste „Bereinigung“ kann darin ihr Wesen nicht verkehren.

So muß das Bemühen, Wettbewerbswirtschaft mit Gleichheit zu vereinen, über die Negation wirtschaftlicher Übermacht hinausgreifen: intervenieren, regulieren, umverteilen<sup>212</sup>. Alsbald fragt sich dann freilich, ob alle diese Interventionen von der Wettbewerbswirtschaft noch verdaut werden, und ob der Erfolg die Anstrengungen noch rechtfertigt<sup>213</sup>. Ebenso

<sup>208</sup> v. Altröck, Der Standort der Sozialversicherung im Rechtsgefüge, in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs, 1959, S. 15 ff (34). Ähnlich BVerfGE 3, 58 (158): „Zwar darf sich der Gesetzgeber grundsätzlich nicht damit begnügen, vorgefundene tatsächliche Unterschiede ohne weiteres hinzunehmen; sind sie mit den Erfordernissen der Gerechtigkeit unvereinbar, so muß er sie beseitigen.“ Auch hier muß auf die Fülle der weiteren Hinweise verzichtet werden. Doch steckt gerade darin, daß das Gleichheitsgrundrecht einerseits materielle Gleichheit will, andererseits aber den Staat nicht (sanktioniert) verpflichtet (verpflichten kann), alle materielle Ungleichheit auszuräumen, eine der schwierigsten Fragen in der Anwendung sowohl des Gleichheitssatzes als auch des Sozialstaatsprinzips. Der Verfasser hofft, alsbald in einem anderen Zusammenhang darauf zurückkommen zu können.

<sup>209</sup> S. a. oben Anm. 141 f, 209 f.

<sup>210</sup> S. z. B. Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 125.

<sup>211</sup> S. o. Anm. 161.

<sup>212</sup> Zum Problembereich exemplifizierend oben Anm. 157 ff und den Text hierzu. S. dort auch die einschlägigen Äußerungen *Böhms*. Grundsätzlich freilich will *Böhm* Interventionen im Bereich des Gütermarktes nur notstandshalber zulassen (z. B. Rechtsstaat und sozialer Wohlfahrtsstaat, S. 161 ff). Da er die egalitäre Leistungsfähigkeit des Wettbewerbs in der Unternehmerdimension (wirtschaftliche Bewährung = einziger Grund zum Reichtum!) für unübertraffen hält (s. z. B. Wettbewerb und Monopolkampf, S. 230), erscheinen ihm Interventionen als „Privilegierungen“, die der Rechtsstaat nicht vornehmen dürfe (s. Rechtsstaat usw. aaO); dagegen, Interventionen als „Privilegierungen“ abzutun z. B. *Marbach*, Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention, o. J., S. 195 ff. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang, daß

fragt sich, ob die Reibungsverluste im Kampf der Gleichheit gegen den Streuungseffekt des Wettbewerbs und das Ergebnis einer doch recht unvollkommenen Gleichheit noch ein angemessener Preis sind für die Freiheit des Wettbewerbs und den unvergleichlichen Prosperitätsantrieb, der in dem Appell des Wettbewerbs an den Egoismus steckt<sup>214</sup>. Eine Verfassungsdoktrin, die Freiheit mit Gleichheit versöhnen, Freiheit durch Gleichheit erfüllen und Gleichheit durch Freiheit entfalten muß, darf sich nicht mit irgendeinem Stand wirtschaftlicher Entwicklung, Dogmatik und Technik begnügen. Vielmehr gibt die Verfassung auf, immer wieder neu zu fragen, wie Freiheit und Gleichheit über Wettbewerb, Intervention und Planung optimal realisiert werden können<sup>215</sup>.

### 3. Die konkrete wirtschaftsverfassungsrechtliche Aufgabe

Die „Wirtschaftsverfassung“ so zu „dynamisieren“, bedeutet nicht, sie der grundsätzlichen, allgemeinen Sicht – der Fragestellung auf große, möglichst in sich geschlossene Ordnungszusammenhänge hin, wie sie durch *Franz Böhm* klassisch wurde – zu entziehen. Eine offene „problematische“ Theorie der „Wirtschaftsverfassung“ wird auf diese Möglichkeit der Lösung, Orientierung und Kritik nicht verzichten dürfen. Dennoch ist sie in besonderer Weise auf das partikulare Problem verwiesen. Von ihm bezieht das grundsätzliche Denken seine wichtigsten Impulse. An ihm muß sich die Richtigkeit allgemeinerer Konzeptionen bewähren. Das konkrete Problem kann und muß nicht selten gelöst werden, noch ehe das Allgemeine gesichert ist. Und der Vorrat an Lösungen und Erfahrungen, der daraus erwächst, ist für die Sacherkenntnis in allgemeineren Kategorien von mannigfacher und entscheidender Bedeutung.

Das verpflichtet, in beiden Richtungen im konkreten Problem und seiner Lösung Elemente weiterer Problemzusammenhänge zu sehen. Nicht zuletzt muß das Postulat einer wachsamem, aktuellen, zukunftsorientier-

*Böhm* allgemein die Inanspruchnahme privater Vermögen für Staatszwecke als Willkür (Der Rechtsstaat usw., S. 121) und Bewirtschaftungs- und Preisbindungsmaßnahmen in einer Unternehmerwirtschaft als „ungerecht und unsittlich“ ansieht (Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 172 f: „Staat wirtschaftet dann aus fremder Tasche“).

<sup>213</sup> Gerade *Böhm* weist immer wieder darauf hin, wieviel zu „verkräften“ und zu „verdauen“ der Wettbewerbswirtschaft zugemutet wird (z. B. Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, S. 191 ff).

<sup>214</sup> Zu dieser Abwägung z. B. Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 201.

<sup>215</sup> S. a. Wettbewerb und Monopolkampf, S. 370 (Schluß); Die Ordnung der Wirtschaft, S. 8. – Zur Sache s. ferner die offene Abwägung bei *Raiser*, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, S. 197 ff. – In weiterem Rahmen hierher gehört auch der Gedanke der Wirtschaftsverfassung als einer „Ausgleichsordnung“ (z. B. *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 25 ff; *Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 21, 45, 49 ff).

ten Theorie der „Wirtschaftsverfassung“ gerade auch gegenüber dem engeren, punktuellen Problem gelten. Wer das methodische Vorzeichen, unter das die Erörterung der „Wirtschaftsverfassung“ hier gestellt ist, an sich für das Staatsrecht bejaht, mag dies selbstverständlich finden. Allein der gegebene Bestand an Untersuchungen und Entscheidungen erlaubt, dennoch mit Nachdruck darauf hinzuweisen. Ist das „Wirtschaftsverfassungs“-Denken schon allgemein durch statische Konzeption gefährdet, so verliert die Lösung partikularer Probleme nur allzuleicht ihre dynamische Dimension zugunsten vereinfachter interpretatorischer Sicht. Bei all dem kann es nicht darum gehen, die beteiligten Verfassungsnormen ihrer beharrenden, auf Dauer gerichteten Ordnungsfunktionen zu berauben. Vielmehr soll die Verwirklichung verfassungsgeschützter Werte nicht mehr als durch die Verfassung selbst – und mit ihr revisibel – geboten an zeit- und umständebedingte Mittel und Institutionen gebunden werden, um ihr Fortwirken im Wandel der Verhältnisse zu sichern. Wie überhaupt eine dynamische Betrachtungsweise nicht dazu führen soll, die Effektivität der Norm zu schwächen, sondern dazu, sie zu erhalten.

Wie sich bisher Erfolg und Versäumnis über den Bereich der Erörterung partikularer „Wirtschaftsverfassungs“-Probleme verteilen, kann schwerlich auf einen (oder mehrere gemeinsame) Nenner gebracht werden. Nur eines darf angedeutet werden. Die vorliegende Dogmatik konzentriert sich gerne auf die Entfaltung positiver Verfassungsprinzipien, auf die Feststellung dessen, was die Verfassung gebietet oder wenigstens zum Grundsatz erhebt. (Man denke an Grundsätze wie Vertragsfreiheit, Unternehmensfreiheit, Wettbewerbsfreiheit, Konsumfreiheit, Berufsfreiheit und Privateigentum.) Im Hinblick auf die Neuheit der Verfassung mußte wohl auch zuerst diese Arbeit geleistet werden. Nunmehr scheint es aber an der Zeit, die von der Verfassung belassenen Gestaltungsspielräume auszuzeichnen – sowohl ihrem sachlichen Gehalt nach als auch als Verantwortungsräume der berufenen Entscheidungssubjekte. Damit ist nicht nur ein Dienst am Recht, sondern auch ein Dienst an der Demokratie zu leisten<sup>216</sup>.

Im einzelnen können nur bunt einige Beispiele dafür herausgegriffen werden, wie sich von der Sache her der „Wirtschaftsverfassung“ immer wieder neue Fragen stellen, und wie nicht selten die theoretische Erörterung weit dahinter herhinkt<sup>217</sup>.

Man denke an den Schutz der Verbraucher, dieser schwer organisierbaren<sup>218</sup> und deswegen – auch und gerade in einem System der (berei-

<sup>216</sup> S. a. E. R. Huber, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 98 f.

<sup>217</sup> Zu den wichtigsten „Einbruchstellen“ des Staates in die Wirtschaft s. a. Stern, Gedanken über den wirtschaftslenkenden Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht, S. 326.

<sup>218</sup> S. a. Kartelle und Koalitionsfreiheit, S. 25; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 192 ff.

nigten) Wettbewerbswirtschaft – so oft vernachlässigten Masse<sup>219</sup>. Jedenfalls in bezug auf hochwertige technische Konsumgüter, aber auch weit darüber hinaus, kann der Verbraucher sich selbst nicht hinlänglich schützen<sup>220</sup>. Besonderes Verbraucherschutzrecht nach Art des Lebensmittelrechts ist selten und oft stumpf geschmiedet. Der Staat sieht die Lücke und will eintreten, aber doch auch wieder nicht. Zeitungsmeldungen zufolge projiziert er eine „Stiftung“ privaten Rechts, um Warentests durchzuführen, für die er nicht einmal durch allgemeine Richtlinien eine Verantwortung übernehmen will. Im Rechtsstaat aber darf es keine Macht ohne Verantwortung geben<sup>221</sup>. Bis zur Errichtung dieser „Stiftung“ jedenfalls läßt der Staat ein Unternehmen wie die „DM“ in die Bresche springen, dem das ganze Risiko der notwendigen Unzulänglichkeit des Unterfangens überlassen bleibt<sup>222</sup>. Die Theorie der „Wirtschaftsverfassung“ hat sich um all das kaum gekümmert<sup>223</sup>.

Eher schon hat sie sich den Problemen der Werbung genähert<sup>224</sup>. Daß die Wettbewerbswirtschaft dazu dient, den Bedarf zu decken, der sich in der Nachfrage ausdrückt, ist im Hinblick auf den Riesenapparat der Werbung, der zunächst einmal Bedarf und Nachfrage zu wecken hat<sup>225</sup>, nur eine Teilwahrheit<sup>226</sup>. Der Staat muß seine Verantwortung für Werbende und Umworbene kennen.

<sup>219</sup> Anders dagegen stets *Böhm* (s. z. B. Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 191, 199: Verbraucher haben in einer bereinigten Wettbewerbswirtschaft den breitesten Einfluß und können nicht übervorteilt werden).

<sup>220</sup> Auch die Mittel des allgemeinen Bürgerlichen- und Strafrechts reichen bei weitem nicht aus. – Anders als der Text: *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 122. Pessimistisch und deshalb für subjektive Voraussetzungen der Zulassung zum Beruf (m. a. W.: für ständische Ordnungen): Ordnung der Wirtschaft, S. 119 f.

<sup>221</sup> *Zacher*, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, S. 124 ff (126) m. w. Nachw.

<sup>222</sup> Für die angerufenen Gerichte stellt sich nur die Unternehmen-Unternehmen-Dimension dar, und das zwingt sie zu konservativen Lösungen. – S. dazu OLG München, Urt. v. 16. Januar 1964, BB 19. Jhg. (1964) S. 325 f; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12. Juni 1964, ebd. S. 859 f; OLG Celle, Urt. v. 23. Juli 1964, NJW 17. Jhg. (1964) S. 1804 ff; je m. w. Nachw.

<sup>223</sup> Z. B. enthält das neueste vorliegende Buch auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts (*Rinck*, Wirtschaftsrecht) das Stichwort „Verbraucher“ nicht.

<sup>224</sup> Zusammenfassend: *Jürgens*, Verfassungsmäßige Grenzen der Wirtschaftswerbung, Verwaltungsarchiv, 53 Bd. (1962) S. 105 ff; dazu auch *Eichmann*, Auswirkungen des Grundgesetzes auf die Werbepaxis, GRUR 66, Jhg. (1964) S. 57 ff. S. a. *Badura*, Das Verwaltungsmonopol, S. 303 f; *Kimminich*, Die Freiheit, nicht zu hören, Der Staat, 3. Bd. (1964) S. 61 ff. Weitere Hinweise bei den Genannten.

<sup>225</sup> Exemplarisch: *Ernest Dichter*, Strategie im Reich der Wünsche.

<sup>226</sup> S. a. *Partsch*, Verfassungsrechtliche Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, S. 31.

Die Diskussion um Verbände und Verbandsmacht<sup>227</sup> ist weitgehend im Soziologischen und Staatsorganisatorischen befangen. Die Verantwortung des Staates für die Struktur der Verbände, für die Stellung des Einzelnen im Verband und für den Außenseiter, der gegen die Verbände und ohne ihren Schutz dasteht – von der ein Polizeigesetz wie das Vereinsgesetz vom 5. August 1964 (BGBl I S. 593) nicht ahnen läßt –, ist dagegen weitgehend ungeklärt<sup>228</sup>. Nicht zuletzt über Wesen und Reichweite der Koalitionsfreiheit, deren gegenwärtige Entfaltung (vor allem) den Arbeitnehmer nicht nur privilegiert, sondern auch kollektiviert und mediatisiert<sup>229</sup>, muß wieder diskutiert werden.<sup>230</sup> Der Staat scheute die Aufgabe, dem kollektiven Arbeitsrecht eine angemessene gesetzliche Grund- und Rahmenordnung zu geben. Lieber überläßt er es dem Kampf ums Recht vor den Arbeitsgerichten und so dem Risiko des Einzelnen, sie fallrechtlich und also zunächst recht lückenhaft hervorzubringen. Umso mehr muß die Wissenschaft sich ihrer annehmen<sup>231</sup>.

Vom Arbeitsrecht zum öffentlichen Dienstrecht. Sein Mißverständnis beginnt damit, daß es zumeist nicht im ökonomischen Zusammenhang gesehen wird. Seine Verfassungsgarantie wird ohne Rücksicht auf die Notwendigkeit interpretiert, die öffentlichen Dienstkräfte auf einem Arbeitsmarkt der Vollbeschäftigung, in Konkurrenz mit gleichwertigen sozialen Sicherungen für nichtbeamtete Dienstnehmer und ohne die Anziehungskraft eines besonderen Sozialprestiges, das dem Beamten des 19. Jahrhunderts weitgehend den wirtschaftlichen Wohlstand ersetzte, zu beschaffen<sup>232</sup>.

Man denke weiter an die Prinzipienlosigkeit der Landwirtschaft<sup>233</sup>. Sie läßt die Landwirtschaft schrumpfen. Wer am Stadtrand „schrumpft“ wird Millionär. Wer hinterm Walde „schrumpft“ kann derelinquieren.

<sup>227</sup> S. o. Anm. 155. Ergänzend etwa *Evers*, Verbände, Verwaltung, Verfassung, Der Staat, 3. Bd. (1964) S. 41 ff. W. Nachw. s. dort.

<sup>228</sup> S. dazu *Zacher*, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, S. 59 ff, 63 ff, 69 ff, 80 ff, 85 f, 131 f m. w. Nachw. – S. a. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 380 ff.

<sup>229</sup> Zur Kritik s. a. Wettbewerb und Monopolkampf, S. 341; Kartelle und Koalitionsfreiheit, S. 23 und passim; Die Ordnung der Wirtschaft, S. 81 f; Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die Staatsverfassung, S. 149.

<sup>230</sup> S. dazu etwa die Beiträge von *Biedenkopf*, *Meinhold*, *Dürr*, *Pagenstecher* und *Funk* in: „Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft. Soziologie und Statistik“, hsgg. von *Raiser*, *Sauermann*, *Schneider* – Schriften des Vereins für Socialpolitik, n. F. Bd. 33 – 1964, S. 67 ff.

<sup>231</sup> S. z. B. *Krüger*, Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtsetzung, Recht der Arbeit, 10. Jhg. (1957) S. 201 ff.

<sup>232</sup> S. dazu *Zacher* und *Liefmann-Keil* in: „Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik“ (s. o. Anm. 230) S. 172 ff.

<sup>233</sup> S. dazu auch *Fritz Voigt*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsentwicklung der Bundesrepublik Deutschland, S. 96 ff.

Ist diese „Schrumpfung“ nur individuelles Schicksal? Ist sie nur ein gesellschaftlicher Vorgang, für den der Staat keine Verantwortung hat? Oder ist sie „arrangiertes Schicksal“, das nach einem Opferausgleich durch die Allgemeinheit verlangt<sup>234</sup>? Wer ist die ausgleichspflichtige Gemeinschaft? Hier muß eine Konzeption aus Gleichheit und Eigentum entwickelt werden. Aber wie oft und auf wie verschiedene Weise „arrangiert“ der Staat nicht auch sonst „Schicksal“! Und wie schwer sind zu meist die Vergleichs- und Zurechnungszusammenhänge zu fassen<sup>235</sup>! Wie wenig geklärt ist insofern das verfassungsrechtliche Obligo der Verkehrspolitik. Am ehesten noch sind die staatliche Beschaffungswirtschaft<sup>236</sup> und das Subventionswesen<sup>237</sup> im verfassungsrechtlichen Griff. Aber an wessen Ufer treibt die staatliche Notstandsplanung<sup>238</sup>?

Das weite Feld außenwirtschaftlicher Dispositionen und ihrer binnenwirtschaftlichen Auswirkungen kann nur angedeutet werden: von der Regulierung von Import und Export (über klassische und neuere Hilfen und Behinderungen) bis zu den aktuellen und enorm binnenwirkungsträchtigen Entscheidungen der Entwicklungshilfe<sup>239</sup>. Welche vielfältige Wirkungen haben ferner die Entscheidungen über Zahl und Herkunft der im Inland zugelassenen Gastarbeiter. Auch dieser Probleme muß sich die „Wirtschaftsverfassung“ annehmen.

Ist die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung der Knappheit von Wasser und Luft schon gesehen? Wo finden sich die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Probleme der Bildungspolitik erörtert<sup>240</sup>? Was ist getan, um dem Informationsbedürfnis der staatlichen Wirtschaftspolitik Anerkennung zu verschaffen und Wege der Befriedigung zu weisen? Wirtschaftspolitische Untersuchungen ohne tiefgreifende Information der Untersuchenden sind letztlich Augenwischerei. Auf welch kläglicher, zufälliger Tatsacheneinformation ergehen nicht selten Entscheidungen der Legislative und Exekutive in unserem Staat! Man darf sich nicht wundern, wenn das Bundesverfassungsgericht gelegentlich in umfangreichen Beweisaufnahmen nachzugreifen sucht, wo der Gesetzgeber glaubte, sich

<sup>234</sup> Dazu, daß „arrangiertes Schicksal“ Wiedergutmachung verlangt, s. a.: Demokratie und wirtschaftliche Macht, S. 7.

<sup>235</sup> S. dazu auch *Ehlermann*, Wirtschaftslenkung und Entschädigung, 1957.

<sup>236</sup> Z. B. *Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, 1963, m. w. Nachweisen.

<sup>237</sup> Z. B. *Stern*, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 15. Jhg. (1960) S. 518 ff, 557 ff (insbes. S. 558); v. *Münch*, Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei Gewährung von Subventionen, AÖR 85. Jhg. (1960) S. 270 ff. *Hamann*, Zur Problematik des Subventionsrechts, DVBl. 1963, 486.

<sup>238</sup> „Aktion Eichhörnchen“ als wirtschaftsverfassungsrechtliches Problem!

<sup>239</sup> S. dazu neuerdings etwa *Hinrichs*, Probleme der Entwicklungshilfe, ORDO socialis, 12. Jhg. (1964) S. 146 ff m. w. Hinw. – Zahlreiche einschlägige Hinweise auch bei *Seidl-Hohenveldern*, Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht, 1963.

<sup>240</sup> S. dazu *Edding*, Ökonomie des Bildungswesens, 1963.

mit Interessentenaussagen und gesundem Menschenverstand behelfen zu dürfen. Gerade durch die – dann vielleicht nicht weniger zufällig erscheinende – Entwicklung mancher verfassungsgerichtlicher Verfahren ist deutlich geworden, daß unzulängliche Erforschung des Regelungsgegenstandes gegenüber den Grundrechten verantwortet werden muß.

Von größter Bedeutung ist es, die Frage nach den verfassungsrechtlichen Möglichkeiten der Eigentumsordnung neu aufzuwerfen<sup>241</sup>. Die verteilungspolitische Korrekturbedürftigkeit der Wettbewerbswirtschaft hat einen wahren Rummel um Maßnahmen der Vermögensbildung und -streuung aufkommen lassen. Ist hier das Eigentumsrecht konservativ oder neuernd ins Spiel zu bringen? Verfassungsrechtlich weithin hilflos stehen wir dem Trend zum kollektiven Eigentum gegenüber. Im Bereich unternehmerischen Eigentums liegt die Entwicklung schon zurück; und dennoch zeigte der Feldmühle-Prozeß, wie wenig das Verfassungsrecht diese Probleme noch aufgenommen hat<sup>242</sup>. Nunmehr wiederholt sich diese Tendenz in einer breiteren Schicht bis hin zum Konsumvermögen, und das Verfassungsrecht hat kaum prägende Wirkung. Die eigentumsrechtliche Einordnung der Sozialversicherungsansprüche ist noch mehr Frage als Lösung. Vor den neuen gewerkschaftlichen Vorschlägen über die Vermögensbildung in kollektiver Hand steht die Staatsrechtslehre viel mehr

<sup>241</sup> Die Diskussion um die „Eigentumsverfassung“ ist weitgehend an das sozialwissenschaftliche Schrifttum abgewandert: statt aller früheren Nachweise s. *Bruno Molitor*, Art. „Eigentum (I) Soziologie des Eigentums“, HDSW Bd. 3, 1961, S. 33 ff; *Raiser*, Art. „Eigentum (II) Eigentumsrecht“ ebd. S. 39 ff; *Weisser*, Art. „Vermögen und Vermögenspolitik“, HDSW Bd. 11, 1961, S. 163 ff; *Rudolph*, Die Bindungen des Eigentums, 1960; „Eigentum und Eigentümer in unserer Gesellschaftsordnung“, Veröffentlichungen der Walter-Raymond-Stiftung, Bd. 1, 1960, mit Beiträgen von *Gundlach*, *Höffner*, *von Bismarck*, *Wallraff*, *Künne*, *Wendland*, *Gehlen*, *Geiger* und *Schmölders*. *Liefmann-Keil*, Ökonomische Theorie der Sozialpolitik, 1961; „Eigentum und Eigentumsverteilung als theologisches, rechtsphilosophisches und ökonomisches Problem“, hsgg. von *Theodor Heckel*, 1962, mit Beiträgen von *Lohff*, *Larenz*, *Preiser* und *Herzog*; *Preiser*, Theoretische Grundlagen der Vermögenspolitik, 1964.

<sup>242</sup> BVerfGE 14, 263. Dazu etwa *Fechner-Schneider*, Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, 1960; *dies.*, Nochmals Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, 1962; *Fechner*, Das Umwandlungsgesetz und das Bundesverfassungsgericht, AG 7. Jhg. (1962) S. 229 ff; *Hamann*, Umwandlungsgesetz und Eigentumsgarantie, BB 15. Jhg. (1960) S. 1306 ff; *von Falkenhausen*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheits-herrschaft im Aktienrecht, AG 6. Jhg. (1961) S. 122 ff u. S. 163 ff. – Zu den verfassungsrechtlichen Problemen der Unternehmensverfassung s. ferner die Verhandlungen der Wirtschafts- und Sozialrechtlichen Abteilung des 39. Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 39. DJT, 1952, S. B 1 ff, insbes. das Referat von *Raiser* über „Die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen“ (ebd. S. B. 57 ff); *Ballerstedt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 78 ff. S. ferner oben Anm. 170.

stauend als zupackend. Und die Bedenken gegen die ebenso verführerischen wie sporadischen Privatisierungsakte wurden nur peripherisch auch verfassungsrechtlich artikuliert<sup>243</sup>.

Wie unvollständig das Währungswesen noch verfassungsrechtlich durchleuchtet ist, kann nur kurz vermerkt werden.

Die Lese offener wirtschaftsverfassungsrechtlicher Probleme muß hier enden. Sie kann nicht vollständig sein. Und sie hat nur den Zweck, die theoretische Aufgabe der „Wirtschaftsverfassung“ am konkreten Detail zu zeigen. Eine Unstimmigkeit sei jedoch abschließend noch hervorgehoben: die Regierungspolitik der Maßhalteproklamationen<sup>244</sup>. Durch ihre Appelle gibt die Regierung zu, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse unbefriedigend und gefährlich sind. Aber sie wählt ein Mittel, von dem sie wissen muß, daß es nicht helfen kann<sup>245</sup>. Sie müßte wissen, daß in der von ihr eingerichteten Wettbewerbswirtschaft der allein der Dumme ist, der Maß hält, ohne die anderen dazu gleichfalls gezwungen zu wissen<sup>246</sup>. Darf die Regierung dazu verführen, so ungleiche Nachteile in Kauf zu nehmen?

## V. Privatrecht oder öffentliches Recht?

Einen Bericht über die theoretische Aufgabe der „Wirtschaftsverfassung“, der sich auch am Schaffen *Franz Böhms* orientieren will, kann nicht enden, ohne daß von seinem Ruf nach dem Privatrecht, nach einer „Zivilrechtsgesellschaft“ als Element rechtsstaatlicher Freiheit<sup>247</sup> gesprochen wird. Erscheint ihm zunächst das öffentliche Recht noch nützlich, um die „Wirtschaftsverfassungs“-Entscheidung zugunsten der Wettbewerbs-

<sup>243</sup> BVerfGE 12, 354. Zu sonstigen Bedenken vgl. *Hirche*, Die Volksaktie, 1958; *ders.* Die Komödie der Privatisierung, 2. Aufl., 1959; *ders.* Das Experiment der Volksaktie, 1961; *Ortlieb*, Die Legende vom Volkskapitalismus. – Zur Rolle des Privateigentums in unserer heutigen Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstruktur, Hamburger Jhb. f. Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Bd. 7 (1962) S. 11 ff.

<sup>244</sup> Zu dieser Politik negativ *Böhm*, Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 178, 180. – S. dazu auch *Giersch*, Allgemeine Wirtschaftspolitik, S. 190.

<sup>245</sup> *Böhm* aaO S. 178.

<sup>246</sup> Ebd. S. 179 f.

<sup>247</sup> Idee des ORDO, S. XLVIII, L; Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, S. 85 ff, 101, 156, 182 ff, 202; Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, S. 119 ff; Verantwortliche Gesellschaft, S. 16, 33 f; Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, S. 182; Demokratie und wirtschaftliche Macht, S. 8 ff, 11, 14 u. passim; Einleitung zu „Recht und wirtschaftliche Macht“, S. XII ff. Interpretierend dazu *Mestmäcker*, Wirtschaft und Verfassung, S. 608 f.

wirtschaft dagegen zu schützen, von mißbrauchter privatrechtlicher Macht verdrängt zu werden<sup>248</sup>, so stellt er sich nach 1945 entschlossen auf die Seite derjenigen, die im Privatrecht die Hoffnung des Rechtsstaates sehen<sup>249</sup>. Das ist gewiß aus der polemischen Situation des Aufatmens nach der barbarischen Entartung eines – seinen Namen leugnenden – öffentlichen Rechts zu verstehen. Es ist so in *eine* Richtung formuliert, wenn vielleicht auch nicht gemeint. Gleichwohl impliziert diese Wertung eine Reihe der Klärung bedürftiger Urteile allein schon über die – umstrittene – Grenze zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht. Sie überbewertet in beiden Rechtsteilen typische Situationen und Techniken. Sie sieht im Privatrecht die Herrschaft des Gesetzes und des Richterspruchs, im öffentlichen Recht dagegen das Ermessen, ja die Willkür einer ungezügelter Exekutive. Sie sieht im Privatrecht die Negation der Macht, im öffentlichen Recht dagegen die Entfaltung der Macht. Sie sieht im Privatrecht die Privatautonomie, im öffentlichen Recht dagegen das *ius strictum*. Sie sieht im Privatrecht die Herrschaft der Gesellschaft über sich, im öffentlichen Recht die Herrschaft des Staates über die Gesellschaft, und schließlich im Privatrecht den Lebensraum des Wettbewerbs, im öffentlichen Recht seinen Tod.

Im Rechtsstaat aber hat das Gesetz hier und dort zu herrschen – ja die Bindung an das Gesetz ist im öffentlichen Recht ausgeprägter als im privaten, wo Privatautonomie und richterlicher Ausgleich Macht verschiedener Provenienz weidlich Spielraum lassen. Macht muß hier und dort gebunden werden. Ein Privatrecht, das die Gleichheit seiner Subjekte blind fingiert, wird alsbald zum Privilegienkodex überlegener Gesellschaftsschichten<sup>250</sup>. Auch das Privatrecht kennt strenges Recht; und auch das öffentliche Recht ist bemüht, Räume autonomer Selbstentfaltung zu sichern. Autonomie der Gesellschaft schließlich bedeutet Entfesselung der gesellschaftlichen Mächte, während der demokratische Rechtsstaat nicht mit dem monarchischen Fremdherrscher identifiziert werden darf, dem sich die paläoliberalen Welt gegenüber sah. Der Rechtsstaat bewährt sich so in der Einheit von öffentlichem und privatem Recht, nicht in ih-

<sup>248</sup> Wettbewerb und Monopolkampf, S. 116 ff, 120 f, 121 ff, 187 ff, 324; Die Wirtschaftsordnung als Zentralbegriff, S. 5 ff; Die Ordnung der Wirtschaft, S. 141; s. a. noch Wettbewerbsfreiheit und Kartellrecht, S. 169.

<sup>249</sup> S. insbes. *Hallstein*, Wiederherstellung des Privatrechts, SJZ 1. Jhg. (1946) S. 1 ff; *Wahl*, Privatrecht und öffentliches Recht, ebd. S. 27 ff. S. dazu auch *Ballerstedt*, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 135 ff; schon früher: *Darmstaedter*, Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates, S. 155 ff, 252 ff. – Kritisch z. B. *Rapold*, Demokratie und Wirtschaftsordnung, S. 156 ff. W. Nachw. s. bei den Genannten.

<sup>250</sup> S. zu dem interessanten Vorgang, daß ein Rechtsgebiet, in dem die Machtblindheit des „Bodens der Gleichheit“ des Privatrechts unerträglich wird, ausschert und sich selbständig entwickelt: *Brecher*, Das Arbeitsrecht als Kritik des bürgerlichen Rechts, Festschrift für Erich Molitor, 1962, S. 35 ff.

rem Gegensatz<sup>251</sup>. Doch bleibt richtig, daß das Recht entartet, das Gleichheit und Freiheit in verschiedenen Situationen nicht mit den jeweils angemessenen Mitteln zu erreichen sucht. Die „Publizierung des Privatrechts“, deren jüngste Erscheinung in der Lehre von der absoluten Drittwirkung der Grundrechte gesehen werden muß, hat insofern ebenso ihre rechtsstaatlichen Grenzen, wie es etwa evident gefährlich ist, dem verwaltenden Staat die Gestaltungsmittel des Privatrechts zu eröffnen<sup>252</sup>. Somit bleibt *Böhms* Postulat des Privatrechts als Mahnung, das jeweils Richtige zu suchen, von größtem Wert<sup>253, 254</sup>.

<sup>251</sup> S. dazu insbes. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 80 ff; *ders.*, Justiz und Verwaltung, 1929, S. 1 ff; *ders.*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 284 ff.

<sup>252</sup> S. dazu etwa *Siebert*, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S. 215 ff; Die Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer über „Schranken nichthoheitlicher Verwaltung“ mit den Referaten von *Mallmann* und *Zeidler*, VVDStRL Heft 19/1961, S. 165 ff; *Bullinger*, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, insbes. S. 29 ff. W. Nachw. s. dort.

<sup>253</sup> S. zu Vorstehendem außer den schon Genannten: *Gygi*, Verwaltungsrecht und Privatrecht, 1956; *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, passim; *Siebert*, Faktische Vertragsverhältnisse, 1958, S. 12 ff; *Baur*, Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, JZ 18. Jhg. (1963) S. 41 ff; *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 319 ff. – S. a. *Kollmar*, Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, 1961.

<sup>254</sup> Nach Abschluß der Arbeit wurde mir noch der Band „Planung ohne Planwirtschaft“ (Frankfurter Gespräch der List-Gesellschaft 7.–9. Juni 1963, herausgegeben von Alfred Plitzko, 1964) bekannt, der außerordentlich interessante Beiträge zum ganzen vorstehend berührten Themenbereich enthält, insbesondere von *Salin*, *Hallstein*, *Morgenstern* und *Müller-Armack*. Darauf sei noch besonders hingewiesen.