

# Umwelt, Wirtschaft und Recht

Herausgegeben von  
HARTMUT BAUER,  
DETLEF CZYBULKA,  
WOLFGANG KAHL und  
ANDREAS VOSSKUHLE

---

**Mohr Siebeck**

# Umwelt, Wirtschaft und Recht

herausgegeben von  
Hartmut Bauer / Detlef Czybulka  
Wolfgang Kahl / Andreas Voßkuhle





# Umwelt, Wirtschaft und Recht

Wissenschaftliches Symposium  
aus Anlaß des 65. Geburtstages  
von Reiner Schmidt

16./17. November 2001

herausgegeben von

Hartmut Bauer / Detlef Czybulka  
Wolfgang Kahl / Andreas Voßkuhle

Mohr Siebeck

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

Umwelt, Wirtschaft und Recht : Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß  
des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, 16./17. November 2001 / Hrsg.:  
Hartmut Bauer ... – Tübingen : Mohr Siebeck, 2002  
ISBN 3-16-147834-7 / eISBN 978-3-16-163161-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

© 2002 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

## Inhaltsübersicht

MICHAEL STOLLEIS, Frankfurt am Main Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg.....	1
EBERHARD SCHMIDT-AßMANN, Heidelberg Der Beitrag des öffentlichen Wirtschaftsrechts zur verwaltungsrechtlichen Systembildung .....	15
CLAUS-WILHELM CANARIS, München Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten .....	29
HARTMUT BAUER, Dresden Internationalisierung des Wirtschaftsrechts: Herausforderung für die Demokratie .....	69
DETLEF CZYBULKA, Rostock-Warnemünde Zur „Ökologiepflichtigkeit“ des Eigentums Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgeber .....	89
WOLFGANG KAHL, Gießen Der Nachhaltigkeitsgrundsatz im System der Prinzipien des Umweltrechts .....	111
LUZIUS WILDHABER, Straßbourg Umweltschutz in der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte .....	149

JERZY STELMACH, Kraków	
Die intuitiven Grundlagen der Jurisprudenz .....	161
ANDREAS VOßKUHLE, Freiburg i.Br.	
Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methoden- verständnis am Beispiel des Umweltrechts .....	171
REINER SCHMIDT, Augsburg	
Schlußwort .....	197
Teilnehmerliste .....	201

Wie entsteht ein Wissenschaftszweig?  
Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht  
nach dem Ersten Weltkrieg

MICHAEL STOLLEIS, Frankfurt a.M.

I.

*Reiner Schmidt*, dem wir nicht nur ein dreibändiges „Öffentliches Wirtschaftsrecht“, sondern auch ein dazugehöriges Kompendium „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ verdanken,<sup>1</sup> erklärt 1997 im Vorwort dieses Kompendiums: „Das öffentliche Wirtschaftsrecht, vielfach auch noch Wirtschaftsverwaltungsrecht genannt, ist als Studien- und Prüfungsfach, zumeist im Rahmen einer Wahlfachgruppe, an den Universitäten und Fachhochschulen fest etabliert“. Niemand zweifelt an der Richtigkeit dieses Satzes, und wer dennoch zweifelte, könnte die Prüfungsordnungen samt den Vorlesungsangeboten deutscher Hochschulen durchblättern und sich die Richtigkeit bestätigen lassen.

Den Wissenschaftshistoriker, dem nichts selbstverständlich ist, interessieren jedoch an diesem Satz zwei Punkte. Was bedeutet es, daß dieses Spezialfach früher „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ genannt wurde,<sup>2</sup> und wie kommt es dazu, daß sich Bezeichnungen dieser Art einander ablösen? Welcher Perspektivenwandel steckt hinter der Auswechslung von altmodisch oder geradezu falsch gewordenen Etiketten? Der zweite Punkt betrifft jenes „fest etabliert“. Das ist ein Satz des wissenschaftlichen Establishments. Man hat nicht mehr um Anerkennung des Fachs zu kämpfen; das Fach gehört zum Kanon. Früher war das offenbar nicht so. Wie sah also die Zeit vor der Etablierung aus, und seit wann kann dieses selbstgewisse „etabliert“ verkündet werden? Der Wissenschaftshistoriker nähert sich der Sache, die er wissen möchte, über die Analyse des Sprachgebrauchs.

---

<sup>1</sup> *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allgemeiner Teil, 1990; *ders.* (Hrsg.), Besonderer Teil 1, 1995, Teil 2, 1996; *ders.*, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1998.

<sup>2</sup> Repräsentativ *H. D. Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. 1984; *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: I. v. Münch/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. Berlin New York 1992, 179 ff.; *R. Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 5. Aufl. 1987.

Für ihn ist Recht ein Feld sprachlicher Kommunikation. Was dieses Feld gegen andere Felder abgrenzbar macht, sind die Inhalte, eben die Kommunikation über „Recht“, also über eine Summe von deontischen Sätzen, die sich durch spezielle Merkmale auszeichnen. Welche Sätze dazugehören, bestimmt die Kommunikationsgemeinschaft. Sie umschließt alle, die sich, befugt oder nicht, über „Recht“ äußern. Deren sprachlich vermittelte Konvention legt fest, was heute „geltendes Recht“ genannt werden soll. Diese für manche vielleicht überraschende Sicht soll hier nicht weiter ausgeführt werden. Sie dient nur als Grundlage für einen weiteren Schritt hinein in die Wissenschaftsgeschichte.

Denn auch die Konstituierung eines Gebiets der Wissenschaft beruht auf nichts anderem als auf Konvention, also auf der Verabredung derjenigen, die an einem wissenschaftlichen, im engeren Sinn universitären Diskurs teilnehmen und ihm die Richtung geben. Aus der sukzessiven Verständigung derart, daß es ein neues Fach geben „müsse“ (das ist die Phase der Forderungen), daß schon „Ansätze“ vorhanden seien (das ist die Gründungsphase), daß es dieses Fach nunmehr „gebe“ (das ist die Phase der Etablierung), erwachsen erfahrungsgemäß erst Vorlesungen, dann Grundrisse und Lehrbücher, die wiederum rezensiert werden. Gleichzeitig ranken sich Girlanden von Aufsätzen darumherum, und am Ende entsteht ein literarisches Dickicht, das nur durch Bibliographien zu erschließen ist. Diese Reihenfolge ist freilich nicht zwingend. Es gibt auch Beispiele dafür, daß sich zunächst ein Geflecht von tastenden kleineren Beiträgen bildet, aus dem dann Monographien, und aus diesen schließlich die Vorlesungen samt Lehrbüchern herauswachsen. Ebenso kann gelegentlich der Gesetzgeber voranschreiten, etwa in der Sozialversicherung ab 1883. Ein sicheres Indiz für eine Verdichtung zu einem „Fach“ ist auch die Gründung von Zeitschriften, die sich erst dann als lebenskräftig zu erweisen pflegen, wenn genügend viele Interessenten bereit sind, ein Abonnement zu bezahlen.<sup>3</sup> Ein zweites ebenso sicheres Indiz ist die Aufnahme des Fachs in die Prüfungsordnungen; erst dann kann wirklich von Etablierung gesprochen werden, wenn Studierende einen Schein erwerben und sich prüfen lassen können. Das ist gewissermaßen der gesellschaftspolitische Durchbruch der Innovation, das Gütesiegel auf dem Berufsbild. Aus der sprachlichen Konvention erwachsen dann aber nicht nur Wälder von bedrucktem Papier, sondern auch auch Ereignisse im sog. wirklichen Leben: Finanzierung von Forschung, Stiftungsprofessuren, Institutgründungen, Aufbau von Bibliotheken, Kongresse (samt Reisekostenerstattung), Symposien und Sammelbände – alles also, was wir aus dem etablierten Wissenschaftsbetrieb kennen. Wir können daran als

---

<sup>3</sup> M. Stolleis (Hrsg.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.–20. Jahrhunderts*, 1999.

Akteure teilnehmen, uns aber gleichzeitig auch als Beobachter über die Schulter schauen und das Teilnehmen beschreiben.

Die Konstituierung eines „Fachs“ ist meist ein sich über längere Zeit erstreckender, historisch beschreibbarer Prozeß der Kommunikation und Interaktion. Die Geschichte der Rechtswissenschaft, für die wir im ganzen immer noch auf die ehrwürdige Darstellung von Stintzing-Landsberg angewiesen sind,<sup>4</sup> enthält Dutzende solcher Konstituierungsprozesse. So kann man die Durchsetzung des Lehenrechts und des Naturrechts als Universitätsfächer in das 17. Jahrhundert datieren, ebenso die des öffentlichen Rechts. Das Strafrecht kommt, wenn ich recht sehe, erst am Anfang des 18. Jahrhunderts in den Unterricht. In der Mitte des 18. Jahrhunderts erscheinen dann eigenständige Vorlesungen über „Reichsgeschichte“ (später Verfassungsgeschichte) und deutsche Rechtsgeschichte. Das Lehnrecht verschwindet um 1800. Das Verwaltungsrecht wächst aus dem Recht der Policey heraus, zaghaft im späten 18. Jahrhundert,<sup>5</sup> kräftig dann erst nach 1850. Als Prüfungsfach „etabliert“ hat es sich erst im frühen 20. Jahrhundert. Entsprechend verliert sich die alte Policeywissenschaft, verwandelt sich teils in das kleine Randfach Verwaltungslehre, teils in einzelne staatswissenschaftliche Fächer außerhalb der Juristenausbildung. Im 20. Jahrhundert schließlich kommt es unter dem Einfluß der Industriellen Revolution und des Ersten Weltkriegs nochmals zur raschen Ausdifferenzierung der Fächer. Die Innovationen der Technik lassen aus Elementen des Gewerberechts, Polizeirechts, Versicherungsrechts und Schadensersatzrechts ein „Technikrecht“ entstehen.<sup>6</sup> Auch Urheberrecht, Wettbewerbsrecht, Lebensmittelrecht und andere Spezialgebiete entstehen. Die Erfindung von Motorschiff, Automobil und Flugzeug bringen das Verkehrsrecht hervor, oder genauer: sie verdichten vorhandene Ansätze zu der heutigen, den Alltag prägenden Normmasse. Zugleich entsteht die unüberschaubare, aber von der Wissenschaft kaum wahrgenommene Norm-Masse der Normierungen: Vom Abstand der Eisenbahngeleise bis zur Schraube und zum Nagel, von den Rohrquerschnitten bis zum Postpapier, vom Kammerton a bis zur Steckdose, alles wird normiert, in Regelwerken (DIN) festgelegt.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Unersetzlich allerdings nach wie vor *F. Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967. Zur Methodenlehre neuerdings eine Zusammenfassung für die frühe Neuzeit *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, 2001. Für das öffentliche Recht *M. Friedrich*, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1997 sowie *M. Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, 3 Bde., 1988, 1992, 1999.

<sup>5</sup> *J. Ch. Pauly*, *Die Entstehung des Polizeirechts als wissenschaftliche Disziplin. Ein Beitrag zur Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts*, 2000.

<sup>6</sup> *M. Vec*, *Kurze Geschichte des Technikrechts von den Anfängen bis zum Ersten Weltkrieg*, in: *M. Schulte* (Hrsg.), *Handbuch des Technikrechts*, 2002 (im Druck).

<sup>7</sup> *M. Vec*, „Standardization Takes Command. Recht und Normierung in der Industriellen Revolution“, in: *M. Kloepper* (Hrsg.), *Technikentwicklung und Technikrechtsentwicklung*, 2000, S. 45–55.

Nichts bestimmt und erleichtert unseren Alltag stärker als diese bis heute ständig fortgeschriebenen und verfeinerten Regelwerke. Aber diese Normierung erfasst auch alle Rechtsgebiete, in denen Massengeschäfte getätigt oder Massenbedürfnisse befriedigt werden. Das „Kleingedruckte“ breitet sich aus, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Kauf- und Mietrecht, im Frachtrecht, im Bankrecht und im Versicherungsrecht.

Weiter: Aus der Sozialen Frage des 19. Jahrhunderts erwächst das „Recht der Arbeiterversicherung“, das man – zusammen mit Fürsorgerecht, Jugendrecht, Versorgungsrecht und zahlreichen Kleingebieten – am Ende zum „Sozialrecht“ zusammenfassen sollte.<sup>8</sup> Parallel hierzu entsteht das Arbeitsrecht; seine Pioniere *Philipp Lotmar* und *Hugo Sinzheimer* entwickeln die Grundlagen des Tarifvertragsrechts, das Arbeitsschutzrecht entsteht, das Recht der Arbeitslosenversicherung, das Individualarbeitsrecht, das ebenso zur Normierung im massenhaften Arbeitsvertrag drängte – alles dies in wenigen Jahrzehnten.<sup>9</sup> Es sind genau die Jahrzehnte, in denen auch Wirtschaftsrecht und das Wirtschaftsverwaltungsrecht, heute Öffentliches Wirtschaftsrecht genannt, entstehen.

Die Kräfte, die hinter diesen Veränderungen stehen, können in plakativer Weise rasch benannt werden. Es sind die großen ökonomischen, technischen und sozialen Veränderungen, die aus der bürgerlichen Gesellschaft der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die industrielle Gesellschaft des 20. Jahrhunderts formen. Deutschland steigt zwischen Reichsgründung und Erstem Weltkrieg zur führenden Industrienation Europas auf, angeschoben vom traditionell starken Staat. Zugleich wird es eine Großmacht der Wissenschaft.<sup>10</sup> Es entschärft die Soziale Frage, deutlich früher als andere Länder, in Fortführung einer älteren wohlfahrtsstaatlichen Tradition durch Einführung der obligatorischen Sozialversicherung.<sup>11</sup> Der Entstehung der organisierten Arbeiterbewegung folgt der Zusammenschluß der Wirtschaft in Verbänden.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> *M. Stolleis*, Sozialrecht, in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, hrsgg. v. A. Erler u.a., Bd. 4 (1990), S. 1730–1733; *I. Mikesic*, Die Entstehung des Sozialrechts als wissenschaftliche Disziplin, jur. Diss. Frankfurt 2001 (im Druck).

<sup>9</sup> *M. Stolleis*, Sozialpolitik in Deutschland bis 1945, in: Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945, hrsgg. v. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung und Bundesarchiv. Band 1: Grundlagen der Sozialpolitik, 2001, S. 199–332.

<sup>10</sup> *P. Schiera*, Laboratorium der bürgerlichen Welt. Deutsche Wissenschaft im 19. Jahrhundert, 1992.

<sup>11</sup> *M. Stolleis*, Die Sozialversicherung Bismarcks, in: *ders.*, Konstitution und Intervention, 2001, S. 226–252.

<sup>12</sup> *G. Schulz*, Über Entstehung und Formen von Interessengruppen in Deutschland seit Beginn der Industrialisierung, in: PVS 2 (1961) S. 124 ff.; *H. J. Puble*, Parlament, Parteien und Interessenverbände 1890–1914, in: M. Stürmer (Hrsg.), Das kaiserliche Deutschland. Politik und Gesellschaft 1870–1918, 1975; *F. Blaiich*, Staat und Verbände in Deutschland zwischen 1871 und 1945, 1979; *H. P. Ullmann*, Interessenverbände in Deutschland, 1988.

Aus Handwerksbetrieben werden Industriebetriebe, und diese schlossen sich zu Konzernen, Kartellen und Trusts zusammen. Die europäischen Nationen und die USA rivalisieren um Kolonien, Rohstoffe, Märkte und Patente. Dies verschärfte sich mit Ausbruch des Weltkriegs, der, historisch ohne Beispiel, ein Material- und Rohstoffkrieg, ein Krieg der Logistik und der Erfindungen wurde. Erstmals gab es automatische Waffen, das von *Sir Hiram Maxim* (1840–1916) erfundene „Maschinengewehr“, Giftgas, gepanzerte Fahrzeuge und Flugzeuge. Die Waffentechnik beruhte auf industrieller, normierter Fertigung, und sie trieb die Normierung selbst wieder voran.<sup>13</sup>

Nach dem Weltkrieg war in Deutschland definitiv kein Lebensbereich mehr so wie in der „guten alten Zeit“ vor 1914. Das von *Gustave Le Bon* 1895 angekündigte Zeitalter der Massen war nun definitiv angebrochen.<sup>14</sup> Die ständisch gegliederte Gesellschaft wurde rechtlich mit der Weimarer Verfassung beseitigt. Die noch bis 1914 geltende alte Hierarchie, die dem Adel, dem Reichtum, dem Landbesitz, der Wissenschaft und Kultur jeweils ihre Plätze angewiesen hatte, war zusammengebrochen. Ihren eigentlichen Untergang aber erlebte die alte Gesellschaftsstruktur in der Vermögenszerstörung der Inflation von 1923. Aus ihr gingen breite Schichten des Bürgertums, die staatstragende bürgerliche und adelige Beamtenschaft, und viele nicht reiche, aber doch wohlhabende, für die öffentliche Meinung wichtige Kreise deponiert hervor. Der seit 1919 mit der Reichsabgabenordnung verschärfte Zugriff des Steuerrechts kam ebenso hinzu wie die Sorge um die Finanzierbarkeit der Reparationen des Versailler Vertrags. Für diese desorientierte, verarmte und gedemütigte Nachkriegsgesellschaft war in der Tat, wie *Walther Rathenau* 1921 gesagt hatte, die Wirtschaft zum „Schicksal“ geworden. Wer bis dahin meinte, sich für Wirtschaft nicht interessieren zu müssen, wurde dazu gezwungen. Wirtschaftsrecht schien nun das zentrale Steuerungsfeld für die Schicksalfragen der Nation zu werden. Erstmals in der Verfassungsgeschichte enthielt auch die Reichsverfassung von 1919 einen Abschnitt „Das Wirtschaftsleben“ (Art. 151–165) und symbolisierte schon dadurch eine „Umorientierung der Staatszwecke“.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> *P. Berz*, 08/15. Ein Standard des 20. Jahrhunderts, 2001. Grundlegend *S. Giedion*, Die Herrschaft der Mechanisierung. Ein Beitrag zur anonymen Geschichte. Mit einem Nachwort von *S. v. Moos*, hrsgg. v. *H. Ritter*, 1983.

<sup>14</sup> *G. Le Bon*, *Psychologie des foules*, Paris 1895; *Tb. Geiger*, *Die Masse und ihre Aktion*, Stuttgart 1926; *J. Ortega y Gasset*, *La rebelión de las masas*, Madrid 1929 (deutsch 1931); *E. Canetti*, *Masse und Macht*, 1960; *H. Broch*, *Massenwahntheorie. Beiträge zu einer Psychologie der Politik*, 1979.

<sup>15</sup> *Badura* (Fn. 2), S. 184.

## II.

*Reiner Schmidt*, um nochmals mit ihm einzusetzen, hat in § 1 des Allgemeinen Teils seines *Öffentlichen Wirtschaftsrechts* (1990) begründet, warum es keine „Geburtsstunde“ des Wirtschaftsrechts geben kann, daß es je nach Wirtschaftsordnung immer eine Art „Wirtschaftsrecht“ gegeben habe und daß es Sache der Geschichtswissenschaft sei, sich anhand der Maßstäbe jeder Zeit darüber zu einigen, ob man von einem Wirtschaftsrecht sprechen könne. In diesem Sinne beschreibt er kurz das Mittelalter, die neue ökonomische Theorie und Praxis des Absolutismus, den Merkantilismus, geht auf den Wirtschaftsliberalismus des 19. Jahrhunderts ein und kommt dann zur Kriegswirtschaft des Ersten Weltkriegs, zur Mischung zwischen liberalen und staatsinterventionistischen Elementen in der Weimarer Zeit, und schließlich zur Wirtschaftssteuerung im NS-Staat, dem ein kurzer Ausblick auf die Bundesrepublik folgt. Das sind die der Sache angemessenen Stufen der allgemeinen Wirtschaftsgeschichte, in die nun hineingeflochten ist, was Juristen auf diesen Stufen in die Debatte eingebracht haben.

Was er nicht beantwortet (und das ist der Grund, es hier im Kolloquium zu behandeln), ist die Frage, warum gerade nach dem Ersten Weltkrieg eine intensive Debatte um das Wirtschaftsrecht entstand, warum damals der Terminus „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ geschaffen wurde, und wie sich die Beiträge der Juristen in der Weise verdichteten, daß daraus schließlich ein Fach wurde, am Ende sogar ein wohletabliertes. Wie kam es zu diesem „Diskurs“, zur Selbstverständigung derer, die es anging, zur sprachlichen Verabredung, „Wirtschaftsrecht“ und „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ seien Rechtsgebiete, die man nun im Kanon der Juristenausbildung berücksichtigen müsse?

Eine der ersten Äußerungen hierzu stammt, wenn ich recht sehe, von *Lorenz von Stein*, jenem ideenreichen Hegelianer und Rhetoriker, genauen Beobachter und phantasievollen Spekulierer, der in seiner Verwaltungslehre dazu aufforderte, über ein Spezialgebiet des „wirtschaftlichen Verwaltungsrechts“ nachzudenken.<sup>16</sup> Gleichzeitig begann man im Privatrecht jene Normen zu einem „Gebiet“ zusammenzufassen, die sich auf die industriell betriebene Wirtschaft bezogen, so wie man zuvor das „Handelsrecht“ ausgeformt und sogar kodifiziert hatte. Dazu trugen der Übergang zum Interventionsstaat (1878), die Entstehung der Verbände und die Kartellierung der Industrie gleichermaßen bei. Es zeichnete sich auch ab, daß das zwischen 1873 und 1896 entstehende Bürgerliche Gesetzbuch eine Reihe von Materien nicht aufgenommen hatte, die gleichwohl durch ihren Bezug auf die Wirtschaft zusam-

---

<sup>16</sup> *L. v. Stein*, *Die Verwaltungslehre*, 7. Theil: Innere Verwaltungslehre, 3. Hauptgebiet, 1868, S. 15.

menhingen: Gesellschaftsrecht, Bankrecht, Versicherungsrecht, Warenzeichen- und Patentrecht, Urheberrecht. *Heinrich Lehmann* fasste sie 1913 unter der Bezeichnung „Industrierecht“ zusammen.<sup>17</sup>

Das Bürgerliche Gesetzbuch, gerade mit großem wissenschaftlichem Aufwand zustandegekommen und als dauerhafter Abschluß der Epoche der Pandektistik sowie als Krönung der nationalen Rechtseinheit gefeiert, hatte nur die traditionellen Elemente der Privatrechtsordnung in Form gebracht. Die wirtschaftlichen Kräfte umspülten gewissermaßen die Kodifikation und schufen, teils in Einzelgesetzen, teils durch neue Figuren der Rechtsprechung,<sup>18</sup> neben dem Zivilrecht ein „Wirtschaftsrecht“. Als Beispiele nenne ich die zivilrechtliche Diskussion um die *clausula rebus sic stantibus*,<sup>19</sup> den für die Kommunen so wichtigen Kontrahierungszwang,<sup>20</sup> Mieterschutz und Konsumentenschutz, die Auswirkungen hoheitlicher Eingriffe in Zivilrechtsverhältnisse. Letzteres war signifikant für den Zusammenstoß der noch weitgehend wirtschaftsliberalen Vorkriegswelt mit dem Netzwerk des Kriegsrechts. Überall stießen nun die Privatrechtsordnung und der Interventionsstaat aufeinander. Ständig sprach man von der Lockerung rechtlicher Bindungen und vom „Durchgriff“, also von einer Beurteilung der Rechtslage, die sich an den wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht an Formalien orientierte. Zahlreiche Beispiele hierfür bieten das Gesellschaftsrecht und das Steuerrecht. Damit kamen jetzt schon die wichtigsten Pfeiler der traditionellen positivistischen Begriffsjurisprudenz ins Wanken. Die Berücksichtigung des „Zwecks“ und der „Interessen“ stand seit *Rudolf von Jhering* und dem von ihm tief beeinflussten *Philipp Heck* im Mittelpunkt der Interpretationslehren. Die Freirechtsschule erschütterte spektakulär die herrschenden Lehren der Rechtsgewinnung. Die frechen Sprüche der Freirechtler von der „Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz“ (*H. U. Kantorowicz*) und dem „lächerlichen Mummenschanz der abstrakten Begriffsbildung und Konstruktion“ (*E. Ehrlich*) signalisieren jedenfalls, daß es nicht nur um die Gewinnung von Handlungsspielraum für die Justiz ging, sondern daß auch die philosophischen Grundlagen der bisherigen Verfahren erschüttert waren. Lebensphilosophie (*Nietzsche, Bergson*) und Phänomenologie (*Husserl, Scheler, Heidegger*) einerseits, Empirismus und Positivismus (*Carnap, Schlick, Kelsen*) andererseits beherrschten nun die Szene.

<sup>17</sup> *H. Lehmann*, Grundlinien des deutschen Industrierechts, in: FS Zitelmann, 1913, S. 1 ff.

<sup>18</sup> U. Falk/H. Mohnhaupt (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914), 2000.

<sup>19</sup> *R. Köbler*, Die „*Clausula rebus sic stantibus*“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz, 1991, S. 74–80.

<sup>20</sup> *H. C. Nipperdey*, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920.

Nimmt man alles zusammen, dann bestätigt sich auch im Zivilrecht, daß zwischen 1880 und 1920 die von der Wirtschaft bestimmte industrielle Maschengesellschaft ans Licht trat. Sie brauchte mehr Flexibilität und neue Rechtsformen als ihr das von der Pandektistik ausgearbeitete Schuld- und Sachenrecht bieten konnte. Die vierzig Jahre zwischen 1880 und 1920 schließen den Weltkrieg ein. Selbstverständlich hat die Kriegswirtschaft für die Herausbildung eines eigenständigen „Wirtschaftsrechts“ eine Katalysatorfunktion erfüllt; das haben schon die Zeitgenossen so gesehen, etwa wenn *Richard Kahn* 1918 über „Rechtsbegriffe der Kriegswirtschaft. Ein Versuch der Grundlegung des Kriegswirtschaftsrechts“ schrieb, oder *Ernst Heymann* über „Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts“<sup>21</sup>. Ein Jahr zuvor hatte *Arthur Nußbaum* eine Studie „Das neue deutsche Wirtschaftsrecht“<sup>22</sup> vorgelegt. Aber – wie ich mit dem Wort „Katalysator“ auszudrücken versuche – der Krieg hat die Wendung zum Wirtschaftsrecht nicht hervorgebracht, sondern nur die schon seit 1880 spürbare Tendenz aufgeheizt und verstärkt.

Daß sich diese Tendenz auch im öffentlichen Recht zeigt, ist nicht überraschend. Die scharfen Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht, für das 19. Jahrhundert konstitutiv wegen der kategorialen Trennung zwischen monarchischem Staat und bürgerlicher Gesellschaft,<sup>23</sup> waren in der Kriegswirtschaft längst aufgegeben worden. Das Kriegsinterventionsrecht, ein wild wucherndes, nur auf den Zweck orientiertes Sonderrecht, hatte alle Schranken niedergelegt.<sup>24</sup> Eine Unterscheidung von Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht war dort nicht mehr sinnvoll. Man sprach von „Kriegssozialismus“ (*Th. Heuss*) oder „Produktionsmilitarismus“ (*W. Rathenau*), von „Gemeinwirtschaft“ (*W. v. Moellendorff*) und vom „Organisierten Kapitalismus“ (*R. Hilferding*, *F. Naphtali*).<sup>25</sup>

Es war also bei dem nun von verschiedenen Autoren umkreisten „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ von vornherein nicht an ein „öffentlichrechtliches“ Sondergebiet in Reinkultur gedacht. Während die Zivilrechtler, die schon vor dem Weltkrieg mit Sorge einen „beträchtlichen Abbau des bürgerlichen Rechts zugunsten der Publizistik“ bemerkt hatten (*J. W. Hedemann*, 1913), nun dafür plädierten, den entfesselten Interventionsstaat wieder zurückzu-

<sup>21</sup> 1921.

<sup>22</sup> 1920.

<sup>23</sup> *M. Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 41–61 m.w.N.

<sup>24</sup> *E. R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. V, 1978, §§ 6, 7; *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 1999, 67–71.

<sup>25</sup> *G. D. Feldman*, Army, Industry and Labor in Germany 1914–18, Princeton 1966; *ders.*, Der Organisierte Kapitalismus während der Kriegs- und Inflationsjahre 1914–1923, in: *H. A. Winkler* (Hrsg.), Organisierter Kapitalismus. Voraussetzungen und Anfänge, 1974, S. 150–171.

drängen und zum liberalen Privatrecht und zum Rechtsstaat zurückzukehren, gingen die Öffentlichrechtler mehrheitlich andere Wege. Sie registrierten das offenkundige Wachstum öffentlichrechtlicher Regulierung naturgemäß nicht als Bedrohung, sondern versuchten es in Zusammenhang mit dem Verfassungsrecht zu sehen und das „wirtschaftliche Verwaltungsrecht“ mit den herkömmlichen Kategorien des Verwaltungsrechts zu erfassen. Auffällig ist dabei eine „Verspätung“ im Vergleich zu den Privatrechtlern. Die Öffentlichrechtler waren nicht so rasch zur Stelle wie etwa *Hedemann*, *Kahn*, *Heymann* oder *Nußbaum*, die zudem in engem Kontakt mit der Praxis arbeiteten. Vielleicht läßt sich das so erklären, daß die auch zahlenmäßig viel kleinere „Zunft“ der Staats- und Verwaltungsrechtler in den Jahren nach 1919 zunächst vom Verfassungsrecht absorbiert war. Dort entwickelte sich bei der Auslegung der Art. 151 bis 165 WRV im Zusammenwirken mit Volkswirten der neue Terminus der „Wirtschaftsverfassung“<sup>26</sup>. Es mag auch sein, daß der noch sehr neue Allgemeine Teil des Verwaltungsrechts größeres Interesse auf sich zog. Die Themen der Arbeiten von *Fritz Fleiner*, *Ottmar Bühler* und des jungen *Walter Jellinek* deuten darauf hin.<sup>27</sup>

Erst im Zusammenbruch des Wirtschaftsliberalismus in der Inflation, als die Vertreter autoritärer Lösungen nach vorne rückten, wurde das Wirtschaftsverwaltungsrecht als neues Feld entdeckt. Es schien auf diesem Feld, wie *Ernst Rudolf Huber* 1934 geschrieben hat, um einen Entscheidungskampf zwischen dem ohnmächtig erscheinenden liberalen Staat und der vielköpfigen Hydra einer durch Verbände und Kartelle mächtigen Wirtschaft zu gehen. Auf Anregung des Bonner Verwaltungsrechtlers *Heinrich Göppert* habilitierte sich der junge *Huber* mit der Monographie „Wirtschaftsverwaltungsrecht“.<sup>28</sup> Dies war ein großer Versuch, die vielfältigen Erscheinungen hoheitlicher Einflußnahme auf die Wirtschaft erstmals in ein „System“ zu bannen, die Subjekte des Wirtschaftsverwaltungsrechts, die öffentlichen Rechte und Pflichten, die Leistungsansprüche, die wirtschaftlichen Freiheitsrechte und

---

<sup>26</sup> *S. Tschierschky*, *Wirtschaftsverfassung*, 1924; *F. Neumann*, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung*, in: *Die Arbeit 1931*, 588; *A. Hensel*, *Grundrechte und politische Weltanschauung*, 1931.

<sup>27</sup> Ein Seitenblick auf das Strafrecht sei erlaubt. Ähnlich wie im Verwaltungsrecht scheint die akademische Disziplin lange Zeit kaum bemerkt zu haben, daß sich neben dem klassischen Bestand des StGB das wirtschaftsorientierte Nebenstrafrecht ausbreitete, daß auf breiter Front Zwecküberlegungen das herkömmliche Konditionalprogramm des StGB und der StPO unterhöhlten und daß die Geldstrafen nach vorne rückten. Wie im Zivil- und öffentlichen Recht erwies sich das Schema von Staat und Gesellschaft, öffentlich und privat, Tatbestand und Rechtsfolge als zu eng, um den Anforderungen der Industriegesellschaft gerecht zu werden. Auch in diesem Bereich also eine Zunahme offener, flexibler und dem Richter mehr Steuerungskompetenz einräumender Formeln.

<sup>28</sup> *E. R. Huber*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht. Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts*, 1932.

die Gestaltungsrechte des Staates zu erfassen. Im zweiten Teil stellte er den dazugehörigen Rechtsschutz und die informellen Ausgleichsverfahren dar.

Der Staat, wie ihn *Huber* sich vorstellte, sollte ein korporativer Staat sein, aber die Einheit der Staatsgewalt nicht aufgeben. Er sollte nicht refeudalisierter Ständestaat sein, sondern ein starker Staat mit einer die Interventionen leitenden Idee. Er sollte das „Objektive“ gegen die zerrissenen und kraftlosen Subjektivismen durchsetzen.<sup>29</sup> Das war nicht nur rechtshegelianische Terminologie, sondern, wie sich aus vielen anderen Zeugnissen (auch anonymen Aufsätzen *Hubers*) ergibt, eine klare politische Option gegen die als enttäuschend empfundene parlamentarische Demokratie, gegen Pluralismus, Parteien- und Verbändewesen.<sup>30</sup>

Bei diesem Ausgangspunkt war es nicht weiter verwunderlich, daß *Huber*, der sich bis dahin eher der „konservativen Revolution“, dem TAT-Kreis und dem Herrenclub um die Zeitschrift „Der Ring“ von *Heinrich v. Gleichen* zurechnen ließ, nach der Machtübergabe von 1933 die von ihm so genannte und idealistisch verklärte „Gestalt des deutschen Sozialismus“ auszuformen begann (1934).

### III.

Die Entstehung eines „Rechtsgebiets“ ist, wie gesagt, ein komplexer Vorgang der Interaktion von Fachleuten und fachnaher öffentlicher Meinung, von Gesetzgebung und wissenschaftlicher Interpretation. Rechtspolitische und pädagogische Absichten gehen dabei ineinander über. Zuletzt ist das Fach „etabliert“, man kann es begehen und möblieren wie ein neugebautes Haus, ein Haus, das allerdings eines Tages auch zum Abbruch freigegeben werden kann, wenn sich die juristische Weltsicht geändert hat.

Im Fall des Wirtschaftsverwaltungsrechts der zwanziger und dreißiger Jahre liegen die Entstehungsbedingungen relativ offen. Sie liegen im Übergang Deutschlands zum Interventionsstaat und dem ihm angemessenen öffentlichen Recht,<sup>31</sup> im Übergang zur modernen, von der Wirtschaft dominierten Industriegesellschaft, im Ungenügen der gerade abgeschlossenen Kodifikation des BGB und des Rechtsfindungsmodells der späten Pandektistik oder „Begriffsjurisprudenz“. Schließlich wirkten Krieg und Kriegswirtschaft be-

<sup>29</sup> *E. R. Huber*, Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat, 1931 (Bonner Antrittsvorlesung), wiederabgedruckt in: *ders.*, Bewahrung und Wandlung. Studien zur deutschen Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, 1975, 37–61.

<sup>30</sup> Umfassend *R. Walkenhaus*, Konservatives Staatsdenken. Eine wissenssoziologische Studie zu Ernst Rudolf Huber, 1997.

<sup>31</sup> *M. Stolleis*, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, in: *ders.*, Konstitution und Intervention (Fn. 11) 253 ff.