

# Ulrich Mückenberger

## Legitimation durch Realitätsverleugnung

Am Beispiel Privatautonomie

Wie läßt sich der konservativen Sozialisation von Jurastudenten, ihrer Immunisierung gegen bewußte gesellschaftliche Veränderung, im Sinne einer Politisierung entgegenarbeiten? Der folgende Beitrag ist ein erster Schritt zur Beantwortung dieser Frage. Er beschäftigt sich mit den vorfindlichen Elementen dieser konservativen Sozialisation. Im Mittelpunkt steht das Bild des Wirtschaftsprozesses und der Rolle des Privatrechts darin, so wie es Jurastudenten in der prägenden Anfangsphase ihres Studiums nahegelegt wird. Wirtschaft wird als im großen und ganzen funktionierende Marktwirtschaft, Privatrecht als den Wirtschaftsprozess im Sinne des Allgemeininteresses regelnder Bestimmungsfaktor vorgestellt. Das ist weitgehend bekannt. Deshalb gilt das Interesse – wie aus dem Titel hervorgeht – vor allem den methodischen und argumentativen Mitteln, mit deren Hilfe dieses Bild gegen die geschichtliche Entwicklung und die gesellschaftliche Realität des monopolkapitalistischen Systems (vgl. Einleitung) abgeschirmt wird. Der Beitrag resümiert die von progressiven Juristen geführten Diskussionen und stellt sie zu einem Argumentationsmodell zusammen, das in der Tutorenarbeit mit Studienanfängern, in der Vorlesungs- und Übungskritik u. ä. zur Problematisierung und Kritik herkömmlicher Indoktrination verwandt werden kann.

Daß vor allem konventionelle Lehrbücher des allgemeinen Privatrechts untersucht werden, liegt an deren besonderer Bedeutung für die Sozialisation der Jurastudenten. Privatautonomie steht exemplarisch für das allgemeine Privatrecht. Sie gilt als Zentrum der Privatrechtsordnung, sie wird als umfassende Freiheit jedes einzelnen verstanden und gibt damit die entscheidende Legitimationsgrundlage dieser Privatrechtsordnung ab (vgl. Einleitung). Um eine zusammenhängende Argumentation zu ermöglichen, ist eine – wenigstens schwerpunktmäßige – Konzentration auf einen Autor erforderlich. Das Lehrbuch von Flume wurde ausgewählt, weil es die herkömmlichen Argumentationsmuster auf knappstem Raum zusammenfaßt. Wer die Auswahl für willkürlich hält (etwa weil er Flume für konservativer oder »unsozialer« als andere Autoren hält), möge die Repräsentanz der Auseinandersetzung mit Flume an anderen Autoren überprüfen. Das entspräche ohnehin der mit diesem Beitrag verfolgten Absicht, zu ähnlichen Arbeitsvorhaben zu motivieren.

Die Analyse läßt sich den Gegenstand (nicht allerdings die Methode) der Argumentation von der konventionellen Privatrechtsliteratur vorgeben und bedient sich in der Hauptsache immanenter Kritik. Die Kritik des bei Flume dargestellten liberalen Vertragsmodells z. B. bleibt Kritik des dem Kapitalismus der freien Konkurrenz entsprechenden Vertragsmodells und berücksichtigt nur am Rande, daß dieses *liberale* Vertragsmodell *unter monopolkapitalistischen Bedingungen* postuliert wird, die ihm weitgehend seine materielle Grundlage entzogen haben.

Das macht deutlich, daß weitere Untersuchungen zum Gegenstand haben müssen: den soziologischen Ort der mittelständisch-neoliberalen Wirtschafts- und Rechtsvorstellung; ihre Funktion im monopolkapitalistischen System; die technokratischen Versuche zu ihrer Modernisierung bei avancierteren Autoren; die Denkstrukturen, auf die sie bei Juraanfängern trifft, und die Auswirkung, die sie auf deren Sozialisation hat. Erst wenn dies geleistet ist, lassen sich Alternativstrategien entwickeln, die – weil sie in einem ökonomischen Gesamtzusammenhang stehen – den Fehler blindwütigen Reformeifers vermeiden: nichts als modernistische Anpassungsstrategien zu betreiben.

## I. MARKTWIRTSCHAFT ALS GESAMTORDNUNG

»Beim Verkehr mit Gütern und Leistungen stehen sich im allgemeinen wirtschaftlich ungleich starke Partner gegenüber. Dadurch allein wird aber die Macht der Selbstbestimmung nicht beeinträchtigt, wenn nur kraft der auf dem Prinzip der Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung die wirtschaftliche Macht des an sich Stärkeren durch den Markt aufgehoben wird. Verkäufer und Käufer müssen dann, ganz gleich, welche wirtschaftliche Macht sie haben, in jedem Einzelfall mit dem Markt, der sich aus der Unzahl privatautonomer Entscheidungen ergibt, in Wettbewerb treten, um jeweils den Partner für den Abschluß des Vertrages in Selbstbestimmung zu gewinnen. Die Eigenart der Rechtsordnung der Privatautonomie besteht darin, daß durch jedes privatautonome Verkehrsgeschäft die Ordnung der Privatautonomie erneut integriert wird. Jeder Vertrag über Güter und Leistungen ist als Vereinbarung in Selbstbestimmung nur möglich, wenn allgemein grundsätzlich der Verkehr von Gütern und Leistungen in Selbstbestimmung erfolgt, und er trägt zu seinem Teil dazu bei, daß auch andere in Selbstbestimmung den Austausch von Gütern und Leistungen vereinbaren können. Durch Wettbewerbsbeschränkungen und Monopole wird deshalb nicht nur die Selbstbestimmung für die durch sie bestimmten Geschäfte aufgehoben, sondern die Gesamtordnung hinsichtlich des Verkehrs mit Gütern und Leistungen als eine Ordnung auf der Grundlage der Privatautonomie berührt.« (Flume S. 10 f.).\*

Ersetzt man die juristischen Begriffe »Ordnung der Privatautonomie« und »Vertrag« durch die ökonomischen »freie Marktwirtschaft« und »Warentausch«, so ergibt sich eine Darstellung des Wirtschaftsablaufes, die der liberalen Theorie vom Konkurrenzkapitalismus entspricht. Was Flume beschreibt, ist nicht Postulat, sondern erhebt Anspruch auf empirische Richtigkeit. Dennoch geht Flume nicht induktiv, sondern deduktiv vor: aus dem Prinzip der Privatautonomie, das er vorher bereits eingeführt hat, konstruiert er eine stets erneut sich integrierende Gesamtordnung. Ob diese Gesamtordnung der Realität entspricht und ob sie die Realität voll erfaßt, ist Flume unproblematisch. Für ihn ist Realität, was aus dem Prinzip der Privatautonomie folgt. Von dem beiläufigen Hinweis auf Monopole und Wettbewerbsbeschränkungen abgesehen, deutet er an keiner Stelle an, daß eine Kontrolle seiner Gesamtordnung an der Realität nötig und wie sie möglich sei.

Nur der »Markt« fällt in sein Blickfeld. Dieser ist – nimmt man Flume beim Wort – mit eigenen Kräften begabt: *er* hebt die Macht des an sich Stärkeren auf; mit *ihm* müssen die Anbieter, ganz gleich, welche wirtschaftliche Macht sie haben, in Wettbewerb treten. In der Vorstellung einer Selbständigkeit des Marktes sind die Voraussetzungen und Regelungsmechanismen eines funktionierenden

\* Literatur, die nicht nur beiläufig angeführt wird, wird im Text nach Verfasser und Seite zitiert. Die genauen Angaben sind am Schluß (S. 267, 268) zusammengestellt.

Konkurrenzkapitalismus derart zur Selbstverständlichkeit geworden, daß sie den Blick auf die monopolkapitalistische Marktstruktur verstellen; ist nur der »Markt« gegeben, dann braucht auf die Konkurrenten – ihre Zahl, Größe, Macht, Kooperation – nicht mehr gesehen zu werden. Der »Markt« ist Garant einer harmonisierenden Gesamtordnung. In dieser »Gesamtordnung« taucht der Versuch wieder auf, ökonomische Sonderinteressen und Allgemeininteresse in Einklang zu bringen, wie ihn vor 200 Jahren Adam Smith unternahm: »Jeder einzelne wird sich darum bemühen, sein Kapital so anzulegen, daß es den höchsten Wert erzielen kann. Im allgemeinen wird er weder darauf aus sein, das öffentliche Wohl zu fördern, noch wird er wissen, inwieweit er es fördert. Er interessiert sich lediglich für seine eigene Sicherheit und seinen eigenen Gewinn. Und dabei wird er von einer unsichtbaren Hand geleitet, ein Ziel zu fördern, das keineswegs in seiner Absicht gelegen hatte. Indem er seinen eigenen Interessen dient, fördert er das Wohl der Allgemeinheit oft auf weit wirksamere Weise, als wenn es in seiner wahren Absicht gelegen hätte, es zu fördern« (Der Reichtum der Nationen, 1776). Karl Marx charakterisiert das Konzept der bürgerlichen Gesellschaft kurz und präzise: »Das allgemeine Interesse ist eben die Allgemeinheit der selbstsüchtigen Interessen« (Grundrisse S. 156).

Auch Nipperdey leitet die Realität aus dem Prinzip ab:

»Der Mensch des Grundgesetzes ist jedoch nicht das schrankenlose Individuum des klassischen Liberalismus, sondern er ist gebunden durch die Rechte anderer, das Sittengesetz und die verfassungsmäßige Ordnung, zu deren wichtigsten Bestandteilen das Sozialstaatsprinzip gehört, ...« (S. 87 f.).

Zur Absage an den Liberalismus und zum Bekenntnis zur »Sozialen Marktwirtschaft« führt ihn nicht ein realer geschichtlicher Prozeß, sondern die durch das Grundgesetz veränderte Normenlage. Tatsächlich stellt Nipperdey den realen Wirtschaftsablauf kaum anders dar als Flume:

»Diese Wirtschaftsverfassung beruht auf der Erkenntnis der Richtigkeit des freien Wettbewerbsprinzips in der arbeitsteiligen Wirtschaft und auf der Einsicht in die Dynamik der die Wohlfahrt aller mehrenden freiheitlichen Ordnungsgrundsätze für das Leben der Nation und der Völker« (S. 88 f.).

Daraus folgt:

»Grundsätzlich soll der Staat sich ... aus dem Wirtschaftsleben heraushalten und nur den von den Parteien geschlossenen Verträgen seinen Rechtsschutz gewähren« (S. 89).

Daß es bei Juristen durchaus keine Selbstverständlichkeit ist, den Vertrag als realen Tatbestand aufzufassen und ihn in einer empirischen Gesamtordnung einzuordnen, zeigt ein Blick in das führende Schuldrechtslehrbuch von Larenz:

»Der einzelne vermag als Persönlichkeit nur dann in der Gemeinschaft mit anderen zu existieren, wenn er sich von ihnen nicht nur in seiner besonderen Persönlichkeits- und Eigentumssphäre anerkannt sieht, sondern darüber hinaus grundsätzlich seine persönlichen Angelegenheiten selbst zu regeln vermag. Das Mittel hierzu ist, sofern dadurch zugleich ein anderer berührt wird, der zwischen beiden frei vereinbarte und von jedem von ihnen als rechtsverbindlich anerkannte Vertrag« (S. 45).

Die Sätze beruhen nicht auf einer Realitätsbehauptung, sondern auf dem Postulat: die Persönlichkeitsidee fordere den Vertrag als Mittel zur Selbstverwirklichung. Behauptet und als selbstverständlich vorausgesetzt wird jedoch, daß der einzelne – ist nur der Vertrag als Institut gegeben – »grundsätzlich seine persönlichen Angelegenheiten selbst zu regeln vermag«.

Was für Larenz evident ist: daß jeder sein eigener Herr und der Vertrag das

Mittel sei, sich anderen zu verbinden, fügt sich in die Vorstellung von freier Konkurrenz und freiem Warentausch unter der Herrschaft des »Marktes« ein, wie sie schon bei Flume und Nipperdey vorgefunden wurde.

## II. MARKTMODELL ALS GESELLSCHAFTSMODELL

»... immer noch ist die Privatautonomie das wesentlichste Strukturelement unserer Rechtsordnung« (Flume S. 16).

Nur die *Zirkulationssphäre* – der Bereich des *Warenverkehrs* – fällt ins Blickfeld des Privatrechters. Dabei steht der *Vertrag* als rechtliche Form des Warentausches im Mittelpunkt. Wenn von Eigentum überhaupt die Rede ist, dann wird es nicht als Kapital, Erwerbsvermögen, sondern von seiner Funktion im Zirkulationsprozeß her bestimmt: als Gegenstand der Verfügung. Larenz z. B. lehnt seinen Eigentumsbegriff an ein – vorkapitalistischer Warenproduktion entsprechendes – Zirkulationsmodell an, wenn er schreibt:

»Eigentum ohne die Möglichkeit, darüber durch Veräußerung oder Belastung zu verfügen, wäre nicht viel mehr als eine Dauerleihe« (AT S. 91).

Die Beschränkung auf die Zirkulationssphäre bietet sich dem Privatrechtler an, da Privatrecht wesentlich Verkehrs- oder Vertragsrecht ist. Über dieser Beschränkung gerät jedoch die funktionale Abhängigkeit der Zirkulations- von der Produktionssphäre (dazu später) in Vergessenheit. Das Zirkulationsmodell wird verselbständigt, und die in ihm vorgefundenen Prinzipien werden zur Grundlage der Gesellschaftsordnung überhaupt erklärt. Deshalb gilt das Maß an Freiheit, das in der Zirkulation besteht (Privatautonomie), als Maß gesellschaftlicher Freiheit überhaupt, und wird die Aufrechterhaltung der Privatautonomie als Aufrechterhaltung von Freiheit schlechthin ausgegeben. Max Weber ist dieser Gleichsetzung mit guten Gründen entgegengetreten: »Die relative Zurückdrängung des durch Gebots- und Verbotsnormen angedrohten Zwanges durch steigende Bedeutung der ›Vertragsfreiheit‹, speziell der Ermächtigungssätze, welche alles der ›freien‹ Vereinbarung überlassen, ist formell gewiß eine Verminderung des Zwangs. Aber offenbar lediglich zugunsten derjenigen, welche von jenen Ermächtigungen Gebrauch zu machen, ökonomisch in der Lage sind. Inwieweit dadurch materiell das Gesamtquantum von ›Freiheit‹ innerhalb einer gegebenen Rechtsgemeinschaft vermehrt wird, ist aber durchaus eine Frage der konkreten Wirtschaftsordnung und speziell der Art der Besitzverteilung, jedenfalls aber ist es nicht aus dem Inhalt des Rechts abzulesen« (S. 204 ff., hier S. 206).

Die Erhebung des Marktmodells zum Gesellschaftsmodell und die Verleugnung der Produktionssphäre hat ideologische Funktion. Sie erzeugt den Schein, als werde die Vergesellschaftung der Individuen in der bürgerlichen Gesellschaft ausschließlich über den Vertrag vermittelt. Nicht umsonst ist bürgerliche Staats- und Rechtstheorie im Ausgangspunkt Vertragstheorie (dazu Max Weber S. 319 ff.); denn im Vertrag scheint die gesellschaftliche Vermittlung sich frei von jeglicher Herrschaft zu vollziehen (»Freiwillige Transaktion; Gewalt von keiner Seite; Setzen seiner als Mittel, oder als dienend, nur als Mittel, um sich als Selbstzweck, als das Herrschende und Übergreifende zu setzen;...«, Marx, Grundrisse S. 156). Ausbeutung findet in der Produktions-, nicht in der Zirkulationssphäre statt. In der Zirkulation treten sich gleiche und freie Individuen gegenüber und tauschen in Freiheit Äquivalente aus (vgl. Marx, Grundrisse S. 153 ff. und 911 ff., Kapital I S. 189 f.). Privateigentum erscheint auf dem Markt nicht als Kapital, als

sich verwertender Wert, sondern als Ware, d. h. als Wert, der sich in Freiheit gegen seinesgleichen austauscht. Das Arbeitsvermögen erscheint auf dem Markt nicht als Objekt der Ausbeutung, sondern als Ware Arbeitskraft, die sich gleichfalls frei nach ihrem Wert austauscht. Betrachtet man also die Zirkulation für sich, so scheint es kein Kapitalverhältnis und keinen Klassengegensatz zu geben. Sie ist daher »der Ursprung der bürgerlichen Freiheitsillusionen« (Müller/Neusüß S. 42).

Übersehen wird bei alledem, daß die kapitalistische Produktion in die Zirkulationssphäre hineinreicht: der Kapitalist tritt als Besitzer, der Arbeiter als Nichtbesitzer von Produktionsmitteln auf den Markt (vgl. Marx, Kapital II S. 36 f.); und nur weil er von den Produktionsmitteln getrennt ist, muß sich der Arbeiter auf einen Handel einlassen, der dem Kapitalisten mehr Wert einbringt, als ihn der Arbeitslohn kostet. Nicht nur darüber täuscht die Zirkulationsillusion hinweg: sie entzieht die Produktionssphäre und mit ihr das Privateigentum der Diskussion und gibt ihr damit den Status einer selbstverständlichen Naturkonstante. Geradezu beispielhaft dafür ist das letzte Flume-Zitat, in dem er die *Privatautonomie* als Zentrum der Rechtsordnung bezeichnet, das *Privateigentum* aber stillschweigend übergeht.

Einige »progressive« Privatrechtler (vgl. dazu meine Rezension des Buches von Manfred Wolf) sind gegenwärtig um Stärkung der Privatautonomie bemüht. Auch sie sitzen der Zirkulationsillusion auf. Charakteristisch für ihre Versuche ist, daß die Vorschläge für eine Verfeinerung und Korrektur des *Vertragsschlusses* – also des Verfahrens beim Zirkulationsakt – machen, während sie gegenüber dem *Vertragsinhalt*, vor allem dem Preis, größte Zurückhaltung üben (vgl. dazu zutreffend Raiser S. 130). Monopolisierung vollzieht sich in der Produktionssphäre, und diese erzeugt die ihr adäquaten Zirkulationsbedingungen. Die Versuche, den als unangenehm empfundenen Folgen der Monopolisierung durch eine Korrektur der Zirkulationsbedingungen entgegenzuwirken, müssen scheitern. Entweder sie verfehlen den Kern des Problems, indem sie sich bei vertraglichen Nebenabreden aufhalten, die eigentliche Preisbestimmung aber ausklammern (vgl. Wolf). Oder sie unterliegen der Illusion, die Bewegungsgesetze des Kapitals ließen sich durch eine Verbesserung der Zirkulationsbedingungen außer Kraft setzen – wie etwa die Forderung von Thilo Ramm (Einführung in das Privatrecht/Allgemeiner Teil des BGB Bd. II. 1970. S. 487), bei fehlendem Wettbewerb habe der Staat »die Gestaltung dieses Lebensbereichs selbst vorzunehmen und dabei das *liberale* Prinzip minimaler Gewinnerzielung bis zum Gewinnverzicht (!) fortzuentwickeln« (vgl. dazu schon die Rezension von Witzel und Hase in KJ 1/70).

Daß der Zirkulation große Bedeutung für juristische Ideologiebildung zukommt, dürfte aus diesen kurzen Bemerkungen und der folgenden Analyse hervorgehen. Im übrigen möge ein allgemeiner Hinweis auf den ausgezeichneten Aufsatz von Wolfgang Müller und Christel Neusüß genügen, die dieses Problem im Hinblick auf das Sozialstaatspostulat beleuchten.

### III. VERRECHTLICHUNG: DARSTELLUNG ÖKONOMISCHER VORGÄNGE ALS JURISTISCHE

In den angeführten Zitaten wurden ökonomische Vorgänge nicht als *ökonomische*, sondern als *juristische* vorgestellt und beschrieben. Warentausch und Konkurrenzkapitalismus wurden als »Privatautonomie«, »Vertrag« und »Ordnung

der Privatautonomie«, »Wirtschaftsverfassung der Marktwirtschaft« umschrieben. Die Begriffe erlangen durch diese Verrechtlichung eine gewisse Selbständigkeit gegenüber ihrer empirischen Unterlage. Sie lassen den gesellschaftlichen Funktionszusammenhang nicht mehr erkennen, aus dem heraus sie entstanden sind und innerhalb dessen sie bestehen (vgl. hierzu Marx/Engels, Deutsche Ideologie S. 310 ff., bes. S. 312, und S. 347; Engels, Feuerbach S. 302). Als »normative« Begriffe folgen sie der Übereinkunft unter Juristen, die ihrerseits nicht einfach Produkt gesellschaftlicher Prozesse, sondern Ausdruck des Rechtsbewußtseins ist. Das Rechtsbewußtsein ist zwar geschichtlicher Veränderung unterworfen. Aber es hat *seine* Geschichte, die sich von der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung abhebt:

»Das Prinzip der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit hat entgegen oft gegebenen Deutungen nichts mit dem Individualismus oder Liberalismus des 18. oder 19. Jahrhunderts zu tun. Es ist nur so, daß man sich seit dem 17. Jahrhundert der Privatautonomie als eines Wertes immer stärker bewußt wird, und vornehmlich das 19. Jahrhundert ist bestrebt, den Bereich der Privatautonomie auszudehnen« (Flume S. 15).

Die Behauptung: »immer noch ist die Privatautonomie das wesentlichste Strukturelement unserer Rechtsordnung« scheint sich – sind die Juristen darin übereingekommen – nicht widerlegen zu lassen. Ersetzt man wiederum die juristischen durch die entsprechenden ökonomischen Begriffe, so heißt es: »immer noch ist der freie Warentausch das wesentlichste Strukturelement unserer Wirtschaft«. Dieser Satz läßt sich widerlegen. Der Warentausch setzt voraus, daß Waren produziert werden. Es muß also Privatleute geben, die zum Zweck der Gewinnerzielung Güter für den Tausch produzieren. Das tun sie nicht selbst, sondern sie stellen Leute ein, die für sie arbeiten; außerdem müssen sie Rohstoffe, Maschinen usw. beschaffen. Dazu brauchen sie Kapital. Das aber setzt voraus, daß sie über privates Eigentum verfügen, das sie für sich arbeiten lassen können. Ohne Privateigentum gäbe es keine Warenproduktion, ohne Warenproduktion keinen Warentausch. Also kann man nicht den Warentausch als das wesentlichste Strukturelement unserer Wirtschaft bezeichnen und das Privateigentum stillschweigend übergehen. Vielmehr fordert das Privateigentum, soll es Gewinn bringen, freie Verfügbarkeit von Gütern und Arbeitskraft, mithin den freien Tauschverkehr.

Entsprechend stellt sich das Institut der Vertragsfreiheit als Konnex zum Institut des privaten Eigentums dar (vgl. Marx, Grundrisse S. 20; Renner S. 114 f.; Neumann S. 40; Fraenkel S. 30; Habermas S. 87). Sowohl in seiner Entstehung wie in seiner Funktion ist die Privatautonomie vom Privateigentum bestimmt. Nur wer sich solcher Abhängigkeit nicht bewußt ist, kann die Privatautonomie als wesentlichstes Strukturelement unserer Rechtsordnung bezeichnen. Und wo die Entwicklung des Privateigentums unabdingbar ist für eine rationale Erklärung für Entstehung und Veränderung der Privatautonomie, nimmt er zum Rechtsbewußtsein oder der Rechtsidee als einem metaphysischen Begründungersatz Zuflucht. Als Beispiel für die angebliche Geschichtsmächtigkeit der Rechtsidee möge das Flume-Zitat dienen, wonach das Wertbewußtsein seit dem 17. Jahrhundert und vollends »das 19. Jahrhundert« die Ausdehnung der Privatautonomie bewirkte.

Schon bei der Verrechtlichung ökonomischer Begriffe hat sich die Tendenz zur Verselbständigung einer juristischen Begriffswelt angedeutet. Sie findet in der Annahme einer Rechtsidee ihren konsequenten Abschluß. Werden die juristischen Begriffe aus der Quelle der Rechtsidee gespeist, so ist das Eigenleben der Juris-

prudenz als einer Normwissenschaft gesichert. Die Brücke zur empirischen Unterlage ist abgebrochen; juristische Autonomie wird freigesetzt. Die Produkte der Rechtsidee können zu Systemen verdichtet, ihre Grundlagen durch Deduktion konkretisiert und weiterentwickelt werden usw. – ungeachtet aller gesellschaftlichen Wirklichkeit.

Daß keiner der genannten Autoren diese Konsequenz zieht, daß jeder noch mit einem Seitenblick auf die Realität schaut und sich mit ihr zu arrangieren versucht, widerspricht dem nicht. Liegen in den Grundpositionen die Voraussetzungen für ein realitätsabgewandtes Eigenleben der Jurisprudenz, so läßt sich voraussehen, wie diese Autoren die Realität selbst sehen werden: sie werden die Realität nach dem Bilde ihres »Systems« formen; und wo sie sich als zu widerspenstig erweist, werden sie vor diesem »Realitätseinbruch« in ihr System hilflos und ohne Methode resignieren und sich in pragmatische Einzellösungen flüchten.

Privatautonomie ist untrennbar mit der Ausweitung der kapitalistischen Warenproduktion zur vorherrschenden Produktionsweise und der damit zusammenhängenden Herausbildung des Marktes als allgemeinen Umschlagplatzes für Waren sowie des Geldes als allgemeinen Zirkulationsmittels verbunden (vgl. dazu Max Weber § 2; Habermas § 10; Neumann unter III.; Friedmann Kap. 4; Seagle Kap. 17). Sie hat als Rechtsinstitut den Austausch von Ware gegen Geld zum Vorbild. Daneben gibt es andere Formen privatautonomen Handelns, einseitige Rechtsgeschäfte, unentgeltliche Verträge, familien- und erbrechtliche Verträge u. a. m.; diese machen jedoch kein wesentliches Merkmal des Begriffs der Privatautonomie aus und fallen gegenüber dem Austauschvertrag, dem »do, ut des«, weder historisch noch aktuell ins Gewicht. Man kann deshalb die Privatautonomie, das allgemeine Institut der Vertragsfreiheit und die Freiheit zum Abschluß von Austauschverträgen als ein und dasselbe ansehen: als die juristische Form für den ökonomischen Vorgang, Ware und Geld gegeneinander auszutauschen (worin Anhangsgeschäfte, Kredit- und Sicherungsgeschäfte, Gesellschaftsgründungen usw. natürlich einbegriffen sind).

In der allgemeinen Privatrechtsliteratur werden die Begriffe streng voneinander geschieden; lediglich Privatautonomie und allgemeine Vertragsfreiheit werden bisweilen gleichbedeutend gebraucht. Privatautonomie ist der Oberbegriff für ein- und mehrseitige Rechtsgeschäfte. Unter die mehrseitigen Rechtsgeschäfte fallen u. a. die Verträge, die sich ihrerseits in schuld-, sachen-, familien- und erbrechtliche Verträge unterteilen. Unter den schuldrechtlichen Verträgen erscheinen die einseitig verpflichtenden, die unvollkommen zweiseitig verpflichtenden und schließlich die gegenseitigen Verträge.

So gliedert beispielsweise Larenz die »Arten des Rechtsgeschäfts«:

»a) Einseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte; Verträge und Beschlüsse – b) Schuldrechtliche, sachenrechtliche, familien- und erbrechtliche Geschäfte – c) Verpflichtungs-, Verfügungs- und Erwerbsgeschäfte – d) Kausale und abstrakte Geschäfte; Zuwendungen – e) Entgeltliche und unentgeltlich Geschäfte« (AT S. XI).

Infolge der Systematisierung wird der unmittelbare Zusammenhang zwischen Privatautonomie und Austauschvertrag zerrissen. Der Austauschvertrag erscheint nur als einer von vielen Typen des Rechtsgeschäfts (vgl. schon Paschukanis S. 100). Was zunächst nur wie die klärende Systematisierung eines vorgegebenen Gegenstandes aussieht, erweist sich als massiver Eingriff in den Gegenstand:

Umfaßt nämlich Privatautonomie als Oberbegriff z. B. Testamentserrichtung, Schenkung, Adoptions-, Erbbaurechtsvertrag genauso wie Kauf- und Ar-

beitsvertrag (also ganz unterschiedliche Rechtsgeschäfte, die jeweils eine eigene Geschichte haben), so muß auf der einen Seite ein jeden konkreten Inhalts entleerter Begriff von Privatautonomie übrigbleiben:

»In den einzelnen Rechtsordnungen wird das Prinzip der Privatautonomie in verschiedenem Umfange verwirklicht. Auch in der geschichtlichen Entwicklung jeder Rechtsordnung hat der Grundsatz der Privatautonomie eine unterschiedliche Geltung« (Flume S. 1).

Die so verstandene Privatautonomie ist eine ideologische Abstraktion: das Produkt des Entwicklungsprozesses wird enthistorisiert, und die Bedingungen seiner Existenz werden für unabänderlich erklärt – ein Verfahren, das Marx den bürgerlichen Ökonomen mehrfach nachgewiesen hat (z. B. Kapital I S. 95 f.). Denn unter diese unbestimmte Abstraktion fällt schließlich alles, was jemals zwei Menschen ohne äußeren Zwang als verbindlich vereinbart haben und durchsetzen konnten – ungeachtet ihrer konkreten Stellung, der Bedeutung ihrer Vereinbarung in der Gesamtordnung usw. (Marx zeigte am Beispiel der Arbeit, »wie selbst die abstraktesten Kategorien, trotz ihrer Gültigkeit – eben wegen ihrer Abstraktion – für alle Epochen doch in der Bestimmtheit dieser Abstraktion selbst ebensowohl das Produkt historischer Verhältnisse sind und ihre Vollgültigkeit nur für und innerhalb dieser Verhältnisse besitzen«, Grundrisse S. 25). – Übrig bleibt auf der anderen Seite eine Vielzahl von Rechtsgeschäftstypen, unter ihnen der Austauschvertrag, die – weil sie formal unter den Begriff der Privatautonomie subsumiert werden – dessen Eigenschaften teilen: geschichtslos, »ewig« zu sein. Der Austauschvertrag ist damit gleichfalls seiner spezifischen historischen und gesellschaftlichen Qualität entkleidet und erscheint als Produkt der sich entfaltenden Privatautonomie.

Der geschichtsblinde Privatrechtler greift einen Tatbestand – Privatautonomie – auf, verfehlt, was an ihr wesentlich ist – die unmittelbare Beziehung zu Warenproduktion und -tausch –, abstrahiert eben dieses Wesentliche hinweg, bis nur noch eine formale Hülle – freie Vereinbarung mit Durchsetzungsmöglichkeit – übrigbleibt, stülpt diese Hülle anderen Zeiten und Gesellschaften – ungeachtet ihrer Charakteristika – über und findet, daß es dort dieses Gebilde auch schon gegeben hat. Da er aber diese Hülle für die Sache selbst hält, kommt er zu dem Schluß: so wie es ist, ist es schon immer und überall gewesen (und wird es wohl auch immer sein). Historische Entwicklung ist ihm nur noch eine Frage des Maßstabs, des Mehr oder Weniger, des »verschiedenen Umfangs«, der »unterschiedlichen Geltung«. Nach vermeintlichen Ordnungsgesichtspunkten entscheidet die juristische Systematik Sachprobleme und erzeugt und verfestigt sie Vorstellungen, die – würden sie als solche geäußert – keiner Kritik standhielten. Selten in solcher Offenheit geäußert, dürfte doch das folgende Geschichtsbild von Lange symptomatisch für das von allgemeinen Privatrechtlern nahegelegte sein:

»Die bürgerliche Ordnung, die das bürgerliche Recht umfaßt, ist die Grundordnung des friedlichen Zusammenlebens. Sie besitzt bei allen Schwankungen und Entwicklungen der sozialen, wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse *Grundelemente* von geradezu *naturrechtlichem Bestand*, umfaßt Lebensverhältnisse und Konfliktmöglichkeiten in diesen, die im wesentlichen die gleichen bleiben. Der Grundstoff des bürgerlichen Rechts liegt darum fest, trotz aller Schwankungen, Entwicklungen und Absonderungen: Geburt und Tod, Ehe und Verwandtschaft, Übergang des Vermögens auf die Erben; Kauf, Miete, Dienstvertrag, Gesellschaft und unerlaubte Handlungen; Eigentum und dessen Belastungen« (S. 4 – gesperrt im Text).

Es wäre voreilig anzunehmen, daß sich die beschriebene Verrechtlichung in der bloßen Doppelung der ökonomischen Tauschkategorie im juristischen Vertragsbegriff erschöpfe. Damit bliebe ungeklärt, *warum* die Verrechtlichung stattfindet, d. h. durch welche *Funktion* die Vertrags- von der Tauschkategorie unterschieden wird.

Privatautonomie ist ein Rechtsbegriff. Sie leitet ihre Geltung nicht einfach aus dem Empirischen her – wie es die Gleichsetzung mit freiem Warentausch nahelegt –, sondern aus dem normativen Charakter des Rechts. Hierin scheint die wesensmäßige Abgrenzung zum bloß deskriptiven Tatbestand des Warentauschs gefunden. Für den Juristen verbindet sich mit dieser Abgrenzung der Gegensatz von Sein und Sollen. Normativbegriffe ziehen ihre Legitimität daraus, daß sie ihren Maßstab nicht in jeweils vorgefundenen ökonomischen Sonderinteressen, sondern im Rechtsbewußtsein, in der Gerechtigkeit, im weitesten Sinne also im Allgemeininteresse finden.

Die Analyse der Verrechtlichung und ihrer Funktion in der allgemeinen Privatrechtswissenschaft muß also zweierlei vermeiden: einmal die juristischen Begriffe mit den ökonomischen kurzerhand gleichzusetzen und damit ihre spezifische Funktion zu vernachlässigen; zum anderen den bürgerlichen Rechtsillusionen aufzusitzen und den Rechtsbegriffen eine Autonomie und Legitimität zuzuschreiben, die sie in Wirklichkeit nicht haben. Dies wird im folgenden am behaupteten normativen Charakter der Privatautonomie versucht.

»Die Rechtsfolgen kraft privatautonomer Gestaltung sind zwar insoweit stets gesetzliche Rechtsfolgen, als der privatautonome Akt nur kraft der Rechtsordnung rechtliche Geltung hat. Die Rechtsordnung beschränkt sich aber, soweit sie die privatautonome Gestaltung anerkennt, darauf, dieser rechtliche Geltung zu verleihen« (Flume S. 3).

»Grundsätzlich soll der Staat sich . . . aus dem Wirtschaftsleben heraushalten und nur den von den Parteien geschlossenen Verträgen seinen Rechtsschutz gewähren« (Nipperdey S. 89).

Recht verschafft der privatautONOMEN Gestaltung Geltung. Die Parteien können ihre Vereinbarung rechtsförmig durchsetzen, d. h. zu diesem Zweck die staatlichen Institutionen (Gerichte, Vollstreckungsbehörden) in Anspruch nehmen; daneben werden sie im Hinblick auf diese Durchsetzbarkeit zur Erfüllung ihrer Vereinbarung angehalten. Die rechtsförmige Durchsetzung geschieht ohne Ansehen des Inhalts der Vereinbarung, sie hat zur Voraussetzung lediglich den Tatbestand eines wirksamen Vertragsschlusses.

»Was z. B. der Käufer und Verkäufer beim Kaufvertrag vereinbart haben, gilt deshalb, weil es vereinbart ist. Abgesehen von den Ausnahmefällen, daß der Kaufvertrag vom Gesetz nicht anerkannt wird (z. B. § 134, § 138), ist bei der rechtlichen Entscheidung hinsichtlich der vereinbarten Rechtsfolgen des Kaufvertrages nicht zu fragen, ob sie »gerechtfertigt« sind. Sie haben ihre Rechtfertigung in der Vereinbarung des Kaufvertrages, d. h. in der Selbstbestimmung« (Flume S. 5).

Man könnte durch die Verwendung des normativen Begriffes der Selbstbestimmung zu dem Irrtum verleitet werden, als setze die Anerkennung des Vertragsschlusses die positive Feststellung voraus, daß die Beteiligten in Selbstbestimmung gehandelt haben. Dies hätte eine umfassende Prüfung der Ausgangssituation der Beteiligten – ihrer Motive, Interessen, bestehender Zwangslagen, der Zahlungsfähigkeit usw. – zur Folge. Nichts weist darauf hin, daß Flume eine

solche positive Feststellung der Selbstbestimmung meint. Er sagt an keiner Stelle, was Selbstbestimmung ist, geschweige denn, daß er einen justiziablen Begriff davon gäbe. Offenbar verwendet er den Begriff anders.

»Soweit die Selbstbestimmung der Privatautonomie gilt, gibt es keine Fremdbestimmung, auch nicht die Bestimmung des Richters« (Flume S. 6).

Flume faßt die Selbstbestimmung negativ. Selbstbestimmung ist Ausschluß dessen, was Fremdbestimmung ist, d. h. im wesentlichen Abwesenheit von Zwang. Wenn zwei normale erwachsene Menschen eine Abrede treffen, so wird ihre Selbstbestimmung vorausgesetzt. Nur bei Abweichungen vom Normalverlauf: wenn ein Beteiligter getäuscht, bedroht, ohne Einwilligung verpflichtet wird oder geschäftsunfähig ist, dann ist seine Selbstbestimmung in Frage gestellt. Selbstbestimmung hat folgende Struktur: sie hat keine positive inhaltliche Bestimmung; ihr normativer Gehalt erschöpft sich im Negativen, in der Sanktionierung unnormaler Abläufe bei Vertragsschlüssen.

Jeder Vertrag ist also im Normalfall wirksam – ohne Ansehen der beteiligten Personen oder des Vertragsinhalts –; wird die Wirksamkeit eines Vertrages relativiert, dann aufgrund eines unnormalen Ablaufs bei Vertragsschluß – der Inhalt des Vertrags spielt, sieht man von gewissen Ausnahmen ab, für die Wirksamkeit keine Rolle –. Mit der Wirksamkeit des Vertrages ist auch dessen Durchsetzbarkeit gegeben – wiederum ohne Ansehen der Personen oder des Vertragsinhalts.

Wenn sich das Recht wie beschrieben zur »privatautONOMEN Gestaltung« verhält, dann hat diese im Normalfall mit der Qualität eines normativen Begriffs nichts zu tun; sie ist Blankettverweisung auf den ökonomischen Tatbestand: Tausch von Ware gegen Geld. Die Relevanz des Rechts erschöpft sich in der Korrektur unnormaler Vorkommnisse.

Was Flume darstellt – daran setzt die immanente Kritik an –, ist die liberale Vertragsdoktrin. Diese ist Ausdruck und Konsequenz der Vorstellung der freien Marktwirtschaft als sich selbst regulierenden Systems. Wird der gesellschaftliche Kontakt aller vereinzelter Individuen im ökonomischen Bereich ausschließlich durch den Markt vermittelt und folgt dieser Markt seinen eigenen Gesetzen, dann ist für eine regulative Funktion des Rechts kein Raum. Sind die Beziehungen der Personen auf dem Markt nur mittelbare – durch Waren, die sich nach ihrem Wert austauschen, vermittelte –, dann ist unmittelbarer (privater) Zwang aus dem gesellschaftlichen Bereich eliminiert (vgl. Marx, Grundrisse S. 155/56; Kapital I S. 765). Da sich die vorgestellte prästabilisierte Harmonie – aus Gründen, die hier nicht zu beschreiben sind – nicht automatisch herstellt, muß eine Instanz dafür sorgen, daß sich die gesellschaftlichen Beziehungen der Personen sämtlich auf dem Markt und nach dessen Gesetzen herstellen. Sie muß alle unmittelbaren, persönlichen Einwirkungen der Warenbesitzer aufeinander – Zwang, Täuschung, Ausnutzung von Unmündigkeit usw. – unterbinden und zieht zu diesem Zweck alle legitime Gewalt an sich. Diese Instanz ist der staatliche Zwangsapparat. Sein Einsatz ist – damit nicht persönliche Willkür die Balance des Wirtschaftssystems stört – an das Vorliegen von Voraussetzungen und die Einhaltung eines förmlichen Verfahrens gebunden, beides bestimmt durch das Recht. Das Bedürfnis nach Ausschaltung unnormaler Abläufe hat Staat und Recht auf den Plan gerufen, Herstellung des Normalverlaufs – so gut es eben geht – ist ihr Ziel. Die Klage ist die Behauptung wenigstens einer Partei, es liege eine Abweichung vom Normalverlauf vor, der Prozeß das Mittel festzustellen, ob eine Abweichung vorliegt und wie ihr im Sinne der Wiederherstellung

des Normalzustandes zu begegnen ist. Im Prozeß findet die Rekonstruktion des Vergangenen statt – nun jedoch in Form von Recht: aus dem Warenbesitzer wird die Rechtsperson, aus der Ware das Rechtsobjekt, aus dem Tausch der Vertrag usw. (vgl. zum Ganzen Paschukanis, der jedoch nicht auf die beschriebene *Komplementärfunktion* eingeht, sondern nur die Kongruenz von Wertform und Rechtsform feststellt). Aber nicht die Rekonstruktion des Normalverlaufs, sondern die der Abweichung davon ist im Prozeß von Interesse: Lag beim Vertrags-schluß ein Fehler vor? Hat sich ein Vertragspartner bei der Erfüllung unnormal verhalten? Von diesen Feststellungen hängt ab, ob das Gericht eine Korrektur anordnet oder nicht: ist ein Vertrag z. B. unter Zwang zustandegekommen, so kann er durch Anfechtung aus der Welt geschaffen werden; ist die Erfüllung eines wirksamen Vertrages verweigert oder vereitelt worden, so wird der Schuldner zur Erfüllung oder dem wirtschaftlichen Pendant: Zahlung von Schadenersatz verurteilt. Das Urteil wird gegebenenfalls gewaltsam vollstreckt. Im Ergebnis ist im allgemeinen der wirtschaftliche Normalzustand wiederhergestellt. Man würde – nach diesen Überlegungen – statt von Vertragsrecht besser von »Vertragsunrecht« sprechen; denn Vertragsrecht ist im wesentlichen der Sammelname für fehlerhafte Vertragsschlüsse und -abwicklungen und deren Korrektur. Die kapitalistische Warenproduktion erzeugt also das Bedürfnis nach allgemeiner Geltung ihrer ökonomischen Gesetze. Während diese sich im Normalfall von selbst durchsetzen, sorgen bei Abweichungen Staat und Recht für ihre Geltung. Dabei werden die Abweichungen vom Normalfall in rechtlicher Form rekonstruiert, nach relevanten Voraussetzungen und Folgen systematisiert und zu einer eigenen rechtsdogmatischen Disziplin, dem Vertragsrecht, ausgebaut.

Die »Verrechtlichung« der ökonomischen Tauschvorgänge meint in der liberalen Vertragsdoktrin nicht mehr und nicht weniger als die *Erhebung der ökonomischen Gesetze zu allgemeiner Geltung*. Das hat Engels bereits klar erkannt, als er schrieb: »Wird der Staat und das Staatsrecht durch die ökonomischen Verhältnisse bestimmt, so selbstverständlich auch das Privatrecht, das ja wesentlich nur die bestehenden, unter den gegebenen Umständen normalen ökonomischen Beziehungen zwischen den einzelnen sanktioniert«, Feuerbach S. 301). Vertragsrecht ist also nicht nur den ökonomischen Sonderinteressen im Sinne etwa des Allgemeininteresses *nicht* entgegengesetzt, sondern es verhilft gerade zu deren allgemeiner Durchsetzung (vgl. Fraenkel S. 34: Prozeß als »Klassenkampf mit anderen Mitteln«).

Die zitierten Privatrechtler lösen die juristische Vertragskategorie aus ihrem gesellschaftlichen Funktionszusammenhang und verselbständigen sie zu einem dogmatischen System. So erscheint es, als konstituierten die juristischen Kategorien die ökonomischen Vorgänge: als sei die Verbreitung des Warentauschs Folge der Ausweitung der Privatautonomie; als bestimme das Recht die Formen – Vertrag, Rechtsperson, Willenserklärung usw. –, denen sich die Ökonomie dann anpasse. Die juristischen Kategorien – obschon ursprünglich bloße Kunstsprache für eine objektivierende Entscheidungstechnik – gewinnen eigenes Leben; ökonomische Vorgänge erscheinen als Rechtsvorgänge (vgl. die Terminologie: »Rechts«-verkehr, -subjekt, -tatsächlich, -wirklichkeit, -leben); die ökonomischen Interessenten werden – als mit Privatautonomie begabte Rechtssubjekte – zu Vollziehern des Rechts.

#### *Exkurs I: Zur Geschichte des Vertragsinstituts*

Wie illusionär und geschichtsblind die Vorstellung der juristischen Konstitution ökonomischer Vorgänge ist, erweist die Entwicklung des modernen Ver-

trags, wie bürgerliche Rechtshistoriker wie Max Weber (S. 141 ff.) und William Seagle (bes. S. 365 ff.) sie darstellen. Der Anstoß zu seiner Entwicklung kam aus dem *Prozeß*, also dem *Streit* darüber, was rechtens sei (vgl. Raiser S. 115: »Vom Bedürfnis des Rechtsschutzes bei Vertragsbruch her hat sich ja schrittweise materielles Vertragsrecht entwickelt, . . .«; vgl. auch Paschukanis S. 69: »Gerade der Streit, der Interessenzusammenstoß, erzeugt die Rechtsform, den rechtlichen Überbau.«). Die rechtsförmige Durchsetzung des Austauschvertrages nahm lange Zeit den Umweg über die immer stärker ausgeweitete *Deliktsklage*, ehe sich die selbständige Schadenersatzforderung *aus Vertrag* entwickelte. Die Herkunft aus dem Prozeß belegt, daß der ökonomische Tatbestand Tausch seiner Juridifizierung vorausging, daß Recht allemal *Reaktion* auf vorgängige ökonomische Prozesse war. Der Umweg über die Deliktsklage zeigt, daß im Prozeß über (tatsächlich oder angeblich) abweichendes, als unerlaubt empfundenen, also *unnormales* Verhalten geurteilt wurde – was eben einen ökonomischen Maßstab von Normalität voraussetzt, an dem das umstrittene Verhalten zu messen und gegebenenfalls die richterliche Korrektur zu orientieren ist. Was man heute materielles Vertragsrecht nennt, ist auch historisch Ergebnis abstrahierender Systematisierung und Kodifizierung der Unnormalität und ihrer Korrektur in Rechtsform. Vorgefundene Rechtsformen haben gestaltend, hemmend oder fördernd auf diese Systematisierung eingewirkt. Zu ihrer Rezeption und Umbildung aber haben erst die ökonomischen Bedürfnisse geführt. Das ideologische Denken ignoriert diesen Zusammenhang: es geht »von den »fertigen Resultaten des Entwicklungsprozesses«, von »gangbaren Denkformen« aus, ohne sich über deren geschichtlichen Ursprung Rechenschaft zu geben« (Paschukanis S. 57).

Im Gewande juristischer Kategorien nehmen die ökonomischen Vorgänge teil an der Legitimität, die dem Recht gemeinhin zuerkannt wird (vgl. Fraenkel S. 37: »Nimbus« der Justiz, über den Klassen zu schweben).

»Das Recht ist die jeweils in einer bestimmten Rechtsgemeinschaft als verbindlich gewußte Ordnung menschlichen Zusammenlebens unter der Anforderung der Gerechtigkeit« (Larenz, Methodenlehre S. 174).

Es scheint Allgemeinheit zu gewährleisten in dem Sinne, daß es Gerechtigkeit, Frieden, Humanität, Vernunft zum Maßstab hat und nicht egoistische Sonder- oder gar Klasseninteressen.

Wie ist damit vereinbar, daß die ökonomischen Interessenten sich von Rechts wegen des staatlichen Zwangsapparates zur Durchsetzung ihrer Sonderinteressen bedienen dürfen? Dem Privatrechtler, der nicht vor sich und der Öffentlichkeit die Legitimation zu seiner Arbeit verlieren will, bleibt angesichts der gestellten Frage nur eine Lösung: er muß Sonder- und Allgemeininteressen auf der Ebene des Allgemeininteresses zur Deckung bringen. Entweder er leugnet einen Widerspruch und interpretiert das gemeine Beste als Summe aller gesellschaftlichen Egoismen. Oder er löst die Rechtskategorien von ihrer ökonomischen Grundlage und fügt sie zu einem harmonisierenden Gesamtbild, dem »juristischen Weltbild«, zusammen. Es besteht ein zwingender Zusammenhang zwischen beiden beschriebenen Tendenzen und dem Legitimationsbedürfnis des Juristen. Der Rückgriff auf klassisch-liberale Wirtschaftsvorstellungen und die ihnen entsprechende juristische Systembildung erklärt sich aus der dem Juristen vorgegebenen Berufsrolle: der Sache nach Sonderinteressen durchzusetzen und doch diese seine Tätigkeit aus dem Allgemeininteresse legitimieren zu müssen.

Die Autoren des allgemeinen Privatrechts sind nicht so realitätsblind, einen reibungslos funktionierenden Kapitalismus der freien Konkurrenz zu unterstellen und sich mit der ihm entsprechenden Vertragslehre zu begnügen. Sie nehmen einige Veränderungen in der ökonomischen Struktur zur Kenntnis und versuchen, daraus Konsequenzen zu ziehen. Dieser Versuch verdient umso mehr Interesse, als zu beobachten war, daß sie zwangsläufig klassisch-liberalen Wirtschaftsvorstellungen zuneigen und dieses Bild systematisch verselbständigen und verfestigen. Die Stufen dieses Prozesses waren: Beschränkung des Blicks auf die Zirkulationssphäre, Ausklammerung von Produktion und Distribution – damit: Ausklammerung des Kapitals und seiner Entwicklung; statt dessen: Einführung der Rechtsidee (Rechtsbewußtsein u. a. m.) und ihrer Entwicklung – Ablösung des Rechts von seiner empirischen Grundlage – Rechtsidee (statt Privateigentum) als Begründung der Privatautonomie und ihrer Entwicklung – Deduktion eines normativen Vertragssystems aus der Privatautonomie – Ersetzung ökonomischer Begriffe durch juristische – Illusion der rechtlichen Konstitution ökonomischer Vorgänge. Insbesondere in der Ablösung des Rechts von seiner empirischen Unterlage wurde die Abkehr von rationaler Erklärung juristischer Institutionen und Entscheidungstechniken erkannt. Wo das Recht überhaupt in einen gesamtgesellschaftlichen Zusammenhang gestellt wurde – wie in den Eingangszitaten von Flume und Nipperdey –, entpuppte sich dieser gesamtgesellschaftliche Zusammenhang als Projektion überkommener juristischer Axiome in den gesellschaftlichen Raum.

Der Durchbruch der Privatautonomie zu universeller Geltung ging einher mit der Entwicklung der kapitalistischen Warenproduktion zur vorherrschenden Produktionsweise. Ihre historische Funktion – als Konnexinstitut zur Eigentumsfreiheit – war die Beseitigung obrigkeitlicher und ständischer Hindernisse zugunsten des freien Warenverkehrs (dazu Habermas S. 88 ff. mit Zitaten von Wieacker) und Herstellung des allgemeinen Umschlagplatzes, des Marktes. Voraussetzungen der Marktwirtschaft waren für die klassische Ökonomie: »Garantie des freien Wettbewerbs«, »Modell einer Gesellschaft von Kleinwarenproduzenten«, Ausgleich von Angebot und Nachfrage (Habermas S. 99 f.). An der Herstellung dieser Voraussetzungen hatte die Privatautonomie teil, insoweit wirkte sie progressiv. Die Auseinandersetzung des Privatrechtlers mit der Privatautonomie mußte bei der Entwicklung beginnen, die diese Voraussetzungen genommen haben, und dann die Funktion beleuchten, die der Privatautonomie daraus aktuell erwächst (vgl. dazu die Einleitung).

Das folgende Flume-Zitat führt unmittelbar in die angeschnittene Problematik hinein. Es verdient besondere Aufmerksamkeit, weil es in bemerkenswerter Präzision die wesentlichen Argumentationsmuster, Widersprüche und Gemeinplätze des gängigen privatrechtlichen Denkens enthält.

»Weil die Privatautonomie ihre Rechtfertigung nur darin hat, daß die Selbstbestimmung als Wert anerkannt ist, kann die Privatautonomie als Rechtsprinzip nur verwirklicht werden, wenn auch tatsächlich die Macht zur Selbstbestimmung besteht. Soweit nach unserer Rechtsordnung den einzelnen die Regelung der Rechtsverhältnisse in beiderseitiger Selbstbestimmung, d. h. durch Vertrag, überlassen ist, liegt dem die Voraussetzung zugrunde, daß die einzelnen sich mit der Macht zur Selbstbestimmung gegenüberstehen und nicht durch die Macht des einen statt der beiderseitigen Selbstbestimmung eine einseitige Fremdbestimmung eintritt. Zwang und Privatautonomie sind miteinander unvereinbar. Es ist aber das ewige Dilemma der Privatautonomie, daß diese immer wieder durch ungleiche Machtverteilung in Frage gestellt wird« (S. 10).

Soweit unsere Rechtsordnung Vertragsfreiheit einräumt, setzt sie die faktische Macht zur Selbstbestimmung bei jedem voraus. Denn: Zwang und Privatautonomie sind miteinander unvereinbar. Präziser formuliert: unsere Rechtsordnung räumt Privatautonomie ein; Privatautonomie setzt Macht zur Selbstbestimmung voraus; Zwang und Privatautonomie sind miteinander unvereinbar; wenn unsere Rechtsordnung also Privatautonomie einräumt, so kann sie das, weil die Macht zur Selbstbestimmung tatsächlich besteht. Weil unsere Rechtsordnung Privatautonomie einräumt, muß die Macht zur Selbstbestimmung gegeben sein. Palmström käme zu dem Schluß, daß, was sein soll, wohl auch sein muß.

### *Exkurs II: Die Palmström-Logik*

Die Palmström-Logik bezeichnet eine bestimmte Form der Realitätsverzeichnung: die Projektion des Gesollten auf das Seiende. Sie spielte bereits am Anfang dieses Aufsatzes eine Rolle, als bei Flume, Nipperdey und Larenz gleichermaßen die Konstruktion der Realität aus der Norm (dem Prinzip) beobachtet wurde. Die Funktion dieses Denkens ist die Immunisierung des juristischen Lehrgebäudes gegen jedweden ernsthaften Realitätseinbruch: die Jurisprudenz wird gegenüber ihrem empirischen Substrat autark (Parallele zur Rechtsidee), Normenkunde kann sich ausweiten zum »juristischen Weltbild«. Der Palmström-Logik steht das schlechte Gewissen und die Unsicherheit des eigenen Standpunktes auf dem Gesicht geschrieben. Wer hätte, wenn er der Geschichtsmächtigkeit seiner Normen wirklich gewiß wäre, es schon nötig, stets und ständig zu beteuern, daß alles (oder wenigstens fast alles) so ist, wie es sein soll. Die Beteuerung signalisiert den insgeheimen Zweifel. Dem Argwohn, die Realität könne der Norm weggelaufen sein, wird durch Hereinnahme von normbestätigender Realität begegnet: sei es daß die Realität normkonform ausgesucht bzw. zurechtgebogen wird; sei es daß die normwidrige Realität zur Ausnahme erklärt und besonders geregelt wird und damit – Ausnahmen, sagt man, bestätigen die Regel – die Unverbrüchlichkeit der Norm bekräftigt. – Ist erst die Realität nach dem Bild der Norm verzeichnet, dann bestehen auch keine Bedenken mehr zu sagen: so wie es ist, soll es auch sein (und bleiben). Denn Norm und Realität sind austauschbar geworden – genauer: die Rolle der Norm erschöpft sich nunmehr in der Realitätsbekräftigung. Kurz und knapp schreibt Larenz:

Das Recht ist »wirklich« als die »allgemeine Handlungsweise«; es ist eine im Dasein verwirklichte, von den Menschen im Bewußtsein ihrer Verbindlichkeit ständig eingehaltene und dadurch sich erhaltende »Lebensordnung« – ein »Sein«, das die Bedeutung eines »Gesollten« hat«. (Meth. S. 174) – wie schön!

Der tiefere Sinn des »daß nicht sein kann, was nicht sein darf« ist: »daß sein soll, was ist«.

Mit der Privatautonomie, die nach unserer Rechtsordnung gilt, ist Zwang unvereinbar. Der wohl dosierte Ansturm der Realität ist abgewehrt, er hat der Unverbrüchlichkeit der Norm wenigstens grundsätzlich keinen Abbruch getan und die Antinomie von Privatautonomie und Zwang hinterlassen. In dieser Antinomie bietet sich ein Raster an, nach dem die Wirklichkeit nunmehr gesichtet und eingeteilt werden kann: in normgemäße und normwidrige. Und da in dem geschilderten Schlußverfahren die Norm (Privatautonomie) den Sieg errungen und nur wenig Terrain an die normwidrige Realität (Zwang) abgegeben hat, stehen sich Privatautonomie und Zwang als Regel und Ausnahme gegenüber.

*Exkurs III: Regel und Ausnahme*

Die Bedeutung der Einführung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses – die ja wiederum aus der Norm heraus und ohne ernsthafte Realitätskontrolle geschieht – kann kaum hoch genug veranschlagt werden. Ausnahmen haben Realität zweiter Klasse. Man muß sich mit ihnen beschäftigen, aber es sind eben Ausnahmen. Man könnte Material über Material präsentieren, das der herkömmlichen Vorstellung von Privatautonomie widerspricht, der Apologet der Privatautonomie würde es mit müdem Achselzucken quittieren: Ausnahmen. Wie er die Welt in Regel und Ausnahme zerlegt, so zerlegt er sie auch in Weiß und Schwarz. Es gibt unendlich viele Kleingewerbe und eine Handvoll Monopole, dazwischen nichts. Hinsichtlich dieser Ausnahmen herrscht bisweilen frappierende Freimut in der Realitätswahrnehmung, da ja von vornherein feststeht, daß es sich um Ausnahmen handelt und die bei ihnen zutage tretende Realität Realität zweiter Klasse ist, die das »System« nicht ins Wanken bringen kann. In einem Urteil des Bundesgerichtshofes, das eine Bestimmung aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen für nichtig (also zur »Ausnahme«) erklärt, heißt es:

»Da Allgemeine Geschäftsbedingungen ihre Rechtswirksamkeit nicht von einer (nicht bestehenden) (!) Privatautonomie, sondern nur von der Unterwerfung des anderen Vertragsteils ableiten können, muß ihnen die Anerkennung versagt werden, soweit die von ihnen für eine unbestimmte Anzahl von Einzelfällen aufgestellte Regel mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren sind« (Urt. v. 17. 2. 1964 – BGHZ Bd. 41, S. 151 ff. (154)).

Larenz schreibt in einer Fußnote:

»M. E. handelt es sich bei den a. Geschäftsbedingungen um Normmaßungen, die faktisch, wegen der regelmäßig zu erwartenden Unterwerfung der Kunden, wie Rechtsnormen funktionieren« (Schuldrecht I, S. 95 Anm. 1).

Lehmann schreibt im Kleindruck, der Vertrag mit AGB vollziehe sich

»zwar in der Form des freien Vertrages, aber aufgrund eines Diktates der Bedingungen durch den wirtschaftlich stärkeren Teil« (Schuldrecht. 15. Aufl. 1958 S. 119).

Würden die Sätze ernst genommen und würden Konsequenzen aus der darin mitgeteilten Realität gezogen, das Lehrgebäude von der Privatautonomie fiel wie ein Kartenhaus in sich zusammen. Aber Ausnahmen haben Realität zweiter Klasse. Schon rein äußerlich führen sie – wie die Beispiele zeigen – eine Klammer-, Fußnoten- und Kleindruckexistenz. – Ausnahmen sind eng auszulegen; das schränkt den Kreis der Regelwidrigkeiten auf Extremfälle ein, wie das folgende Flume-Zitat zeigt:

»Auch wenn für einen der Vertragspartner ein faktischer Zwang zur Zustimmung besteht, wenn ihm die Vertragsbedingungen in höchstem Maße zuwider sind, er aber auf die Leistung des anderen Vertragspartners angewiesen ist und nur gewissermaßen »zähneknirschend« auf den Vertrag eingeht, entsteht eine einverständliche Regelung, ein Vertrag« (S. 609).

Nicht umsonst wird als Gegenspieler der Privatautonomie meist das »Monopol« (im Rechtssinne!) hervorgezerrt, während die graue Zone von Kapitalverflechtung, Oligopolen usw. ungeschoren bleibt. – Schließlich fordern Ausnahmen Sonderlösungen. Sie lassen die Allgemeingeltung des zugrundeliegenden Systems unangetastet und zwingen dadurch zu pragmatischen Einzelentscheidungen, deren einziger Richtpunkt wieder die »Regel« ist. Nipperdey schreibt:

»Staatseingriffe in den Wirtschaftsablauf sind auch zulässig, soweit sie die soziale Marktwirtschaft gegen eine Verfälschung ihrer Grundordnung, gegen Mißbräuche und soziale Schäden sichern. Die notwendigen Eingriffe sind tunlichst durch »*marktgerechte Maßnahmen im Rahmen der Wettbewerbswirtschaft vorzunehmen*« (S. 89 f. – im Text nicht gesperrt).

Ausnahmen bestätigen die Regel, d. h. weniger ideologisch: was zur Ausnahme hat erklärt werden können, bestätigt, was zur Regel erklärt wurde.

Ein gutes Beispiel für alle Besonderheiten des vor der Sache selbst eingerichteten Regel-Ausnahme-Verhältnisses gibt Flume, wenn er den Kontrahierungszwang von Monopolunternehmen begründet:

»Ein solcher Kontrahierungszwang des Monopolunternehmens entspricht der Ordnung der Privatautonomie. Die Anerkennung einer »willkürlichen« Abschlußfreiheit für das Monopolunternehmen würde zu einer Fremdbestimmung der anderen durch das Monopolunternehmen führen« (S. 613).

Mit gestärkter Brust verläßt die Privatautonomie das Feld. Den Monopolisten aber packt mit einem Mal die Logik: wieso entspricht der ihm auferlegte Kontrahierungszwang der Ordnung der Privatautonomie, wenn doch Zwang und Privatautonomie nicht miteinander vereinbar sind? – er entschließt sich aber, Logik Logik sein zu lassen und zu schweigen.

»Zwang und Privatautonomie sind miteinander unvereinbar.« Es wurde oben (II) dargestellt, daß Privatautonomie als Garant von Freiheit überhaupt gilt und daß diese Prämisse mit Max Weber abzulehnen ist. Aber auch Zwang soll hier bei Flume mehr sagen als unmittelbarer persönlicher Zwang oder Gewalt. Sonst wäre es sinnlos, die Antinomie von Privatautonomie und Zwang im Zusammenhang mit dem Problem wirtschaftlicher Macht einzuführen. Zwang ist der Widersacher der Freiheit, Unfreiheit schlechthin. In deren Bereich gehört die Ausnutzung ökonomischer Macht. Wie mit Privatautonomie und Zwang Freiheit und Unfreiheit schlechthin mitgedacht sind, können umgekehrt Freiheit und Unfreiheit nur in ihrer juristischen Form als Privatautonomie und Zwang gedacht werden.

Man versteht Flume wahrscheinlich besser, wenn man seinen Satz so formuliert: Die durch Privatautonomie garantierte Freiheit schließt jede Form von Unfreiheit aus. Diese Feststellung jedoch ist unzutreffend.

Bereits im unentwickelten Kapitalismus sorgte das Privateigentum an den Produktionsmitteln für eine Verschränkung von Freiheit und Unfreiheit, die mit einer schlichten Antinomie nicht zu fassen ist (vgl. Marx, Grundrisse S. 153 ff.). Weil der Freiheit das Privateigentum und damit die Trennung von Kapital und Arbeit vorausgesetzt waren, war die »Freiheit« des Arbeiters von vorneherein aufgelöst in formale Freiheit (Freiheit von persönlichen Bindungen) und materiale Unfreiheit (Notwendigkeit, zum Zwecke der Selbsterhaltung die eigene Arbeitskraft an Eigentümer von Produktionsmitteln zu verkaufen). Der Arbeiter wurde – nach dem berühmten Wort von Marx (Kapital I S. 183) – »frei in dem Doppelsinn, daß er als freie Person über seine Arbeitskraft als seine Ware verfügt, daß er andererseits andre Waren nicht zu verkaufen hat, los und ledig, frei ist von allen zur Verwirklichung seiner Arbeitskraft nötigen Sachen«. Daß dieses Nebeneinander von formaler Freiheit und materialer Unfreiheit den Titel »Freiheit« (schlechthin und mit allem revolutionären Pathos) für sich verbuchen konnte, liegt wohl daran, daß es als progressive Gegenposition den persönlichen Zwängen und Abhängigkeiten des Feudalsystems entgegengesetzt war. Als Abwehrposition konnte diese Freiheit dem Zwang gegenübergestellt werden, ohne

daß ihre Zwielfichtigkeit zutage trat. Sobald sie aber der status quo war – Freiheit als *durchgesetzte* Privatautonomie, ähnlich wie Gleichheit als *anerkannte* Rechtsperson – perpetuierte sie, als allgemeines Gewaltverbot, mit dem Privateigentum an den Produktionsmitteln die materiale Unfreiheit der Arbeiter. Freiheit wurde zum Garanten dieser Unfreiheit. Mit der allgemeinen Durchsetzung der kapitalistischen Warenproduktion hörte unmittelbarer, persönlicher Zwang auf, konstitutiver Bestandteil des ökonomischen Prozesses zu sein (vgl. Marx, Judenfrage S. 365 f.; Engels, Feuerbach S. 301 f.). Zwang wurde in der Staatsgewalt zentralisiert und diente fortan der Systemerhaltung in doppelter Weise: hauptsächlich durch militante Garantie von dessen Grundlagen, insbesondere des Privateigentums an den Produktionsmitteln; außerdem durch Ausschluß außerökonomischer Einwirkungen auf die Warenzirkulation (oben als Ausschluß »unnormaler« Abläufe bezeichnet). Beides war letztlich die Ausscheidung unmittelbaren privaten Zwanges aus dem auf Privateigentum beruhenden Wirtschaftsprozeß.

Dieser entfaltete seine eigene – »privatautonome« – Dynamik (vgl. dazu die Einleitung). Die auf kapitalistischer Grundlage erwirtschafteten Gewinne wurden akkumuliert, die individuellen Kapitale wuchsen, sie verschmolzen zu immer größeren Produktionseinheiten und Kapitalen, bildeten Kartelle, teilten Märkte unter sich auf usw. Was Flume im Eingangszitat als Gefährdung der Gesamtordnung bezeichnet – Wettbewerbsbeschränkungen und Monopole –, bedarf zu seiner Erklärung keiner äußeren Faktoren wie Gewalt, Betrug o. ä., sondern leitet sich von den normalen Ausgangsbedingungen eines liberal-kapitalistischen Systems her (vgl. Abendroth S. 130 ff.). Privatautonomie – weit davon entfernt, der Ballung gesellschaftlich unkontrollierter ökonomischer Macht im Wege zu stehen – gibt also geradezu das Instrumentarium für diese Machtballung ab. Diese ihre Eigenschaft, sich der Tendenz nach selbst aufzuheben, nannte Neumann die »Dialektik der Vertragskategorie« (S. 49 f.; vgl. auch Marx, Grundrisse S. 160). Diese Erkenntnis fällt durch den Raster der Flumeschen Antinomie von Privatautonomie und Zwang hindurch. Flume meint, mit Privatautonomie die Freiheit schlechthin zu verteidigen und mit Zwang die Unfreiheit schlechthin zu bekämpfen. Indem er Unfreiheit mit Zwang identifiziert (wie es auf der Schwelle vom Feudalismus zur bürgerlichen Gesellschaft nahelag), versucht er, ökonomischer Macht mit einer Kategorie beizukommen, die ihr gar nicht wesentlich ist. Die Antinomie von Privatautonomie und Zwang – ins Feld geführt, das Problem ökonomischer Macht zu lösen – schlägt die Tür zu dem Problem zu. Aber auch die Eliminierung des Problems ist eine »Lösung«. Ernsthafte Zweifel an der Privatautonomie hätte – wie immer geartete – gesellschaftliche Planung und Kontrolle geboten (dazu Abendroth a. a. O.); Beseitigung des Zweifels durch Normbegründung stärkt die Privatautonomie und verleiht dem Verzicht auf gesellschaftliche Einflußnahme auf die Bewegungsgesetze des Kapitals von Rechts wegen das Pathos der »Verteidigung der Freiheit«.

»Es ist aber das ewige Dilemma der Privatautonomie, daß diese immer wieder durch ungleiche Machtverteilung in Frage gestellt wird«. Flumes letzter Schritt, sich dem selbstgestellten Problem zu entziehen, ist, daß er es aus jedem geschichtlichen Zusammenhang herauslöst und zur Schicksalsmacht mystifiziert: zum »ewigen Dilemma«. Noch ehe nach näheren Charakteristika und Entwicklungsgesetzen dieser »ungleichen Machtverteilung« gesucht wurde, kündigt sich die Resignation vor dem Dilemma an. Was der Privatautonomie widerfuhr, widerfährt nunmehr der Macht: Sie wird ihrer Charakteristika entkleidet und in Gestalt einer unbestimmten Abstraktion verewigt. Einen Zusammenhang mit der

Kapitalkonzentration läßt der Begriff der ungleichen Machtverteilung nicht mehr erkennen. Es scheint, als lägen Privatautonomie und ungleiche Machtverteilung seit jeher miteinander im Streit – wie Gut und Böse. Die Tendenz zur Enthistorisierung wie ihre gesellschaftliche Funktion wurden oben angedeutet. Mit der Dimension des Entstandenseins raubt sie die der Veränderbarkeit, wirkt also konservativ. Konkret schirmt sie den »privatautomen« Bereich der Wirtschaft gegen gesellschaftliche Einwirkung ab.

Der Gedankengang Flumes ist für die konventionelle Literatur des allgemeinen Privatrechts, insbesondere die Ausbildungsliteratur, symptomatisch (der Leser möge diese Behauptung an anderen Autoren überprüfen), die Widerlegung ist exemplarisch gemeint. In diesem Gedankengang sind die Weichen für das ganze weitere Vorgehen gestellt. Hat Flume das Problem der Macht zur Selbstbestimmung nicht umgehen können, so ist ihm doch gelungen, 1) es in die griffigen Antinomien von Privatautonomie/Zwang und Regel/Ausnahme zu packen und mithilfe der Palmström-Logik gegen Realität abzuschirmen; 2) es mittels Abstraktion und Verewigung zu enthistorisieren und ihm damit die Dimension des Prozeßhaften, der Veränderbarkeit zu nehmen. In dieser Denkstruktur bleiben Gesellschaft und Geschichte ein unverstandenes Sammelsurium zusammenhangloser einzelner Fakten (oder behaupteter Fakten), denen allenfalls noch die krampfhaftige Projektion des Sollens in das Sein der Gegenwart (Palmström-Logik) und der Geschichte (Selbstbewegung der sich in Privatautonomie manifestierenden Rechtsidee) den Schein von Konsistenz verleihen kann. In Wahrheit ist an deren Stelle das »Ignora(bi)mus« getreten.

Flume läßt mit der Konkretion nicht auf sich warten. Dem soeben analysierten Absatz im Abschnitt »Selbstbestimmung und Macht zur Selbstbestimmung« folgt eine Typisierung ungleicher Machtlagen, die überaus lesenswert ist als Anschauungsmaterial, auf die aber hier nicht näher eingegangen werden kann. Das Ergebnis ist:

Für Arbeits- und Mietverhältnisse ist gesorgt durch Kündigungsschutz und Tarifvertrag. Monopole sind gebändigt durch Kontrahierungszwang. Wirtschaftliche Macht ist nivelliert durch den Markt. Soweit das nicht der Fall ist (Wettbewerbsbeschränkungen und Monopole), ist das bedauerlich (Gesamtordnung berührt), aber wohl nicht zu ändern – wie sonst wäre zu erklären, daß Flume dieser Gefährdung seiner Gesamtordnung nicht nachgeht? Problematisch *und* rechtlicher Regelung bedürftig bleibt eigentlich nur die »Verknappung«: aber auch da ist jeder rechtliche Eingriff fragwürdig außer der Zuteilung lebenswichtiger Güter. Was die typischerweise ungleichen Machtlagen angeht, ist von Rechts wegen zu ihrer Korrektur alles Wesentliche getan.

Wenige Seiten später versucht Flume, dem Problem der »ungleichen Machtlage« doch noch eine historische Dimension zu geben:

»Ein bedeutsamer Wandel hat sich gegenüber dem 19. Jahrhundert allerdings insoweit vollzogen, als die Privatautonomie mehr oder jedenfalls sichtbarer als früher durch einseitige Machtlagen bedroht ist und das Bewußtsein dafür geschärft ist, daß bei einseitiger Machtlage von einer Gestaltung der Rechtsverhältnisse in Selbstbestimmung nicht die Rede sein kann« (S. 16).

In treffender Offenheit (zu erinnern ist an die oben gemachte Erfahrung: Ausnahmen können, da Realität zweiter Klasse, unverschleiert beschrieben werden – einseitige Machtlage *ist* Ausnahme, d. h. zur Ausnahme erklärt) kennzeichnet Flume die Folge einseitiger Machtlagen. Nur bleibt die Kennzeichnung ohne Folgen, da Flume der konkreten Eigenart dieser Machtlagen weder Interesse noch Vorstellungsvermögen entgegenbringt. Er hält sich den Rückzug offen:

vielleicht sind sie nur »sichtbarer« geworden. Alles ist eine Frage des »Bewußtseins«. Das Bewußtsein ist denn auch die Waffe, die den einseitigen Machtlagen »geschärft« entgegengeschickt wird. Bei Licht besehen ist auch dies Bewußtsein auf einer Seite stumpf: »Daß bei einseitiger Machtlage von einer Gestaltung der Rechtsverhältnisse in Selbstbestimmung nicht die Rede sein kann«, erkennt es messerscharf – nur ist ihm der Blick für diese Machtlage nachhaltig getrübt.

## VI. FREIHEIT UND BINDUNG: VERKLÄRUNG DER RECHTSORDNUNG ZUR GUTEN ORDNUNG

Die Existenz von Zwang ruft die Rechtsordnung auf den Plan. Der rechtliche Eingriff in den privatautONOMEN Wirtschaftsprozess legitimiert sich daraus, daß die durch Zwang (verstanden als Widersacher der sich als Privatautonomie darstellenden Freiheit schlechthin) hervorgerufene Störung des normalen Wirtschaftsablaufes von Rechts wegen korrigiert werden muß. Deshalb ist er in seinem Wirkungsfeld darauf beschränkt zu beseitigen, was als Zwang gilt, und hat er als einziges Richtmaß eben wieder jenen Normalverlauf. Zu der Antinomie von Privatautonomie und Zwang tritt somit eine weitere hinzu, die ihr entspricht: die Antinomie von Freiheit und Bindung.

»Versteht man den Grundsatz der Privatautonomie in dieser Weise, d. h. als Anerkennung der Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen in »Selbstherrlichkeit«, wobei die »Selbstherrlichkeit« sich aber nur in den Bindungen der Rechtsordnung entfalten kann, so besteht kein Anlaß, an der Privatautonomie als einem Wert irre zu werden. In dem Zusammenhang von Freiheit und Bindung bewährt sich der Grundsatz der Privatautonomie« (Flume S. 17).

An der Gegenüberstellung von Freiheit und Bindung entfaltet die falsche Antinomie von Privatautonomie und Zwang ihre volle Wirkung für die objektive Rolle des Rechts im Wirtschaftsablauf und das Selbstverständnis der Juristen dabei. Wenn »Bindung« rechtliche Sanktion gegen Zwang bedeutet, dann entzieht sich alles dem rechtlichen Zugriff, was nicht als Zwang zu qualifizieren ist, und dennoch kann die Illusion der Rechtsförmigkeit des gesamten Wirtschaftsablaufes bestehen bleiben. Bereits oben wurde festgestellt, daß mit der allgemeinen Durchsetzung der kapitalistischen Produktionsweise unmittelbarer (= nicht über Waren vermittelter) Zwang aufhörte, konstitutiver Bestandteil des Wirtschaftsprozesses zu sein, daß Unfreiheit sich nunmehr – als ökonomische Abhängigkeit – wesentlich in der im Kapitalverhältnis begründeten Trennung von den Produktionsmitteln darstellte. Wenn Flume dennoch die rechtliche Sanktion an Zwang knüpft, so folgt daraus:

1. Die rechtliche Sanktion ökonomischer Herrschaft muß notwendig wirkungslos bleiben, weil sie keinen Begriff von ökonomischer Herrschaft hat bzw. sie mit einem Begriff zu fassen versucht, der ihr nicht wesentlich ist (Zwang). Alle verbale Feindschaft gegenüber Wettbewerbsbeschränkungen und Monopolen – wie sie bei Flume festzustellen war – verwickelt sich in den Widerspruch, zu fördern was sie verhindern will (oder zu wollen vorgibt). Wird Wettbewerbsbeschränkungen und Monopolen durch das Insistieren auf Privatautonomie begegnet, so wird ihnen ein Prinzip »entgegengestellt«, das gerade den Bewegungsgesetzen des Kapitals rechtliche Geltung verschafft, die zu dem unerwünschten Ergebnis führen.
2. Freiheit und Bindung stehen sich – genauso wie Privatautonomie und Zwang – in der Form von Regel und Ausnahme gegenüber. Wenn Zwang im Wirt-

schaftsprozess Ausnahmeharakter hat, dann kann auch rechtlicher Eingriff nur ausnahmsweise stattfinden. Wer sich auf die Antinomie Privatautonomie/Zwang (= Regel/Ausnahme) eingelassen hat, muß diese Konsequenz ziehen. Rechtlicher Eingriff ist dann – als Ausnahme – auf die Zone extrem unnormaler Abläufe (Sittenwidrigkeit, Monopolstellung usw.) verwiesen, während die graue Zone der Zweifelsfälle der Regel zugeschlagen und damit rechtlichem Zugriff entzogen wird. Der tatsächliche Ausnahmeharakter von Zwang legitimiert so nicht nur, daß von unmittelbarem Zwang freie ökonomische Herrschaft außer Reichweite des Rechts fällt, sondern auch daß, wo sie in der Zone des Zwanges operiert, rechtlicher Eingriff Ausnahme zu sein hat.

3. Übrig bleibt, *daß* die Antinomie von Freiheit und Bindung proklamiert ist. Freiheit hat also rechtliche Grenzen, deren Einhaltung richterlicher Kontrolle unterliegt. Dieser Umstand verleiht ihr selbst einen neuen Charakter. Sie ist nicht mehr naturwüchsige, »schrakenlose«, »zügellose« (oder wie immer die verbalen Attacken gegen überwunden geglaubte liberale Vorstellungen lauten mögen), sondern sie ist rechtlich verfaßte Freiheit, ein »Rechtssprinzip«, ein »Wert«, kurz: sie ist Privatautonomie. Die bloße Tatsache der rechtlichen Begrenzung verschafft der Freiheit selbst Rechtsqualität. Freiheit streift den Makel der Eigenzüglichkeit ab und legitimiert sich fortan aus dem Allgemeininteresse.

Die Antinomie von Freiheit und Bindung ist falsch. In ihr spiegelt sich exakt die falsche Gegenüberstellung von ökonomischen Sonderinteressen und dem im Recht niedergelegten Allgemeininteresse, die oben an der Vertragskategorie aufgewiesen wurde. Erschöpft sich die Funktion der liberalen Vertragskategorie darin, den ökonomischen Tauschgesetzen allgemeine Geltung zu verschaffen, also im wesentlichen Abweichungen vom ökonomischen Normalverlauf auszuschalten, dann ist sie eben den ökonomischen Tauschgesetzen nicht antinomisch entgegengesetzt, sondern vollzieht sie jene Tauschgesetze in einem anderen Raum (wo sich jene Tauschgesetze nicht von selbst durchsetzen) und mit anderen Mitteln (juristischen). Nicht anders steht es um die Antinomie von Freiheit und Bindung. Die Rechtsillusion setzt der eigennützigen, im Prinzip unbegrenzten Freiheit die gemeinnützige Bindung entgegen, zieht der Freiheit durch ihre rechtliche Begrenzung den Zahn der Eigennützigkeit, hebt sie – als verfaßte – auf die dem Allgemeininteresse verpflichtete Ebene des Rechts an und stellt dort die Einheit von Freiheit und Bindung wieder her: so erscheint jeder privatautonome Akt als Rechtsvollzug, dessen Legitimität jedem Streit entzogen ist. Tatsächlich aber ist jene Einheit auf der Ebene der ökonomischen Sonderinteressen hergestellt. Denn die »Bindung« setzt das Werk der »Freiheit« nur mit anderen Mitteln fort. Resultat der Doppelung der ökonomischen Vorgänge im Recht ist: der Schein ihrer Legitimität. Dieses Resultat visiert Lange zielstrebig an, wenn er im Zusammenhang mit der »Pflichtbindung des subjektiven Rechts« schreibt:

»Die Schranken sind dadurch viel enger geworden als in den liberalen und wirtschaftlich freizügigen Zeiten. Die *Rechtsordnung* verwirklicht nunmehr positiv die *gute Ordnung*, sie *bekämpft nicht nur*, negativ, *die schlechte*« (S. 83 – gesperrt im Text).

Demgegenüber ist an das bereits zitierte Wort von Marx zu erinnern: »Das allgemeine Interesse ist eben die Allgemeinheit der selbstsüchtigen Interessen«.

#### Literatur:

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. Das Rechtsgeschäft. 1965.

- Enneccerus-Nipperdey*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 1. Halbband. 15. Auflage. 1960.
- Lange, Heinrich*: BGB. Allgemeiner Teil. 13. Auflage. 1970.
- Larenz, Karl*: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1967.
- ders.*: Schuldrecht. Bd. I. 8. Auflage. 1967.
- ders.*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2. Auflage. 1969.
- Abendroth, Wolfgang*: Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland [1954]. In: Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie. 1967. S. 109–138.
- Engels, Friedrich*: Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie [1886]. MEW Bd. 21. 1969. S. 259–307.
- Fraenkel, Ernst*: Zur Soziologie der Klassenjustiz [1927]. 1968.
- Friedmann, Wolfgang*: Recht und sozialer Wandel. 1969.
- Habermas, Jürgen*: Strukturwandel der Öffentlichkeit. 3. Auflage. 1968.
- Marx, Karl*: Zur Judenfrage [1843]. MEW Bd. 1. 1969. S. 347–377.
- ders. und Engels, Friedrich*: Die deutsche Ideologie [1845/46]. MEW Bd. 3. 1969.
- ders.*: Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie (Rohentwurf) [1857/58]. 1953.
- ders.*: Das Kapital. Bd. I [1867]. 1966. Bd. II [1885]. 1963.
- Müller, Wolfgang und Neusüß, Christel*: Die Sozialstaatsillusion und der Widerspruch von Lohnarbeit und Kapital. In: Sozialistische Politik Nr. 6/7. 1970. S. 4–67.
- Neumann, Franz*: Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft [1937]. In: Demokratischer und autoritärer Staat. 1967. S. 31–81.
- Paschukanis, Eugen*: Allgemeine Rechtslehre und Marxismus [1929]. 2. Auflage. 1969.
- Raiser, Ludwig*: Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit. In: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages. Bd. I. 1960. S. 101–134.
- Renner, Karl*: Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion [1929]. 1965.
- Seagle, William*: Weltgeschichte des Rechts [1941]. 1969.
- Weber, Max*: Rechtssoziologie [1922]. 2. Auflage. 1967.