

**Andreas Abegg** <sup>\*</sup>:

**Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert – Mythologie und das Schweigen der Quellen:**

Rezensions-Essay zu Sibylle Hofer: Freiheit ohne Grenzen? privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Mohr (Siebeck): Tübingen 2001, 313 pp., Jus Publicum Vol. 53, ISBN 3-16-147576-3<sup>\*\*</sup>

"Qui dit contractuel, dit juste". Dieser viel zitierte Ausspruch aus dem Jahr 1880 von FOUILLÉE verleitet heute dazu, den frühen Wirtschaftsliberalismus des 19. Jahrhunderts als System liberaler Freiheit ohne Grenzen zu verstehen, welches für sich in Anspruch nahm, dass aus einem formellen Schuldvertragsrecht (und damit insbesondere aus formeller Gleichheit) automatisch Gerechtigkeit resultiert. HOFER nimmt in ihrer rechtshistorischen Habilitationsschrift "Freiheit ohne Grenzen?" die verbreitete Ansicht, dass im 19. Jahrhundert ein privatrechtliches Konzept mit der Prämisse einer unbeschränkten individuellen Freiheit geherrscht habe, zum Anlass einer Untersuchung der privatrechtstheoretischen Diskussionen im 19. Jahrhundert. Damit kritisiert sie explizit etwa Kübler, Wieacker, E. Schmidt und Spellenberg (S. 1). Sie kommt mit breitem Quellenstudium zum Schluss, dass sich trotz weitgehend fehlendem Diskurs zur Vertragsfreiheit diese Perzeption der "Freiheit ohne Grenzen" nicht bestätigen lasse, sondern dass es sich hierbei vielmehr um einen Mythos handle. Im 19. Jahrhundert sei das Konzept eines Privatrechts unter dem Paradigma Freiheit ohne Grenzen kaum je vertreten worden. Vielmehr sei die grenzenlose Vertragsfreiheit als Mythos konstruiert worden, um im Rahmen der BGB-Kodifikation die liberale Konzeption besser angreifen zu können (2 ff., 275 ff.). Um diese Grundthese zu bestätigen, untersucht HOFER im ersten Teil ihrer Habilitationsschrift die Privatrechts-Prinzipiendebatte des 19. Jahrhunderts, während sie im zweiten Teil der Privatautonomie in den einzelnen Bausteinen des Obligationen- und Sachenrechts wie Wille, Vertrauen und Autonomie nachspürt. Insgesamt will sie den Diskurs um das Prinzip 'Freiheit' und die bereits im frühen Wirtschaftsliberalismus vorhandenen Grenzen aufdecken (12 f.), womit bewiesen wäre, dass "die Privatrechtskonzeptionen jener Zeit – abgesehen von einer verschwindend kleinen Zahl von Ausnahmen – keineswegs vom Gedanken grundsätzlich unbeschränkter Freiheit geprägt wurden" (275).

In ihren Untersuchungen zum Prinzipien Diskurs im 19. Jahrhundert kommt HOFER zunächst zum Schluss, dass die Konzeption einer grundsätzlichen Freiheit in den 30-er und 40-er Jahren des 19. Jahrhunderts kaum je Thema eines rechtlichen Diskurses gewesen sei. Das alte deutsche Recht sei noch stark in ständischen Strukturen verfangen gewesen, womit es kaum

---

<sup>\*</sup> Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt ZH. andreas.abegg@unifr.ch. Zurzeit arbeitet der Autor an seiner Habilitationsschrift zum Schuldvertrag zwischen Staat und Privaten.

<sup>\*\*</sup> Der Aufsatz wurde in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht ZSR/RDS 1/2005, S. 73-81 publiziert. Die eckigen Klammern [] verweisen auf die entsprechende Seitennummerierung. Eine umfangreichere englischsprachige Version dieses Aufsatzes erschien in German Law Journal 5/01, 101 ff.: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=364>.

als freiheitlich bezeichnet werden könne. Und wenn in seltenen Fällen wie bei BESELER (1809-1888) eine Notion von individueller Freiheit ausgemacht werden könne, so habe die Betonung auf den Grenzen der Freiheit gelegen (15 ff., va. 47 f.). Dieser Befund ist im Grundsatz allerdings nicht neu: BÜRGE untersuchte bereits in detaillierter Weise die Entwicklungen des Privatrechts in Frankreich im 19. Jahrhundert mit Blick auf den wirtschaftshistorischen Kontext. Das Paradigma der Privatautonomie und die individualistische Konzeption der Wirtschaftsverfassung [74] konnten sich in Frankreich erst verhältnismässig spät im Second Empire (1848-1870) und nur allmählich durchsetzen; die Privatautonomie stand der vorgängigen Wirtschaftsverfassung diametral gegenüber. Das neue Paradigma wurde aus dem deutschen Individualismus und der historischen Rechtsschule vornehmlich durch ökonomisch interessierte Kreise rezipiert, die in diesen Rechtstheorien ihre ökonomischen Vorstellungen fundiert sahen. Ökonomische Ziele sowie philosophische und rechtstheoretische Fundierung waren in dieser gesellschaftlichen Umwälzung nicht zu trennen. BÜRGE weist nach, dass erst in den 30-er und 40-er Jahren am Code Civil, der bis dahin ganz im étatistischen Konzept von Wirtschaftsverfassung eingebunden war, Änderungen gefordert wurden, um ein liberalistisches Wirtschaftsmodell zu verwirklichen (BÜRGE 1991, 89 ff., 131 und 494 f.).

In den 50-er Jahren des 19. Jahrhunderts diskutierten Juristen wie LENZ (1818-1888), JHERING (1818-1892), C.A. SCHMIDT (1815-1903) und RÖDER (1806-1879) die Prinzipien des römischen und jene des deutschen Rechts und knüpften dabei, so HOFER, insoweit implizit an HEGEL an, als die römischen Prinzipien den christlichen gegenübergestellt wurden. Da sich die juristischen Autoren jedoch in einer Phase des politischen Umbruchs gewähnt hätten, erhalte HEGELS negative Notation der römischen Prinzipien bei diesen Autoren entsprechend wenig Gewicht (49 ff.). In den Modellen, die HOFER im juristischen Diskurs der 50-er Jahre ausmacht, sieht sie Freiheit – wenn auch nicht ausdrücklich thematisiert – bei den juristischen Autoren implizit als Prinzip anerkannt. Unterschiedliche Ansichten beständen bei den untersuchten Autoren lediglich dahingehend, ob und vor allem mit welcher Begründung der prinzipiellen Freiheit Schranken zu setzen sei (72 f.). Zum Beispiel sehe C.A. SCHMIDT die Einschränkung der prinzipiellen Freiheit durch sittliche Gebote vor, welche sich aus germanischen Prinzipien wie dem Fraternitätsverhältnis nährten; so sei der Dienstherr aus diesem Grund zur Sorge für das "sittliche und leibliche Wohl des Dienenden" verpflichtet (50 ff.). Bei JHERING dagegen fänden sich die Grenzen des Prinzips Freiheit in diesem Prinzip selbst, im Freiheitsgehalt der Rechtsinstitute (61 ff. und 72 f.). Inwiefern sich JHERING dabei von KANTS sittlicher Freiheit leiten lässt und sich von dieser unterscheidet, bleibt bei HOFER allerdings ungeklärt.

Auch für die 60-er und 70-er Jahren des 19. Jahrhunderts muss HOFER feststellen, dass – obwohl grosse Pandektenlehrbücher erschienen – unter den Juristen keine Prinzipiendebatte zur Privatautonomie geführt wurde. HOFER findet diese Prinzipiendebatte zu jener Zeit jedoch bei den Ökonomen, die sich auch zur Vertragsfreiheit äussern. Als zentralen Bezugspunkt der Debatte wird der erstarkte Sozialismus geortet, welcher die Frage der Freiheit und ihrer Ord-

nung – so WAGNER (1835-1917) – in eine neue Phase treten lasse (74 ff. und va. 98 f.). Entsprechend ordnet HOFER die Ökonomen, die sich zu jener Zeit zur Gestaltung der Wirtschafts- und Rechtsordnung äusserten, der 'Freihandelslehre' einerseits und dem 'Kathedersozialismus' andererseits zu. Gemäss diesen Polen hätten sich die ökonomischen Theorien in ihrer Distanz zum Gedanken der Freiheit positioniert. Aufgrund dieses Bezugspunktes finde sich in dieser Debatte um die wirtschaftliche Freiheit zum ersten Mal die diskursive Stabilisierung des Begriffes 'Vertragsfreiheit' (98 f.). Die wichtige Vorstellung der Nationalökonomen (etwa von SCHMOLLER (1838-1917), dass die individuelle Freiheit nach den jeweils zeitgemässen Gemeinschaftsinteressen bestimmt werden müsse, sei von Juristen [75] wie JHERING und GIERKE (1841-1921) aufgenommen worden, wobei allerdings – so HOFER – zentrale Punkte in diesen Modellen unklar geblieben seien (107 ff, va. 130 f.). HOFER findet den Grund hierfür darin, dass Juristen wie GIERKE und JHERING zwar Gemeinschaftsinteressen in ihre Privatrechtskonzeption aufnehmen, dabei allerdings den Grundgedanken einer individuellen Freiheit nicht aufgeben wollten, womit die Rangfolge beider Grundsätze der fallbezogenen Abwägung überlassen werden musste (130 f.).

Anlässlich des Entwurfs des BGB 1896 findet HOFER endlich, dass sich einige wenige Autoren an einer Prinzipiendebatte, die diesen Namen endlich verdient hat, beteiligten. Autoren wie GIERKE, MENGER und BARON knüpften – so HOFER – an die ökonomische Prinzipiendebatte der 60-er und 70-er Jahre an (132 ff.). Während MENGER in seiner BGB-Kritik zwar eine prinzipielle Freiheit eingestehete, die jedoch von Gemeinschaftsinteressen, konkret: den Interessen der besitzlosen Volksklassen beschränkt werde, nehme GIERKE eine immanent beschränkte Freiheit an, womit die Grenzen der Freiheit keiner speziellen Rechtfertigung bedürften: Das Gemeinschaftsinteresse lege den Umfang der Freiheit überhaupt erst fest (132 ff., va. 153 f.).

Da HOFER im ersten Teil ihrer Schrift zum Schluss kommt, dass eine explizite Prinzipiendebatte zur Privatautonomie und ihren Grenzen bis zum Zeitpunkt der Polarisierung anlässlich des Entwurfs des BGB 1896 weitgehend fehlte, spürt sie im zweiten Teil der Habilitationsschrift der Privatautonomie in den einzelnen Bausteinen des Obligationen- und Sachenrechts nach (155 f.). Sie untersucht in der Folge einzelne Prinzipien des Obligationen- und Sachenrechts wie Wille, Vertrauen und Autonomie und kommt zum gleichen Schluss wie bereits im ersten Teil zum Prinzipiendiskurs: Die juristischen Autoren setzten zwar die – zumeist prinzipielle und zugleich beschränkte – Freiheit voraus, die grundlegenden Positionen würden jedoch nicht ausdrücklich formuliert (155 f.).

HOFER sucht diese These zunächst anhand der Konzepte des 19. Jahrhunderts zur 'ungewollten Erklärung' zu belegen. Eine reine Konzeption von individueller Privatautonomie müsste jeder Erklärung die Wirkung versagen, die ohne entsprechenden Willen abgegeben wurde (so etwa ZITELMANN, 1852-1923). Vorherrschend im juristischen Diskurs um 1879-90 seien jedoch Konzeptionen, die zwar von einer prinzipiellen Privatautonomie ausgingen, einer un-

gewollten Erklärung jedoch Wirkung zuerkennen bei Verschulden (WINDSCHEID 1817-1892, JHERING) oder bei vorhandenen Verkehrsinteressen (REGELSBERGER 1831-1911, SAVIGNY 1779-1861, sowie LEONHARD 1851-1921 und HARTMANN 1835-1894 mit Bezug auf bona fide) (184 f. und 204.).

In ähnlicher Weise findet HOFER die – wiederum nur implizite – Ablehnung einer uneingeschränkten Privatautonomie in der Diskussion um die Definition des subjektiven Rechts und der Obligation. Wiederum betonen etwa SAVIGNY und JHERING, dass die Willensmacht durch Verkehrsinteressen eingeschränkt sei, wobei bei HOFER jedoch nicht vertieft untersucht wird, auf welchen juristischen und gesellschaftlichen Kontext sich diese Verkehrsinteressen genau beziehen (205 ff.).

Ebenso wie in HOFERS Ausführungen zur ökonomischen Diskussion der 60-er Jahre des 19. Jahrhunderts wird auch im Kapitel zur Gestaltung beschränkter dinglicher Rechte der gesellschaftliche Kontext gestreift (74 ff. und 250 ff.). So ortet HOFER die Frage, ob Freiheit bei der Begründung beschränkter dinglicher Rechte bestehe, im [76] Kontext von Landflucht und Kreditnot des Grundbesitzers, also im Kontext von aktuellen politischen und ökonomischen Interessen und Vorgängen: Mit der Ablehnung der Freiheit bei der Begründung dinglicher Rechte seien in den 50-er Jahren des 19. Jahrhunderts zumeist die rechtspolitischen Forderungen nach persönlicher Freiheit (vor allem der *Befreiung* des Individuums) und nach Freiheit des Bodens (vor allem der *Befreiung* des Bodens) von dauernden Lasten eng verknüpft (260 und 274.). Für die 70-er Jahre stellt HOFER dagegen einen Meinungsumschwung fest: Im Kontext der verstärkten Landflucht träten verschiedene politisch interessierte Juristen für eine erweiterte Vertragsfreiheit in dem Sinne ein, dass eine weitergehende vertragliche Einschränkung der Verfügungsfreiheit des Grundeigentums möglich sein solle (259 ff.).

Alles in Allem stellt HOFER somit wie bereits für den Prinzipien Diskurs auch für die einzelnen Prinzipien des Obligationen- und Sachenrechts das weitgehende Nichtexistieren des juristischen Grundsatzdiskurses über (Vertrags-)Freiheit fest. Das Schweigen der Quellen gilt mit wenigen Ausnahmen bis hin zu MENGERS und GIERKES grundsätzlichen Wortmeldungen/Angriffen im Rahmen des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches (275). Nur unter dieser Voraussetzung des fehlenden expliziten Diskurses habe aber – so HOFERS zentrale Erkenntnis – in der schematischen Zuordnung der Freiheit eine Gegenposition konstruiert werden können, gegen welche insbesondere im Rahmen des Entwurfs des BGB folgenreich angekämpft worden sei; der fehlende Freiheitsdiskurs habe Angriffe auf die Privatautonomie durch GIERKE und MENER im Rahmen der BGB-Debatte überhaupt erst möglich gemacht. So stelle GIERKE dem freiheitlichen romanistischen Modell sein soziales germanisches Modell gegenüber, und in derselben Art knüpfe MENER am radikalisierten Bild seine Kritik an der Ausbeutung der Arbeiterklasse an (2 und 275, zudem 50 ff. zu C.A. Schmidt).

Es ist HOFERS besonderes Verdienst, verschiedene kleine und grosse Prinzipien des Privatrechts in den jeweiligen Konzeptionen der Juristen des 19. Jahrhunderts in Bezug auf die entstehende Privatautonomie zu ordnen. HOFERS Habilitationsschrift leistet mit ihren Typisierungen von Privatrechtskonzeptionen einen Beitrag dazu, aus der oft allzu schematischen Gegenüberstellung von Freiheit und Zwang im Privatrecht herauszufinden; ihre Arbeit reiht sich in die wichtige Erkenntnis einer Reihe von Autoren ein, die den schematisierten Gegensatz von Freiheit und Sozial als Mythos und als überholt bezeichnen, womit sich für 'soziales' Privatrecht die Frage vom entweder/oder zur Frage nach der Qualität verschiebt (RÜCKERT 1997, 144; AMSTUTZ 2001, 14 ff.; vgl. bereits WIETHÖLTER 1986/1968, 178 ff. und 323 ff.). Dies zeigt sich auch mit besonderer Deutlichkeit, wo für die untersuchte Zeit der gesellschaftliche Kontext beleuchtet wird – etwa in den Untersuchungen zur Gestaltung der dinglichen Rechte. Diese dinglichen Rechte wurden um 1850 zum Zweck der marktwirtschaftlichen Mobilisierung von Boden und Arbeit der Freiheit entzogen; unter Druck der gesellschaftlichen Krise der Landflucht wurde die Bodenmobilisierung ab den 70-er Jahren derart gebremst, als unter dem Titel der Vertragsfreiheit stärkere vertragliche Bindungen des Eigentums wieder zugelassen wurden (BERGIER 1990, 258 f. und BALTHASAR/GRUNER 1989, 27 ff.). Hiermit zeigt sich aber auch, dass der Diskurs um Privatautonomie, respektive das Fehlen desselben, nicht ohne Berücksichtigung des sozialen und vor allem des wirtschaftlichen Kontextes verstanden werden kann. An diesem Kontext, welchem [77] sich HOFER mit ihrem Forschungsansatz ausdrücklich verschliesst (9 ff.), lohnt es sich jedoch weiterzudenken, wobei es gleichzeitig darum gehen muss, Rechtsprinzipien und Rechtsdogmatik in den grösseren gesellschaftlichen Entwicklungskontext einzuordnen sowie auf ihre philosophischen und allgemein ideengeschichtlichen Fundierungen zurückzuführen (Grundlegend WEBER 1980/1921-1925, 382 ff. zu Treu und Glauben im Geschäftsverkehr oder 398 ff. zu den subjektiven Rechten; vgl. meine weiterführenden Erläuterungen zu einer historisch informierten Methode in ABEGG 2004a). Die nachfolgenden Andeutungen sollen den Untersuchungsgang aufzeigen, der zu beschreiten wäre, um ein umfassenderes Verständnis der von HOFER untersuchten Privatrechtskonzeptionen zu erlangen und um das Fehlen des Diskurses um die Vertragsfreiheit zu verstehen.

Obwohl als Ausgangspunkt zunächst wenig überraschend gilt es sich zu vergegenwärtigen, dass im Laufe des 19. Jahrhunderts – in nuce – die Selbststeuerung des Marktes durch den Mechanismus Preis als zentrales Wesensmerkmal des Wirtschaftssystems installiert wurde. Es war eine wesentliche Neuerung, dass die ganze Wirtschaft inklusive Arbeit (und zum Teil: Boden) der Selbststeuerung überlassen wurde und sich somit die Wirtschaft weitgehend von der Politik loslösen konnte. Auch waren Wirtschaft und Markt nicht mehr in die Gesellschaft 'eingebettet', sondern vielmehr wurden die sozialen Beziehungen durch den Markt massgebend beeinflusst (POLANYI 1957, 77 ff.; ähnlich bereits WEBER 1980/1921-1925, 398). Das Primat der Politik wechselte zur Wirtschaft, was bereits WEBER als 'universelle Marktvergesellschaftung' beschrieb (WEBER 1980/1921-1925, 198; ebenso LUHMANN 1999, 374 ff.). Dem entspricht, dass in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts das heute als Wirtschaft ver-

standene Subsystem mit 'Gesellschaft' bezeichnet wurde, woraus das Missverständliche an der Prämisse der "Selbstregulierung der Gesellschaft" als Grundprinzip des Privatrechts resultiert (LUHMANN 1999, 35). Insbesondere aus dem Bedürfnis der prospektiven Sicherung der Produktionsmittel – inklusive Arbeit – ergab sich die Forderung, dass das Wirtschaftssystem – so das Credo des klassisch liberalen Modells während der kurzen Phase der freien Marktwirtschaft bis zur Wirtschaftskrise nach 1873 – sich selbst überlassen werden müsse; die Preise für alle Waren inklusive Arbeit müssten sich 'von selbst' finden und Ungleichgewichtslagen würden sich von selbst heilen. Hieraus entstand die Forderung an den Staat, die Marktsteuerung nicht zu beeinflussen, vor allem nicht durch Preissteuerung, und auch die Marktsteuerung vor anderer Beeinflussung abzusichern, d.h. insbesondere keine Einkommen zuzulassen, die nicht aus Einkünften durch Markttransaktionen kommen. In diesem Sinne war für die Entstehung der Marktgesellschaft die Mitwirkung des Staates konstitutiv: Es handelte sich um eine staatliche Organisation der Privatrechtsregeln in einem ökonomisch und privatrechtlich zentralisierten Staat – freilich mit dem (in diesem Sinne paradoxen) Ziel der Marktgesellschaft als staatsunabhängigem Verteilungsmechanismus (WEBER 1980/1921-1925, 383 ff. und 398 ff.; POLANYI 1957, 62 ff. und 94 ff.; BRÜGGEMEIER 1980, 14 f.). Mit dem durch die Marktwirtschaft eingesetzten Selbststeuerungsmechanismus verselbständigte sich die Ökonomie als sozialer Bereich der modernen Gesellschaft. Wirtschaftliches Handeln wurde im Wesentlichen frei von moralischen, religiösen, familiären Bezügen. Sobald die Ökonomie insbesondere mit der Ausdifferenzierung des Kommunikationsmittels Geld und einem funktionierenden Arbeitsmarkt [78] nicht mehr systemimmanent mit gesellschaftlichen Vorgängen verknüpft und durch diese bestimmt war, konnte der Vertragsinhalt vom Recht für die Wirtschaft freigegeben werden, denn es bestand nun ein anderes Disziplinierungsmittel, das die Funktion der Inhaltskontrolle übernehmen konnte – der Markt (LUHMANN 1993, 449 ff.).

Diese überblicksartigen Entwicklungsgrosslinien können mit Blick etwa auf die wirtschaftshistorischen Daten der Schweiz detailliert werden: Mit dem neuen schweizerischen Bundesstaat von 1848 wurden die Voraussetzungen einer gesamtschweizerischen Marktwirtschaft geschaffen, insbesondere wurden der einheitliche Binnenmarkt und die Freizügigkeit, d.h. die Mobilisierung der Arbeitskraft, politisch verfügt. Die erste Bundesverfassung von 1848 schuf die einheitliche Zollunion und statuierte eine entsprechende Warenfreiheit und die Niederlassungsfreiheit. Die Wirtschaft stand nach 1850 aufgrund von neuer ausländischer Konkurrenz unter starkem Druck, sich weiter zu mechanisieren, und die fehlenden Rohstoffe führten dazu, dass die Schweiz auf gute internationale Beziehungen angewiesen war und sich entsprechend früh in den Freihandel integrierte. Nun wurde in der zweiten Bundesverfassung von 1874 – gleichzeitig mit den Kodifikationsanstrengungen für ein schweizerisches Obligationenrecht (in Kraft seit 1883) – die einheitliche Handels- und Gewerbefreiheit festgesetzt (BALTHASAR/GRUNER 1989, 27 f.; WINZELER 1994, 416 ff.; vgl. auch HUF 1999, 223 f.). Diese Ausdifferenzierung der Ökonomie und die Errichtung des freien Markts wurden im Recht durch die Ausdifferenzierung des Privatrechts und dessen weitgehende Abschliessung von anderen Einflüssen als den ökonomischen nachvollzogen. Mit dieser ausschliessenden struk-

turellen Koppelung von Recht und Wirtschaft durch Vertragsrecht erübrigte sich denn auch ein ausdrückliches Prinzip der Privatautonomie, insbesondere der Schuldvertragsfreiheit (ABEGG 2004b, 31 ff. m.w.H.).

In diesen Kontext kann nun SAVIGNYS viel zitierte Aussage, auf welche auch HOFER Bezug nimmt (206 ff.), eingeordnet werden:

*"... in den Vermögensverhältnissen [wird] die Herrschaft des Rechtsgesetzes ... ohne Rücksicht auf die sittliche oder unsittliche Ausübung eines Rechts [durchgeführt]. Daher kann der Reiche den Armen untergehen lassen durch versagte Unterstützung oder harte Ausübung des Schuldrechts, und die Hülfe, die dagegen statt findet, entspringt nicht auf dem Boden des Privatrechts, sondern auf dem des öffentlichen Rechts; sie liegt in den Armenanstalten, wozu allerdings der Reiche beizutragen gezwungen werden kann, wenngleich sein Beitrag vielleicht nicht unmittelbar merklich ist. Es bleibt also dennoch wahr, dass dem Vermögensrecht als einem privatrechtlichen Institut kein sittlicher Bestandtheil zuzuschreiben ist, und es wird durch diese Behauptung weder die unbedingte Herrschaft sittlicher Gesetze verkannt, noch die Natur des Privatrechts in ein zweideutiges Licht gesetzt ..."* (SAVIGNY 1973/1840, Band I, 371)

Die weitgehende wirtschaftliche Selbstregulierung wird bei SAVIGNY zunächst – in Ausnahmefällen – durch öffentlich-rechtliche Institutionen korrigiert. Innerhalb des Privatrechts ergeben sich Grenzen der Selbstregulierung im Wesentlichen nur dann, wenn die Teilnahme am freien Markt dauerhaft verwehrt wird; das Privatrecht berücksichtigt in der Begrenzung der Vertragsfreiheit in fast ausschliesslicher Weise die Ökonomie – in der Form von 'Grenze der Freiheit durch Freiheit' oder 'Grenze der Freiheit durch Verkehrserfordernisse', welche sich insbesondere auf den neu verwirklichten freien Binnenmarkt beziehen. Mit der ausschliessenden Verweisung des Vertragsrechts auf die Ökonomie erreicht das Recht – so LUHMANN – die moderne Form der strukturellen Koppelung mit der Ökonomie (LUHMANN 1993, 458 ff).

[79] Wiederum nur überblicksartig skizziert führte folgender Kontext zu Änderungen im Privatrechtssystem: Im Gefolge der grossen Wirtschaftskrise ab 1873 war die ökonomisch-liberale Präsumtion zunehmend in Frage gestellt worden – dass der freie Markt sein Gleichgewicht finden werde und die gemachten Versprechungen, vor allem Wachstum, Vollbeschäftigung und Stabilität, einlösen könne (BRÜGGEMEIER 1977-79, Band I, 56 ff.; HART 1984, 71). Auch wurde in der Folge der Wirtschaftskrise eine zunehmende 'Vermachtung' der Wirtschaft festgestellt, was die liberal-ökonomische Prämisse der Selbstregelung und Selbstheilung des freien Marktes in Frage stellte und gleichzeitig Aufmerksamkeit auf die tatsächlichen Ungleichheiten der Marktteilnehmer (vor allem zwischen Unternehmen und nicht organisierten Personen) lenkte – wie bereits etwa bei LOTMAR und GIERKE thematisiert (LOTMAR 1991/1905, 43 f.; zur 'Vermachtung' der Wirtschaft siehe bereits GIERKE 1948/1889, 18 ff. und 41 ff.). Schliesslich waren mit der Konstitution des freien Binnenarbeitsmarktes neue Bevölkerungsschichten in die formell egalitaristische Marktwirtschaft integriert worden,

womit die 'sachliche Universalisierung des Marktverkehrs' eine schwierige Erweiterung erhalten hatte. Mit den zunehmenden existenziellen Nöten und Ängsten der Arbeiterschaft während der Wirtschaftskrise sowie der gleichzeitigen Ausbildung eines 'Klassenbewusstseins' rückte die rechtliche Absicherung der existenziellen und zugleich wirtschaftlichen Selbständigkeit dieser Bevölkerungsschichten ins Zentrum der politischen Aufmerksamkeit (WEBER 1980/1921-1925, 503 f.; WIETHÖLTER 1986/1968, 180 ff.).

Erst als in diesem gesellschaftlichen Kontext unter dem Topos der 'sozialen' Ausgestaltung des Privatrechts der Einfluss der Politik neben und gegen die beinahe ausschliessliche Anbindung des Privatrechts an die Wirtschaft trat, fand die Vertragsfreiheit einen fortwährenden Eingang in den privatrechtlichen Diskurs. Erst ab diesem Zeitpunkt stellte sich – im Gegensatz zu SAVIGNYS Konzept – die Frage nach den Grenzen der strukturellen Koppelung des Privatrechts mit der Ökonomie mit Nachdruck: konkret zum Beispiel an der Frage, welche Rechtssätze innerhalb des Schuldvertragsrechts dispositiv und welche zwingend sind. Dies erklärt auch schliesslich das von HOFER (275 f.) festgestellte weitgehende Schweigen der Quellen des 19. Jahrhunderts. Die im deutschsprachigen Kodifikationsprozess einzigartige Aufnahme der ausdrücklichen Vertragsfreiheit in Art. 19 Abs. 1 des schweizerischen Obligationenrechts geschah denn auch erst in der Revision von 1905-11 und nicht bereits bei der Entstehung des Obligationenrechts 1881. Die Aufnahme der Vertragsfreiheit in die Kodifikation ist in diesem Kontext der neuen (respektive erneut akzentuierten) politischen Intervention in den Vertragsinhalt und der neuen alternativen Kopplung des Privatrechts an die Politik zu sehen, nicht aber als frühe Krönung der Vertragsfreiheit als herrschendes Prinzip des Vertragsrechts (ABEGG 2004b, 99 ff. m.w.H.).

Mit diesem sozialgesellschaftlichen Hintergrund ist auf LUHMANN hinzuweisen, der in seinen rechtshistorischen Ausführungen zum "Recht der Gesellschaft" zu einem ähnlichen und zugleich gegensätzlichen Schluss wie HOFER kommt: LUHMANN weist darauf hin, dass der Begriff der Vertragsfreiheit erst zum Zeitpunkt erscheint, als die Politik in erhöhtem Mass versucht, die wechselseitige Irritation von Rechtssystem und Wirtschaftssystem zu steuern. LUHMANN vermutet jedoch im Gegensatz zu HOFER, dass der Begriff der Vertragsfreiheit "wie zur Abwehr staatlicher Interventionen, besonders [80] im Arbeitsrecht und im Kartellrecht, erfunden [wurde]." Bis anhin hatte vor allem eine strukturelle Koppelung zwischen Recht und Wirtschaft bestanden, indem "der Vertrag, extrem formal ausgedrückt, nichts anderes als die Übereinstimmung der Willenserklärungen der Vertragsschliessenden ist", während sich das Subsystem Politik für eine kurze Zeit auf eine Beobachtungsposition zurückgezogen habe (LUHMANN 1993, 461 und 465 ff.) . Nun wird jedoch aus Sicht des Rechts die primäre strukturelle Koppelung zur Wirtschaft abgelöst durch eine gleichzeitige Kopplung zu Wirtschaft und – vor allem mit zwingendem Schuldvertragsrecht – zu Politik, welche für den Erlass zwingender Normen in der Hauptsache zuständig ist:



*"Die strukturelle Kopplung von Rechtssystem und Wirtschaftssystem [vor allem durch den Schuldvertrag] wird zum Medium für das Medium politischer Macht, das heisst zu einer losen Kopplung von Möglichkeiten, die durch kollektiv bindende Entscheidungen [zum Beispiel durch zwingende Normen des Schuldvertragsrechts] in politisch annehmbare Formen gebracht werden können. Um erhoffter wirtschaftlicher Effekte willen werden Eigentumsgebrauch und Vertragsfreiheit rechtlich immer stärker eingeschränkt." (LUHMANN 1993, 468.)*

Was kann heute aus diesen Erkenntnissen gewonnen werden? Unter anderem Folgendes: Heute, im Zeitalter der Reformulierung politischer Aufgaben und der Privatisierung – insbesondere unter dem Druck der Globalisierung und Technologisierung –, da zunehmend Aufgaben durch private Akteure wahrgenommen werden, ist es dringend notwendig zu zeigen, dass es sich bei der uneingeschränkten Privatautonomie nur um einen Mythos handelt. Gleichzeitig muss allerdings auch betont werden, dass die ursprüngliche Konzeption des Wirtschaftsrechts fast ausschliesslich auf die Konstituierung eines freien (Binnen-) Marktes ausgerichtet war, an welchem zunächst nur ein kleiner Bruchteil der Bevölkerung teilnahm (vgl. KOCKA 1987, 11 ff.). Mit der Integration weiterer Bevölkerungsschichten und weiterer Handlungsräume der Gesellschaft in die freie Marktgesellschaft liess sich dieses 'reine' Wirtschaftssystem jedoch nicht aufrechterhalten. Vielmehr ging es fortan um die prekäre Balance zwischen Autonomie und Intervention, die das Privatrecht gegenüber selbstregulierenden Märkten aufrechtzuerhalten verstand. Die bemerkenswerte Responsivität gegenüber der Autonomie des Wirtschaftssystems und damit zusammenhängenden gesellschaftlichen Problemstellungen hatte das Privatrecht bereits in jener Phase um 1900 entwickelt. Diese Responsivität kann heute als das grosse historische Vorbild für das Verhältnis von Recht zu anderen (neuen) Autonomiebereichen der Zivilgesellschaft dienen. Mit TEUBNER gesprochen: Es geht heute insbesondere darum, die prekäre Balance zwischen Autonomie und Intervention, die das Privatrecht gegenüber selbstregulierenden Märkten aufrechtzuerhalten verstand, auch in anderen autonomen Sektoren der Zivilgesellschaft zu institutionalisieren. Weder zu starke strukturelle Kopplung mit der Wirtschaft, noch politische Intervention hiesse das Programm der Zukunft, sondern eine Vielzahl von strukturellen Kopplungen mit den verschiedenen Sektoren der Zivilgesellschaft (TEUBNER 1998).

#### Zitierte Literatur:

- Abegg, Andreas (2004a), Die Ausdifferenzierung der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsrecht, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV): 197-208
- Abegg, Andreas (2004b), Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts - ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit (Diss.), Zürich
- Amstutz, Marc (2001), Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft, Baden-Baden
- Balthasar, Andreas/Gruner, Erich (1989), Soziale Spannungen - wirtschaftlicher Wandel: Dokumente zur Schweiz zwischen 1880 und 1914, Bern

- Bergier, Jean-François (1990), *Wirtschaftsgeschichte der Schweiz von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Zürich
- Brüggemeier, Gert (1977-79), *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus* (zwei Bände), Frankfurt a.M.
- Brüggemeier, Gert (1980), *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*, in: Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges (Hg.), *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Bremen und Frankfurt a.M.: 9-81
- Bürge, Alfons (1991), *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt a.M.
- Gierke, Otto von (1948/1889), *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt a.M.
- Hart, Dieter (1984), *Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts*, in: *Die Aktiengesellschaft (AG)*: 66-80
- Huf, Stefan (1999), *Die sozialstaatliche Einbettung der Marktökonomie*, in: *ZfS*: 221-241
- Kocka, Jürgen (1987), *Bürgertum und bürgerliche Gesellschaft im 19. Jahrhundert: Europäische Entwicklungen und deutsche Eigenarten*, in: Kocka (Hg.), *Bürgertum im 19. Jahrhundert*, München: 11-76
- Lotmar, Philipp (1991/1905), *Der Dienstvertrag im Entwurf des Zivilgesetzbuches*, in: Rehbinder (Hg.), *Philipp Lotmar: Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Forderungen an den Gesetzgeber*, Bern: 119-147
- Luhmann, Niklas (1993), *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.
- Luhmann, Niklas (1999), *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a.M.
- Polanyi, Karl (1957), *The Great Transformation*, Beacon Hill
- Rückert, Joachim (1997), *Zur Legitimation der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert*, in: Klippel (Hg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, Goldbach: 135-183
- Savigny, Friedrich Karl (1973/1840), *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1-4, Berlin
- Teubner, Gunther (1998), *Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*: 16-36
- Weber, Max (1980/1921-1925), *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen
- Wiethölter, Rudolf (1986/1968), *Rechtswissenschaft*, Basel/Frankfurt a.M.
- Winzeler, Christoph (1994), *Die Wirtschaftsfreiheit in der schweizerischen Verfassungsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts*, in: *ZSR*: 409-432