

Dieter Hart

Vom bürgerlichen Recht zur politischen Verwaltung

Zum Funktionswandel des Privatrechts

I.

Bürgerliches Recht stellt sich noch heute im Lehrbetrieb meist als privates Konfliktrecht dar¹. Es ist ein Regelungsprogramm mit begrenztem Aufgabenbereich. Als Zweckprogramm waffengleich gedachter Partner garantiert *Vertragsrecht* Selbstregulierung durch geschützte Rechts- und Sozialpositionen², andere Programmteile gewinnen ihren Charakter als Ergänzungs- und Gegen- satzverhältnis zu diesem Zweckprogramm³. Privatrecht greift damit in seiner traditionellen Programmstruktur (als Beispiel: Wille, Verschulden, subjektive Rechte usw.) auf das Sozialmodell bürgerlicher Gesellschaft zurück. Dessen Konstitutionselemente, das bürgerliche Subjekt und seine Gesellschaft als Marktgesellschaft, spiegeln sich in den privatrechtlichen Strukturkategorien. Die Individuen dieser Marktgesellschaft tauschen vermittels ihres Eigentums am Markt, der als selbstregulatives System (»*invisible hand*« = natürliche Gesetzmäßigkeiten) Harmonie (»*Wohlfahrt*«) des Ganzen garantiert. Prinzip des Verhaltens der Subjekte am Markt ist der freie Wettbewerb. In ihm werden die Einzelegoismen durch natürliche Gesetzmäßigkeiten gebunden. Der Preis als Indikator für den zwangsläufigen Ausgleich von Angebot und Nachfrage und das Gesetz des Durchschnittsprofits, als natürliche Tendenz zur freien Konkurrenz, als Mittel der Verhinderung von Monopolbildung, lassen die Selbstregulierung der Marktgesellschaft als natürliche Konsequenz erscheinen.

Diese Parallelität von Privatrecht und marktwirtschaftlich strukturiertem Gesellschaftsmodell⁴ führt zu einer Funktionsaufteilung, die für das Vertrags- rechtsprogramm zur Folge hat, nicht die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung kontrollieren zu müssen, sondern sich auf ein Programm des Vertrags- zustandekommens zu beschränken und in anderen privatrechtlichen Pro- grammteilen einen Zwang zum allein adäquaten gesellschaftlichen Handeln, nämlich vertraglichem Handeln (etwa Deliktsrecht, Bereicherungsrecht), auszuüben. Materielle Vertragsgerechtigkeit ist nicht ein Problem des Vertragspro- gramms, sondern eines des Marktes, der als fiktives Steuerungssubjekt eben diese Äquivalenz dem Anspruch nach schon auf der Ebene des Tauschs und nicht erst auf der Ebene von gesamtgesellschaftlicher Wohlfahrt einlöst und in

¹ Siehe den Aufsatz von E. Rehbinder, Die Rolle der Vertragsgestaltung im zivilrechtlichen Lehrsystem, *AcP* 174 (1974), 265 ff., der mit seinen Vorschlägen Ausbildungsdefizite in diesem Bereich deutlich macht.

² Wiethölters, *Wirtschaftsrecht*, in: *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, hrsg. v. A. Görlitz, München 1972, 531 ff., 533.

³ Brüggemeier, *Delikt*, in: *Handlexikon*, 61 ff.

⁴ Vgl. dazu Böhm, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, *Ordo XVII* (1966), 75 ff.; Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, Heft 3, 1952, bes. 8 ff.

der natürlichen Marktstruktur freier Konkurrenz garantiert. Indikatoren für Äquivalenz sind dann die geäußerten Willen der Vertragsparteien, in denen sich der Äquivalententausch am Markt, vermittelt durch die waffengleich, d. h. über Eigentum gleich verfügenden Kontrahenten, spiegelt.

Im Deliktsrechtsprogramm zeigt sich diese Verdoppelung von ökonomischen Positionen: subjektive Rechte als Schutzgüter des Rechts der unerlaubten Handlungen und die über Willen d. h. culpa-Doktrin zurechenbare Verletzung von Marktregeln fungieren als Zwang zu vertraglicher Konsensbildung. Es garantiert Marktverkehrsteilnahme über den Schutz absoluter subjektiver Rechte vom Typ Eigentum und von Handlungschancen d. h. Freiheit. Deliktsrecht gewinnt damit einen wesentlichen Funktionsbereich als Schutz der Bedingungen vertraglichen Handelns. Andererseits intendiert es die individuelle Kostenzurechnung bei Verletzung des Regelungsprogramms, mit der Folge, daß die Verletzungskosten auf die Kostenrechnung des handelnden Subjekts zurückzuschlagen und damit seine Marktposition beeinträchtigt wird, da es bei vorausgesetztem Funktionieren des Marktes solche Kosten nicht überwälzen kann (Verursacherprinzip). Die hypothetische Marktposition des Geschützten wird rekonstruiert und ausgeglichen (Differenzhypothese). Die Nähe zum subjektiven ökonomischen Nutzenbegriff wird hier deutlich.

Bereicherungsrecht dagegen intendiert primär die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge, ist als Eingriffsausgleichsrecht noch nicht konzipiert⁵. Rechtsverletzungen gelten als Regelungsprobleme des allgemeinen oder durch Schutzgesetze vermittelten Deliktsrechts.

Diese Konzeption bürgerlichen Formalrechts als Ausdruck eines selbstregulativ gesetzten Gesellschaftsmodells ist Teil eines formalen Rechtsstaatsmodells, das Staatsfunktionen für die Bereiche Schutz der Gesellschaft nach außen, Schutz des einzelnen vor dem einzelnen Anderen und Durchführung von Infrastrukturmaßnahmen zuläßt, wobei das Ausmaß notwendiger Infrastrukturpolitik sich an der Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus orientiert. Der zweite Bereich als spezifisch privatrechtlicher Gegenstand ist strukturiert durch die Legislative und die Anwendung ihrer Gesetzesprogramme durch die Justiz. Der Gesetzespositivismus und das Rechtsanwendungsmodell mit seinen spezifischen Ausblendungswirkungen sind konsequente Erscheinungsformen und Abbildungen des Sozialmodells bürgerlicher Gesellschaft. Privatautonomie erfüllt einerseits gesetzgebungsbeschränkende, andererseits justizbegrenzende Funktionen, ist gleichsam Kompetenzverteilungskategorie, die dem Individuum Handlungsspielräume eröffnet und sie der Legislative und Justiz verschließt. Die Bindung an die in den erklärten Willen sich äußernden Ziele (Vertragsrecht) und präzise gesetzliche Regelungsprogramme mit geringen justiziellen Verfügungsberichten (Deliktsrecht)⁶ kennzeichnen den richterlichen Kompetenzrahmen. Das Enumerativprinzip in § 823 I BGB und die Schutzgesetzverweisung in § 823 II legen Rechtsfortbildung bei der Legislative fest. Anpassungsleistungen an einen Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse sollen nicht der Kompetenz der Justiz zuwachsen. Das Anpassungszentrum ist der Gesetzgeber. Konsequent bleiben Äquivalenzprobleme aus dem richterlichen Blickfeld; moralische, soziale oder wirtschaftliche Erwägungen sind nicht Sache des Justizjuristen.

⁵ Vgl. dazu Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. V, Berlin 1841, 525 f.

⁶ Siehe den Streit um eine deliktsrechtliche Generalklausel, v. Caemmerer, *Wandlungen des Deliktsrechts*, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe 1960, 49 ff., 65 f.

»Durch das Zusammentreffen dieser beiden Voraussetzungen⁷ entsteht das Paradox, daß eine Rechtswissenschaft, deren Axiome genau der Struktur einer Gesellschaft entsprachen, es sich gleichzeitig durch ihren logischen Formalismus zum Prinzip mache, die Beziehungen zur gesellschaftlichen Wirklichkeit mit ihren Werten, Interessen und Konflikten bewußt auszublenden«⁸. Aber auch das Anpassungszentrum selbst ist durch das als selbstregulativ gesetzte gesellschaftliche System in seinen Kompetenzen auf Garantiefunktionen festgelegt. Die materielle Gewährleistung des Rechtsstaats ist dem Anspruch nach der Markt, auf dem Leistung sich im Wettbewerb durchsetzt. Privatrechtsgesellschaft als Eigentümermarktgeseellschaft ist die materielle Basis des Rechtsstaatsmodells⁹.

II.

In der Formel des Sozialstaats kündigt sich die Ergänzung und Ablösung des formalen Rechtsstaatsmodells an. In ihr werden die materiellen Gewährleistungen, die im Rechtsstaatsmodell als anspruchsvolle Einlösungen durch Markt vorausgesetzt waren, zum Thema primär von Staats- und Verfassungsrecht. Staatliche Gewährleistung von Autonomie wird zum Teilziel von Interventionen in den traditionell selbstregulativ gesetzten gesellschaftlichen Bereich¹⁰. Die unterschiedlichen Sozialstaatskonzepte¹¹ sind in der privatrechtlichen Literatur und Rechtsprechung kaum relevant geworden. Beide werden von einer traditionell rechtsstaatlich orientierten neoliberalen Rechts-/Ökonomietheorie beherrscht, in der tendenziell sozialstaatliche Interpretationen darstellungsweise zwar abgewiesen, den Ergebnissen nach im Schein unpolitischer Normanwendung aber sehr wohl verfolgt werden.

So ist insbesondere die Vertragskategorie in der Rechtsprechung einem entscheidenden Wandel unterworfen worden. Es geht nicht mehr um die Bestätigung und Durchsetzung von durch Parteien vereinbarte Inhalte, sondern vielmehr um die richterliche Kontrolle dieser Inhalte und deren Korrektur nach Gesichtspunkten des »richtigen« vertraglichen Interessenausgleichs¹². Diese Tendenz wird in der Rechtsprechung besonders am Beispiel von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) deutlich. Sowohl verdeckt, auf den Ebenen Vertragszustandekommen und Auslegung, wie auch offen, durch direkte Inhaltskontrolle, werden hier die Vertragsinhalte auf Richtigkeit hin kontrolliert und korrigiert. Die Entscheidung des BGH zur Haftung eines Reisebüros bei der Vermietung eines Ferienhauses in Norwegen¹³ bildet auf diesem Gebiet die letzte Entwicklungsstufe. Im Ferienhausfall dient die Kategorie der Willenserklärung dazu, den Inhalt des Vertragsangebots aus dem Empfänger-(= Konsu-

⁷ Nämlich: formale Freiheit und Rechtsgleichheit der Pandektenwissenschaft als Privilegierung der über Kapital und Produktionsmittel verfügenden Wirtschaftssubjekte und eine Unterprivilegierung der davon ausgeschlossenen Gruppen, sowie die politische und soziale Neutralisierung der wissenschaftlichen Rechtsprechung durch ihre formale Bindung an Begriff, logische Ableitung und wissenschaftliche Konstruktion als Garantie der Trennung von Privat- und öffentlichem Recht, bürgerlicher Gesellschaft und Staat.

⁸ Wieacker, Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, Juristenjahrbuch, Bd. 9 (1968/69), 1 ff., 9.

⁹ Wiethölter, Bürgerliches Recht, in: Handlexikon, 47 ff., 53.

¹⁰ Denninger, Rechtsstaat, in: Handlexikon, 344 ff., 349; ders., Sozialstaat, ebendort, 424 ff., 428 ff.

¹¹ Vgl. die Einteilung bei Denninger, Sozialstaat, a. a. O., 428 f.

¹² Vgl. dazu für den Komplex AGB meine Dissertation, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem, Frankfurt/M. 1974.

¹³ BGH NJW 1974, 37 = WM 1973, 1406 f.

menten-)Horizont zu bestimmen, also mögliche Interessenkonflikte (hier als Haftungs-/Enthaftungsinteressen)¹⁴ schon auf der Willenserklärungsebene unter Rückgriff auf vorgestellte typische Konsumentenmotivationen (»Vertrauen«) und deren Akzeptierung in objektivierten Erklärungsgehalten sicherzustellen. Die vereinbarten AGB (an der Einbeziehung in den Vertrag hätte nach der bisherigen Rechtsprechung kein Zweifel bestanden) werden so schon aus dem *Angebot* des Reisebüros hinauskatapultiert, ohne daß dazu weitere Ausführungen gemacht wurden – der Fall erscheint als einer, in dem die Kontrolle von AGB überhaupt nicht zur Debatte steht. Ein funktional vollständiger Ausbruch aus dem privatrechtlichen Handlungsmodell, in das »Allgemeininteressen« als Legitimation eingeführt werden. Das traditionelle Regelungsprogramm Vertrag wird funktionalisiert und fingierte Teilhabebedingungen, Sozialmodellvoraussetzungen (ehemals ausgeblendet) werden in die Entscheidungskompetenz eingeholt, um »zulässige« Vertragsinhalte zu verwalten. Justiz gewinnt marktersetzende oder marktkorrigierende Funktionen, Markt als Verbürgung ökonomischer Wahrheit wird ersetzt durch qua Justiz erst zu schaffende und garantierende Teilhabe. Das Regelungsprogramm »Vertragsrecht« hat lediglich noch Darstellungsfunktion. Es bestimmt die Form, in der veränderte Kompetenzen – nämlich Äquivalenzbestimmende – wahrgenommen werden. Der Sache nach gehen Vertragsgestaltungskompetenzen – ehemals per Privatautonomie den bürgerlichen Vertragssubjekten zugewiesen – auf die Justiz über, die damit die Kompetenz neuartiger Normproduktion als Autonomieverwaltung übernimmt. Im Bereich AGB zeigt sich hier auch sinnfällig die Tendenz einer Kompetenzumkehrung bezogen auf das traditionelle Rechtsstaats- und Gewaltenteilungssystem. Nicht mehr die Legislative übt die Richtlinienkompetenz für die Judikatur aus, sondern umgekehrt setzt die Judikatur »Richtlinien« neuer Gesetzesprogramme. An ihren Entscheidungen entwickelt sich das Minimum von parlamentarischem Kompromiß durch Verallgemeinerung. Möglicherweise bedeutet diese Tendenz gleichzeitig auch eine Festlegung des Maximums an Reformarbeit für gesetzliche Regelungen in diesem Gegenstandsbereich und damit eine erhebliche Beschneidung der politischen Durchsetzbarkeit darüber hinausgehender Reformprogramme^{14a}. Insofern wäre die These von der Wirkungsbeschränkung der Justiz bei der Kontrolle von AGB¹⁵ zu überprüfen.

Diese vorher beschriebene Entwicklung ist in der Praxis weder neu noch auf das Gebiet des Vertragsrechts beschränkt. Für den Bereich etwa des Deliktsrechts hat von Caemmerer¹⁶ 1960 die Wandlungen beschrieben, die auf eine ähnliche Tendenz hinauslaufen. Das ehemalige System der Deliktstatbestände, als Enumerativprinzip in § 823 I BGB die Kompetenz der Justiz eingrenzend, ist durch diese selbst zu einem System von Generalklauseltatbeständen erweitert worden, das es erlaubt, Haftungen unabhängig von culpa-Doktrin und

¹⁴ Im wesentlichen geht es um die Verteilung des Prozeßrisikos (wer soll in Norwegen klagen müssen; wem stehen die besseren Voraussetzungen zur Verfügung: siehe NJW 1974, 37 f. = WM 1973, 1406 f.).

^{14a} Siehe z. B. den Ersten Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, März 1974, Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Referat für Presse und Öffentlichkeitsarbeit, Bonn, und das Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag von Kötz, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Bd. I Gutachten, München 1974, A 1 bis A 100.

¹⁵ Vgl. meinen Aufsatz, KJ 1971, 269 ff., 277

¹⁶ V. Caemmerer, Wanlungen des Deliktsrechts, a. a. O., 49 ff.

subjektivem, absolut geschütztem Recht als objektivierte, absolute Einstandspflichten (Quasigefährdungshaftungen) zu statuieren. Vehikel dieser Einstandspflichten (Spiegelungen von Vertrauenstatbeständen) sind die Verkehrssicherungspflichten, die als Organisationspflichten die Legitimation zu einer Produzentenhaftung abgeben¹⁷. Zur Debatte steht nicht mehr der Ausgleich individuellen Unrechts, sondern die Verteilung von Unglücksrisiken. Im Gewande traditioneller Haftungszurechnungen findet die verdeckte Ausweitung von Gefährdungshaftungstatbeständen statt. Anknüpfungspunkt ist ein genereller Vertrauenstatbestand, der von den individuellen Erwartungen einzelner Betroffener abstrahiert¹⁸. Die Tendenz, absolute Einstandspflichten zu statuieren, läuft parallel mit der erweiterten Versicherungsfähigkeit unternehmerischer Risiken – Anspruchssystem und Deckungssystem verbinden sich¹⁹. An der Produkthaftpflicht wird aber auch gleichzeitig der mögliche Handlungsspielraum der Rechtsprechung in diesem Bereich offenbar: Durch ihre Entscheidungen übt sie in der Folge Druck auf die potentiell Inanspruchgenommenen aus, die Risiken ihrer Tätigkeit über Versicherungssysteme zu sozialisieren, deren Kosten dann regelmäßig auf die Endabnehmer/Konsumenten abgewälzt werden²⁰.

Die unterschiedlichen Konstruktionsverfahren für den Bereich Produzentenhaftung orientieren sich entweder am traditionellen Vertrags- oder am Deliktskonzept und verdecken die völlig veränderten Anknüpfungen. Partiell offengelegt werden diese Wandlungen nur in solchen Konstruktionen, die in einem Zwischenbereich zwischen Vertrag und Delikt angelegt sind. Das Votum für eine deliktsrechtliche Lösung bei Simitis etwa wird nur möglich, weil der für diesen Bereich akzeptierte und erkannte Wandlungsprozeß für das Vertragsrecht nicht mit derselben Schärfe durchleuchtet wird, sondern im Gegenteil traditionelles Vertragsprogramm gegen modernes Deliktsrecht ausgespielt wird²¹. Eine solche Instrumentierung mag an Programmsperren im Vertragsrecht liegen, deren Überwindung für schwieriger gehalten wird, als die der Sperren im Deliktsrechtsprogramm. Dies wird deutlich an den Interpretationen zu § 831 BGB und zur Statuierung von justiziellen Gefährdungshaftungstatbeständen für Fabrikations- und (teilweise) Entwicklungsfehler²². Lösungen im Zwischenbereich zwischen Vertrag und Delikt nehmen zwar meist die Vertragskategorie in Anspruch²³, gründen aber Haftungen in der Regel auf einen diffusen Vertrauenstatbestand, wobei das vertragliche Handlungsmodell verlassen wird²⁴. Vertrauen ist als Obergrundsatz aufgebaut, von dem aus das vertragliche Handlungsmodell mit neuen Anknüpfungen ausgestattet wird²⁵. Die traditionellen Funktionsaufteilungen bezüglich Vertrag und Delikt lösen sich (am Objektbereich »Konsumentenschutz« besonders deutlich) auf, in den traditionellen Formen werden veränderte Konflikte dargestellt und verwaltet. In

¹⁷ Dazu Spiros Simitis, Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinne?, Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, Bd. I der Gutachten, Teil C.

¹⁸ Siehe etwa Diederichsen, die Haftung des Warenherstellers, 1967; zu den unterschiedlichen Konstruktionen siehe unten.

¹⁹ Siehe das Produkt-Haftpflicht-Modell, hrsg. v. BDI, DVS und HUK-Verband, Versicherungswirtschaft Nr. 22 v. 15. 11. 1973.

²⁰ Vgl. dazu Brüggemeier, Delikt, a. a. O., 65.

²¹ Simitis, a. a. O., C 21 ff., C 35 ff.

²² Simitis, a. a. O., C 49 ff., C 63 ff.

²³ Ausnahme z. B. E. Rehbinder, ZHR 129 (1967), 176 ff.

²⁴ Am deutlichsten bei Diederichsen, a. a. O., 353.

²⁵ A. a. O., 295 ff., bes. 326.

diesen Formen werden Kompetenzausweitungen vorgenommen, die mit Marktsubstitution und -verwaltung oben schon für den vertraglichen Bereich beschrieben worden sind. Das heißt aber auch, daß in den Darstellungsformen unpolitischen Privatrechts sich dessen Materialisierung insofern vollzieht, daß an die Stelle von Marktwettbewerb als der Bedingung des traditionellen Privatrechts nunmehr veränderte Kriterien für die Zuteilung von Chancen und Positionen eingesetzt werden müssen. »Richtigkeitsgewähr« als Funktion des privaten Vertragshandelns ist der »Richtigkeitsbestimmung« durch die Justiz sowohl im vertraglichen wie deliktischen Bereich gewichen.

Die Ablösung des traditionellen Vertragskonzepts und die mindestens teilweise funktionale Verbindung mit deliktsrechtlichen Lösungsstrategien zeigt sich beispielsweise in den dogmatischen Figuren von faktischem Vertrag (als dem weitgehendsten Versuch des Austauschs von Zurechnungsformen), Verhältnissen aus sozialem Kontakt, Geschäftsgrundlage (als eines Vehikels des Einbruchs makroökonomischer Entwicklungen in das Vertragsverhältnis)²⁶ oder Organisationshaftung ohne Verschulden im Deliktsrecht. Alle sind gekennzeichnet durch eine Umorientierung des Rechtsanwendungsmodells von input zu output, von Normsubsumtion zu sozialer Folgenbeurteilung. Das stellt veränderte Legitimationsanforderungen. Im Gegensatz dazu bedarf das Marktgeschehen als selbstregulatives System keiner zusätzlichen Legitimation. Der Rückgriff auf das Vertragskonzept oder traditionelle deliktsrechtliche Formen eröffnet die Möglichkeit, auf der Darstellungsebene die Notwendigkeit einer von diesen Konzepten abgehobenen Legitimation abzuweisen und die wirklichen Begründungsschritte auszublenden.

Aber auch in veränderten Anknüpfungen, etwa die Art des Diederichsenschen Vertrauenstatbestands beim Geschäftstyp »Warenkauf«, treten bereits solche Dogmatisierungen auf, die ihre Begründungen nicht mehr thematisieren²⁷. Die Materialisierungskonzepte von Privatrecht können der Diskussion entzogen werden, die Notwendigkeit einer Konzept- und Zieldiskussion politisch-rechtlicher Programme etwa im betroffenen Objektbereich Konsumentenschutz wird nicht mehr sichtbar. Die »Zukunft des Privatrechts« wird so in den Formen traditioneller Rechtsprogramme unter der Hand produziert, deren Dogmatisierungen werden als Vehikel für Kompetenzerweiterungen eingesetzt.

III.

Dies geht konsequent mit der ebenfalls dogmatisierten Übernahme von Elementen neoliberaler Ökonomietheorie einher, die für die oben beschriebene Situation Begründungen liefert. Nicht die Vertragsform als auf ein bestimmtes Sozialmodell bezogene wird problematisch, sondern nur teil- und zeitweise pathologische Vertragssituationen müssen korrigiert werden, dort, wo grundsätzlich funktionierender Marktwettbewerb in casu den Kompromißeffekt des Tauschs nicht herbeigeführt hat. In der Nachfolge von Böhm²⁸, Eucken²⁹ und

²⁶ Vgl. dazu P. Ulmer, Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung – Zur Bedeutung staatlicher Lenkungsmaßnahmen für die vertragliche Geschäftsgrundlage –, *AcP* 174 (1974), 167 ff.

²⁷ Vgl. zu einer ähnlichen Tendenz Schanze, Anspruch, in: *Handlexikon*, 25 ff., 28.

²⁸ Vgl. etwa die grundlegende Schrift: *Wettbewerb und Monopolkampf*, unveränderter Nachdruck der Ausgabe v. 1933, Berlin 1964 und der späte Aufsatz, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, *Ordo* XVII (1966), 75 ff.

²⁹ Die *Grundlagen der Nationalökonomie*, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1959, bes. 93 ff.; *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 3. unveränderte Auflage, Tübingen/Zürich 1960, bes. 242 ff.

heute z. T. v. Hayeck³⁰, Hoppmann³¹ wird Privat- und Wirtschaftsrecht z. B. bei Mestmäcker³² aber auch in den früheren Veröffentlichungen von Ludwig Raiser³³ von neoliberalen Theorieansätzen geprägt. Waren Böhms und Eucken's wirtschafts- und rechtspolitische Zielkonzepte noch auf die Marktform der vollständigen Konkurrenz festgelegt, der die Realisierung des Harmonietheorems der klassischen Theorie zugeschrieben und deren Verwirklichungsprozeß zur Aufgabe des Rechtsstabs und der mit identischer Zielsetzung ausgestatteten Wirtschaftspolitik wurde, beide also im wesentlichen Marktformenpolitik betreiben sollten, so verläßt v. Hayeck und ihm folgend Hoppmann das Marktformenkonzept zugunsten des »Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren«, wobei allerdings die Präzisierung der wirtschafts- und rechtspolitischen Zielsetzung ausbleibt. Was bei Böhm und Eucken an Planungskonzepten für Wettbewerbswirtschaft notwendig erscheinen könnte³⁴, wird hier wieder der Selbstregulierung unter Verwendung der Entdeckungen des »Verfahrens« Wettbewerb überlassen, also die »Marktkonformität« der wirtschafts- und rechtspolitischen Interventionen an die Informationen des Wettbewerbssystems selbst rückgekoppelt und so der Zieldiskussion weitgehend entzogen. Das Prinzip von Ökonomie gegenüber der Politik, im Ansatz bei Böhm und Eucken scheinbar umgekehrt, wird erneut bestätigt, mit der konsequenten Tendenz einer Identifizierung von Privat-/Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, deren Dreh- und Angelpunkt »Wettbewerbspolitik« sein soll. Das Dilemma der Böhm/Eucken'schen Position, einerseits Planungskonzepte für marktwirtschaftliche Systeme zu postulieren, andererseits ihre politische Verwendung gegen eben diese Planungselemente, ist bei Hoppmann deutlich ausgeräumt. Wettbewerb legitimiert seine Ziele und Ergebnisse in »Verfahren«.

Die Leistung dieser Verbindung von ökonomischer und Rechtstheorie im Bereich von Privatrecht und Wirtschaftsrecht besteht in der grundsätzlichen Legitimation traditionell privatrechtlicher Konzepte³⁵, Randkorrekturen nicht ausgeschlossen, und der Kompetenzerhaltung für bestimmte Steuerungseliten, insbesondere den Rechtsstab³⁶, denen aber Entscheidungskriterien nicht mitgeliefert werden, deutlich im Bereich Konsumentenschutz und im gesamten Wettbewerbsbereich³⁷.

³⁰ Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: *Freiburger Studien, Gesammelte Aufsätze*, Tübingen 1969, 249 ff.

³¹ Fusionskontrolle, Tübingen 1972; Soziale Marktwirtschaft oder Konstruktivistischer Interventionismus? Zur Frage der Verfassungskonformität der wirtschaftspolitischen Konzeption einer »Neuen Wirtschaftspolitik«, in: E. Tuchfeld (Hrsg.), *Soziale Marktwirtschaft im Wandel*, Freiburg 1973, 27 ff.

³² Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung, ZHR 137 (1973), 97 ff.

³³ Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, unveränderter Neudruck der Ausgabe v. 1935, Bad Homburg v. d. H. 1961; Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben – Festschrift Deutscher Juristentag 1860–1960*, Karlsruhe 1960, Bd. I, 101 ff., Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1 ff.; Abweichungen von diesen Positionen in: *Die Zukunft des Privatrechts*, Heft 43 der Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V., Berlin/New York, 1971, in der die Notwendigkeit der Kontrolle von Privatrechtsverhältnissen vom Grad öffentlicher Berührung abhängig wird; sämtliche Veröffentlichungen sind zudem durch die Bezugnahme auf eine spezielle Berufsethik charakterisiert, was die obige Einordnung differenziert.

³⁴ Hoppmann, Soziale Marktwirtschaft oder konstruktivistischer Interventionismus? a. a. O., 28 ff.

³⁵ Vgl. etwa das treffende Beispiel der Teerfarbenentscheidung des BGH, in der der klassisch privatrechtliche Vertragstypus ins GWB übersetzt gerade der Einschränkung von Kontrolle, dient; dazu Wiethölter, Wirtschaftsrecht, a. a. O., 533.

³⁶ Wiethölter, Wirtschaftsrecht, a. a. O., 537.

³⁷ Vgl. etwa die Verfahren des BKA gegen Mineralölkonzerne, deren Chancen nicht in der Entscheidungssanktion nach verbindlichen und berechenbaren Entscheidungskriterien bestehen, sondern von der Möglichkeit der Mobilisierung öffentlichen Veränderungspotentials, also von der Atmosphäre, innerhalb deren der Widerspruch gegen eine weitgehend unkontrollierte und unkontrollier-

Böhm und Eucken formulieren sog. Kampfregeln, also Prozeßbedingungen für ökonomische Handlungsabläufe in ihrer Marktformenlehre, auf die Ämter und Gerichte festgelegt werden, aber keine sog. Friedensregeln, die in pathologischen Vertragssituationen die Zuteilung von Chancen und Gewinnen erlauben. Ähnlich fehlen solche »Friedensregeln« notwendig bei Hoppmann, der auf das »Entdeckungsverfahren« Rechtssprechung zurückgreift.³⁸ Die Konsequenz dieser Situation zeigt sich in der Verwendung der neoliberalen Theorieelemente in der Rechtswissenschaft: sie ermöglicht auf der Legitimationsebene die Absicherung des *status quo*, was gleichbedeutend ist mit der rechtlichen Bestätigung ökonomischer Machtpositionen, und verlängert so die ursprünglichen Machtverteilungen der bürgerlichen Privatrechtsgesellschaft. Die aufgrund des sozialen Wandels notwendige Aufgabe der Beteiligung der Rechtswissenschaft und der Rechtspraxis an der Durchsetzung sozialer Teilhabe stellt sich kaum mehr. Die Materialisierungsansätze im Bereich des Privatrechts von L. Raiser und F. Wieacker (von denen Raiser sich mehr einer politischen Position von Privatrecht nähert) bleiben relativ unbeachtet. Sie scheitern nicht zuletzt an einer Juristensozialisation, die auf die formale Subsumtion im Parteiverfahren mit apolitischem, neutralem Selbstverständnis der Rechtsanwender angelegt ist³⁹, und der damit verbundenen Einäugigkeit gegenüber sich dahinter durchsetzenden Interessen.⁴⁰

Hier komme ich zurück zur Ausgangsthese: in der Form des klassischen Privatrechts werden faktisch politische Problemverwaltungen vollzogen, deren Entscheidungskriterien (auch nicht an veränderten Zurechnungsformen) nicht offengelegt werden. Legitimationsmuster für diese Verschleierung sind in der Übernahme von neoliberalen Theorieelementen gegeben. Die Entscheidung für ein Sozialstaatskonzept, das Privatrecht der Verfassung vorlagert⁴¹, ist damit gefallen. In der Tendenz bedeutet dies die Festlegung auf eine Interpretation des demokratischen und sozialen Rechtsstaats des GG, bei der die scheinbare Dichotomie von Rechts- und Sozialstaat zugunsten des ersteren aufgelöst wird.⁴² Die Entsprechung von neoliberaler Theorie und rechtsstaatlich aufgelösten Sozialstaatsansätzen wird deutlich.⁴³ Alternative Sozialstaatsinterpretationen werden von diesem Privatrechtsverständnis her abgewiesen. Eine Kritik,

bare »aufgeklärte Marktwirtschaft« sich steigert, abhängen. Die Vorstellung vom BKA als eines funktionierenden »Preiskommissars« ist in der Tat irreal.

³⁸ Dazu ausführlich meine Dissertation, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem, Kapitel VI, VII, IX – der Versuch, solche Entscheidungskriterien der Rechtssprechung zu entnehmen, scheitert – pragmatische Einschätzung von Einzelsituationen beherrschen das Feld; Zieldiskussion und Folgendiskussion fehlen regelmäßig.

³⁹ Schänze, Anspruch, a. a. O., 28; siehe dazu auch Mückenberger, Legitimation durch Realitätsverleugnung KJ 1971, 248.

⁴⁰ Wenn die Rechtssprechung des BGH im Bereich Konsumentenschutz trotzdem relativ fortschrittliche Entscheidungen gefällt hat, so zeigt dies einerseits die Fungibilität der verwandten dogmatischen Sätze, ihre Instrumentierbarkeit, andererseits aber sicherlich auch die persönliche Betroffenheit der Urteilenden, die hier in den Ergebnissen durchschlägt. Anzeichen für eine solche Hypothese liegen in der stereotypen Rechtsprechungsformel vom »verständigen und redlichen Vertragspartner« oder den »Kundenerwartungen«, in denen sich der »individuelle Richtergeist« dogmatisiert ankündigt.

⁴¹ So ausdrücklich Mestmäcker, Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, DB 1968, 787 ff. (I), 788; 835 ff. (II).

⁴² Stellvertretend für diese Position: Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft – Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, München/Darmstadt 1971; Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt, 1968, 165 ff.; W. Weber, Spannungen und Kräfte im Westdeutschen Verfassungssystem, 3. Auflage Berlin 1970, besonders: Die Verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, 249 ff.

⁴³ Siehe Hoppmann, Soziale Marktwirtschaft oder konstruktivistischer Interventionismus? a. a. O., 41 ff., 59 ff., besonders 63 ff.

die gerade auf die politisch-sozialstaatlichen Regelungsfunktionen von Privatrecht verweist⁴⁴, hat sich mit einer solchen, im Privatrecht herrschenden Identifizierung mit neoliberalen Ansätzen auseinanderzusetzen und alternative Interpretationen einer sozialstaatlichen Anleitung eines notwendig politisch verstandenen Privatrechts zu formulieren, die sich von einer Verbindung mit einem selbstregulativ gesetzten Markt- und Wettbewerbssystem freimacht. Das bedeutet in Bereichen wie Verbraucherschutz aber auch den Verzicht auf das traditionelle Vertragskonzept, das, wie ausgeführt, als Handlungsmodell nur noch den Anknüpfungspunkt für veränderte Zurechnungen abgibt. Zur Debatte steht insgesamt das Verhältnis von politischem und ökonomischem System, die Frage also, wieweit das Steuerungspotential des politischen Systems gegenüber dem ökonomischen zugenommen hat, also das ökonomische System in den Verfügungsbereich staatlicher Interventionen gelangt ist.

IV.

Gegenüber den oben gekennzeichneten Interpretationen, die entweder vom Privatrecht oder vom öffentlichen Recht her, beide aber über die Verbindung von Rechtsstaat und Wirtschaftssystem argumentieren, sind die Sozialstaatsansätze in ihren Konsequenzen für Privatrecht zu diskutieren, die entweder nach historischer Analyse gegen den Faschismus und seine kapitalistischen Bedingungen gewendet, oder als Entsprechung hochindustrialisierter Gesellschaften unterschiedlich die Zunahme staatlicher Steuerungskapazität postulieren oder feststellen.

Recht wird für Badura⁴⁵ zum Instrument staatlicher Sozialgestaltung, die sich an sozialer Gerechtigkeit orientierend in den Bereichen Sozial-, Wirtschafts- und Bildungspolitik als wohlfahrtsstaatliche Vergesellschaftung von privater Autonomie versteht und im wirtschaftspolitischen Bereich auf Wachstumspolitik festgelegt ist, um ihre sozial- und wirtschaftspolitischen Funktionen erfüllen zu können.⁴⁶ Der Primat des Mikro-(Wettbewerbs-)bereichs gegenüber makroökonomischer Beeinflussung ist aufgelöst, damit die Ablösung von Wettbewerb als einem der Grundpfeiler des Privatrechtssystems zwar angedeutet und zum Teil kritisiert, aber noch nicht an Zielkonzepte, auf die hin Wettbewerb zu instrumentieren wäre, gebunden.⁴⁷ Kennzeichnend für diesen Interpretationsansatz ist die veränderte Funktion von Grundrechten nicht mehr als Freiheitsrechte auf staatliche Ausgrenzung gerichtet, damit unmittelbar auf die Bedürfnisse von Eigentümermarktgemeinschaft ausgerichtet, sondern als demokratische Teilhaberechte auf die rechtliche Verbürgung von Einflusschancen auch im Bereich des ehemals selbstregulativen Gesellschaftsbereichs, deren Durchsetzung staatlichem Han-

⁴⁴ So Reich, Tonner, Rechtstheoretische und rechtspolitische Überlegungen zum Problem der allgemeinen Geschäftsbedingungen in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Tübingen 1973, 213 ff., 233, 244 f. Der Aufsatz von Reich, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz ZRP 1974, 187 lag bei Fertigstellung des Manuskripts noch nicht vor.

⁴⁵ Badura steht stellvertretend für die letztgenannte Richtung (Annäherung an Keyneschen Interventionismus); vgl. Denninger, Sozialstaat, a. a. O., 429 f.; dessen E. R. Huber-Einordnung ich nicht teile, da dort die ökonomischen Bedingungen einer so verstandenen Sozialstaatsinterpretation nicht konsequent diskutiert werden. Huber bleibt einem neoliberalen Ansatz wohl verpflichtet, vgl. E. R. Huber, Selbstverwaltung der Wirtschaft, Stuttgart 1958, besonders 19 ff., 32 ff., 60 ff., und Grundgesetz und vertikale Preisbindung, Stuttgart 1968, besonders 20 ff., 25 ff.

⁴⁶ Badura, Auftrag von Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968, 446 ff.

⁴⁷ Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. Ein exemplarischer Leitfaden, Frankfurt/M. 1971, bes. 67 ff., 68.

deln aufgegeben ist. Das bedeutet auch eine Verlagerung von Vertrag zu politischem *Gesetz* oder »gesetzgebender« *Rechtsprechung* im Bereich von Privatrecht, und dem Ziel der Ermöglichung von Autonomie durch erst zu schaffende Beteiligungspositionen.⁴⁸

Am deutlichsten werden solche Rematerialisierungen bürgerlichen Formalrechts an Habermas' Sozialstaatsinterpretationen, die unmittelbar an den Ansprüchen bürgerlicher Gesellschaftstheorie anknüpfen.⁴⁹ Sozialstaat steht für den Primat des Politischen, in dem sich die Dichotomie von Staat und Gesellschaft auflöst, politische Beteiligung zum Prinzip der gesellschaftlichen Organisation werden muß.⁵⁰ Das klassische Privatrechtssystem löst sich zusammen mit der von ihm geschützten bürgerlichen Gesellschaft, als einer vom Staat getrennten, auf.⁵¹ Privatrecht geht tendenziell in *Sozialrecht* auf, und zwar in dem Maße, in dem die bürgerliche Gesellschaft staatlicher Eingriffe bedarf.⁵² Die Problematik solcher Sozialstaatsinterpretationen zeigt sich bei Abendroth⁵³, dessen Konzeption, gebunden an die Arbeiter- und Gewerkschaftsbewegung als sozialem Substrat, in der gesamten Privatrechtsdiskussion weitgehend tabuisiert werden konnte.⁵⁴

Kennzeichnend für die Habermas/Abendrothschen Ansätze ist die konsequente Aufhebung der Verbindung von Privatrechtssystem und klassischer oder neoliberaler marktwirtschaftlicher Theorie und damit die Zerstörung der Legitimationsmuster der traditionellen Privatrechtskategorien. Die Verbindung von Marktwirtschafts- und Privatrechtsgesellschaft in der herrschenden Privatrechtsdoktrin, die zwar in der traditionellen Formenwelt politische Verwaltung betreibt, aber deren Verschleierung ermöglicht, damit der offenen Zieldiskussion entzieht, und so einerseits die Wirklichkeit legitimiert, wann und wo sie »paßt« und andererseits sie ablehnt, wenn und wo sie nicht »paßt«,⁵⁵ liefert das gewandelte Privatrecht der Pragmatik der im Juristenstand herrschenden Konsense aus.

An den alternativen Sozialstaatsansätzen wird erst die Problemverlagerung im Privatrechtswandel deutlich, nämlich die von der Sphäre des Tauschs (Vertrag) in die Sphäre der Entscheidung (politisches Gesetz und Rechtssprechung), die der zusätzlichen Legitimation bedarf.⁵⁶ Die Chancen eines gewandelten »Privatrechts liegen dann in der notwendigen Offenlegung seiner Parteinaahme zugunsten derer, deren Beherrschung und nicht Autonomie sich in den traditionell privatrechtlichen Formen spiegelt.

⁴⁸ Zum Problem der Verbindung von Wachstumspolitik und Sozialstaat/soziale Gerechtigkeit vgl. Glastetter, Wachstumskonzeption und politische Ökonomie, Köln 1971, 47 ff., 63 ff., 86 und meine Arbeit, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem, 123 f. mit weiteren Nachweisen.

⁴⁹ Habermas, Friedeburg, Oehler, Weltz, Über den Begriff der politischen Beteiligung, Einleitung zu Student und Politik, Neuwied/Berlin 2. Auflage 1967, 11 ff.; vgl. auch Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Frankfurt/M. 1973, 36 ff.

⁵⁰ Habermas sieht sehr wohl die Ambivalenz von Anspruch und Einlösung: »Die liberale Rechtsnorm, . . . , ist in der gegenwärtigen Phase hochgradiger Interdependenz aller gesellschaftlichen Sektoren nicht nur durchlässig geworden für sozialstaatliche Interventionen; unter ihrem Schutz gelingt auch umgekehrt die Einflußnahme organisierter Privainteressen auf die Staatsorgane.« (24)

⁵¹ A. a. O., 22.

⁵² A. a. O., 22 f.

⁵³ Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der BRD, in: Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie, Neuwied/Berlin 1967, 109 ff.

⁵⁴ Vgl. dazu Perels, Legalität und sozialistische Strategie, Zur Verfassungstheoretischen Position Wolfgang Abendroths, KJ 1974, 147 ff. auf dessen Beitrag verwiesen wird.

⁵⁵ Wiethölter, Wirtschaftsrecht, a. a. O., 538.

⁵⁶ Vgl. dazu Offe, Tauschverhältnis und politische Steuerung, Zur Aktualität des Legitimationsproblems in: Strukturprobleme des kapitalistischen Staates, Frankfurt/M. 1972, 27 ff., 48.