

Die Ausdifferenzierung der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsrecht*

von Andreas Abegg**

Vertragsfreiheit und das Bedürfnis nach Historisierung

Wir befinden uns heute anerkanntermassen in einer Zeit, in welcher mit grosser Intensität wirtschaftliche, rechtliche und politische Aufgaben und Möglichkeiten reformuliert werden,¹ womit sich in der Tendenz Handlungsräume vom Staat hin zur selbstorganisierten Wirtschaft verschieben. Zudem entstehen als Folge von Globalisierung und Technologisierung neue Freiräume – ebenfalls primär im Bereich der selbstorganisierten Wirtschaft.² In diesem Kontext bricht die alte Diskussion um die Alternative von Vertragsfreiheit und sozialem Recht mit aller Härte wieder auf. Die zahlreichen Fronten können an dieser Stelle nicht dargestellt werden, sondern es soll lediglich auf die ausserordentliche Breite der entsprechenden Kollisionen hingewiesen werden: So verfügte etwa der schweizerische Gesetzgeber im Gange der Privatisierung, dass bestimmte Dienstleistungen der Post nach marktwirtschaftlichen Prinzipien gehandelt werden sollen,³ worauf das Bundesgericht zwar die Frage der Grundrechtsbindung der immer noch staatlich beherrschten Post offen liess, jedoch eine weitgehende privatrechtliche

* Der vorliegende Text wurde in der Kritischen Vierteljahreszeitschrift (KritV), Frankfurt a.M., Ausgabe 2/2004, S. 197-208, publiziert. Die eckigen Klammern [] verweisen auf die entsprechende Seitennummerierung.

** Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt (Zürich), andreas.abegg@unifr.ch

¹ Illustrativ zur Privatisierungsdebatte *Forstmoser*, Wer "A" sagt muss auch "B" sagen: Gedanken zur Privatisierungsdebatte, SJZ 98 193-202 und 217-224 (2002); zu den begrenzten Möglichkeiten von Recht vgl. grundlegend *Wiethölter*, Materialization and Proceduralization in Modern Law, Teubner (Hg.), Dilemmas of Law in the Welfare State 221-249 (Berlin, 1982) sowie *Teubner*, Das regulatorische Trilemma: Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle, Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 109-149 (1984).

² Vgl. etwa die Beispiele zum Internet bei *Kenney/Curry*, Beyond Transaction Costs: E-commerce and the Power of the Internet Dataspace, Working Paper 18, E-Conomy Projekt, Berkeley 1-39 (2000), S. 2 f. und S. 6 ff.

³ Art. 9 Abs. 3 Postgesetz: "Die Post ist im Bereich der Wettbewerbsdienste, vorbehaltlich gesetzlicher Ausnahmen, denselben Regeln unterstellt wie die privaten Anbieter."

Kontrahierungspflicht einführt.⁴ Ferner wird im Bereich des Internets mit zunehmender Intensität über Sinn und Möglichkeiten von Regulierung argumentiert.⁵ Und schliesslich ist auf die sich zunehmend verselbständigenden ausserstaatlichen Regimes wie die WTO hinzuweisen, welche in der Tendenz an ein wirtschaftsliberales Verständnis von Recht anknüpfen.⁶

[198] In diesen Kollisionen wird oft ein schwer zu konkretisierendes Konzept von sozialem Recht dem altbewährten liberalen Verständnis von wirtschaftsorientiertem Privatrecht gegenübergestellt, und ganz allgemein kann festgestellt werden, dass in der letzten Zeit das liberale Wirtschaftsrecht eine Renaissance erlebt hat. So hebt etwa das schweizerische Bundesgericht in der Entscheidung BGE 129 III 702 – trotz weitaus differenziertem Urteilsergebnis – primär die klassische Vertragsfreiheit beim Eingehen von Sicherungsgeschäften hervor,⁷ und in der Literatur wird vermehrt gefordert, die Vertragsfreiheit in den edlen Stand der Grundrechte zu erheben.⁸ Das entsprechend zugrunde liegende Konzept von liberalem Wirtschaftsrecht lautet in Kurzform folgendermassen: Die Reziprozität der Leistungen ergibt sich als Folge aus der freien komplementären Willensbeziehung und der gegenseitigen Leistungsbeziehung, unter Ausschluss von Staats- und Gesellschaftsinteressen, rechtlich abgesichert durch das Prinzip der Vertragsfreiheit. Vorausgesetzt und rechtlich zu sichern sind somit lediglich die Freiheit des Wirtschaftssubjektes und die Freiheit dessen Willens.⁹

⁴ BGE 129 III 35 (2003).

⁵ Siehe zum Beispiel *Post*, Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace, *Journal of Online Law* Art. 3 - (1995), wohl in Anspielung auf *Nozick*, Anarchy, State and Utopia (New York, 1974); siehe zudem *Calliess*, Globale Kommunikation - staatenloses Recht: Zur (Selbst-) Regulierung des Internet durch prozedurales Recht am Beispiel des Verbraucherschutzes im elektronischen Geschäftsverkehr, *ARSP Beiheft* 79 67-79 (2001) und *Ladueur*, Zur Absicherung von Kommunikationsfreiheit durch netzwerkgerechtes Privatrecht, *MMR* 787-792 (2002).

⁶ Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen: Kompatibilität durch Vernetzungen statt Rechtseinheit, im Erscheinen (2004), mit zahlreichen Beispielen; in ähnlicher Weise wird für die Vergabe der Internetadressen durch ICANN die Dominanz einer wirtschaftlichen Rationalität festgestellt: *Hadfield*, Privatizing Commercial Law: Lessons from ICANN, *The Journal of Small and Emerging Business Law* 6 257-288 (2002), S. 287 f.

⁷ BGE 129 III 702 (2003), S. 706 f., E. 2.2.

⁸ *Wolf*, Vertragsfreiheit - das verkannte Verfassungsrecht, *AJP* 8-11 (2002), S. 8 ff.; für Deutschland ähnlich, aber differenzierter: *Rückert*, Zur Legitimation der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert, Klippel (Hg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert* 135-183 (Goldbach, 1997), S. 135 ff.

⁹ Vgl. zum Beispiel *Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, *Archiv für die civilistische Praxis* 196 1-36 (1996), S. 33 ff., der diese Konzeption mit Vehemenz vertritt. Zu den philosophischen Grundlagen vgl. *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft (Hamburg, 1993/1788), S. 58. Zu den soziologischen Hintergründen dieses klassisch-liberalen Konzepts des 19. Jahrhunderts vgl. zum Beispiel *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Tübingen, 1980/1921-1925), S. 382 f. Die wirtschaftliche

Neoliberale Rechtsdiskurse unterliegen ebenso wie rein interventionistische Konzepte der Gefahr, von einer ökonomischen Reduktion des Schuldvertragsrechts, respektive des Wirtschaftsrechts auszugehen.¹⁰ Das Bemerkenswerte der heutigen Wendung des Rechtsliberalismus ist die Monopolstellung, die dieser oft in zweifacher Weise beansprucht: erstens indem er den Diskurs auf eine ökonomische Ausrichtung zu beschränken versucht, und zweitens indem verlangt wird, dass sich der Wahrheitsgehalt einer Aussage sich am ökonomischen Nutzen weise.¹¹ Es erstaunt nicht, dass unter diesen Bedingungen insinuiert wird, die Vertragsfreiheit *müsse* als zentrale Prämisse unserer (Wirtschafts-) Gesellschaft anerkannt werden, denn sie habe – zumindest in verdeckter Weise – *schon immer gegolten* und schon immer zum *richtigen Ergebnis* geführt.¹²

[199] Es ist darauf hinzuweisen, dass die *historischen Tiefenstrukturen des wirtschaftsrechtlichen Diskurses bisher kaum analysiert* wurden; dies gilt im besonderen Mass für die Schweiz.¹³ Indes ist für ein Verständnis der heutigen Schwierigkeiten des Wirtschaftsrechts von zentraler Bedeutung, dass Wirtschaftsrecht – in welchem auch die Vertragsfreiheit in erster Linie zu verorten ist – nicht einfach eine Fortführung des klassisch-liberalen Zivil- und Verwaltungsrechts mit anderen Mitteln darstellt, sondern im historischen Kontext als evolutionäre Stufe in der Geschichte des Rechts zu begreifen ist. Folglich muss die Schwierigkeit im Bezug zur Vertragsfreiheit, dass nämlich Recht der Wirtschaft freien Lauf lassen

Selbständigkeit, als weitere Bedingung vorausgesetzt, ergibt sich in diesem Konzept aus der staatlich zu sichernden (aber nicht staatlich herzustellenden) Eigentumsposition.

¹⁰ Teubner, Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von private governance regimes, Rechtshistorisches Journal 17 234-265 (1998), S. 235 ff.

¹¹ Illustrativ etwa Groner, Wirtschaftliche Argumentation des Bundesgerichts; "Economy is the art of making the most of life." SJZ 98 457-468 (2002); grundlegend zu diskursiven Ausschliessungseffekten: Foucault, Die Ordnung des Diskurses (Frankfurt a.M., 2001/1972).

¹² Hofer etwa sucht den Diskurs zur Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert aufzuspüren, als er noch nicht existierte: Hofer, Freiheit ohne Grenzen?: privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (Tübingen, 2001); vgl. hierzu meine Ausführungen in Abegg/Thatcher, Review Essay – Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources – Sibylle Hofer's Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, German Law Journal Vol. 05 No. 01 <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=364>, 101-114 (2004).

¹³ Amstutz, Historizismus im Wirtschaftsrecht, Schweizer/Burkert/Gasser (Hg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag 9-29 (Zürich, 2002), S. 10; für Deutschland vgl. immerhin Brüggemeier, Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus (zwei Bände) (Frankfurt a.M., 1977-1979) sowie Hart, Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts, Die Aktiengesellschaft (AG) 66-80 (1984) und Wielsch, Freiheit und Funktion: zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft (Diss.) (Baden-Baden, 2001) und für die Schweiz Baudenbacher, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen (Zürich, 1983).

muss, ohne ihr zugleich freien Lauf lassen zu dürfen, mit Hilfe eines historisierten und kontingenten Sozialmodells, an welchem sich Recht ausrichten kann, gelöst werden.¹⁴

Mit der *Methode der Historisierung* des Wirtschaftsrechts werden aktuelle Geltungen und Selbstverständnisse historisiert, d.h. in einen langzeitlichen Kontext gesetzt, womit sich das Feld des Historischen vergrössert. Vermeintlich natürliche, wahre und unabänderliche Tatsachen erscheinen damit als historisch kontingent, als sozial und historisch kontextualisierte Tatsachen. Dies bedeutet, dass sich die entsprechenden Diskurse in einem bestimmten Kontext äussern – an einem historischen Ort der Ereignisse, in einem Spielraum von Zufälligkeiten, welche die Bedingungen des Auftretens umschreiben lassen.¹⁵ Damit ist diese Methode nie neutral: In der Regel hinterfragt sie bisher nicht Hinterfragtes, zumindest aber kontextualisiert sie ihren Gegenstand und relativiert ihn somit. Sie ist damit immer eine Methode der Gegenwart, welche den Untersuchungsgegenstand als Diskurs begreift, der vom erkenntnistheoretischen Rahmen einerseits und von geltenden Gesellschaftsstrukturen andererseits konstruiert wird.¹⁶ Wichtiges Instrument einer solchen Historisierung ist es, die Formbarkeit und Instrumentalisierbarkeit von sozialen Phänomenen – wie zum Beispiel der Vertragsfreiheit – [200] offen zu legen. Das heisst zugleich, die Auswirkungen gesellschaftlicher Trajektorien auf den Untersuchungsgegenstand und auf den Menschen zu beschreiben.¹⁷

Unter diesen Vorzeichen wird in der Folge *ein Grundriss einer Historisierung des Wirtschaftsrechts* vorgeschlagen, der sich mit den Entstehungsbedingungen der Vertragsfreiheit befasst.¹⁸ Die Vertragsfreiheit und ihr Gegenpol, das zwin-

¹⁴ *Amstutz*, Historizismus im Wirtschaftsrecht, Schweizer/Burkert/Gasser (Hg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag 9-29 (Zürich, 2002), S. 9 ff., vor allem 10 und S. 19.

¹⁵ *Foucault*, Die Ordnung des Diskurses (Frankfurt a.M., 2001/1972), S. 30 ff. Hierin unterscheidet sich diese Art von Historizismus denn auch von jenem Historizismus, den Popper zufolge seiner fixierten Entwicklungsgesetze kritisierte: *Popper*, Das Elend des Historizismus (Tübingen, 1965).

¹⁶ *Foucault*, Überwachen und Strafen: die Geburt des Gefängnisses (Frankfurt a.M., 1994), S. 34; *Saar*, Genealogie und Subjektivität, Honneth/Saar (Hg.), Michel Foucault - Zwischenbilanz einer Rezeption / Frankfurter Foucault-Konferenz 2001 157-177 (Frankfurt a.M., 2003), S. 162 ff.

¹⁷ *Amstutz*, Historizismus im Wirtschaftsrecht, Schweizer/Burkert/Gasser (Hg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag 9-29 (Zürich, 2002), S. 11.; vgl. hierzu auch *Foucault*, Die Ordnung des Diskurses (Frankfurt a.M., 2001/1972), S. 17.

¹⁸ Mit der Beobachtung von wirtschafts- und sozialgeschichtlichen Daten und deren Blick auf Recht wird somit die Fremdbeobachtung des Rechts durch ausserrechtliche Sozialsysteme thematisiert – mithin eine Beobachtung dritter Stufe: *Amstutz*, Historizismus im Wirtschaftsrecht, Schweizer/Burkert/Gasser (Hg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag 9-29 (Zürich, 2002), S. 23 f.

gende Schuldvertragsrecht, lassen sich aus unterschiedlichen historischen Schichten begreifen, die je durch einen spezifischen gesellschaftlichen Kontext (betreffend Menschenbild, Ideengeschichte und – vor allem ökonomischer – Umwelt) auszeichnen und einer entsprechend ausgerichteten eigenen rechtlichen Methode folgen. Im Zentrum eines solchen historisierenden Modells steht, dass die diskursive Emergenz der Vertragsfreiheit in den Kontext der im 19. Jahrhundert eingeführten sowie kurz darauf auf neue Gesellschaftsbereiche erweiterten und gleichzeitig vermachteten freien Marktwirtschaft zu setzen ist.

Eine derartige Genealogie des Wirtschaftsrechts im Allgemeinen und der Vertragsfreiheit im Speziellen müsste auch das Menschenbild der bürgerlichen Marktgesellschaft sowie die zentralen ideengeschichtlichen und ökonomischen Entwicklungen hin zur Marktgesellschaft berücksichtigen. Im gesellschaftlichen Umfeld der entstehenden Marktwirtschaft werden zahlreiche (Macht-) Strukturen begründet, die den Menschen damals (und noch heute) in ein Netz von Möglichkeiten und damit gleichzeitig von Abhängigkeiten, Zwängen und Limitationen setzen. Um Freiraum für eine aktualitätsbezogene Sicht des Wirtschaftsrechts zu schaffen, sollten daher – was für die privatrechtsbezogene Rechtsgeschichte und Rechtstheorie weitgehend fehlt und in der Folge nur angedeutet werden kann – die wechselseitigen Bezüge und Eigengesetzlichkeiten dieses wuchernden Netzes, in welches die expansive Marktwirtschaft die Gesellschaft bis hin zu einer Marktgesellschaft zu verweben trachtet, untersucht werden. Denn jegliche geschichtlichen Gegebenheiten sind weder aus sich selbst heraus noch aus einer ewigen Idee zu begreifen, sondern allein aus historisch-gesellschaftlichen Bedingungen und Kontexten.¹⁹ [201]

Im Kontext der entstehenden Binnenmarktwirtschaft

Die *Konstituierung des Systems einer freien Marktwirtschaft* ab Mitte des 19. Jahrhunderts verlangte, die fiktiven Waren Arbeit und Boden aus der gesellschaftlichen (feudalen) Einbettung zu befreien und dem freien Markt zu überantworten. Der Mechanismus des freien Marktes sollte im Wesentlichen die politische Vertragsinhaltskontrolle ersetzen und eine sichere und zukunftsorientierte Planung der Produktionsmittel ermöglichen.²⁰ Es stellten sich dabei von Beginn weg die

¹⁹ *Wiethölter*, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, KJ 126-139 (1985), S. 126 ff.; für das Wirtschaftsrecht wäre ein Äquivalent zu *Foucault*, Überwachen und Strafen: die Geburt des Gefängnisses (Frankfurt a.M., 1994) zu erarbeiten; grundlegend immerhin *Brügge meier*, Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus (zwei Bände) (Frankfurt a.M., 1977-1979).

²⁰ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (Tübingen, 1980/1921-1925), S. 226 f.; in neuerer Zeit ähnlich: *Brügge meier*, Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, Assmann/Brügge meier/Hart/Joerges (Hg.), Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts 9-81 (Bremen und Frankfurt a.M., 1980), S. 16; *Luhmann*, Gibt es in unserer

Fragen, wie die freie Marktwirtschaft rechtlich zu konstituieren sei und wie auf ungewollte Auswirkungen zu reagieren sei.²¹ Oder mit anderen Worten: Es stellte sich die Frage, auf welche Weise die Verbindungen zwischen Recht und Wirtschaft durch Vertrag zu nutzen seien und ob alternative Verbindungen mit Recht, vor allem die Verbindung von Recht und Politik, zugelassen werden sollte, und wenn ja, nach welchen Regeln und in welchem Ausmass.

Kants Konzeption einer prinzipiellen individuellen Freiheit, in welche auch das Ordnungsmuster Staat eingeordnet war,²² hatte keinen massgeblichen Einfluss auf die Juristen des 19. Jahrhunderts.²³ Einflussreich in dieser Beziehung war vielmehr Savigny, der den *Menschen gleichzeitig als autonomes Individuum (im Sinne von Kant, jedoch ohne dessen imperative Sittlichkeit) und als dem Ganzen untergeordnet* begriff.²⁴ Die auf diesem Grund radikalisierte Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht beherrschte die Frage, wie die entstehende Marktwirtschaft gesellschaftskompatibel gehalten werden sollte: Während eine allfällige Korrektur der Ergebnisse (aber nicht der Prozesse) der freien Marktwirtschaft durch das öffentliche Recht (etwa, wie Savigny vorschlug, mit Armenhäusern) erfolgen sollten, galt für das wirtschaftsbezogene Privatrecht²⁵ als Grundsatz, dass sich die Gerechtigkeit der Vereinbarung aus [202] der freien Willenseinigung der Parteien ergibt.²⁶ Gleichzeitig wurde mit der Positivierung des Rechts die gesamtgesellschaftliche (d.h. vor allem: ausserwirtschaftliche) Sittlichkeit aus dem Privatrecht ausgeschlossen. Im Verbund mit dem Umstand, dass Selbständigkeit

Gesellschaft noch unverzichtbare Normen? (Heidelberg, 1993), S. 17 ff.; *Foucault*, Überwachen und Strafen: die Geburt des Gefängnisses (Frankfurt a.M., 1994), S. 173 ff.

²¹ Grundlegend *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1-4 (Berlin, 1973/1840), Band I, S. 371; ferner *Böhmert*, Freiheit der Arbeit! (Bremen, 1858) zur Frage des Proletariats; vgl. hierzu m.w.H. *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?: privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (Tübingen, 2001), S. 275 ff.; *Rückert*, Das BGB und seine Prinzipien, Rückert/Schmoeckel/Zimmermann (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB; Band I: Allgemeiner Teil §§ 1-240 zweites Kapitel (Tübingen, 2003), N 78.

²² *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Rechtslehre: Schriften zur Rechtsphilosophie 7-192 (Berlin, 1988/1797), S. 27 f. und S. 80 ff.

²³ Vgl. zum Beispiel *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts (Frankfurt a.M., 1906/1881), § 37 Anm. 3. Dieses Werk hatte massgeblichen Einfluss auf die Entstehung des BGB.

²⁴ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1-4 (Berlin, 1973/1840), Band I, S. 22.

²⁵ Vom wirtschaftsbezogenen Privatrecht, dem insbesondere das Obligationen- und Gesellschaftsrecht zuzuordnen ist, muss das stark in der alten Ordnung verfangene Familien-, Erb und Sachenrecht unterschieden werden: grundlegend hierzu *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (Tübingen, 1980/1921-1925), S. 411 f.; vgl. auch *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1-4 (Berlin, 1973/1840), Band I, S. 370 f.

²⁶ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1-4 (Berlin, 1973/1840), Band I, S. 371.

in Form von rechtlich geschütztem Eigentum vorausgesetzt war, *koppelte das Wirtschaftsrecht in fast ausschliessender Weise an die Struktur der Ökonomie*, während vor allem für den Vertragsinhalt kaum Bezüge zu Politik und Gesellschaft zugelassen wurden. Durch die Institution des Vertrags delegierte das Recht Rechtsetzungsbefugnisse an die Wirtschaft, d.h. Recht nahm sich und den Staat (und damit vor allem das politische System) zugunsten der Selbstorganisation der Wirtschaft zurück.²⁷ Entsprechend eingeschränkt blieb – etwa im *schweizerischen Obligationenrecht von 1881* – die Einwirkung zwingender Normen auf den Inhalt des Schuldvertrages. Diese beschränkten sich – vor allem mittels Generalklauseln und wenigen zwingenden Normen, deren zwingender Charakter allerdings umstritten war²⁸ – darauf, einerseits Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zur Konstituierung des freien Marktes herzustellen und andererseits sicherzustellen, dass die Wirtschaftssubjekte nicht vom autonomen Wirtschaften ausgeschlossen wurden.²⁹ Wenn überhaupt in die freie Ordnungsbildung durch den Markt eingegriffen wurde, dann durch rezipierte Vorgaben aus dem ausserprivatrechtlichen Bereich wie etwa dem öffentlichen Recht – bezogen auf die Ergebnisse, nicht die inhaltlichen Prozesse der privaten Ordnungsbildung³⁰, sowie

²⁷ Ibid., Band I, S. 52 und S. 367 f.; informativ hierzu der Rechtsprechungskommentar zu den rechtlich positivierten guten Sitten: *Schneider/Fick*, Das Schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen (Zürich, 1893), Art. 17 aOR; vgl. *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (Tübingen, 1980/1921-1925), S. 382 f.

²⁸ So etwa Art. 341 aOR zum Lohnanspruch bei Krankheit oder Militärdienst: *Schneider/Fick*, Das Schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen (Zürich, 1893), Ziff. 4 zu Art. 341 aOR; siehe hierzu die Kritik von *Lotmar*, Dienstvertrag, Rehbinder (Hg.), Philipp Lotmar: Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Forderungen an den Gesetzgeber 29-42 (Bern, 1991/1903), S. 34 ff.

²⁹ Nach Art. 17 aOR konnte nur eine Leistung Gegenstand des Vertrages sein, welche möglich und nicht widerrechtlich oder unsittlich ist. Art. 114 Abs. 1, 237 und 247 aOR schränkten den Haftungs- und Gewährleistungsausschluss ein (*dolus-Verbot*). Zudem konnte nach Art. 114 Abs. 2 aOR der Richter den Ausschluss für grobe Fahrlässigkeit und für Absicht als nichtig betrachten, wenn der Verzichtende im Dienstverhältnis des Anderen stand. Gemäss Art. 182 aOR konnten übermässige Konventionalstrafen nach richterlichem Ermessen herabgesetzt werden. Ebenso nach richterlichem Ermessen konnte gemäss Art. 120 Abs. 2 aOR der Beginn des Schuldnerverzugs bei Zins- und Rentenschulden beurteilt werden. Art. 292 und 346 aOR sahen die Kündigung der Miete und des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund vor. Art. 333 aOR schrieb den Kurswert oder Marktpreis bei Darlehen auf Wertpapiere oder Waren vor. Art. 335 aOR verbot Zinseszinsen beim Darlehen (ein weiterführendes Zinsverbot zu erlassen lag in kantonaler Kompetenz). Art. 341 aOR setzte den Lohnanspruch bei kurzer Krankheit oder Militärdienst fest.

³⁰ Vor allem *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1-4 (Berlin, 1973/1840), Band I, S. 57 ff. und 371.

primär [203] durch gänzlichen Ausschluss von Rechtsgeschäften aus dem Privatrecht durch die Generalklauseln der guten Sitten und des öffentlichen Wohls.³¹

Es ist bemerkenswert, dass die Juristen im 19. Jahrhundert *weder das zwingende Schuldvertragsrecht noch die Vertragsfreiheit explizit thematisierten*.³² Der Grund hierfür ist einerseits gerade darin zu suchen, dass – wie bereits erwähnt wurde – der Eingriff in die sich selbst regulierende Wirtschaft durch Recht äusserst eingeschränkt war und wenn überhaupt mit Ausrichtung auf die ökonomische Rationalität erfolgen musste. Ferner beschränkte man sich während der Entstehung der freien Marktwirtschaft in pragmatischer Weise darauf, jene Versatzstücke der bürgerlichen und marktwirtschaftlichen Freiheit in die Verfassung aufzunehmen, die es noch zu verwirklichen galt.³³ Und schliesslich war es auch schwierig, eine allgemeingültige abstrakte Formel für die Vertragsfreiheit zu finden, denn die Idee der Gleichgewährleistung der Rechte und die Einsicht in notwendige Schranken führten in einem selbstorganisierten dynamischen Wirtschaftssystem zu Widersprüchen.³⁴

³¹ Siehe *Dernburg*, Pandekten (Berlin, 1884), S. 45 ff.; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts (Frankfurt a.M., 1906/1881), § 314. Zudem weist *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Tübingen, 1980/1921-1925), S. 411 f. darauf hin, dass mit dem bürgerlichen Privatrecht zahlreiche Lebensbereiche aus dem Institut des Vertragsrechts verbannt werden, die vorher einer vertraglichen Regelung zugänglich waren, insbesondere Verträge in den Bereichen Sexualität und Familie. Illustrativ hierzu *Schneider/Fick*, *Das Schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen* (Zürich, 1893), Ziff. 11-15 zu Art. 17 aOR, die alle familienrechtliche Sachverhalte betreffen.

³² M.w.H. *Abegg/Thatcher*, Review Essay – Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources – Sibylle Hofer's Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, *German Law Journal* Vol. 05 No. 01 <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=364>, 101-114 (2004).

³³ So wurde etwa die Eigentumsfreiheit ohne Zweifel bereits im 19. Jahrhundert vorausgesetzt: grundlegend *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, *Rechtslehre: Schriften zur Rechtsphilosophie 7-192* (Berlin, 1988/1797), S. 499. Die Eigentumsfreiheit wurde in der Schweiz jedoch erst im Jahr 1969 in die Verfassung aufgenommen: Botschaft des schweizerischen Bundesrats über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Artikel 22ter und 22quater vom 15. August 1967, BBl 1967 II 133 ff.

³⁴ Hierzu grundlegend die Analyse von *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Tübingen, 1980/1921-1925), S. 398 ff. und 502 f.; vgl. auch *Rückert*, *Verfassungen und Vertragsfreiheit*, Kervégan/Mohnhaupt (Hg.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie 165-196* (Frankfurt a.M., 1999), S. 184 ff.; *Amstutz*, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft* (Baden-Baden, 2001), S. 331 f.

Nach der grossen Wirtschaftskrise von 1873

Für die gleichzeitige diskursive Emergenz der Vertragsfreiheit und einer neuartigen Schicht von zwingendem Schuldvertragsrecht – das als *politisiertes und vertragsinhaltsgestaltendes zwingendes Schuldvertragsrecht* charakterisiert werden kann – ist folgender [204] historischer Kontext massgebend: Spätestens seit der grossen Wirtschaftskrise³⁵ ab 1873 wurde zunehmend in Frage gestellt, dass der freie Markt sein Gleichgewicht finden werde und die gemachten Versprechungen – vor allem Wachstum, Vollbeschäftigung und Stabilität – einlösen könne.³⁶ Für die Emergenz des zwingenden Schuldvertragsrechts war zudem von zentraler Bedeutung, dass weitere Bevölkerungsschichten in die formell egalitaristische Marktwirtschaft integriert worden waren, wodurch mit der Wirtschaftskrise (unter gleichzeitiger Ausbildung eines Klassenbewusstseins) die rechtliche Absicherung der existenziellen und zugleich wirtschaftlichen Selbständigkeit dieser Bevölkerungsschichten ins Zentrum der politischen Aufmerksamkeit rückte.³⁷ Ferner wurde in zunehmendem Mass – ebenfalls in der Folge der Wirtschaftskrise – eine Kartellisierung der Wirtschaft festgestellt, was die liberal-ökonomische Prämisse der Selbstregulierung und Selbstheilung des freien Marktes in Frage stellte und gleichzeitig Aufmerksamkeit auf die strukturelle Imparität vor allem zwischen Unternehmen und nicht organisierten Personen

³⁵ Oft wird der Wiener Börsenkrach vom 9. Mai 1873 als Beginn der grossen Depression bezeichnet: vgl. zu diesem Kontext unter vielen *Polanyi*, *The Great Transformation* (Beacon Hill, 1957), S. 267 ff.; *Benöhr*, *Wirtschaftsliberalismus und Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts*, *ZfA* 187-218 (1977), S. 216 ff.; *Brüggemeier*, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*, Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges (Hg.), *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts* 9-81 (Bremen und Frankfurt a.M., 1980), S. 46.

³⁶ Charakteristisch im Kontext der Entstehung des BGB: *Menger*, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (Tübingen/Goldbach, 1997/1904), S. 150 ff. und *Gierke*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Frankfurt a.M., 1948/1889), S. 28 ff.

³⁷ Im Zentrum standen damit das Arbeits- und Mietrecht. Zum Beispiel kritisierte GIERKE, dass die in den Grossstädten brennend gewordene Frage, ob es nicht gesetzlicher Einschränkungen der Vertragsfreiheit bei der Wohnungsmiete zum Schutz gegen Mietstyannei und Mietswucher bedürfe, nicht einmal in Erwägung gezogen worden sei: *Gierke*, *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht* (Leipzig, 1889), S. 242; ähnlich *Menger*, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (Tübingen/Goldbach, 1997/1904), S. 194 ff.; zur Existenzsicherung im Arbeitsrecht siehe zum Beispiel *Lotmar*, *Dienstvertrag*, Rehbinder (Hg.), *Philipp Lotmar: Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Forderungen an den Gesetzgeber* 29-42 (Bern, 1991/1903), S. 42: "[Somit muss der Gesetzgeber auf] die Interessen der zahlreichen unbemittelten Arbeitnehmer ... [achten], die auf den Abschluss und Vollzug von Dienstverträgen als einzige Nahrungsquelle angewiesen sind."

lenkte.³⁸ Vor diesem Hintergrund fiel die wirtschaftliche Steuerung zum Teil an den Gesetzgeber, d.h. vor allem: die Politik, [205] zurück. Diese hatte nun – unter anderem mit zwingendem Schuldvertragsrecht – unter Beibehaltung wesentlicher wirtschaftsliberaler Prämissen und Ziele (insbesondere Wachstum und Stabilität) gleichzeitig die Kompatibilisierung des Marktes mit der Gesellschaft vorzunehmen. Neben die weitgehende evolutorische Selbstdeterminierung der Wirtschaft trat somit die Aufgabe der Politik, Wirtschaft als freie Ordnungsbildung zu erhalten und mit anderen Gesellschaftsbereichen zu kompatibilisieren.³⁹

Insbesondere im Rahmen der *Kodifizierung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB; vor allem 1887-1896)* und der *Revision des schweizerischen Obligationenrechts (OR; 1905-1911)* wurden diese neuen sozialen Vorgaben als Programm und als Methode erstmals in grösserem Umfang ins Privatrecht überführt. Das Programm des zwingenden Schuldvertragsrechts wurde nun nicht mehr primär auf die wirtschaftliche Eigenrationalität (vor allem als Konstituierung und Erhaltung der bürgerlich wirtschaftlichen Freiheit) und die bürgerliche Sittlichkeit (vor allem als bürgerliche Familienmoral) gerichtet. Vielmehr sollte sich zwingendes Schuldvertragsrecht nun auch am Ungleichgewicht zwischen Vertragspartnern ausrichten sowie die menschliche und familiäre Existenz als Vorbedingungen der wirtschaftlichen Selbständigkeit weiter Bevölkerungsschichten absichern. Dieses Programm wurde vor allem durch vermehrte Einführung zwin-

³⁸ Siehe etwa *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Frankfurt a.M., 1948/1889), S. 41 ff.: "Und vor allem versäumt es der Entwurf [des BGB], die Konsequenzen aus der nun doch einmal unbestreitbaren Thatsache zu ziehen, dass im heutigen Verkehrsleben die eigentlichen Träger der ökonomischen Bewegung nicht für sich stehende Einzelne, sondern wirtschaftliche Herrschaftsverbände sind."; ferner *Jhering*, Der Zweck im Recht (Leipzig, 1916), S. 216 ff. zu den "Aktiengesellschaften als Raub- und Betrugsanstalten"; siehe zudem die Botschaft des schweizerischen Bundesrats zum Versicherungsvertrag, BBl 1904 I 241, S. 262, wo die Einschränkung der Vertragsfreiheit als Ausgleich zur Kartellbildung gesehen wird. Für die Schweiz siehe die Übersichten bei *Tanner*, Industrialisierung, Familienökonomie und Hungererfahrung: Sozialkonflikte, Arbeitskämpfe und Konsumboykott in der Schweiz 1880-1914, Gailus/Volkmann (Hg.), Der Kampf um das tägliche Brot: Nahrungsmangel, Versorgungspolitik und Protest 1770-1990 233-257 (Lengerich, 1994), S. 235; *Balthasar/Gruner*, Soziale Spannungen - wirtschaftlicher Wandel: Dokumente zur Schweiz zwischen 1880 und 1914 (Bern, 1989), S. 95 ff.; für Deutschland siehe *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts (Tübingen, 2001), vor allem S. 498 m.w.H. sowie *Brüggemeier*, Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus (zwei Bände) (Frankfurt a.M., 1977-1979).

³⁹ Vgl. die entsprechende Diskussion bei den zeitgenössischen Juristen *Gierke*, *Menger*, *Lotmar* und *Huber*: *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Frankfurt a.M., 1948/1889); *Menger*, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (Tübingen/Goldbach, 1997/1904); *Lotmar*, Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht: Forderungen an den Gesetzgeber: gesammelte Schriften (Bern, 1991/1902-1912); *Huber*, Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches (Bern, 1914).

gender Schuldvertragsnormen ins System des Privatrechts umgesetzt, womit die soziale Frage zu einer verstärkten Frage des Privatrechts selbst wurde.⁴⁰ Im Gegensatz zur vormaligen Umsetzung mittels Generalklauseln wurde das Programm neu in enger Kopplung mit der legiferierenden Politik durch zwingende Schuldvertragsnormen, die in den Inhalt des Schuldvertrags einzugreifen vermögen, [206] selbst wenn keine oder eine gegenläufige Parteiabrede vorliegt, verfolgt.⁴¹ Voraussetzung dieser Methode war jedoch – und ist noch heute –, dass die Auflagen durch Freiheit vermittelt werden: Es steht den Parteien frei, von den Strukturen des Privatrechts nach eigenen Bedürfnissen Gebrauch zu machen; wenn sie dies jedoch tun, müssen sie zwingende Vorgaben berücksichtigen, in welche sie sich beim Gebrauch ihrer Freiheit verfangen.⁴² Es geht somit um die Umsetzung von Auflagen durch Anschluss an Freiheiten und zugleich um die Verwirklichung von (neuen) Freiheiten durch Auflagen. Ausgangspunkt und Voraussetzung der neuen Intervention in die autonome Wirtschaft war somit paradoxerweise das weiterhin freiheitliche Privatrecht.

Mit der vermehrten Irritation von Recht und Wirtschaft durch politische Vorgaben – insbesondere in und durch zwingende Inhaltsnormen – entstand um 1900

⁴⁰ Tatsächlich wurden wesentliche Forderungen von Menger und Gierke als Einzelkorrekturen ins BGB von 1896 aufgenommen – insbesondere solche zum Dienstvertrag. So wurde zum Beispiel der Forderung Mengers, die Nichtigkeitsdrohung bei Wucher von Kreditverträgen auch auf Lohn-, Kauf-, Miet- und Pachtverträge auszuweiten, zum Teil nachgegeben: *Menger*, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (Tübingen/Goldbach, 1997/1904), S. 155 ff. Zu Beginn der Revision des schweizerischen Obligationenrechts 1905-1911 wurde in der Botschaft die Frage nach einer sozialen Korrektur insofern als irrelevant erklärt, als es sich um eine Frage von Spezialgesetzgebung respektive öffentlichem Recht handle: Botschaft zum OR, BBl 1905 I 1, S. 36. Nach zahlreichen Eingaben und Wortmeldungen wurde diese Haltung im Bericht zum OR von 1909 jedoch aufgegeben und es wurden einige zwingende Normen vor allem zum Existenzschutz des Arbeitnehmers eingeführt. Die Legiferierung solcher neuartigen zwingenden Schuldvertragsnormen wurde jeweils inhaltlich kaum begründet; es wurde lediglich auf die zahlreichen Eingaben, etwa des Kaufmännischen Vereins und der Sozialdemokratischen Partei, verwiesen: Bericht zum OR, BBl 1909 III 725, S. 742 f.

⁴¹ Siehe hierzu für Deutschland etwa *Menger*, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (Tübingen/Goldbach, 1997/1904), S. 153 f. und S. 160 ff. und *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Frankfurt a.M., 1948/1889), S. 25 ff. und S. 41 ff.; für die Schweiz *Lotmar*, Dienstvertrag, Rehbinder (Hg.), Philipp Lotmar: Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Forderungen an den Gesetzgeber 29-42 (Bern, 1991/1903), S. 42; *Lotmar*, Der Dienstvertrag im Entwurf des Zivilgesetzbuches, Rehbinder (Hg.), Philipp Lotmar: Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Forderungen an den Gesetzgeber 119-147 (Bern, 1991/1905), S. 43 f. sowie *Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts (Basel, 1888-1893), Band IV, S. 300 ff., vor allem auch S. 279 f.

⁴² Vgl. hierzu bereits *Stammler*, Die Lehre von dem richtigen Rechte (Berlin, 1902), S. 55.

eine Debatte um das notwendige *Ausmass der Vertragsfreiheit*.⁴³ Resultat dieser Debatte war in der Schweiz – wie zur Abwehr eines übermässigen Interventionismus – die Aufnahme der "beliebigen" Vertragsinhaltsfreiheit "innerhalb der Schranken des Gesetzes" in Art. 19 Abs. 1 des Obligationenrechts.⁴⁴ Diese Formulierung verliert mit Blick auf die soeben erläuterte Methode des engen Verbundes von Freiheiten und Auflagen einiges von ihrer Widersprüchlichkeit. Zudem weisen verschiedene der zeitgenössischen Autoren wie Walter Burckhardt und Eugen Huber darauf hin, dass die beschriebene soziale Korrektur am privatrechtlich verfassten System der freien Marktwirtschaft nur ad-hoc erfolgen kann: Das in den Grundzügen weiterhin freie Wirtschaftssystem ist evolutionär, d.h. die Entwicklungen können nicht vorausgesagt und zwingende Schuldvertragsnormen nicht ein für alle Mal normiert werden.⁴⁵ Entsprechend bleibt der Begriff "sozial" für das Wirtschaftsrecht notwendigerweise eine Blankettformel. Gleichzeitig folgt daraus auch, dass das zwingende Schuldvertragsrecht primär an [207] empirische Erkenntnis anschliessen und sich das mit zwingendem Schuldvertragsrecht verfolgte Programm an seinen Ergebnissen messen lassen muss.

Es ist somit zu betonen, dass die Vertragsfreiheit erst dann einen fortwährenden Eingang in den privatrechtlichen Diskurs fand, als im erläuterten gesellschaftlichen Kontext unter dem Topos der sozialen Ausgestaltung des Privatrechts der Einfluss der Politik neben und gegen die beinahe ausschliessliche Anbindung des Privatrechts an die Wirtschaft trat. Erst jetzt stellte sich – im Gegensatz zu Savignys Konzept der Nichtintervention in wirtschaftsbezogenes Privatrecht und der Korrektur mit öffentlichem Recht – im Allgemeinen die Frage nach den Grenzen des Bezugs des Privatrechts zur Ökonomie sowie im Speziellen die Frage, welche Rechtssätze innerhalb des Schuldvertragsrechts dispositiv und welche zwingend sind. Die im deutschsprachigen Kodifikationsprozess einzigartige Aufnahme der ausdrücklichen Vertragsfreiheit in Art. 19 Abs. 1 des schweizerischen Obligationenrechts geschah denn auch erst in der Revision von 1905-11 und nicht bereits bei der Entstehung des Obligationenrechts 1881. Diese Aufnahme in Art. 19 Abs. 1 OR ist folglich nicht als (frühe) Krönung der Vertragsfreiheit als herrschendes Prinzip des Vertragsrechts zu sehen, sondern in

⁴³ Unter anderen pointiert *Menger*, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (Tübingen/Goldbach, 1997/1904), S. 150 ff.; ähnlich *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Frankfurt a.M., 1948/1889), S. 28 ff.; für die Schweiz zum Beispiel *Burckhardt*, Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (Bern, 1905), S. 650; zur konkreten Umsetzung in Gesetzesrecht vgl. *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (Aalen, 1970/1899), S. 65.

⁴⁴ Vgl. die Botschaft des schweizerischen Bundesrats zum OR, BBl 1905 I 1, S. 13 f. und 82.; Bericht zum OR, BBl 1909 III 725, S. 762 zu Art. 1035.

⁴⁵ *Burckhardt*, Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (Bern, 1905), S. 650; *Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts (Basel, 1888-1893), Band IV, S. 299 f.

diesem Kontext der neuen politischen Intervention in den Vertragsinhalt und der neuen alternativen Kopplung des Privatrechts an die Politik.

Die Emergenz einer neuen Schicht von Vertragsfreiheit und zwingendem Schuldvertragsrecht

Was kann heute aus diesen Erkenntnissen gewonnen werden? Heute, im Zeitalter der Reformulierung politischer Aufgaben und der Privatisierung sowie unter dem Druck der Globalisierung und Technologisierung, da ein einheitliches und konsistentes Rechtssystem in weite Ferne entschwunden ist und zunehmend Aufgaben durch private Akteure wahrgenommen werden, ist es dringend notwendig zu zeigen, dass es sich bei der uneingeschränkten Privatautonomie nur um einen Mythos handelt.⁴⁶ Gleichzeitig muss allerdings auch betont werden, dass die ursprüngliche klassisch-liberale Konzeption des Wirtschaftsrechts fast ausschliesslich auf die Konstituierung eines freien (Binnen-) Marktes ausgerichtet war, an welchem zunächst nur ein kleiner Bruchteil der Bevölkerung teilnahm.⁴⁷ Mit der Integration weiterer Bevölkerungsschichten und weiterer Handlungsräume der Gesellschaft in die freie [208] Marktgesellschaft liess sich dieses reine Marktwirtschaftssystem jedoch nicht aufrechterhalten. Vielmehr ging es fortan um die prekäre Balance zwischen Autonomie und Intervention, die das Wirtschaftsrecht in Kopplung mit der Politik gegenüber selbstregulierenden Märkten aufrechtzuerhalten verstand. Die bemerkenswerte Responsivität gegenüber der Autonomie des Wirtschaftssystems einerseits und damit zusammenhängenden gesellschaftlichen Problemstellungen andererseits hatte das Wirtschaftsrecht bereits in jener Phase um 1900 entwickelt. Diese Responsivität kann heute als das grosse historische Vorbild für das Verhältnis von Recht zu anderen (neuen) Autonomiebereichen der Zivilgesellschaft und für ein aktualisiertes Verständnis von Vertragsfreiheit und zwingendem Vertragsrecht dienen. Im heutigen Kontext einer fragmentierten und polykontexturalen Gesellschaft⁴⁸ soll sich das Wirtschaftsrecht – im

⁴⁶ In diesem Sinne auch *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?: privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (Tübingen, 2001).

⁴⁷ In der Tat zählt Kocka für den Beginn der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nur 3-5 % des Bevölkerung zum Wirtschaftsbürgertum; zusammen mit dem Kleinbürgertum und dem Mittelstand seien es immerhin 13 %: *Kocka*, Bürgertum und bürgerliche Gesellschaft im 19. Jahrhundert: Europäische Entwicklungen und deutsche Eigenarten, Kocka (Hg.), Bürgertum im 19. Jahrhundert 11-76 (München, 1987), S. 11 ff. Siehe auch *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis; ein philosophischer Entwurf (Hamburg, 1992/1793); S. 245 f., der nur jenem die Bürgerqualität (und damit unter anderem das Stimmrecht) zusprach, der weder Kind noch Weib sei und "mithin irgend ein Eigentum habe ..., welches ihn ernährt ..."

⁴⁸ Die Beschreibung der Gesellschaft als polykontextural geht auf die "mehrwertige Logik", wie sie von Günther im Anschluss vor allem an Hegel ausgeführt wurde, zu-

Sinne einer Grundfunktion – auf die (neuen) sozialen Ausdifferenzierungen sensibilisieren und diese Ausdifferenzierungen gegen Überwältigungstendenzen absichern.⁴⁹ Ähnlich wie zunächst seit der Mitte des 19. Jahrhunderts die primäre Funktion des Privatrechts darauf gerichtet war, die neuen wirtschaftlichen Handlungsräume zu konstituieren, und sodann das Marktwirtschaftssystem auf weite Teile der Gesellschaft auszudehnen, rückt heute die *Konstituierung und Erhaltung der Eigenrationalität der jeweiligen sozialen Handlungsräume einerseits und deren Kompatibilisierung mit anderen sozialen Handlungssystemen andererseits* als Grundfunktion des Wirtschaftsrechts in den Vordergrund, und sei dies auch nur – wenn keine Lernerfahrungen in der Form von kodifizierten Rechtsnormen oder in der Form einer Gerichtspraxis vorliegen – durch die Anwendung von Generalklauseln und die kruden Rechtsfolgen der 'Unzulässigkeit/Zulässigkeit bis auf Widerruf', bis eine Lösung durch die selbstregulierten Bereiche oder durch Recht gefunden ist.⁵⁰ In dieser Weise gilt es die erwähnte Balance zwischen Autonomie und Intervention für die institutionelle Absicherung alter und neuer autonomer Sektoren der Zivilgesellschaft zu finden.⁵¹

rück: *Günther*, Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik (Hamburg, 1976), Band III, S. 183 ff., vor allem S. 196 ff.

⁴⁹ *Teubner*, Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 16-36 (1998), S. 14 f.

⁵⁰ In einer solchen Vorgehensweise scheint ein bewährtes Entwicklungsmuster des Rechts zu liegen. Vgl. zum Beispiel die Suchbewegungen zur Familienbürgerschaft im deutschen Recht: Vom 'non licet' in BVerfGE 89, 214 (1993) bis zur konkreten Ausformulierung der Erfordernisse in BGH NJW 2002, 2705 vergingen etwa neun Jahre.

⁵¹ Zu den einzelnen rechtsdogmatischen Konsequenzen siehe meine Ausführungen in *Abegg*, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts - ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit (Diss.) (Zürich, 2004); zum Thema der Regimekollisionen vgl. nun *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen: Kompatibilität durch Vernetzungen statt Rechtseinheit, im Erscheinen (2004).