

Rhinow René, Prof. Dr. iur./Schmid Gerhart, Prof. Dr. iur./Biaggini Giovanni, Prof. Dr. iur./Uhlmann Felix, Prof. Dr. iur.: *Öffentliches Wirtschaftsrecht*. 2. Aufl. LVI + 718 Seiten. Preis CHF 148.–. Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.
ISBN 978-3-7190-2774-2.

Das öffentliche Wirtschaftsrecht (oder Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht) der Schweiz umfasst eine Vielzahl von Wirtschaftssektoren. Obwohl die weit überwiegende Mehrzahl von Berufen nach wie vor ohne behördliche Bewilligung ausgeübt werden können, gibt es kaum noch Bereiche, welche nicht von einer Marktregulierung in irgendeiner Form erfasst sind. Das Rechtsgebiet ist daher zwangsläufig nicht nur von den Vorgaben der Bundesverfassung, sondern auch von einer Vielzahl von Erlässen des Wirtschaftsvölkerrechts geprägt und erschliesst sich in all seinen Verästelungen nur durch Studium einer Unmenge von Erlässen auf Gesetzes- und Verordnungsebene (sowie Verwaltungsverordnungen in Form von Richtlinien, Rundschreiben, Anleitungen und Merkblättern der Regulatorien). Das Schwer- gewicht dieser Erlasse findet sich heute auf Ebene des Bundes, während das kantonale öffentliche Wirtschaftsrecht über die letzten Jahrzehnte erheblich an Bedeutung verloren hat. Es erbringt sich zu erwägen, dass sich das Rechtsgebiet äusserst dynamisch gestaltet und jedes Werk in diesem Bereich einem schnellen Alterungsprozess ausgesetzt ist. Im Unterricht ist das öffentliche Wirtschaftsrecht als Rechtsgebiet – jedenfalls nach Ansicht des Rezensenten – nur aus einer Systemsicht zu vermitteln.

Wohl aufgrund dieser Struktur des öffentlichen Wirtschaftsrechts widmen die Autoren die erste Hälfte ihres Werks einem grossen allgemeinen Teil, bevor sie in der zweiten Hälfte die Regulierung einzelner Sektoren kurz umschreiben. Im allgemeinen Teil enthalten sind in 6 Kapiteln insbesondere Ausführungen zu Begriff und System des öffentlichen Wirtschaftsrechts, zu den strukturellen Elementen und dem Grundverständnis der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, zu den wirtschaftlichen Grundrechten, zum Wirtschaftsvölkerrecht sowie zu Instrumenten

und dem Rechtsschutz. Im besonderen Teil beleuchten die Autoren in 6 weiteren Kapiteln die Wettbewerbs- und Preispolitik, die Wahlrungsordnung und Konjunkturpolitik, die Strukturpolitik, die Aussenwirtschafts- und Entwicklungspolitik, die Aufsicht über ausgewählte Dienstleistungsbereiche sowie den Umgang mit risikobehafteten Gütern. Ein ausführliches Sachregister ist dem umfangreichen Werk verdankenswerter Weise beigelegt.

Ausgehend vom Modell einer arbeitsteiligen Wirtschaft und dem daraus entstehenden Bedürfnis nach Koordination der Wirtschaftstätigkeit (§ 1) fassen die Autoren das Wirtschaftsrecht im Einklang mit der wohl herrschenden Auffassung breit als das Recht, welches sowohl von koordinationsrechtlichen Relevanz ist, als auch als das Recht, welches bloss wirtschaftsrelevant ist (also zum Beispiel das Wirtschaftspolizeirecht). Dabei ist die nähere Ausgestaltung des Wirtschaftsrechts in erheblichem Mass schon auf Verfassungsebene vorgezeichnet (§ 2). Auch wenn die Autoren – im Gegensatz etwa zur in *Vallender/Hetthli/Lehme* vertretenen Auffassung – nicht von einem Systembegriff der schweizerischen Wirtschaftsverfassung sprechen (ordnungspolitischer Grundentscheid), gehen sie inhaltlich weitgehend von denselben «strukturellen Elementen» aus (§ 4). Dementsprechend stehen die Eigentumsgarantie und vor allem die Wirtschaftsfreiheit im Zentrum ihrer Beschreibung der schweizerischen Wirtschaftsverfassung.

In der Bindung des Gesetzgebers an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sehen die Autoren auch eine Bindung an die zentralen Elemente des Marktmechanismus und ein Verbot einer Verzerrung des Spiels von Angebot und Nachfrage durch den Staat. Für die Beurteilung der Grundsatzkonformität einer Massnahme wollen die Autoren neben dem Eingriffsmotiv vermehrt auch die Auswirkungen einer Massnahme auf den Wettbewerb berücksichtigt wissen, was den Rezensenten als begrüssenswerter Ansatz erscheint. Die Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen durch die Gerichte scheint dieser Ansicht jedoch sicherlich nicht zu entsprechen, fliessen doch in die Prüfung der Grundsatzkonformität dann sowohl Elemente des öffentlichen Interesses als auch der Verhältnismässigkeit mit ein (z.B. § 4 N 62 – unverhältnismässiges Polizeimon-

opol als grundsatzwidrige Massnahme). Insgesamt sehen die Autoren in der schweizerischen Wirtschaftsverfassung das «Gesamtbild einer freiheitlichen, wettbewerbsorientierten und sozial- und umweltverpflichteten Wirtschaftsverfassung» verwirklicht. Als Probleme der schweizerischen Wirtschaftsverfassung erkennen die Autoren den «leeraufenden Verfassungsvorbehalt», die suboptimale Gewährleistung der Einheit des Wirtschaftsraums, die fehlende Durchschlagkraft der Wirtschaftsfreiheit bei den Aussenwirtschaftsbeziehungen und die Lücken im Bereich der Verfassungsgarantisierbarkeit. Diesen Feststellungen kann sich der Rezensent nur anschliessen.

In der Folge besprechen die Autoren ausführlich die Wirtschaftsfreiheit (§ 5) und die weiteren wirtschaftlichen Grundrechte (§ 6). Besonders lesenswert erscheinen dem Rezensenten hier die Ausführungen zur Schutzwirkung der Wirtschaftsfreiheit ausserhalb der Eingriffsverwallung (§ 5 N 53 ff.). Die bundesstaatlichen Aspekte der Wirtschaftsverfassung schliesst das zweite grosse Kapitel des Werks mit der Feststellung ab, dass das Wirtschaftspolizeirecht mittlerweile in bedeutendem Umfang bundesrechtlich geprägt ist. Das dritte grosse Kapitel richtet den Blick des Lesers schliesslich auf das internationale Recht, welches manchmal mehr als das Verfassungsrecht das nationale Wirtschaftsrecht vorbestimmt (Stichwort: Verfassungsfunktion des Völkerrechts). Das vierte Kapitel befasst sich mit der «Wirtschaftsverfassung und anderen Bereichsverfassungen» (Sozialverfassung, Arbeitsverfassung, Finanzverfassung und Umweltverfassung), wobei diese Bereiche freilich vielfältig mit der Wirtschaftsverfassung verflochten sind. Das fünfte Kapitel hat die Rechtsverwirklichung (Normsetzung, Instrumente und Verfahren) zum Gegenstand. Den allgemeinen Teil des Buches schliessen die Autoren mit einem Kapitel über die «unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand» (inkl. Beschaffungsrecht) ab. Die separate Behandlung der öffentlichen Unternehmen nach den anderen Instrumenten rechtfertigt sich wohl aufgrund der vielen sich stellenden Rechtsfragen, namentlich der notwendigen Diskussion der Voraussetzungen unternehmerischer Tätigkeit des Staates, des hier fehlenden Rechtsschutzes und der Frage der Grundrechtsbindung der öffentlichen Unternehmen.

Vor dem Hintergrund einer «marktwirtschaftsorientierten» Wirtschaftsverfassung (§ 4 N 82 f.) ist es konsequent, den besonderen Teil des Werks mit Ausführungen zur Wettbewerbs- und Preispolitik zu beginnen (7. Kapitel), namentlich mit einer Darstellung des Kartellgesetzes. Die erwähnten Differenzen in der der Lehre hinsichtlich Charakterisierung der schweizerischen Wirtschaftsverfassung strahlen freilich auch in diesen Bereich aus. Dies wird etwa deutlich, wenn der Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG «überschliessende Tendenz» zugesprochen wird (§ 21 N 44). Nach der hier vertretenen Auffassung könnten (sollten) die horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG, welche zuweilen auch als «hard core cartels» bezeichnet werden, ohne Konflikt mit dem Verfassungsrecht auch direkt verboten werden, da sie kaum je als volkswirtschaftlich oder sozial unschädlich (Art. 96 BV) qualifiziert werden dürfen. Von der «ausgleichenden» Möglichkeit der Rechtfertigung solcher Abreden nach Art. 8 KG (§ 21 N 55 f.) wurde denn auch in der Praxis zu Recht noch nie Gebrauch gemacht.

Das 8. Kapitel widmet sich in der Folge gewissen Aspekten der Globalisierung der Wirtschaft, nämlich der Währungsordnung und Konjunkturpolitik. Das 9. Kapitel wendet sich schliesslich der «Strukturpolitik» zu und behandelt unter diesem Titel die Wirtschaftsförderung, die Infrastrukturpolitik, die regionale und sektorale Strukturpolitik (insbesondere die Landwirtschaftspolitik) sowie die Landesversorgung. Das zehnte Kapitel hat die Grundlagen und Instrumente der Aussenwirtschaftspolitik sowie die Entwicklungspolitik zum Gegenstand.

Das elfte Kapitel betreffend «Aufsicht über ausgewählte Dienstleistungsbereiche» beschreibt die einzelnen Bereiche der Finanzmarktaufsicht (Rahmen und Organisation, Banken, Kapitalmarkt und Börsen sowie Versicherungen) sowie die freien Berufe. Das Kapitel ist unweigerlich geprägt von den jüngsten Verwerfungen auf den Finanzmärkten, wobei die Autoren richtigerweise als Konsequenz dieser Krise nicht einfach mehr, sondern vor allem eine effizientere Aufsicht fordern. Wohl ebenfalls aufgrund der jüngeren Ereignisse finden sich im Kapitel Bankenaufsicht auch relativ ausführliche Bemerkungen zum Thema Bankkündengeheimnis.

Das Werk endet wie in der ersten Auflage mit einem konzipierten, zwölften Kapitel über den Umgang mit risikobehafteten Gütern. Der Übergang von der klassischen Gefahrenabwehr zur Risikoversorge erscheint als besondere «Herausforderung» für das Wirtschaftsverwaltungsrecht (§ 40 N 1), da namentlich Kenntnisse über die Wirkungsläufe in Risikobereichen nur spärlich vorhanden sind und die Gesetzgebung daher in einer Situation der «qualifizierten Unsicherheit» erfolgt. Das klassische Instrumentarium der Gefahrenabwehr erweist sich in Risikobereichen daher oft als unzureichend. Die hier häufig erforderlichen, erhöhten Flexibilitätserfordernisse machen den Gebrauch kooperativer Regulierungsinstrumente und die Übertragung von Verantwortung an den Risikoverursacher unausweichlich.

Nicht nur aufgrund seiner Qualität wird sich auch die zweite Auflage dieses Werks in Lehre und Praxis zu einem Standardwerk entwickeln – alternative Darstellungen dieses Rechtsgebiets sind rar. Eine integrierende Systematik verfolgen auch *Klaus Vallender*, *Peter Hettich* und *Jens Lehne* in ihrem Ende 2006 erschienenen Werk «Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung». Sodann

ist 2007 der «Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts» von *Paul Richli* erschienen. Schließlich beschäftigt sich das zuletzt 2009 erschienene, als Skriptum gedachte Werk von *Giovanni Binigini*, *Andreas Lienhard*, *Paul Richli* und *Felix Uhlmann* mit dem «Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes». All diese Werke vermögen dem Leser lediglich einen Überblick über das öffentliche Wirtschaftsrecht der Schweiz zu vermitteln; sie dienen dazu, den Rahmen aufzuzeigen, in welchem sich der Gesetzgeber bei der Wirtschaftsregulierung bewegt. Für eine vertiefte Auseinandersetzung mit den einzelnen regulierten Bereichen ist jeweils auf die Spezialliteratur verwiesen.

Die gigantische Arbeit, welche die Autoren aufgrund des Inkrafttretens der neuen Bundesverfassung und der vielfältigen Änderungen in diesem Rechtsgebiet in die Aktualisierung ihres Werks wohl investierten mussten, hat sich gelohnt. Die nun vorliegende zweite Auflage darf ohne Vorbehalt als gelungen bezeichnet werden. Lehre und Praxis steht damit verdankenswerter Weise auch wieder ein sehr aktuelles Referenzwerk zur Verfügung.

Prof. Dr. iur. *Peter Hettich*, St. Gallen

Schulthess Verlag

Der Werkvertrag

Reinhard

5. Auflage

Schulthess S.

Juli 2011
978-3-7255-5001-2
1142 Seiten, gebunden
CHF 245.00/EUR 247.00

Der Werkvertrag

Fünfte, überarbeitete und erweiterte Auflage

Peter Gauch

Seit der letzten, vierten Auflage dieses Buches, die 1996 erschienen ist, sind fünfzehn Jahre vergangen. Jetzt liegt die fünfte Auflage vor, in der das Buch überarbeitet, mit Rücksicht auf die inzwischen eingetretenen Entwicklungen nachgeführt und auch sonst vervollständigt wurde. Damit ist das Standardwerk zum schweizerischen Werkvertragsrecht wiederum auf den neusten Stand gebracht.

Auch die neue Auflage behandelt das gesamte Werkvertragsrecht der Schweiz, das sie mit Einbezug der Allgemeinen Bestimmungen zum Obligationenrecht, des Wiener Kaufrechts und des Submissionsrechts darstellt. Der umfangreiche Stoff ist unter Berücksichtigung von Lehre, Rechtsprechung und Vertragspraxis aufgearbeitet. Ohne die übrigen Erscheinungsformen des Werkvertrages zu vernachlässigen, weist das Buch gezielt auch auf die Besonderheiten des Bauwerkvertrages hin, weshalb die viel verwendete StA-Norm 118 mit ihren «Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten» ebenfalls zur Sprache kommt. Einzelne Bedingungen für Bauarbeiten spielen eine besonders wichtige Rolle spielen, werden ausführlicher erörtert als andere. Das gilt namentlich für die Vergütung, auf die der Unternehmer Anspruch hat, aber auch für die Mängelhaftung des Unternehmers, die einen Schwerpunkt des Buches bildet.

In der Neuauflage ist das Buch zwar etwas umfangreicher geworden, aber nach wie vor kompakt geschrieben. Es ist rechtlich fundiert und zugleich praxisbezogen, ohne den zahlreichen Kontroversen auszuweichen, die sich auf dem Gebiet des Werkvertragsrechts stellen. Ein detailliertes Inhaltsverzeichnis, zahlreiche Querverweise im Text und ein ausführliches Sachregister erleichtern die Übersicht und den Zugang zu den jeweils gefragten Stellen. Der Aufbau des Buches und seine Randnummern folgen weitgehend der letzten Auflage, damit es den Benutzern der vierten Auflage leichter fällt, sich in der Neuauflage zurechtzufinden.

Autor:

Prof. em. Dr. Dr. h.c. *Peter Gauch*, Universitäten Freiburg und Luzern

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8022 Zürich
Telefon +41 44 200 29 29, Fax +41 44 200 29 28
buch@schulthess.com, www.schulthess.com

Schulthess
S