

**Prof. Dr. Erich Schanze LL.M.(Harv.)**

*Lektüre zur Vorbereitung und zur Begleitung*

## **Einführung in die Rechtswissenschaft**

von

**Erich Schanze**

(Überarbeitete Fassung des Artikels „Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaftslehre“ aus: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, hrsg. v. W. Wittmann / W. Kern / R. Köhler / H.-U. Küpper / K. v. Wysocki, Bd. I/3, 5. Auflage, Stuttgart 1993, Sp. 3759 – 3774.)

### **I. Die Funktion des Rechts sowie Begriff, Gegenstandsbereich und Methode der Rechtswissenschaft**

#### 1. Recht und Rechtswissenschaft

*Recht* dient der regelorientierten, verfahrensmäßigen Kanalisierung von menschlichen Konflikten. Die Ordnungsleistung des Rechts beruht auf einer heute im wesentlichen geschriebenen und veröffentlichten, in den Grundnormen des Staates, den supranationalen Organisationen und der Völkerrechtsgemeinschaft verankerten „Rechtsordnung“, die nicht nur Inbegriff gesetzlicher Normen ist, sondern realistischere auch den Inbegriff aller rechtlichen Entscheidungen und aller entscheidungsleitenden Gesichtspunkte umfasst (*Mertens / Kirchner / Schanze* 1982). Mit dieser Maßgabe ist *Rechtswissenschaft* eine Sozialwissenschaft, deren besonderes Erkenntnisinteresse sich auf die Produktion verbindlicher (richtiger) Entscheidungen richtet (*Pawlowski* 1986). Rechtlich richtiges Entscheiden und dessen handlungsorientierender Rahmen beziehen sich dabei sowohl auf das – in Gewaltenteilung verfasste – Handeln von politischem Gesetzgeber und unabhängigem Richter als auch auf die nach den Grundsätzen des Rechts stattfindenden Gestaltungsakte von staatlichen und privaten Akteuren. Die Gebote, Verbote und Gewährungen des Rechts wirken nicht nur als *Transaktionsbeschränkungen*, sondern in ihrer wirklichkeitsorientierenden Funktion auch als *Transaktionserleichterungen*. Grundlegende Rechtsinstitutionen, wie beispielsweise bindende Verträge, Satzungen von privaten Zusammenschlüssen oder die Gewährung von Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte sind sowohl Gestaltungsvoraussetzungen als auch Gestaltungsmittel der Erhaltung und Fortentwicklung produktiver Lebensverhältnisse.

## 2. Juristische Profession und Methode des Entscheidens

Die Produktion von Rechtsentscheidungen wird als Aufgabe einer fachlich spezialisierten, seit der Antike wissenschaftlich und praktisch ausgebildeten gesellschaftlichen Gruppe, der *Juristen*, angesehen, die diese Aufgabe im modernen *Rechtsstaat* als verfassungsmäßiges Mandat (heute in Deutschland Art. 92 – 101 GG für die rechtsprechende Gewalt) wahrnimmt. Die Findung und Begründung von Rechtsentscheidungen richtet sich nach *methodischen Regeln*, die Konsistenz und Folgerichtigkeit *öffentlichen Entscheidens* sicherstellen sollen. Im Zentrum dieser Methodik steht traditionell der sog. *Justizsyllogismus*: ein bestimmter, nach Verfahrensregeln ermittelter *Lebenstatbestand* (der Sachverhalt) wird unter die maßgebende, im Wege der *Auslegung* ermittelte *Rechtsnorm subsumiert*. Für das Verständnis der *Rechtsnorm*, die in Kontinentaleuropa als Ableitung einer geschriebenen Norm, in der angloamerikanischen Rechtstradition des Common Law auch als Entscheidungsregel einer bindenden Vorentscheidung (*Präjudiz*) verstanden wird, geht man üblicherweise von einem *Kanon von Interpretationselementen* (Wortlaut, systematische Stellung, Entstehungsgeschichte, Zweck der Norm) aus.

Der Prozeß *rationalen juristischen Entscheidens* bei fehlender Textbindung besteht wesentlich in einer fachlichen Konsensbildung durch Erörterung und Verwerfung von plausiblen, wirklichkeitsbezogenen Entscheidungsalternativen, also im Kern in einer *diskursiven Folgebewertung* verschiedener Entscheidungshypothesen in einem bestimmten Entscheidungsfeld. Das *Entscheidungsfeld* ist vorgeprägt durch eine Reihe von verbindlichen politischen Grundentscheidungen der Rechtsgemeinschaft, insbesondere das geschriebene Verfassungsrecht. Diese Grundentscheidungen sind jedoch nicht oberste Sätze eines widerspruchsfreien Systems, sondern sie stehen zueinander in einem z. T. spannungsreichen Wechselverhältnis, das bis in die Einzelfallentscheidung hineinwirkt.

Ob es für eine Folgebewertung innerhalb dieses Rahmens autonome, spezifisch juristische Kriterien gibt (z. B. *Pawłowski* 1986, 204: das „gemeinsam Richtige“), oder ob andere sozialwissenschaftliche Entscheidungskriterien (z. B. die ökonomischen Wohlfahrtskriterien oder die systemtheoretische Leitlinie der Selbstreproduktion der Systemelemente) maßgeblich sind oder sein sollen, ist augenblicklich eine der wichtigsten Grundlagenfragen der Rechtswissenschaft (vgl. einerseits *Behrens* 1986, *Posner* 1990, andererseits *Teubner* 1989). Sie entscheidet u. a. auch über das allgemeine Verhältnis der Rechtswissenschaft zu den anderen sozialwissenschaftlichen Nachbardisziplinen (s. unten V.).

## II. Disziplinen und Materien der Rechtswissenschaft

### 1. Rechtsdisziplinen

Innerhalb der Rechtswissenschaft unterscheidet man zwischen der *Rechtsdogmatik* als der wissenschaftlichen Lehre von geltendem Recht, der *Rechtsgeschichte* als der Geschichtswissenschaft von früher geltendem Recht, der *Rechtsvergleichung*, welche die verschiedenen Rechtssysteme und Rechtsinstitutionen vergleicht und zugleich der Ermittlung des anwendbaren Auslandsrechts gilt, der *Rechtsphilosophie*, die nach dem säkularen Geltungsgrund des Rechts und der Rechtssätze fragt, der *Rechtssoziologie*, die rechtsbezogene Tatsachen in der Beziehung von Recht und Gesellschaft analysiert, sowie der *Rechtstheorie*, die sich i. e. S. vorwiegend mit der Logik der Rechtswissenschaft beschäftigt. Neben vereinzelt *psychologischen* Erklärungsansätzen hat sich als bedeutsamer neuer methodischer Wissenszweig seit den 70er Jahren die *ökonomische Analyse des Rechts* als eigenständige Disziplin entwickelt; sie untersucht Rechtsinstitutionen unter ökonomischen Gesichtspunkten (s. unten V.4.).

### 2. Rechtsmaterien

#### a) Privatrecht und öffentliches Recht

Die wissenschaftliche Facheinteilung richtet sich teils nach disziplinären Kriterien, teils nach der Untergliederung der Rechtsmaterien. In den durch das römische Recht geprägten Rechtsordnungen Mitteleuropas wird – im Gegensatz zur Tradition des angloamerikanischen Common Law – herkömmlicherweise von der Grundunterscheidung zwischen *Privatrecht* und *öffentlichem Recht* ausgegangen. *Privatrecht* wird dabei als das Koordinierungsrecht zwischen privaten Akteuren verstanden, die im Rahmen der *Privatautonomie* und der handlungsleitenden Maßstäbe des *dispositiven Rechts* (z. B. des Katalogs der Vertragstypen des Schuldrechts) in den Grenzen des *zwingenden Rechts* (z. B. § 138 BGB: Verbot sittenwidriger, insbesondere knebelnder oder wucherischer Rechtsgeschäfte) ihre Rechtsverhältnisse gestalten. *Öffentliches Recht* beschäftigt sich demgegenüber mit den Organisationsnormen des Staates, der suprastaatlichen Organisationen und der Völkerrechtsgemeinschaft und insbesondere mit den Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürgern, die überwiegend als regelgebundene Anspruchs- und Anordnungsstrukturen in einer Über-/Unterordnungsbeziehung gestaltet sind. Die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ist nicht nur für die Grundkonzepte und Denkformen der dieser Differenzierung

nachgeordneten materiell-rechtlichen Rechtsbereiche von Bedeutung, sondern auch für die traditionelle Trennung der Gerichtsbarkeit in eher öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich orientierte Gerichtszweige (s. unten IV.2.).

## b) Wirtschaftsrecht

Die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht hat im Laufe des 20. Jahrhunderts an Kontur verloren. Die wichtigsten Rechtsentwicklungen haben unter der neuartigen *programmatischen Rubrik* des *Wirtschaftsrechts* stattgefunden, in der die klassische Unterscheidung zurücktritt. Zwar kann man Wirtschaftsrecht aus der öffentlich-rechtlichen Tradition heraus als diejenige Rechtsmaterie definieren, mit der der „Staat“ in die „Wirtschaft“ interveniert. Damit verkennt man jedoch sowohl die Verfassungsbedingungen des Verhältnisses moderner *Staatlichkeit* und der auf sie bezogenen *Wirtschaftsabläufe* als auch die aus dieser *Interdependenz* erwachsenden vielschichtigen Rechtssetzungsprozesse, die die Gestaltung von Wirtschaftstransaktionen prägen. Zudem sucht eine dem Grundsatz der *Privatautonomie* verpflichtete Wirtschaftspolitik die rechtlichen Instrumente der Verhaltenssteuerung weniger in direkten Verboten, Geboten und Subventionen als vielmehr in Formen der indirekten Stimulierung und Gewährleistung fairer Selbstverfassung. Gemengelage traditioneller öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Regelungstechnik enthalten auch viele der immer bedeutsamer werdenden Rechtssetzungsakte der *Europäischen Gemeinschaft*. Diese sind notwendigerweise von *Funktionen* und *nicht* von aus den jeweiligen *Rechtstraditionen* stammenden Abgrenzungen beherrscht.

Moderne Darstellungen des *Wirtschaftsrechts* begreifen daher die Materie sowohl im nationalen wie im internationalen Rahmen als das umfassende rechtliche Regelwerk der Koordinierung des Konflikts zwischen den verschiedenen legitimierten Planungsansprüchen privater, staatlicher, parastaatlicher und suprastaatlicher Akteure (Mertens / Kirchner / Schanze 1982; Steindorff 1985; R. Schmidt 1988; restriktiver von verschiedenen Positionen: einerseits: Rinck / Schwark 1986, andererseits: Fikentscher 1983 und wiederum: Rittner 1987; zu allen einordnend: Kübler 1993). Das Wirtschaftsrecht als privates und öffentliches *Recht der Wirtschaftstransaktionen* kann man insoweit am Anfang des 21. Jahrhunderts von einem *Privatrecht i. e. S.* abgrenzen, welches die in der Privatsphäre liegenden Rechtsverhältnisse des Einzelnen, der Familie und der nichtwirtschaftlichen Personenzusammenschlüsse betrifft.

### c) Privates Wirtschaftsrecht

Unter den für Wirtschaftstransaktionen einschlägigen Rechtsmaterien des Privatrechts i. w. S. hebt sich das Kernfach des *Bürgerlichen Rechts* heraus, das durch die Kodifikation des BGB von 1896 eine verhältnismäßig starke systematische Geschlossenheit erreicht hat.

Diese *Kodifikation*, die in der Mehrzahl der europäischen Staaten eine Entsprechung findet (z. B. Frankreich, Belgien: Code civil; Italien: Codice civile; Österreich: Allgemeines BGB; Schweiz: Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht; Niederlande: Burgerlijk Wetboek) hat eine prägende Funktion für eine auf der Privatautonomie und dem Privateigentum aufbauende Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Neben einem Allgemeinen Teil mit Regeln über die Rechtsstellung von Personen, über die Zuordnung von Sachen, über die Rechtsgeschäfte einschließlich der Vertretungsgrundsätze enthält das BGB eine detaillierte Regelung des Schuldrechts (wesentlich: Vertrag und Delikt), des Sachenrechts, des Familienrechts und des Erbrechts.

Klassische Materien des wirtschaftlich orientierten Privatrechts sind auch das *Handelsrecht* als Recht der Kaufleute (HGB von 1897), einschließlich des in Sondergesetzen geregelten *Wertpapierrechts*, und das teils in der Kodifikation des HGB, teils in Sondergesetzen (z. B. GmbHG 1892, AktG 1965) geregelte *Gesellschaftsrecht* als Recht der privaten Wirtschaftsverbände. Eine fachliche Spezialisierung hat der gewerbliche Rechtsschutz (*Patentrecht* und andere Schutzrechte) und das damit zusammenhängende *Urheberrecht* erfahren. Das *Arbeitsrecht* hat sich aus dem bürgerlich-rechtlichen und handelsrechtlichen Dienstvertragsrecht und dem öffentlichen Arbeitsschutzrecht heraus zu einer eigenständigen Materie mit eigener Gerichtsbarkeit entwickelt. Marktstrukturen und Marktverhalten werden vom *Kartellrecht* (GWB von 1957) und vom *Wettbewerbsrecht i. e. S.* (UWG von 1909) reguliert. Als spezielles Marktordnungsrecht und abgrenzbares Rechtsgebiet tritt im wachsenden Maße das *Kapitalmarktrecht* hervor. Ebenso hat sich z. B. das *Versicherungsrecht* als Zusammenfassung des branchenspezifischen Organisationsrechts und des Haftungsrechts fachlich verselbständigt.

#### d) Öffentliches Wirtschaftsrecht

Das deutsche *Verfassungsrecht* enthält zahlreiche grundlegende Prinzipien der Wirtschaftsordnung, die den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers bei der Wirtschaftsgestaltung einschränken oder näher definieren. Hierzu zählen insbesondere die Art. 1, 2, 3, 9, 11, 12, 14, 15, 20, 104a, 109 GG. Zwar betont das BVerfG in ständiger Rechtsprechung (z. B.: BVerfGE 50, 290 ff. – Mitbestimmungsurteil), daß das GG sich *nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden* habe. Bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung wirtschaftspolitischer Gesetzgebung bindet es jedoch das gesetzgeberische Gestaltungsermessen an die Beachtung grundrechtlich gewährleisteter wirtschaftlicher Freiräume und sichert damit den Bestand einer marktwirtschaftlichen Ordnung. Auch das *Europarecht* in seiner Auslegung durch den EuGH geht vom Vorrang wirtschaftlicher Entfaltungs- und Dispositionsfreiheit aus; Freiheitsbeschränkungen der Marktteilnehmer werden am Maßstab der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs überprüft (R. Schmidt 1988).

Das *Völkerrecht* als Recht der Staatenpraxis wendet sich im wachsenden Maße der Regelung von Wirtschaftssachverhalten zu. So werden beispielsweise im Rahmen der WTO (World Trade Organization) sowie zahlreicher Unterorganisationen der Vereinten Nationen (z. B. ECOSOC (Economic and Social Council), CTC (Centre for Transnational Corporations), UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)) Regelungen, Richtlinien und Regelungsvorschläge erarbeitet, die im Ergebnis nicht nur internationale, sondern auch nationale Sachverhalte erfassen.

Seit jeher beschäftigen sich wichtige spezielle Zweige des *Verwaltungsrechts* mit der Überwachung und Wirtschaftsorganisation von Märkten. Für betriebliche Abläufe ist das Recht der *Gewerbeüberwachung* und des *Immissionsschutzes* von besonderer Bedeutung. Einzelne Branchen und Märkte unterliegen der besonderen behördlichen Aufsicht (z. B. Kreditwesen, Börsen).

Zentrale Handlungsform der Verwaltung ist die Einzelfallregelung in Form des rechtsgebundenen *Verwaltungsaktes*. „Der Verwaltungsakt kann Ge- und Verbote enthalten, rechtsgestaltend oder feststellend wirken, als Individual- oder Allgemeinverfügung ergehen, materielle oder Verfahrensfolgen begründen, begünstigen und belasten, Wirkungen gegenüber den Adressaten und gegenüber Dritten entfalten“ (Kirchhof 1988, S. 182).

Bedeutsamer Teil des öffentlichen Wirtschaftsrechts in Form der mittelbaren Staatsverwaltung ist das Organisationsrecht der *Kammern* als Selbstverwaltungskörperschaften der gewerblichen Wirtschaft, der Landwirtschaft und der freien Berufe. Die Staatspräsenz im Wirtschaftsbereich wird auch im Rahmen des Rechts der *öffentlichen Unternehmen* deutlich. Im Rahmen der Handlungsformen des Staates spielt das *Steuerrecht* eine zentrale Rolle. Wie das *Sozialrecht* hat sich dieser Rechtsbereich vom Staats- und Verwaltungsrecht abgelöst. Beide Bereiche dokumentieren ihre fachliche Selbständigkeit mit einer je eigenen Gerichtsbarkeit.

### III. Rechtsnormen und Hierarchien der Verbindlichkeit

#### 1. Rechtsnormen, insbesondere legislative Rechtssetzung

Rechtssoziologen verstehen *Rechtsnormen* als Verhaltensregeln, bei deren Übertretung *Sanktionen* (im schwächsten Fall: Mißbilligung) von einer dazu *autorisierten (dritten) Instanz* erlassen werden (*Rottleuthner* 1991). Diese Begriffsbestimmung erfaßt insbesondere die Rechtssetzungsakte der *Legislative* und der durch besondere gesetzliche Ermächtigung (Art. 80 GG) regelsetzenden staatlichen *Verwaltung*. In vielen Bereichen hat die *Judikative* im Rahmen der Einzelfallentscheidung die Rolle eines Ersatzgesetzgebers übernommen. Herausragende jüngere Beispiele sind das Arbeitskampfrecht und das Recht der Publikumspersonengesellschaft.

Innerhalb der Grundformen der Normsetzung besteht eine *Hierarchie von Normen*. Dabei bricht Bundesverfassungsrecht einfaches Bundesrecht, dieses wiederum Landesverfassungsrecht und einfaches Landesrecht (Art. 31 GG), dieses wiederum die Rechtssetzung unterstaatlicher Körperschaften.

Neben der staatlichen Rechtssetzung wird allgemein vom *Rechtscharakter* des *Völkerrechts* ausgegangen, namentlich der Summe des Organisationsrechts der internationalen Organisationen, des Völkervertragsrechts und des Völkergewohnheitsrechts. Da Rechtsgrund des Völkerrechts die Anerkennung in der Staatenpraxis ist, kann man auch diesen Rechtsbereich als Ausdruck des prinzipiellen Rechtssetzungsmonopols des konstitutionellen Nationalstaats begreifen.

#### 2. Rechtssetzungsprozesse des modernen Wirtschaftsrechts

Nur über ein erweitertes Verständnis der „Autorisierung“ und der „Instanz“ des eingangs genannten soziologischen Rechtsbegriffs werden *Regelungen nicht-staatlicher Akteure* erfaßt, die, jenseits der privatautonomen Parteivereinbarung, *Drittwirkungen* entfalten und dennoch als *legitime* Ordnungen von den Betroffenen anerkannt und sanktioniert werden. Ältere Grenzerscheinungen der Normsetzung sind beispielsweise die *Handelsbräuche*, die über die gesetzliche und richterliche Berücksichtigung (vgl. § 346 HGB) wie Normen wirken, wenngleich ihnen Rspr. und h. M. den Rechtsnormcharakter absprechen. Sie grenzen sie dabei vom sog. *Handelsgewohnheitsrecht* ab, für das neben der einverständlichen Übung des betreffenden Verkehrskreises auch dessen besondere Anerkennung als Recht („Rechtsgeltungswille“) entscheidend sein soll (K. Schmidt 1987, S. 19 f.). Im Zivilprozeß werden daher Handelsbräuche nicht als Recht, sondern als darlegungspflichtige Tatsachen behandelt. Dies gilt allerdings aus verfahrensrechtlichen Gründen auch beispielsweise für die Anwendung von Auslandsrecht (dessen Normqualität außer Frage steht) vor einem nationalen Gericht.

Ein wichtiger Grenzbereich von Normsetzung und Parteivereinbarung ist das *Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB-Gesetz 1976, jetzt §§ 305 ff. BGB). Die h. M. sieht übliche, von einer Seite entworfene AGB bei deren Zulässigkeit als vertraglich vereinbart an. Im früheren § 23 II AGB-Gesetz (jetzt §§ 305a, 308 Nr. 5 a. E., 309 Nr. 7 a. E., 309 Nr. 8 a) und b) ff) a. E., 309 Nr. 9 a. E., 310 II BGB) findet sich ein Ausnahmekatalog von AGB, die unzweifelhaft Normcharakter besitzen.

Während das deutsche Recht es im Zweifelsfall der Rechtsprechung überläßt, im Rahmen detaillierter Prüfung häufig angewandter AGB im Ergebnis *gesetzesvertretende Ordnungen* zu schaffen, finden sich beispielsweise im französischen Recht Formen „privater“ Rechtssetzung durch Expertengruppen, die für bestimmte Vertragstypen analog zu Industrienormen *Normmuster* schaffen (zur französischen Franchise-Norm vgl. Azéma 1991).

In vielen Bereichen des *internationalen Wirtschaftsrechts* finden sich Normen, die zwar nicht vom Geltungsgrund her (als Ableitungen des nationalen Rechts oder des Völkerrechts), jedoch von der Wirkung her wie Rechtsnormen gelten.

Zu denken ist beispielsweise an die vom internationalen Kreditgewerbe erarbeiteten *Akkreditivbedingungen*, die diesen Geschäftstypus mit globaler und faktisch zwingender Geltung formstreu regeln. Ebenso gibt es für neuartige Vertragsformen standardisierte Regelungsmuster,

die nicht mehr als Ausfluß nationaler Rechte, sondern als *Regelungswerke und Regelungsmodelle der internationalen Gestaltungspraxis* begriffen werden müssen. Sie werden vorwiegend von internationalen Anwaltspraxen produziert und in allen wichtigen Rechtsordnungen der Welt toleriert (für den Bereich von internationalen Investitionsverträgen: *Schanze 1986* ).

An die Stelle des Kriteriums der *staatlichen Legitimität* dieser Normen tritt das der *internationalen Kompatibilität*. So findet in bedeutsamen Bereichen des Wirtschaftsrechts Rechtsvereinheitlichung als *nicht-legislatorischer Prozeß* statt (*Mertens 1992, Schanze 1991, Teubner 1992*). Die Zurückdrängung herkömmlicher staatlicher Rechtssetzung, die mit einer wachsenden Bedeutung der privaten Schiedsgerichtsbarkeit und anderer nicht-staatlicher Entscheidungsverfahren einhergeht, aber nicht hierin begründet ist (so aber die vorwiegend in Frankreich vertretene Schule der sog. „neuen *lex mercatoria*“) trägt der Tatsache Rechnung, daß wirtschaftliche Regelungssachverhalte sich kaum mehr von internationalen Determinanten isolieren lassen. Die *Praxis der Gestaltung* von Wirtschaftssachverhalten aus unternehmerischer und juristischer Perspektive führt hier sachnotwendig zu neuen Formen der Arbeitsteilung zwischen ökonomischem und juristischem Sachverstand. Insgesamt ist in den Rechtssetzungsprozessen des Wirtschaftsrechts eine *Konvergenz* der Kunstlehren *ökonomischer Planung* und *juristischer Gestaltung* zu registrieren, die ihren ersten tastenden theoretischen Ausdruck im *ökonomischen Neoinstitutionalismus* findet (s. unten V.).

#### **IV. Verfahrensrecht und Gerichte**

##### **1. Materielles Recht und Prozeßrecht**

Systemmerkmal moderner Rechtsordnungen ist die Trennung zwischen einer Normierung von Rechtsstellungen und Rechtsverhältnissen im Rahmen des *materiellen Rechts* (im Privatrecht zentral: „*Anspruch*“, definiert als „das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen“, § 194 Abs. 1 BGB; im öffentlichen Recht u. a. „*subjektives öffentliches Recht*“ *i. w. S.*, z. B. auf Erteilung einer Gewerbeerlaubnis bei Vorliegen der Normativbestimmungen) und den korrespondierenden, als „*formelles Recht*“ verstandenen *Verfahrensordnungen* des gerichtlichen Prozesses. Diese Verfahrensordnungen enthalten Zuständigkeitsregeln und Regeln über den Ablauf und die Entscheidungsform des (in der Regel: streitigen) Verfahrens zur Behandlung divergierender Sach- und Rechtsbehauptungen der Parteien.

Da in den gerichtlichen Verfahrensordnungen Grundvoraussetzungen und Grundregeln der Streitschlichtung (z. B. Unabhängigkeit des Entscheiders, Mechanik der Sicherstellung rechtlichen Gehörs, Kostentragung, usw.) enthalten sind, sind diese strukturell auch für andere Wissenschaften von Interesse, die mit qualifizierten Entscheidungsproblemen befaßt sind. Rechtliche Verfahrensstrukturen werden daher im wachsenden Maße in ökonomischer Perspektive untersucht (Cooter / Rubinfeld 1989).

## 2. Gerichtszweige und Instanzen

Im deutschen Recht hat sich (im Vergleich zu Ländern des Common Law) eine erhebliche Differenzierung der Gerichtsbarkeit und der damit verbundenen Verfahrensregeln herausgebildet. Neben der klassischen Unterscheidung zwischen *Zivilprozeß* (ZPO 1877), *Strafprozeß* (StPO 1877) – beides Verfahren vor der sog. „ordentlichen Gerichtsbarkeit“ – und dem *Verwaltungsprozeß* (VwGO 1960) haben sich weitere besondere Gerichtszweige entwickelt. Hierzu zählen die *Arbeitsgerichtsbarkeit*, die *Sozialgerichtsbarkeit* und die *Finanzgerichtsbarkeit*.

Typisch ist ein *dreistufiger Instanzenzug*: Eingangsgericht (z. B. Landgericht, Verwaltungsgericht), Berufungsinstanz, in der Rechts- und Tatsachenfragen erneut geprüft werden (z. B. Oberlandesgericht, Oberverwaltungsgericht) und eine insbesondere für die bundeseinheitliche Auslegung zuständige, auf Rechtsfragen beschränkte Revisionsinstanz (z. B. Bundesgerichtshof (in Zivilsachen), Bundesverwaltungsgericht); zur Gerichtsverfassung aller Verfahrenszweige: *M. Wolf* 1987.

Eine hervorgehobene Rolle nimmt die *Verfassungsgerichtsbarkeit* ein, die im Rahmen einer der ihr zugewiesenen Verfahrensarten, der *Verfassungsbeschwerde*, u. a. auch den Rechtszug abschließende Gerichtsentscheidungen auf Verfassungsverletzungen hin überprüft.

## 3. Schiedsgerichtsbarkeit

Neben den staatlichen Gerichten gibt es im nationalen Rahmen – dort teils auch branchenspezifisch – sowie auf internationaler Ebene die Erscheinung der auf Parteiabrede beruhenden

*Schiedsgerichtsbarkeit*. Diese kann nicht nur schlichten (*conciliation*), sondern auch die Parteien bindende, abschließende Streitentscheidungen (*binding arbitration*) treffen. Allerdings sind die Parteien zur Zwangsdurchsetzung von Schiedssprüchen auf eine Anerkennung durch die staatliche Gerichtsbarkeit angewiesen (Übersicht: *Glossner / Bredow / Bühler 1990*).

Im Rahmen der Planung größerer nationaler und insbesondere internationaler Wirtschaftstransaktionen besteht sowohl für den Kaufmann als auch für den Juristen ein gemeinsam zu lösendes Problem der Bestimmung einer effektiven und kostengünstigen Streitbeilegungsinstanz. Da Streitentscheidungen der nationalen Zivilgerichte wie der Schiedsgerichtsbarkeit im wachsenden Maße in einer Vielzahl von Staaten nach bestimmten Verfahren anerkannt werden (*Geimer 1987*), können jenseits der Durchsetzbarkeit von bindenden Entscheidungen auch *Kostenerwägungen* relevant sein.

#### 4. Verfahrenskosten

Der deutsche Zivilprozeß zeichnet sich durch vergleichsweise hohe *Gerichtskosten*, aber angesichts eines Systems von festgelegten *Gerichts- und Anwaltsgebühren* gut berechenbare Gesamtkosten aus.

Der Regelprozeß erheblicheren Streitwerts in Zivilsachen ist Anwaltsprozeß in allen Instanzen. Die unterliegende Partei hat die Verfahrenskosten voll zu tragen (§ 91 ZPO). Ein Zivilprozeß mit einem Gegenstandswert von € 10.000,- verursacht beispielsweise in der ersten Instanz etwa €3.900,- an Gerichts- und Anwaltskosten.

## V. Zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, insbesondere der Betriebswirtschaftslehre

### 1. Haupt- und Hilfswissenschaften?

Das Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaftslehre ist in der Vergangenheit häufig vom jeweiligen Ausgangspunkt als eines von Haupt- und Hilfswissenschaften bestimmt worden. Dabei wird ein genau bestimmbares *Proprium* der jeweiligen Disziplinen und eine damit verbundene sachlogische Festlegung der arbeitsteiligen Spezialisierung vorausgesetzt.

Ein Blick auf die Dogmengeschichte und die aktuellen Standortbestimmungen zeigt auf einer allgemeinen Systematisierungsebene ein Bild des Dissenses. Definiert man beispielsweise den Bereich des Rechts (und der Rechtswissenschaft) als „das soziale Zusammenleben der Menschen“ und seine „Aufgabe als dessen Ordnung“ (*Baumann* 1989, S. 16), so fiele eine Betriebswirtschaftslehre, deren Gegenstand bestimmt wird als „Verfahrenslehre, die Leistungsanalysen und -synthesen in den kaufmännischen Bereichen einer Unternehmung umfaßt“ (*Bellinger*, 1993, S. 69) als Teilbereich in den Bereich der Rechtswissenschaft. Umgekehrt gibt es Vertreter der Ökonomie, die ein *Primat* der ökonomischen Methodik innerhalb der Sozialwissenschaften annehmen und allein deshalb eine Ökonomisierung aller applikativen Sozialwissenschaften postulieren (Darstellung und Relativierung: *Frey* 1990).

Die Schwierigkeiten der Bestimmung eines allgemeinen Verhältnisses von Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaftslehre, die sich in anderer, aber vergleichbarer Weise bei der entsprechenden Bestimmung von Volkswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftslehre wiederholen, hängen nicht nur mit ungelösten methodologischen Kontroversen zusammen, sondern auch mit der Dynamik der Veränderung der Bezugsgrößen *Wirtschaft*, *Staat* und *Recht* und deren *Wechselbeziehung*. Konnte man etwa noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts eine verhältnismäßig eindeutige, bis in die äußeren Attribute hineinreichende Abgrenzung der Handlungs- und Entscheidungsbereiche des Kaufmanns, des Verwaltungsbeamten und des Richters ausmachen, die jeweils auf einen wohldefinierten Wissenskanon zurückgreifen konnten, so ist am Anfang des 21. Jahrhunderts einerseits eine erhebliche Differenzierung des Kanones eingetreten, andererseits haben sich die Wechselbezüge und Abhängigkeiten der Disziplinen verstärkt. Die *Verrechtlichung* aller Wirtschaftsprozesse korrespondiert mit einer *Ökonomisierung des Rechts* in einem Ausmaß, welches aus der Sicht der

auf Abgrenzung bedachten Wissenschaften und einer notwendigerweise auf die Kernthemen konzentrierten Lehre bisher nur unvollständig wahrgenommen worden ist.

## 2. Schnittmengen der Disziplinen in definierten Arbeitsfeldern

Eine erste theoretische Folgerung dieser Zustandsanalyse ist der Rückzug von der sachlogischen auf eine pragmatische Ebene der Unterscheidung. So erfolgt regelmäßig die disziplinäre Differenzierung eher von einem propädeutisch orientierten *Kernverständnis* der jeweiligen Disziplinen. Unzweifelhaft bestehen trennbare Anwendungsbereiche und Anwendungssituationen der jeweiligen klassischen Analyse- und Entscheidungsformen. Im Bereich des Rechts stellt das (rechtlich!) verfaßte, an Verfahren gebundene Arbeiten der Stäbe der Legislative und der Judikative eine sichtbare professionelle Autonomie sicher. Die Ausbildung von Juristen orientiert sich weitgehend an den Berufsbildern des Richters und des gesetzesanwendenden Verwaltungsbeamten. Ebenso bestehen feste Berufsfelder, die sachnotwendig betriebswirtschaftlich ausgebildete Stäbe rekrutieren. Dennoch haben – um das einfache, die Dynamik der Prozesse vernachlässigende Bild konzentrischer Kreise der Kerndisziplinen zu gebrauchen – sich die Schnittmengen erhöht; sie reichen in einzelnen Entscheidungsbereichen bis zur weitgehenden Deckung.

## 3. Synthetische Arbeitsfelder und curriculare Folgerungen

Geht man beispielsweise von dem innerhalb der Betriebswirtschaftslehre bedeutsamen Problemfeld der betrieblichen Kostenrechnung aus, so ist von einer verhältnismäßig geringen disziplinären Schnittmenge auszugehen. Hier erscheint es methodisch durchaus angemessen, rechtliche Regulierung als *Datum* zu behandeln. Wendet man sich dagegen organisatorischen Gestaltungsentscheidungen zu, wie beispielsweise der *Rechtsformwahl*, der Satzungsgestaltung, der Absatzorganisation, der Bilanzpolitik oder der Steuerplanung, so dringt man in Entscheidungsfelder vor, die erheblich durch Fragen der Normauslegung und der täglichen Entscheidungsproduktion von Gesetzgeber, Verwaltung und insbesondere von Gerichten beeinflusst werden. Hier erscheint es methodisch unangemessen, die rechtlichen Bestimmungsgrößen als Fragen des Datenkranzes oder von externen Handlungsrestriktionen zu behandeln. Damit würde nicht nur die Dynamik des rechtlichen Bereichs ausgeblendet (zur „verkürzten Interdisziplinarität“ *Kirchner* 1988). Vielmehr sind alle realistischen Entscheidungsoptionen nicht nur von rechtlichen Voraussetzungen, sondern von kategorialen Strukturen des Rechts und von latenten Rechtsfolgen mitgeprägt. Dies bedeutet allerdings wiederum nicht, daß allein Juristen diese Entscheidungsprozesse arbeitsteilig behandeln

sollten. Die Bereiche des *Bilanz- und Steuerrechts* kennen z. B. eine wohlbegründete Kompetenz wirtschaftswissenschaftlich ausgebildeter Stäbe, da die überwiegend aus wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit abgeleiteten Grundsätze und Konventionen, die für Normierungen maßgeblich sind, wesentliche Auslegungsmittel darstellen (beispielhaft: *Moxter* 1982). Bei der Abfassung der *Geschäftsordnung eines Vorstands* einer AG wäre es vorstellbar, vom Organisationswissen des Betriebswirts her zu operieren; ebenso werden Juristen versucht sein, allein aus dem ihnen vertrauten Kanon organisationsrechtlicher Elemente zu argumentieren. Eine nicht an disziplinär-professionellen Interessen, sondern an tragfähigen Ergebnissen interessierte Gestaltungsarbeit wird versuchen, die Fragestellungen und die Methodik des Vorgehens zu synthetisieren. Die Praxis weist hier den Weg für die Theorie. Synthesen der beschriebenen Art finden sich insbesondere auch im Bereich der Rechtssetzungs- und Gestaltungsprozesse des internationalen Wirtschaftsrechts (s. oben III.2.). Sie werden durch praktizierte Formen professionellen Zusammenwirkens der wirtschafts- und rechtsberatenden Berufe bestätigt, die trotz erheblicher abgrenzender Regulierung weltweit Platz greifen. Diese Zusammenarbeit läßt Bilder einer „interdisziplinären Kooperation“ von Fachleuten aus getrennten Wissenschaftsbereichen hinter sich, da sie bereits neuartige synthetische Berufsbilder entwickelt hat, in denen fachspezifisch, teils mit internationaler Orientierung, eine disziplinäre Differenzierung aufgehoben ist. Diese neuen Berufsbilder stellen eine besondere Herausforderung für die universitäre Ausbildung in beiden Bereichen dar. Eine erste Antwort sind Mischstudiengänge (z. B. BWL / Jura / Fremdsprachen).

#### 4. Methodenkonvergenz: Neoinstitutionalismus und ökonomische Analyse des Rechts

Nicht nur neue synthetische, betriebswirtschaftlich / juristisch orientierte Berufsfelder signalisieren eine stärkere Verschränkung der Disziplinen. Vielmehr haben sich aufgrund der Arbeiten von *Coase, Calabresi, Manne, Posner, Williamson* (Nachw. bei *Assmann / Kirchner / Schanze* 1978; *Behrens* 1986) Varianten eines gemeinsamen Arbeitsparadigmas zwischen Recht und Ökonomie herausgebildet, die auf grundlegende Erklärungsprobleme beider Disziplinen reagieren. Für die Ökonomen *Coase* und *Williamson* geht es um Defizite der Neoklassik, namentlich der Unterschätzung der ökonomischen Bedeutung von Institutionen. Die sog. *Neue Institutionenökonomik* (*Richter* 1990) umfaßt inzwischen neben dem von *Williamson* entwickelten *Transaktionskostenansatz* auch die stärker formal orientierte, aus verwandten Problemstellungen entwickelte *Agency-Theorie*. Es ist zu erwarten, daß die Verschmelzung der noch rivalisierenden Ansätze zu einer umfassenden ökonomisch-institutionellen Theorie der Organisation führen wird. In diesem Rahmen ist Juristen eine vorwiegend konsultierende und empirisch-analytische Rolle

zugewiesen. Sie klären über die Technizität der rechtlich-institutionellen Mechanik und deren Systemvorgaben auf und erlangen Einsichten in die Funktionen von Recht in Makrostrukturen und empirischen Einzelzusammenhängen ökonomischer Planung (Anwendungsbeispiele: Konzentrierte Wirkungen vom Gesellschaftsrecht (Kübler / R. H. Schmidt 1988); neue Formen der Unternehmenskooperation (z. B. Kirchner / Picot 1988; Schanze 1986; 1991)). Im Ansatz geht es jeweils um *ökonomische* Forschungsprogramme.

Demgegenüber verfolgt die ebenfalls auf Coase und die oben genannten Juristen *Calabresi, Manne, Posner* et al. zurückgehende „*Ökonomische Analyse des Rechts*“ vorwiegend *rechtsdogmatische* und *rechtstheoretische* Grundfragen. Sie fragt nach den Entscheidungskriterien der richterlichen Tätigkeit, der Folgenbewertung und schließlich der „ökonomischen“ Rationalität des Rechts, die ihrerseits auf das Problem zu zielen scheint, inwieweit „Effizienz als Rechtsprinzip“ gelten kann und soll. Die abstrakt geführte Kontroverse (Kübler 1990) leidet unter der zugespitzten Alternative: Recht *oder* Ökonomie, wobei bisweilen von unzureichenden Vorstellungen über ökonomische Rationalität (hierzu Frey 1990) ausgegangen wird. Bei einer Trennung von Modell und Wirklichkeit ist der *heuristische Wert* (und damit ein relativer Rationalitätsgewinn) einer *ökonomischen Institutionenanalyse* auch unter stark vereinfachenden Modellannahmen selten zu leugnen. Die Juristenausbildung der führenden Law Schools der USA trägt dem seit Mitte der 70er Jahre durch qualifizierte Lehrangebote in Mikroökonomik, Statistik und rechtlichen Anwendungen Rechnung, während in Deutschland teils eine engere Zieldefinition der Ausbildung, teils ein Selbstverständnis einer autonomen juristischen Praxis zu einer verzögerten Rezeption der neuen Disziplin geführt hat.

Da die *Kautelarpraxis* ohnehin in synthetischen ökonomisch / juristischen Zusammenhängen arbeitet und auf Anchlüsse an die in der internationalen Diskussion verbindlichen Argumentationsmuster angewiesen ist, wird sich in dem Maße, in dem Forschung und Lehre deren Gegenstände berücksichtigen, eine gemeinsame, Betriebswirtschaftslehre, Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft umfassende *sozialwissenschaftliche Hermeneutik* bei Wahrung von residualen Problemstellungen und Verfahrensweisen der klassischen Disziplinen herausbilden.

## Literatur

- Assmann, H.-D. / Kirchner, Ch. / Schanze, E.:* Ökonomische Analyse des Rechts, Kronberg 1978 (2. A., Heidelberg 1993).
- Azéma, J.:* La norme AFNOR relative à la franchise, in: *Franchising and the Law*, hrsg. v. *Joerges, Ch.*, Baden-Baden 1991, S. 267-279.
- Baumann, J.:* Einführung in die Rechtswissenschaft, 8. A., München 1989.
- Behrens, P.:* Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen 1986.
- Bellinger, B.:* Allgemeine und Spezielle Betriebswirtschaftslehre(n), in: *Handwörterbuch der Betriebswirtschaft*, hrsg. v. *Wittmann, W. / Kern, W. / Köhler, R. / Küpper, H.-U. / v. Wysocki, K.*, Bd. I, 5. A., Stuttgart 1993, S. 68-84.
- Cooter, R. D. / Rubinfeld, D. L.:* Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution, *The Journal of Economic Literature* 1989, S. 1067-1097.
- Dietz, A.:* Die betriebswirtschaftlichen Grundlagen des Leasing, in: *ZfB* 1990, S. 1140-1158.
- Fikentscher, W.:* Wirtschaftsrecht, 2 Bde., München 1983.
- Frey, B.:* Ökonomie ist Sozialwissenschaft, München 1990.
- Geimer, R.:* Internationales Zivilprozeßrecht, Köln 1987 (4. A., Köln 2001).
- Glossner, O. / Bredow, J. / Bühler, M.:* Das Schiedsgericht in der Praxis, 3. A., Heidelberg 1990.
- Jarrass, H.:* Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. A., Frankfurt a. M. 1984 (3. A., Neuwied et al. 1997).
- Kern, W.:* Die Schranken unternehmerischen Handelns als Determinanten und Objekte wirtschaftlicher Betriebsführung, in: *Zukunftsaspekte der anwendungsorientierten Betriebswirtschaftslehre*, hrsg. v. *Gaugler, E. / Meissner, H. G. / Thom, N.*, Stuttgart 1991, S. 557-568.
- Kirchhof, P.:* Mittel staatlichen Handelns, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. v. *Isensee, J. / Kirchhof, P.*, Bd. III. Heidelberg 1988, S. 121-180 (2. A., Heidelberg 1996).
- Kirchner, Ch.:* Über das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Nationalökonomie, in: *Jb. für Neue Politische Ökonomie*, hrsg. v. *Boettcher, E. / Herder-Dorneich, P. / Schenk, K.-E.*, Tübingen 1988, S. 192-208.
- Kirchner, Ch. / Picot, A.:* Transaction Cost Analysis of Structural Changes in the Distribution System: Reflections on Institutional Developments in the Federal Republic of Germany, in: *ZfgSt* 1987, S. 62-81.
- Koch, H.-J. / Rüßmann, H.:* Juristische Begründungslehre, München 1982.

- Kübler, F.*: Effizienz als Rechtsprinzip, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum siebzigsten Geburtstag am 13. März 1990, hrsg. v. *Baur, J. / Hopt, K. / Mailänder, P.*, Berlin et al. 1990, S. 687-704.
- Kübler, F.*: Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik, MS, zur Veröffentlichung vorgesehen 1993.
- Kübler, F. / Schmidt, R. H.*: Gesellschaftsrecht und Konzentration, Berlin 1988.
- Mertens, H.-J. / Kirchner, Ch. / Schanze, E.*: Wirtschaftsrecht, 2. A., Opladen 1982.
- Mertens, H.-J.*: Nicht-legislatorische Rechtsvereinheitlichung durch Transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, in: *Rabels Zeitschrift* 1992, Heft 2.
- Mestmäcker, E.-J.*: Wirtschaftsrecht, in: *Rabels Zeitschrift* 1990, S. 409-430.
- Moxter, A.*: Bilanzierung nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, Tübingen 1982 (Bilanzrechtsprechung, 5. A., Tübingen 1999).
- Ott, C. / Schäfer, H.-B.*: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin et al. 1987 (3. A., Berlin et al. 2000).
- Pawlowski, H.-M.*: Einführung in die Juristische Methodenlehre, Heidelberg 1986.
- Picot, A.*: Organisation, in: *Vahlens Kompendium der Betriebswirtschaftslehre*, hrsg. v. *Bitz, M. / Dellmann, K. / Domsch, M. et al.*, Bd. 2, 2. A., München 1990, S. 101-163 (4. A., München 1998).
- Posner, R. A.*: *Economic Analysis of Law*, 3. A., Boston et al. 1986 (5. A., New York 1998).
- Posner, R. A.*: *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass. et al. 1990.
- Reich, N.*: *Markt und Recht*, Neuwied 1977.
- Richter, R.*: Zur jüngeren Entwicklung auf dem Gebiete der Wirtschaftstheorie: Die neue Institutionen-Ökonomik, in: *Entwicklungslinien in Recht und Wirtschaft*, hrsg. v. *Jung, H. / Kroeber-Riel, W. / Wadle, E.*, Bd. 1, Stuttgart 1990, S. 9-29.
- Rinck, G. / Schwark, E.*: *Wirtschaftsrecht*, 6. A., Köln et al. 1986.
- Rittner, F.*: *Wirtschaftsrecht*, 2. A. Heidelberg 1987.
- Rottleuthner, H.*: Zum soziologischen Rechtsbegriff, in: *Archiv f. Rechts- u. Sozialphilosophie*, Beiheft 44, 1991, S. 300-311.
- Schanze, E.*: Der Beitrag von Coase zu Recht und Ökonomie des Unternehmens, in: *ZfgSt.* 1981, S. 694-701.
- Schanze, E.*: Rechtsnorm und ökonomisches Kalkül, in: *ZfgSt.* 1982, S. 297-312.
- Schanze, E.*: *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, Frankfurt a. M. 1986.
- Schanze, E.*: *Symbiotic Contracts: Exploring Long-Term Agency Structures Between Contract and Corporation*, in: *Franchising and the Law*, hrsg. v. *Joerges, Ch.*, Baden-Baden 1991, S. 67-103.

- Schmidt, K.:* Handelsrecht, 3. A., Köln et al. 1987 (5. A., Köln et al. 1999).
- Schmidt, R.:* Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. *Isensee, J. / Kirchhof, P.*, Bd. III, Heidelberg 1988, S. 1141-1170 (2. A., Heidelberg 1996).
- Schmidt, R. H.:* Organisationstheorie, transaktionskostenorientierte, in: Handwörterbuch der Organisation, hrsg. v. *Frese, E.*, 3. A., Stuttgart 1992, S. 1854-1865.
- Steindorff, E.:* Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. A., Darmstadt 1985.
- Teubner, G.:* Recht als autopoietisches System, Frankfurt a. M. 1989.
- Teubner, G.:* Global Bukowina: The Politics of Lex Mercatoria, in: Law and Society Review 1992, (im Ersch.).
- Wiethölter, R.:* Wirtschaftsrecht, in: Handlexikon zur Rechtswissenschaft, hrsg. v. *Görlitz, A.*, München 1972, S. 531-539.
- Williamson, O.E.:* The Economics Institutions of Capitalism, New York et al. 1985.
- Wolf, M.:* Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, 6. A., München 1987.