

Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000
Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung

Wiener Tagung
13. bis 16. September 2000

Für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler

herausgegeben von

Brigitta Jud, Thomas Bachner, Raimund Bollenberger, Verena Halbwachs,
Susanne Kalss, Franz-Stefan Meissel, Helmut Ofner, Christian Rabl



RICHARD BOORBERG VERLAG
Stuttgart · München · Hannover · Berlin · Weimar · Dresden

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Prinzipien des Privatrechts und der Rechtsvereinheitlichung:

Wiener Tagung, 13. bis 16. September 2000/für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler hrsg. von Brigitte Jud, Thomas Bachner, Raimund Bollenberger, Verena Halbwachs, Susanne Kalss, Franz-Stefan Meissel, Helmut Ofner, Christian Rabl
Stuttgart; München; Hannover; Berlin; Weimar; Dresden: Boorberg 2001
(Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler . . . ; 2000)
ISBN 3-415-02910-7

Satz: LogoPhil GbR, Stuttgart

Druck und Verarbeitung: Druckhaus „Thomas Müntzer“, Bad Langensalza

© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co, 2001

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| <i>Franz Bydlinski</i> Deliktshaftung juristischer Personen für ihre „Organe“: Gemeineuropäisches Rechtsgut oder überholte Theorie? | 9 |
| <i>Meinhard Lukas</i> Chancen und Risiken der Rechtsvereinheitlichung am Beispiel des Zessionsrechts | 21 |
| <i>Anna Supron-Heidel</i> Prinzipien des polnischen Zivilrechts und europäische Angleichung | 43 |
| <i>Martin Schmidt-Kessel</i> Rechtsmißbrauch im Gemeinschaftsrecht – Folgerungen aus den Rechtssachen <i>Kefalas</i> und <i>Diamantis</i> – | 61 |
| <i>Graff-Peter Callies</i> Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips | 85 |
| <i>Friedrich Ruffler</i> Prinzipien eines kodifizierten Umwandlungsrechts: Ausstrahlungswirkungen auf nicht geregelte Sachverhalte – Grundsätzliche methodische Überlegungen zur Analogie, dargestellt am Beispiel des Umwandlungsrechtes | 111 |
| <i>Anne Sophia-Marie van Aaken</i> Vom Nutzen der ökonomischen Theorie des Rechts für die Rechtsvergleichung | 127 |
| <i>Christoph Brömmelmeyer</i> Interaktive Regulierung: System und Prinzipien eines künftigen internationalen Kartellrechts | 151 |
| <i>Astrid Tangl</i> „Elektronische“ Geschäftsbedingungen („e-AGB“): Ein Blick auf einschlägige Rechtsgrundlagen und Entwicklungen in der EU (insbes. Österreich) und in den USA – Überlegungen zu einer „internetspezifischen“ Einbeziehungskontrolle | 167 |
| <i>Martin Gebauer</i> Interne Harmonisierung durch autonome Rechtsangleichung | 201 |

| | |
|--|-----|
| <i>Bernd Terlitzka</i> | |
| Neutralitätspflicht des Leitungs- oder Verwaltungsorgans der Zielgesellschaft bei „feindlichen“ Übernahmen | 217 |
| <i>Jochen Hoffmann</i> | |
| Globale und regionale Vereinheitlichung des Rechts der grenzüberschreitenden Überweisung: Ansätze, Prinzipien und Stand der Harmonisierung..... | 247 |
| <i>Tobias Helms</i> | |
| Zivilrechtliche Aspekte internationaler Kindesentführungen – Der Rückführungsmechanismus des Haager Kindesentführungsübereinkommens und seine Erstreckung auf vom Übereinkommen nicht erfaßte Sachverhalte | 267 |
| Autoren und Herausgeber..... | 281 |

Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips¹

Graf-Peter Calliess

- I. Die Gegenwart als Differenz von Zukunft und Vergangenheit
- II. Begriff und Phänomene der Privatautonomie
 - 1. Die formal-wirtschaftsliberale Verkürzung der Privatautonomie
 - 2. Die material-sozialdemokratische Verkürzung der Privatautonomie
 - 3. Zur Aufklärung der Privatautonomie
 - 4. Prozedurale Privatautonomie
 - a) Autonomie und Heteronomie
 - b) Private und öffentliche Autonomie
 - c) Phänomene der Privatautonomie
 - d) Einige Schlußfolgerungen
- III. Inhalt und Schranken der Privatautonomie
 - 1. Immanente Schranken einer prozeduralen Privatautonomie
 - 2. Prozedurale Entscheidungsbedingungen und Entscheidungskontext
 - 3. Prozedurale Kontrollfolgen
- IV. Privatautonomie als gemeineuropäisches Rechtsprinzip
 - 1. Privatautonomie in der gemeineuropäischen Rechtstradition
 - 2. Privatautonomie in der Europäischen Verfassung
 - 3. Prozedurale Privatautonomie in der Europäischen Union

I. Die Gegenwart als Differenz von Zukunft und Vergangenheit

Wer es unternimmt, Aussagen über die Zukunft eines Rechtsprinzips zu machen, begibt sich in eine doppelte Gefahr: Zum einen setzt er sich dem Vorwurf aus, wissenschaftlich nicht haltbare Spekulation zu betreiben, zumal wenn er seine Thesen im Kreise einer Gesellschaft – wenn auch junger – Zivilrechtswissenschaftler vorbringt. Zum anderen macht er es seinen Kritikern besonders leicht. Anstatt die Mühsal der argumentativen Auseinandersetzung auf sich zu nehmen, können diese sich nämlich bequem zurücklehnen und zuwarten, bis die Thesen des Autors durch bloßen Zeitablauf selbst widerlegt werden. Denn die Zukunft ist stets kontingent, kann also so oder anders ausfallen.

Muss sich eine als Wissenschaft betriebene Jurisprudenz also entweder auf die Vergangenheit als Rechtsgeschichte oder auf die Gegenwart als Lehre vom positiven Recht und dessen systematischer Durchdringung in Form der Rechtsdogmatik beschränken? Ich meine nicht. Denn alles, was überhaupt geschieht, geschieht gleichzeitig: Erinnerung der

¹ Gekürzte Fassung des Vortragsmanuskripts. Die Nachweise beschränken sich mit Rücksicht auf die Verlagsvorgaben zum Umfang des Textes auf ein Minimum.

Vergangenheit ist ebenso wie Erwartungsbildung über die Zukunft nur in der Gegenwart möglich. Die jeweils aktuelle Gegenwart selbst aber ist unbeständig, flüchtig, nichtig. Als bloße Differenz repräsentiert sie deshalb die Einheit der Unterscheidung von Gestern und Morgen.² Gemäß ihrem auch instrumentellen Charakter geht es der Wissenschaft darum, aus vergangenen Ereignissen auf Strukturen zu schließen, die die Vorhersage künftiger Ereignisse ermöglichen. So wie die Physik etwa aus dem Fallen von Äpfeln die Naturgesetze der Mechanik ableitet, um die Natur beherrschbar, und das heißt vor allem vorhersehbar zu machen, so geht es der Rechtsdogmatik darum, aus vergangenen Urteilen Regeln abzuleiten, die zukünftige Entscheidungen erwartbar machen.

Soweit sich Urteile aus dem Gesetz ableiten lassen, hat es die Lehre vom positiven Recht besonders einfach, da die relevanten Regeln ja schriftlich fixiert sind. Sieht man die Aufgabe der Rechtswissenschaft aber darüber hinaus auch in der Kritik des positiven Rechts, so sind hingegen sehr komplexe normative Probleme involviert. Hierin liegt die Herausforderung einer Rechtsphilosophie, die die Geltung von übergesetzlichen, nur unzureichend positivierten Rechtsprinzipien begründen, bzw. Inhalt und Grenzen etwa der Privatautonomie auf den Begriff bringen will. Diese normative Sichtweise kann durch eine soziologische Perspektive ergänzt werden, nach der sich Recht und Rechtsideen immer als Antwort auf konkrete gesellschaftliche Problemlagen darstellen. Ein Wandel der Gesellschaft und ihrer Probleme spiegelt sich demnach immer auch im Recht, das sich als System bei der alltäglichen Bearbeitung von Konflikten von einem impliziten Gesellschaftsbild leiten lässt. Im Normalfall folgt die Evolution des Rechts dem Wandel der Gesellschaft gleichsam blind, so dass Vergangenheit in Form von Tradition und Überlieferung nur als Ausgangslage gegenwärtiger Rechtsentscheidungen den Entscheidungskontext bildet, während die Zukunft in Form der Entscheidungsfolgen als weitgehend unproblematisch ausgeblendet wird.

In Zeiten eines rapiden Wandels der gesellschaftlichen Problemlagen können die herrschenden Grundannahmen allerdings soweit erschüttert werden, dass die evolutionäre Fortschreibung der Vergangenheit in der Gegenwart zunehmend in Frage gestellt wird. Die Gegenwart wird dann als Krise empfunden und die Frage nach der Zukunft als so oder anders denkbare wird zum dringenden Problem. Angesichts eines sich abzeichnenden revolutionären Paradigmenwechsels³ schlägt dann die Stunde des Historikers, der dem Bedürfnis nach Selbstversicherung über die Grundlagen und Anfänge der gegenwärtigen Kultur ebenso dienen, wie er mit seinem für größere evolutionäre Zusammenhänge geschulten Blick zur Reduktion der komplexen Zukunft beitragen kann, indem er aus der Vielzahl der möglichen Zukunftsszenarien einige Varianten aufgrund der geschichtlichen Erfahrung als wahrscheinlich ausweist.⁴

Es ist daher kein Zufall, wenn wir die gegenwärtig herrschende Interpretation der Rechtsevolution der vergangenen zwei Jahrhunderte vor allem den Rechtshistorikern

2 Zur Gegenwart als Differenz, bzw. Einheit der Unterscheidung von Vergangenheit und Zukunft vgl. *Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1998, S. 52 f., 270 f., 581.

3 Zu diesem Begriff *Kuhn*, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2nd ed., 1970. Von Rechtsparadigmen spricht *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, Kap. IX.

4 *Berman*, *Recht und Revolution* (1983), dt. 1995, Einleitung.

verdanken.⁵ *Franz Wieacker* arbeitete die These von der Materialisierung des Privatrechts im 20. Jahrhundert vor dem Hintergrund des bürgerlichen Formalrechts als „Sozialmodell“ des BGB heraus.⁶ Und als öffentlich-rechtliche Parallele ist auf die Debatte um Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit und den Übergang vom bürgerlichen, formal-freiheitlichen Rechtsstaat zum sozialen und materiellen Rechtsstaat, wie er insbesondere von *Dieter Grimm* beschrieben wurde, zu verweisen.⁷ Viele unserer akademischen Lehrer, die in den sechziger Jahren habilitiert wurden und sich gegenwärtig im Prozess der Emeritierung befinden, widmeten ihre wissenschaftliche Schaffenskraft dem Nachvollzug und der dogmatischen Ausarbeitung des Übergangs vom liberalen Nachwächterstaat zum demokratischen Sozialstaat, und damit der inhaltlichen Inpflichtnahme einer materiell verstandenen Privatautonomie im Hinblick auf soziale Gerechtigkeit. Dies war nicht nur gerechtfertigt, weil die soziale Frage in der Tat das drängendste Anliegen des „sozialdemokratischen 20. Jahrhunderts“⁸ bildete, sondern wird auch nur vor dem gerade im geteilten Deutschland enorm wirksamen Hintergrundkonsens verständlich, den sozial gebändigten Kapitalismus der Bundesrepublik als das dem Staatssozialismus der DDR überlegene Gesellschaftsmodell zu beweisen.

Dieser Hintergrundkonsens wirkte allerdings lange als Denkblockade. Zwar wurde die Materialisierung des Privatrechts⁹ immer wieder als Krise klassischer Rechtsstaatlichkeit¹⁰ oder gar der westlichen Rechtstradition insgesamt¹¹ beschrieben. Und in den juristischen Nachbardisziplinen zeichnete sich schon lange ab, dass der Materialisierung des Rechts die Grundlagen abhanden gekommen waren. Angesichts des Scheiterns aller materiellen Gerechtigkeitstheorien setzten sich in der Philosophie unterschiedliche Spielarten von prozeduralen Rationalitätstheorien durch (*Perelman, Rawls, Habermas, Apel*).¹² Und in der

5 Der Ansatz geht allerdings auf *M. Weber* (Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1972, Teil 2, Kap. VII § 8) zurück, der die Entwicklung der westlichen Rechtssysteme in der Moderne als Umstellung von materialer auf formale Rationalität beschrieb.

6 *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 514 ff.

7 Vgl. die Aufsatzsammlungen von *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, sowie *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, 1991. Grundlegend bereits *Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland (1960), in: *Forsthoff* (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 461 ff.; *Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: *FS A.Arndt*, 1969, S. 53 ff.

8 *Dahrendorf*, Der moderne soziale Konflikt, 1992.

9 Erwähnt seien hier die Ergänzung und Verdrängung von Wille und Schuld als Verpflichtungsgründe durch Vertrauens- und Gefährdungshaftung, die Begrenzung der Vertragsfreiheit durch richterliche Konditionen-, Preis-, Abschluss- und Beendigungskontrollen anhand von Generalklauseln und deren Ausfüllung durch als objektive Werte verstandene Grundrechte sowie die Neuschaffung von nicht dispositivem Gesetzesrecht namentlich für die Bereiche Arbeit, Wohnen, Reisen und generell als Verbraucherschutzrecht. Ein sehr guter Überblick bei *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 2 II, III; § 34, § 42. Vgl. neuerdings auch *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, *AcP* 200 (2000), S. 273-364.

10 *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933; *Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, *FS C.Schmitt*, Berlin 1959, S. 35 ff.; *K. Huber*, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, Berlin 1963; *Maus*, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: *Tohidipur* (Hrsg.), Der bürgerliche Rechtsstaat, Ffm 1978, Bd. 1, S.13 ff.; *E. Wolf*, Die Krise des Rechtsstaats, in: *Lilke* (Hrsg.), Die Krise des Rechtsstaats, Marburg 1995, S. 35 ff.; zusammenfassend *Callies*, Prozedurales Recht, 1999, S. 60 ff.

11 *Berman*, Recht und Revolution, S. 65 ff.

12 *A.Kaufmann*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1989; *R. Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992; *Callies*, Prozedurales Recht, S. 29 ff., 91 ff., jeweils m.w.N.

Soziologie war die Auflösung der industriellen Klassengesellschaft mit ihren bestimmten Faktoren Kapital und Arbeit als Basis klassischer Sozialstaatlichkeit sowie die zunehmende Dominanz von Wissen, Information und Kommunikation als Grundlage einer radikal individualisierten Dienstleistungsgesellschaft längst ausgemachte Sache.¹³

Aber erst mit dem endgültigen Untergang der sozialistischen Systeme und nach der Überwindung der These vom nunmehr anbrechenden „Ende der Geschichte“¹⁴ ist der Blick frei geworden für die beschriebenen gesellschaftlichen Veränderungen. Und weil diese Veränderungen so lange verdeckt blieben, ist das Recht in eine neuerliche Krise gestürzt. Gleichsam als „Abschiedsvorlesung“ hören wir von unseren akademischen Lehrern allerorten das Credo: „Wir sind zu weit gegangen mit der Materialisierung des Rechts“.¹⁵ Besteht die Antwort aber einfach in der Reformalisierung des Privatrechts, also der „Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts“¹⁶, oder im „Zurück von der Sozialautonomie zur Privatautonomie“, wie *Reichold*¹⁷ es vor dieser Gesellschaft im Jahr 1992 formuliert hat? Die Schlagwörter der Liberalisierung von Monopolen¹⁸, der Privatisierung von Staatsunternehmen, der Staatsaufgaben- und Verwaltungsprivatisierung¹⁹ deuten jedenfalls auf eine zunehmende Bedeutung des Privatrechts hin.²⁰

Als Variante zeichnet sich hingegen eine Prozeduralisierung des Rechts²¹ ab, also eine Ersetzung des materialen durch ein prozeduralistisches Rechtsparadigma, dessen Konturen und Auswirkungen auf das Recht allerdings noch recht unbestimmt sind. Für den Bereich des öffentlichen Rechts deutet die Debatte um einen prozeduralen Grundrechts-

13 *D.Bell*, *The Cultural Contradictions of Capitalism* (1976), 20th ed. 1996; *Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986; *Willke*, *Ironie des Staates*, 1992; zusammenfassend *Calliess*, *Prozedurales Recht*, S. 55 ff. m.w.N.

14 *F. Fukuyama*, *The End of History and the Last Man* (1991), Penguin Books 1993.

15 *Medicus*, *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?*, 1994; *Sandrock*, *Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts*, JZ 1996, 1 ff., 5: „Verlust an Parteiautonomie im internationalen Schuldrecht“; *Rüthers*, *Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten? Am Beispiel des Kündigungsschutzrechts*, NJW 1998, 1433 ff., 1895f.: „Kündigungsschutzrecht als Ursache der Arbeitslosigkeit“; *Diederichsen*, *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*, AcP 198 (1998), 171 ff.: „Souveränität des Zivilrechts gegenüber dem Verfassungsrecht“.

16 *Mestmäcker*, *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, *Rechtshistorisches Journal*, 10 (1991), 177 ff.

17 *Reichold*, *Von der „Sozialautonomie“ zurück zur Privatautonomie*, *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler* 1992, 63 ff.

18 *Bahnbrechend für die deutsche Diskussion Mestmäcker* (Hrsg.), *Kommunikation ohne Monopole*, 1980; sowie *ders.* (Hrsg.), *Kommunikation ohne Monopole II*, 1995.

19 *Hoffmann-Niem*, *Verfahrensprivatisierung als Modernisierung*, DVBl. 1996, 225 ff.

20 Während *L. Raiser* (*Die Zukunft des Privatrechts*) noch 1971 den zunehmenden Kompetenzverlust des Privatrechts beklagte, rief *Biedenkopf* (*Die Wiederentdeckung des Privatrechts*, FS Coing II, 1982, S. 21 ff.) bereits 10 Jahre später eine Renaissance des Privatrechts aus, welche m.E. aber erst in den vergangenen Jahren zu greifen begonnen hat.

21 An der Diskurstheorie orientiert *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992; *Eder*, *Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 155 ff.; *Maus*, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, 1992; *Wielhöfer*, *Proceduralisation of the Category of Law*, in: *Joerges/Trubek* (Ed.), *Critical Legal Thought*, 1989, S. 501 ff.; an der Systemtheorie orientiert *Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, 1989; *Willke*, *Ironie des Staates*, 1992; an der Postmoderne orientiert *Ladewig*, *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, 1992; *Vesting*, *Prozedurales Rundfunkrecht*, 1997; an der Institutionentheorie orientiert *Schuppert*, *Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation – Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens*, AÖR 1989, S. 127 ff.; *ders.*, *Institutional Choice im öffentlichen Sektor*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994, S. 647 ff., *Hagenah*, *Prozeduraler Umweltschutz*, 1996.

schutz und einen prozeduralen Rechtsstaat,²² den Übergang von der Erfüllungsverantwortung zur Gewährleistungsverantwortung im Bereich der Staatsaufgaben,²³ einer deliberativen Politik und ihrer Einbettung in eine zivile Bürgergesellschaft, die von einem aktivierenden Staat gefördert wird,²⁴ sowie die Rede vom öffentlichen Recht und dem Privatrecht als wechselseitiger Auffangordnungen²⁵ darauf hin, dass eine Reformalisierung des Rechtsstaats und ein Zurück zum liberalen Nachwächterstaat unter modernen gesellschaftlichen Bedingungen eher unwahrscheinlich ist.²⁶ Ohnehin gilt der Satz: Geschichte wiederholt sich nicht.

In einer Situation, in der auch angesichts der magischen Jahreszahl 2000 ein erhöhtes Bedürfnis nach Reflexionen über die Zukunft des Rechts besteht,²⁷ soll hier von der Zukunft der Privatautonomie die Rede sein. Und deshalb richtet sich der Blick zunächst in die Vergangenheit, zu den Ursprüngen dieses Rechtsinstituts.

II. Begriff und Phänomene der Privatautonomie

Auch nach neuester wissenschaftlicher Erkenntnis²⁸ haftet dem Begriff der Privatautonomie etwas Formelhaftes und Unverbindliches an, eine Verständigung über den exakten Sinngehalt ist ausgeblieben. Der Begriff wurde erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts als Sammelbezeichnung für die Vertragsfreiheit, die Freiheit des Eigentums, die Testierfreiheit und die Vereinigungsfreiheit geläufig und stieß zunächst auf Ablehnung, da er auf eine den Privatrechtssubjekten vom Staat lediglich belassene Gestaltungsmacht hinweise. In der Nachkriegszeit setzte sich der Begriff als Bezeichnung des Bereichs individueller Gestaltungsvorrechte, die der Gesetzgeber in der Privatrechtsordnung als Ausformung der Wertprinzipien der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit anerkannt hat, durch.

Obwohl gerade die Eigentums- und Testierfreiheit sowie die Vereinigungsfreiheit in den speziellen Grundrechten der Art. 14 I und 9 I GG gewährleistet sind, während sich

22 Callies, Prozedurales Recht, S. 202 ff.

23 Eijfert, Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, S. 15 ff. m.w.N.

24 Habermas, Faktizität und Geltung, Kap. VII. u. VIII.; Gerstenberg, Bürgerrechte und deliberative Demokratie, 1997; Dahrendorf, Ein neuer Dritter Weg? Reformpolitik am Ende des 20. Jahrhunderts, 1999; Gerhard Schröder, Die zivile Bürgergesellschaft. Anregungen zu einer Neubestimmung der Aufgaben von Staat und Gesellschaft, in: Die neue Gesellschaft – Frankfurter Hefte 4/2000.

25 Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem Staat“. Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich ändernden Verhältnisses von öffentlichem und privaten Sektor, 1999.

26 Grimm, Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?, JuS 1980, S. 704 ff.; Zumbansen, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat. Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag, 2000, S. 22 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

27 Vgl. zuletzt Meier-Schatz [Hrsg.], Die Zukunft des Rechts, 1999.

28 Ich beziehe mich im folgenden auf die Habilitationsschrift meines ehemaligen Kollegen Jan Busche (Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999), der Literatur und Rechtsprechung zur Privatautonomie umfassend analysiert (§2). Im übrigen sei pauschal auf das Fundamentalwerk von Bydlinski (System und Prinzipien des Privatrechts, 1996) verwiesen, dessen Lektüre die folgenden Ausführungen in im einzelnen nicht mehr belegbarer Weise beeinflusst hat.

die Vertragsfreiheit – im Gegensatz zur ausdrücklichen Gewährleistung in Art. 152 der Weimarer Reichsverfassung – nur mittelbar als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG ergibt, wird der Begriff der Privatautonomie häufig als Synonym für Vertragsfreiheit benutzt. Und in Verkennung der ganzen Bandbreite der Vertragsfreiheit wird diese regelmäßig auf den Bereich der wirtschaftlichen Freiheit, und damit auf den gegenseitigen Austauschvertrag verkürzt.²⁹ Genau auf dieser Reduktion der Privatautonomie auf die wirtschaftlichen Austauschverhältnisse beruhen m.E. zwei Missverständnisse, die den Blick auf die grundsätzliche Bedeutung und den Inhalt von Privatautonomie verstellen.

1. Die formal-wirtschaftsliberale Verkürzung der Privatautonomie

Stellvertretend für das wirtschaftsliberale Verständnis der Privatautonomie soll hier auf die Ideen von *Franz Böhm* zu „Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft“ zurückgegriffen werden.³⁰ Zutreffend geht *Böhm* davon aus, dass der Begriff der Privatautonomie seinem Inhalt nach entscheidend durch die Philosophie der Aufklärung bestimmt wurde. Zwar hat der Vertrag selbst als Rechtsinstitut keinen Anfang, sondern erscheint als unvordenklich wirksame Form des Verkehrs zwischen Freien und Gleichen. Seine Ursprünge mögen im Tauschhandel primitiver Stämme liegen, alle bekannten Hochkulturen kannten jedenfalls ein mehr oder weniger elaboriertes System von Verträgen, das im Kern den im besonderen Schuldrecht normierten Vertragstypen entspricht. Seine Legitimation bezieht der Vertrag aus dem universellen Geltungsgrund des Konsens der Vertragsparteien, die sich als gleichberechtigt Gegenübertretende ein Versprechen geben, das in der Folge einzulösen ist (*pacta sunt servanda*). Bezeichnenderweise enthält etwa die Nikomachische Ethik des Aristoteles³¹ als eines der ersten überlieferten philosophischen Werke, welches das gesamte neuzeitliche Denken maßgeblich geprägt hat, eine Vertragstypik sowie eine Lehre der synallagmatischen Vertragsgerechtigkeit, die, seit dem Mittelalter als commutative Austauschgerechtigkeit bezeichnet, bis in das 20. Jahrhundert die Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Vertrages beeinflusst hat, aber keine Begründung der Verbindlichkeit von Verträgen überhaupt. Diese wurde von Aristoteles und wird seitdem regelmäßig vorausgesetzt.³²

Das Privatrecht als Verkehrsform der Freien und Gleichen – im Gegensatz zum vom Über-/Unterordnungsverhältnis geprägten öffentlichen Recht – hatte allerdings in der Geschichte jeweils nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung, da der Großteil der Bevölkerung weder frei noch gleichberechtigt war.³³ Das gilt nicht nur – wie *Böhm* zutreffend beschreibt – für das Mittelalter, wo originäre Freiheiten nur dem Adelsstand (den „Freiherren“) und dem Klerus zukamen, während dem „dritten Stand“ lediglich derivative Autonomie in Form von inhaltlich extrem beschränkten Privilegien eingeräumt wurde

29 *Busche*, Privatautonomie, S. 15 mit FN 2 sowie ausführlich zur Vertragsfreiheit § 3 m.w.N.

30 *Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966), 75 ff.

31 *Aristoteles*, Die Nikomachische Ethik, übersetzt von Olof Gigon, 2. Aufl. 1967, 5. Buch Nr. 5; Vgl. dazu auch *Ochsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 55 ff.

32 Vgl. *Kant* (Metaphysik der Sitten, WW IV, S. 385): „Die Frage war: warum soll ich mein Versprechen halten? Denn daß ich es soll, begreift ein jeder von selbst. Es ist aber schlechterdings unmöglich, von diesem kategorischen Imperativ noch einen Beweis zu führen ...“

33 Zur Geschichte der Vertragsfreiheit vgl. *Busche*, Privatautonomie, S. 46 ff. m.w.N.

und weite Teile der Bevölkerung als Leibeigene schlicht unfrei waren, sondern auch für die antiken Hochkulturen in Athen und Rom, wo Freiheit und Gleichheit der erlesenen Zahl von Bürgern vorbehalten war, während im übrigen Sklaverei herrschte.

Die Revolution der Aufklärung lag demgegenüber in der Proklamation von Freiheit und Gleichheit als jedem Menschen angeborenes und unveräußerliches Menschenrecht. Und in der Realisierung dieser Idee infolge der französischen und amerikanischen Revolution gründete sich die Gesellschaft in der Tat – wie Böhm sagt – als Privatrechtsgesellschaft, indem das Privatrecht als traditionell überlieferte Verkehrsform der Freien und Gleichen empirisch enorm an Bedeutung gewann. Allerdings bleibt die Rolle des Staates in Böhms Erzählung erstaunlich unterbelichtet, obwohl gerade die Theorie des demokratischen Rechtsstaats im Gegensatz zum Privatrecht den Hauptgegenstand der Philosophie der Aufklärung bildete. Bei Böhm finden Staat und Gesetzgeber aber nur nackt und ohne Zusätze Erwähnung und bilden damit ein Kontinuum, das die Revolution gleichsam unbeschadet überlebt hat. Der Gesetzgeber hat lediglich eine Rahmenordnung – vor allem als Privatrechtsordnung – zur Verfügung zu stellen, innerhalb derer sich die Gesellschaft frei entfalten kann, im übrigen hat sich der Staat möglichst aller regulierender Eingriffe zu enthalten. Denn dem Gemeinwohl – so wird im Anschluss an *Adam Smiths* Theorie von der *invisible hand* vertreten – wird am besten gedient, wenn jeder innerhalb der Privatrechtsgesellschaft seinen Eigennutz maximiert. Die Privatautonomie wird damit nicht nur auf wirtschaftliche Freiheit reduziert, sondern auch relativiert, indem die Funktion der Vertragsfreiheit jenseits ihres normativen Sinns nur darin gesehen wird, den Gesetzen des Markts als einem zentraler Planung überlegenen dezentralen Informationsverarbeitungs- und Entscheidungssystem – dem Entdeckungsverfahren Wettbewerb – zum Durchbruch zu verhelfen. Die in den Grundrechten verbürgte Privatautonomie erscheint dann bloß als Abwehrrecht des marktwirtschaftlichen Systems gegen kontraproduktive Eingriffe eines planenden Staats.³⁴

Diese Verkürzung der Privatautonomie ist Ergebnis des Sonderwegs, den die verspätete Nation Deutschland innerhalb der westlichen Rechtstradition im 19. Jahrhundert eingeschlagen hat. Die strikte Dichotomie zwischen Staat und Gesellschaft gründet in der fehlgeschlagenen Revolution von 1848 und der resultierenden Aufspaltung in Liberaldemokraten und National- und Wirtschaftsliberale, die sich mit Bismarck zu einem Projekt der deutschen Einheit verbündeten, in welchem Privatautonomie in der Tat nur als individuelle Wirtschaftsfreiheit verwirklicht wurde, und die Grundrechte nur als Abwehrrechte gegenüber dem Kontinuum des monarchischen Staats erscheinen konnten.³⁵ Dieser Gesellschaftsvertrag hatte allerdings mit dem von *Rousseau* und *Kant* beschriebenen wenig gemein, sondern entsprach eher einem *Hobbesschen* Unterwerfungsvertrag, nach dem jede Form von öffentlicher oder privater Autonomie als derivativ vom Staat gewährt erschien.³⁶

34 Vgl. auch *Nörr*, Eher Hegel als Kant, Zum Privatrechtsverständnis des 19. Jahrhunderts, 1991.

35 *Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 1975, der den deutschen Sonderweg im Vergleich zur Entwicklung der englischen Parlamentarismustradition beschreibt (§§ 74–76)

36 Zu den Lehren vom Gesellschaftsvertrag vgl. *Maus*, Aufklärung.

2. Die material-sozialdemokratische Verkürzung der Privatautonomie

Die vom Sozialmodell der industriellen Klassengesellschaft und ihrem Sozialstaat getragene Materialisierung des Privatrechts hat nun die auf halbem Wege stehen gebliebene Revolution nicht nachträglich vervollständigt, sondern im Gegenteil die beschriebene Verkürzung der Privatautonomie nochmals perpetuiert. Das Sozialstaatsprojekt hält an der strikten Trennung von Staat und Gesellschaft fest, allerdings mit umgekehrten Vorzeichen: Der Staat erscheint als Sphäre des universellen Altruismus und die Gesellschaft als Sphäre des universellen Egoismus (*Hege*). Die jetzt demokratisierte Gesetzgebung wird schlicht als Herrschaft der im Hinblick auf Besitz und Bildung als faktische Voraussetzung der Ausübung formaler Freiheit benachteiligten und deshalb schutzbedürftigen Mehrheit über die privilegierte Minderheit der Kapitalisten verstanden. Infolge der bei *Marx* angelegten Überbetonung der wirtschaftlichen Beziehungen wird an der Reduktion der Privatautonomie auf den entgeltlichen Austauschvertrag festgehalten. Entsprechend der dominanten Klassenkampfrhetorik erscheint der Vertrag aber nicht mehr in seinem prozeduralen Sinn als Rechtsinstitut zur Verwirklichung von Menschenwürde und freier Entfaltung der Persönlichkeit, sondern als bürgerliches Instrument zur verschleierte Durchsetzung wirtschaftlicher Macht.³⁷ Zur Korrektur allfälliger Ungleichgewichtslagen greift der Staat deshalb schützend zugunsten der wirtschaftlich, informationell oder psychisch unterlegenen Partei ein, indem der Privatautonomie externe Schranken auferlegt werden.³⁸ Aufgrund der Verkürzung der Privatautonomie auf den entgeltlichen Austauschvertrag können diese unter Rückgriff auf die nur für diesen Spezialfall einschlägige *ius commutativa* als soziale Gerechtigkeit bestimmt werden. Unter Ausblendung der autorisierenden Funktion der die Privatautonomie garantierenden Grundrechte, werden die Vertragsinhalte unter Rückgriff auf den als objektive Wertordnung interpretierten Grundrechtskatalog bzw. auf das im dispositiven Gesetzesrecht enthaltene Leitbild eines gerechten Interessenausgleichs nunmehr heteronom bestimmt.³⁹ Die im Leitbild des geradezu dämlichen Verbrauchers⁴⁰ zum Ausdruck kommende Maßlatte für ein Vertragsgerechtigkeit gewährleistendes Verhandlungsgleichgewicht wird dabei so hoch angesetzt, dass die prozedurale Dimension der Vertragsfreiheit als Recht, welches *ausgeübt* werden muss, durch ein materiales Verständnis der Rechte als *Güter*, die von der Rechtsprechung wohl abgewogen zugeteilt werden, ersetzt wird. Die darin zum Ausdruck kommende Tendenz von der autonomen zur heteronomen Rechtsgestaltung hat dem sozialen Schutzstaat den Vorwurf des Paternalismus eingetragen.⁴¹

37 *Kramer*, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, 1974, m.w.N.; Für Parallelen im Common Law *Gilmore/Collins*, The Death of Contract, 1995.

38 *Larenz/Wolf*, AT, § 42 m.w.N.; *Canaris*, AcP 200, 276, 295 ff.

39 Zu den Maßstäben der Inhaltskontrolle vgl. *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, § 10. Kritisch zum Leitbilddenken *Oechsler*, Gerechtigkeit, § 5.

40 *Schünemann*, Mündigkeit versus Schutzbedürftigkeit, in: FS Brandner, 1996, S. 279 ff.

41 Zum prozeduralen Verständnis von Rechten und zum Paternalismusvorwurf vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, Kap. IX; *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996.

3. Zur Aufklärung der Privatautonomie

Ein gänzlich anderes Verständnis von Privatautonomie, das im folgenden für die Zukunft der Privatautonomie fruchtbar gemacht werden soll, ergibt sich hingegen, wenn man auf die Begründung der Theorie vom demokratischen Rechtsstaat in den Lehren vom Gesellschaftsvertrag bei *Rousseau* und *Kant* rekurriert.⁴² Obwohl gerade *Kant* in seinen Vernunftkritiken die Unmöglichkeit einer objektiv gültigen, allgemeinverbindlichen materialen Ethik begründet hat, wurde seine Philosophie aufgrund der von ihm praktizierten Methode der Ausfüllung des formalen Universalisierungsprinzips im Wege der monologischen Anwendung des kategorischen Imperativs als „Probierstein“ allerdings häufig material interpretiert.⁴³ *Kant* selbst räumt seinen diesbezüglichen Ausführungen allerdings nur einen relativen Status ein, während der Kern seiner *a priori* gültigen Ausführungen sich auf die Beschreibung eines Erkenntnisverfahrens beschränken und damit als prozedurales Vernunftrecht bezeichnet werden kann.⁴⁴

Der eigentliche Clou der Lehren vom Gesellschaftsvertrag – so die hier vertretene These – besteht aber nicht in der aus dem Postulat der Freiheit und Gleichheit aller Menschen folgenden Etablierung einer Privatrechtsgesellschaft, sondern in der radikalen *Begründung des Staats aus der Privatautonomie*. Freiheit ist nach *Kant* die Freiheit, nur nach selbstgesetzten Gesetzen zu leben. Der kategorische Imperativ lautet demnach: Handle so, dass die Maxime deiner Handlung zugleich allgemeines Gesetz werden könnte. Im Begriff der Freiheit ist also die Notwendigkeit von Regelmäßigkeit und damit eine immanente Begrenzung der Freiheit schon enthalten. Die Grenze der Freiheit ergibt sich aber nur aus dem Recht jedes anderen Menschen auf die gleiche Freiheit. Eine regellose Freiheit im Sinne der natürlichen Freiheit, zu tun und zu lassen, was man will, ist damit nur im hypothetischen Fall des Robinson Crusoe denkbar. Ohne Gesellschaft, also ohne *alter ego* ist die Rede von Freiheit aber nicht sinnvoll, weil diese als solche wertlos ist, wenn sie nicht ein Recht gegenüber einem anderen meint. Immer dann, wenn der Mensch sich in Gesellschaft befindet, besteht hingegen ein Abstimmungsbedarf der Freiheit des einen mit der gleichen Freiheit aller anderen. Diese Abstimmung erfolgt durch allgemeines Gesetz und in diesem Zusammenhang bedeutet Freiheit Selbstgesetzgebung (Autonomie). Was in einer Gesellschaft als allgemeines Gesetz gelten soll, kann danach nicht heteronom, sondern nur durch Zustimmung aller bestimmt werden.⁴⁵

Die Volkssouveränität im Sinne einer demokratischen Gesetzgebung wird folglich aus dem vertraglichen Konsensprinzip abgeleitet, das die Gerechtigkeit der Gesetze verbürgt, weil niemand sich selbst Unrecht tun kann (*volenti non fit iniuria*).⁴⁶ Damit wird der Staat in der Lehre vom Gesellschaftsvertrag als *Privatrechtsstaat*, gleichsam als BGB-Gesellschaft, begründet. Orientierungsmodell ist dabei die Vereinigungsfreiheit, die als Teil der Privatautonomie die Schaffung juristischer Personen durch mehrseitigen Gesellschaftsvertrag verbürgt. Hierin liegt die eigentliche Radikalität der Philosophie der Aufklärung. Denn bevor die Bürger nicht durch Verfassungsvertrag in den bürgerlichen Zustand eintreten,

42 Zu *Kant* und *Rousseau* vgl. *Maus*, Aufklärung.

43 *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, 1993; *R. Dreier*, Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1986.

44 *Maus*, Aufklärung.

45 Vgl. die Darstellung bei *Callies*, Prozedurales Recht, S. 31 ff.

46 *Kant*, Metaphysik der Sitten, WW IV, S. 432; ders., Gemeinspruch, WW VI, S. 150; ebenso *Rousseau*, Gesellschaftsvertrag, II. Kap. 6.

gibt es gar keinen *legitimen* Staat und keinen Souverän, der über alle Rechte verfügen und den Bürgern derivative Autonomie gewähren könnte. Allerdings gibt es vor dem Gesellschaftsvertrag auch keine bürgerlichen Rechte vorrechtlicher Natur. Die Bürger erschaffen sich als Rechtssubjekte und den Staat vielmehr in einem autopoietischen Akt der Verfassungsgebung selbst, indem sie sich wechselseitig die gleichen Rechte zuerkennen. Der Staat ist in diesem Prozess nicht einmal für eine logische Sekunde im Besitz aller Rechte, sondern ist von vornherein Rechtsstaat mit begrenzten Kompetenzen, die sich aus der Notwendigkeit der Abstimmung der gleichen Freiheiten aller durch allgemeine Gesetze ergeben. Individuelle Menschenrechte und Volkssouveränität, private und öffentliche Autonomie sind deshalb *gleichursprünglich* und lediglich zwei Seiten derselben Medaille.⁴⁷

Unter der Geltung des Konsensprinzips haben individuelle Grundrechte in dieser Konzeption keine eigenständige rechtliche Bedeutung. Allerdings gilt nach *Kant* in großen Gesellschaften aus Praktikabilitätsgründen das Mehrheitsprinzip und das Prinzip der parlamentarischen Repräsentation des Volkes.⁴⁸ Die Geltung individueller Grundrechte resultiert in dieser Lage aus dem Bedürfnis des Minderheitenschutzes, wie er auch aus dem privaten Vereins- und Gesellschaftsrecht bekannt ist. Aus dieser Perspektive ergeben sich zwischen dem Recht der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und dem Recht der privaten Vereine erstaunliche Parallelen, die Rückwirkungen auf die Theorie der Privatautonomie zeitigen werden.⁴⁹

4. Prozedurale Privatautonomie

Unter Rückgriff auf die Neubegründung der Privatautonomie durch die Philosophie der Aufklärung können nunmehr Begriff und Phänomene dieses Rechtsinstituts erläutert werden. Prozedurale Privatautonomie meint dabei die Rekonstruktion der Grundbegriffe im Lichte eines prozeduralen Rechtsparadigmas, das den abstrakten Sinn dieses Rechtsprinzips unter modernen gesellschaftlichen Bedingungen zur Geltung bringen will.

a) Autonomie und Heteronomie

Autonomie (griech.: *autós* = selbst; *nómos* = Gesetz) ist Selbstgesetzgebung.⁵⁰ Der Begriff des „Selbst“ wird dabei nur vor dem Hintergrund der europäischen Geschichte der „Entdeckung des Individuums“ von der Renaissance (der profane Mensch des Humanismus) über die Reformation (Gewissen als individuelle Verantwortung vor Gott) bis zur Aufklärung (Selbstdenken – Selbstbildung – Selbstbestimmung) verständlich, die in der Erklärung der Menschenrechte mündet.⁵¹ Der Begriff des „Gesetzes“ ist denkbar weit zu

47 *Habermas*, Faktizität und Geltung, Kap. III. u. IV.; Wegen dieser Gleichursprünglichkeit überzeugen weder die Lehre von der originären privaten Rechtsetzungsmacht, noch die von der staatlichen Befugnisübertragung und schließlich auch nicht die von *Kirchhof* (Private Rechtsetzung, 1987, S. 138 ff.) vertretene Lehre der staatlichen Anerkennung privater Regeln.

48 *Kant*, Gemeinspruch, WW VI, S. 152 f.

49 Auf diese Parallelen weist auch *E. Wolf* (Die Krise des Rechtsstaats, a.a.O., S. 69) unter Verweis auf § 89 Abs. 1 BGB hin. Das System des Bürgerlichen Rechts sei deshalb das allgemeine System allen Rechts.

50 Vgl. Stichwort Autonomie in: *Brugger*, Philosophisches Wörterbuch, 1976.

51 *C. Taylor*, Quellen des Selbst. Die Entstehung der neuzeitlichen Identität, 1994; *R. van Dülmen*, Die Entdeckung des Individuums 1500-1800, 1997.

verstehen und umfasst auf der Grundlage eines Verständnisses des menschlichen Handelns als regelgeleitetes Handeln jede *Maxime*⁵² einer individuellen Handlung bis hin zum allgemeinen Gesetz. Nur ein derart weiter – modern ausgedrückt soziologischer – Gesetzesbegriff ist in der Lage, auch die Ausübung der Freiheit des Eigentümers in der in § 903 BGB erläuterten Form als privatautonome Rechtsausübung zu erfassen.⁵³

Versteht man Freiheit mit *Kant* als Recht, nur nach selbstgesetzten Gesetzen zu Leben, so sind Freiheit und Autonomie Wechselbegriffe.⁵⁴ Deshalb leuchtet es auch ein, wenn Vertrags- und Vereinigungsfreiheit sowie Eigentums- und Testierfreiheit unter dem Oberbegriff der *Privatautonomie* zusammengefasst werden. Der Begriff der Autonomie verdeutlicht, dass es sich bei diesen Rechten zuallererst weder um negative Freiheiten (Abwehrrechte) noch um Leistungsrechte (heteronome Zuteilung von Gütern), sondern um positive Rechtsgestaltungsfreiheiten (Selbstgesetzgebungsrechte) handelt, die als prozedurale Rechte *ausgeübt* werden wollen (nicht müssen).⁵⁵

Der autorisierende Sinn des Autonomiebegriffs wird schließlich durch seinen Gegenbegriff, die *Heteronomie* als Fremdgesetzlichkeit, erhellt. Heteronomie bedeutet danach, der Willkür eines anderen ausgeliefert zu sein, also Fremdbestimmung im Gegensatz zur Selbstbestimmung.⁵⁶ Für ein prozedurales Verständnis der Privatautonomie ist insofern bedeutend, dass jede Form richterlicher Inhaltskontrolle, ergänzender Vertragsauslegung und richterlicher Rechtsfortbildung als genaues Gegenteil von Autonomie zu verstehen ist, weil die Rechtsprechung nicht auf Konsens angewiesen ist⁵⁷ und auch keinen Konsens beschaffen kann.⁵⁸ Während sich das Rechtssubjekt im Falle einer gesetzlichen Einschränkung der Privatautonomie vermittelt über seine öffentliche Autonomie noch als Autor des Gesetzes verstehen kann, tritt ihm die Judikative – soweit sich deren Maßnahmen nicht eindeutig aus dem Gesetz ergeben – als heteronome Gewalt gegenüber, die unter Rückgriff auf materiale Grundwerte benevolent, aber paternalistisch in die Rechtsgestaltungsfreiheit des Subjekts eingreift.⁵⁹

52 Im Sinne von *Kant* (*Metaphysik der Sitten*, WW IV S. 331): „Die Regel des Handelnden, die er sich selbst aus subjektiven Gründen zum Prinzip macht, heißt seine *Maxime*.“

53 Zur privaten Rechtsetzung aufgrund subjektiver Rechte (z.B. Eigentum) vgl. *Kirchhof*, *Private Rechtsetzung*, S. 354 ff., 387 ff.

54 *Kant*, *Grundlegung zu einer Metaphysik der Sitten*, WW IV, S. 86: „... Freiheit und eigene Gesetzgebung des Willens sind beides Autonomie, mithin Wechselbegriffe ...“.

55 Zum prozeduralen Grundcharakter von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit vgl. *Canaris*, AcP 200, 273, 283 ff., wobei allerdings im Anschluss an *Kaufmann* (Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit) nicht zwischen prozeduralen und formalen Elementen unterschieden wird.

56 *Bruggen*, a.a.O.

57 Vgl. *Teubner*, *Ist das Recht auf Konsens angewiesen? Zur sozialen Akzeptanz des modernen Richterrechts*, in: *H.-J. Giegel* (Hrsg.), *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*, 1992, S.197 ff.

58 Auf Konsensbeschaffung ist vielmehr das politische System spezialisiert, das Recht besorgt sich Konsens deshalb über seine strukturellen Kopplungen an Politik (Verfassung, Gesetz) und Wirtschaft (Eigentum, Vertrag) und weitere gesellschaftliche Autonomiesphären: *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*; *Callies*, *Prozedurales Recht*, S. 186 ff. Einfacher ausgedrückt ist die ratio der funktionalen Gewaltenteilung gemeint.

59 *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, V,VI; *Enderlein*, *Rechtspaternalismus*.

b) Private und öffentliche Autonomie

Die zweite im Begriff der Privatautonomie angelegte Unterscheidung ist die Differenz zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen Individuum und Gemeinschaft. Entgegen der angesprochenen obrigkeitstaatlichen Tradition in der deutschen Rechtswissenschaft ist diese Unterscheidung im demokratischen Verfassungsstaat aber qualitativ eine völlig andere, als die zwischen Autonomie und Heteronomie. Denn sowohl private als auch öffentliche Autonomie ergeben sich *gleichursprünglich* aus dem in den Menschenrechten und Grundfreiheiten angelegten Selbstbestimmungsrecht des Subjekts. Damit soll in keiner Weise bestritten werden, dass ein relevanter Unterschied zwischen individuell ausgeübter Privatautonomie und öffentlich ausgeübter Volkssouveränität besteht. Denn in einer großen Gesellschaft hat die Stimme des Einzelnen selbst unter Geltung des Konsensprinzips natürlich ein viel kleineres Gewicht als bei der einseitigen Ausübung der Eigentumsfreiheit, Testierfreiheit oder den einseitigen Rechtsgeschäften des Schuldrechts.⁶⁰ Schon beim zweiseitigen Vertrag liegt aber eine gemeinsame Selbstbestimmung vor und die Einigung wird – jedenfalls bei Verhandlungsgleichgewicht – nur durch einen intersubjektiven Rollentausch ermöglicht, der eine partielle (*i.e. inter partes*) Verallgemeinerbarkeit der Vertragsinhalte gewährleistet. Im Bereich der empirisch sehr bedeutsamen Vereinigungsfreiheit erschöpft sich das Konsensprinzip hingegen zumeist im Gründungsakt durch mehrseitigen Vertrag, wohingegen Beschlüsse in der Folge regelmäßig nach dem Mehrheitsprinzip erfolgen. In der Vereinigungsfreiheit besteht ein fließender Übergang von der Privatautonomie zur öffentlichen Autonomie, der sich in den vielfältigen Formen von gemeinschaftlich ausgeübter Selbstbestimmung in Gesellschaften, Vereinen, und Körperschaften spiegelt. Bei dieser sozial (i.S.v. „in Gesellschaft“) ausgeübten Autonomie verschwimmen die Grenzen zwischen privat und öffentlich. Dies gilt nicht nur für das Maß an Freiheit und Selbstbestimmung des Individuums, sondern auch für eine an den Begriffen Gemeinwohl und Eigennutz festgemachte Unterscheidung von Staat und Gesellschaft: denn wo etwa liegt der diesbezüglich relevante Unterschied zwischen einem Mitglied einer Ärztekammer, eines Arbeitgeberverbandes, des Deutschen Sportbundes, von Amnesty International, bzw. dem Aktionär der Daimler-Chrysler AG?⁶¹

60 Nur am Rande bemerkt sei, dass selbst einseitige Rechtsgeschäfte nicht frei von gesellschaftlichen Zwängen getätigt werden können, insofern schon die bloße Notwendigkeit der Willensäußerung die Willensfreiheit den in die Sprache eingelassenen Gesellschaftsnormen unterwirft, so dass der Erklärende unter dem Gesichtspunkt der Vertrauenshaftung i.d.R. am verobjektivierten Sinn seines Verhaltens festgehalten wird. Zur Analyse der Institutionen und Mechanismen, die das Geschriebene und Gesprochene einschränken, kontrollieren und determinieren vgl. *Foucault*, Die Ordnung des Diskurses (1970), 1991. Wegen der unhintergehbaren Einbindung des Individuums in Gesellschaft ist es nicht sinnvoll, den Vertrauensschutz als Gegensatz zur Privatautonomie zu beschreiben: *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 152 ff.

61 Zum Vertrag als Ordnungsmuster zwischen Staat und Gesellschaft vgl. *Zumbansen*, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat, S. 241 ff. m.w.N.

Tabelle 1: Phänomene der Autonomie

| Privatautonomie | Gruppenautonomie | Öffentliche Autonomie |
|---|--|--|
| Vertrag | Tarifvertrag | Gesellschaftsvertrag |
| Eigenverantwortliche Gestaltung der persönlichen Rechtsbeziehungen (Art. 1 GG) | Aushandlung von Arbeitsbedingungen zwischen Vereinigungen (Art. 9 III GG) | Demokratische Normsetzung in Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art. 20 GG) |
| 1. Eigentums- und Testierfreiheit (Art. 14 GG) | 1. Tarifverträge | 1. Volkssouveränität: Gesetzgebung |
| 2. Vertragsfreiheit (Art. 2 I GG) | 2. Betriebsvereinbarungen | 2. Satzungsautonomie der Gemeinden (Art. 28 GG) |
| 3. Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I GG) a) Satzungsautonomie der Vereine b) Gesellschaftsverträge | 3. Satzungsautonomie der Kammern, Universitäten, Sozialversicherungsträger, Rundfunkanstalten etc. | |

Die Zwangsmitgliedschaft öffentlich-rechtlicher Körperschaften wird in Bezug auf den Gesamtstaat jedenfalls durch die Auswanderungsfreiheit als Teil des althergebrachten Grundrechts auf Freizügigkeit relativiert.⁶² Und wem etwa die Institution Freie Universität Berlin nicht passt, der muss sich eben eine andere Universität suchen oder im Ausland studieren. Alle Formen der Vergesellschaftung, ob in Körperschaften des öffentlichen oder Vereinen des Privatrechts, belassen dem Subjekt grundsätzlich nur die Wahl zwischen *Exit* und *Voice*.⁶³ Dass im Rahmen solcher Mitgliedschaftsverhältnisse besondere Bindungen bestehen, gilt hingegen nicht nur für öffentlich-rechtliche Körperschaften, sondern auch für privatrechtliche Vereine, wie die Lehre vom privatrechtlichen Kontrahierungszwang sowie die Rechtsprechung zum Vereinsausschluss zeigen.⁶⁴

Was aber die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betrifft, so dürfte ein Gewährleistungsstaat, der nicht mehr alles selber machen will (und kann), tendenziell zu einer Bedeutungszunahme für gesellschaftliche Autonomiesphären führen, die im Wege der Selbstregulierung nicht nur eigene Interessen wahrnehmen, sondern auch – etwa durch prozedurales Recht – zur Reflexion von Allgemeinwohlinteressen veranlasst werden

62 Die Auswanderungsfreiheit gilt als Ursprung des Grundrechts auf Freizügigkeit, obwohl diese nicht von Art. 11 GG umfasst ist, sondern lediglich durch Art. 2 I GG sowie Art. 2 II des Protokolls Nr. 4 zur EMRK gewährleistet wird. Vgl. *Kunig*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, Art. 11 R. 1: „Kleinstaaterei und Glaubensspaltung in Europa gaben Anlass, die Möglichkeit des Ausweichens vor der nicht akzeptierten Staatsgewalt, insbes. der von ihr dekretierten Staatsreligion zu postulieren.“

63 Vgl. *Hirschmann*, Abwanderung und Widerspruch. Reaktionen auf Leistungsabfall bei Unternehmungen, Organisationen und Staaten, 1974.

64 Zum privatrechtlichen Kontrahierungszwang vgl. *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, §§ 5-6; zur Beendigungsfreiheit vgl. *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994; Ein lustiges Beispiel für einen misslungenen Vereinsausschluss: „Pornodarsteller klagt sich in Golfclub ein“, DER SPIEGEL 42/2000, S. 156.

können.⁶⁵ In einer zivilen Bürgergesellschaft wird jedenfalls dem *Zivilrecht der Zivilgesellschaft* als dem Recht der in der Vereinigungsfreiheit gründenden freien Assoziationen und Foren, die *auch* öffentlichen Interessen dienen, in Zukunft eine größere Bedeutung zukommen. Eine Reform des noch obrigkeitsstaatlich geprägten deutschen Stiftungsrechts ist diesbezüglich bereits in Aussicht gestellt.⁶⁶

c) Phänomene der Privatautonomie

Welche Bedeutung kommt aber der Rede von Privatautonomie in diesem Zusammenhang zu? Führt die soeben vorgenommene Einordnung der Privatautonomie in ein Gesamtsystem der gesellschaftlichen Autonomie nicht zu einer Relativierung individueller Freiheit durch soziale Inpflichtnahme, ja Kollektivierung?⁶⁷ Das Gegenteil ist der Fall: Die historische Rückbesinnung auf die Grundlagen bzw. Neubegründung der Privatautonomie in der Philosophie der Aufklärung hat gezeigt, wie radikal Gesellschaft und Staat in dieser Philosophie vom Privatrecht her gedacht wurden. Es handelt sich um eine Zivilisierung des Staates, die in der Übernahme der Formen des Privatrechts zum Ausdruck kommt.⁶⁸ Nach *Kant* beschränkt sich der Staat und die Gesetzgebung grundsätzlich auf den Erlass einer bürgerlichen Rechtsordnung, die das Zusammenspiel der Freiheit des einen mit der gleichen Freiheit aller anderen in allgemeinen Gesetzen regelt, von sozialtechnologischer Gesellschaftsteuerung durch Maßnahmegesetze und Zweckprogrammierung hingegen Abstand nimmt.

Allerdings besteht in der modernen Gesellschaft ein wesentlich größerer Abstimmungsbedarf, als es die ordoliberalen Rede von der „Privatrechtsgesellschaft“ wahrhaben will. Ein liberaler Minimalstaat⁶⁹ mag in den Weiten der Wälder, Berge und Täler des US-Staates Montana – wenn diese gerade einmal nicht brennen – denkbar sein, weshalb sich dort im Rahmen der Freizügigkeit allerlei Aussteiger und Sonderlinge angesiedelt haben. In den engen Häuserschluchten von New York besteht hingegen ein ungleich größerer Abstimmungsbedarf, der gleichsam automatisch zu einer Verlagerung von Individualautonomie zu staatlicher Gesetzgebung führt. Darüber hinaus ist es vor allem die technologische Entwicklung der Naturbeherrschung, die zu ungeahnten Freiheiten in Form von Handlungsmöglichkeiten, aber gleichzeitig auch zu bisher unbekanntem Beeinträchtigungsmöglichkeiten der Mitbürger geführt hat und deshalb eine Flut von Umweltgesetzen im weitesten Sinne nach sich zog.⁷⁰ Und schließlich hat sich das Prinzip der funktionalen

65 Das ist die Kernthese des reflexiven Rechts: *Tenbrun*, Reflexives Recht, ARSP 1982, S. 13 ff.; *Calliess*, Prozedurales Recht, S. 122 ff., 214 ff., 248 ff.

66 Mitteilung des BMJ v. 6.7.2000: „Däubler-Gmelin stellt das Stiftungsrecht auf den Prüfstand. Das Ziel sind bestmögliche Bedingungen für bürgerschaftliches Engagement.“ (www.bmj.bund.de)

67 Zu den diesbezüglichen Bedenken, die sich paradigmatisch an E.Schmidt (Von der Privatautonomie zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153 ff.) festmachen vgl. *Reichbold*, a.a.O., m.w.N.

68 Mit *Bydlinski* (Das Privatrecht im System einer „Privatrechtsgesellschaft“, 1994, S. 60, 62 ff.) ist festzuhalten, dass es nach der Überbetonung des öffentlichen Rechts im Zeitalter der Materialisierung nunmehr nicht um die Begründung eines Vorrangs des Privatrechts, sondern nur um eine „systematische Gleichwertigkeit“ von öffentlichem und Privatrecht gehen kann. Die Betonung der Gleichursprünglichkeit von privater und öffentlicher Autonomie sowie die Herausarbeitung der fließenden Übergänge im Bereich der Gruppen- und Sozialautonomie führt nicht zur Einebnung aller Unterschiede von öffentlichem und Privatrecht, sondern begründet lediglich systematisch deren Funktion als wechselseitige Auffangordnungen.

69 *Nozick*, Anarchy, State, and Utopia, 1974.

70 *Beck*, Risikogesellschaft; Denninger, Der Präventions-Staat, KJ 1988, S. 1 ff.

Differenzierung seit *Kant* zu dem dominanten Organisationsprinzip moderner Gesellschaften entwickelt. Die damit verbundene Spezialisierung und Individualisierung hat zwar einerseits zu neuen Unabhängigkeiten und Freiheiten geführt. Andererseits sind damit neuartige soziale Abhängigkeiten verbunden, weil der moderne Bürger die Autonomie des bäuerlichen Selbstversorgers verloren hat und in seiner Spezialisierung in hohem Maße auf Fremdbezug von Leistungen angewiesen ist. Diese Entwicklung resultiert in einer gleichzeitigen Steigerung von *In-* und *Interdependenz*.⁷¹ Die wissensbasierte Informations- und Kommunikationsgesellschaft ist derart voraussetzungsvoll und stör anfällig, dass die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems zur Staatsaufgabe wird. In diesem Zusammenhang erscheint eine gewisse Tendenz zur Vergesellschaftung von Autonomie als unausweichlich.⁷²

Um so wichtiger ist es, die Lehre der Privatautonomie von ihrer einseitigen Verkürzung auf individuell ausgeübte Wirtschaftsfreiheit in Form des entgeltlichen Austauschvertrags zu befreien, um den freiheitsverbürgenden Sinn des Privatrechts in all seinen Erscheinungsformen zur Geltung zu bringen. Dabei gilt es, die unumgängliche Einbindung der individuellen Autonomie des Subjekts in soziale Kontexte möglichst freiheitlich zu gestalten, und das heißt im Anschluss an die Philosophie der Aufklärung nichts anderes, als die gesellschaftliche Ausübung von Autonomie vom Privatrecht her zu begründen. Versteht man Privatautonomie als die Menge der Rechtsgestaltungsrechte, die die geltende Rechtslage als den Zustand des Rechtssystems, von dem dieses bei allen weiteren Operationen ausgeht, ändern, so ergibt sich erst die ganze Bandbreite dieser Gestaltungsfreiheiten.

Tabelle 2: Phänomene der Privatautonomie

| Privatrechtsakte (Rechtsgeschäfte): Handlungen, die die geltende Rechtslage ändern | | | |
|---|--|---|---|
| einseitige (eine Willenserklärung) | | mehrseitige (mehrere Willenserklärungen) | |
| empfangsbedürftige | nicht empfangsbd. | zweiseitige | mehrseitige |
| 1. Kündigung Anfechtung Rücktritt | 1. Testament 2. Aneignung 3. Dereliktion | Verträge 1. Verfügende 2. Verpflichtende a) Streng einseitig b) Nicht streng eins. c) Gegenseitige | Beschlüsse der Gesellschaften und Vereine |
| 2. Bevollmächtigt Ermächtigung Genehmigung | | Konsens | Mehrheitsprinzip |

Aus der Tabelle 2 wird ersichtlich, dass der gegenseitige entgeltliche Austauschvertrag, auf den die Rede von der nur individualistisch verstandenen Wirtschaftsfreiheit die Privatautonomie verkürzt und an den der Großteil der sozialstaatsmotivierten Inhaltskontrollen

⁷¹ *Willke*, Ironie des Staates, S. 60.

⁷² Vgl. insgesamt *Callies*, Prozedurales Recht, S. 55 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

auf der Grundlage der synallagmatischen Gerechtigkeitstheorie anknüpfen, einen denkbar kleinen – wenn auch empirisch unzweifelhaft besonders wichtigen – Ausschnitt aus der Privatautonomie darstellt. Daneben bleibt nicht nur die Vereinigungsfreiheit in ihren wirtschaftlichen, politischen und sonstigen sozialen Bezügen, sondern auch der Bereich der unentgeltlichen und entgeltlichen Verträge mit vorwiegend nicht-wirtschaftlichen sozialen Bezügen unterbelichtet.⁷³ Im Vertragsrecht denke man nur an familien- und erbrechtliche Verträge, die – auch wenn mitunter Geld bewegt wird – der Selbstregulierung des sozialen Systems Familie dienen, an wissenschaftliche Kooperationsverträge (Wissenschaftssystem), Bildungs- und Ausbildungsverträge (Erziehungssystem) oder den Arztvertrag im planwirtschaftlich organisierten deutschen Gesundheitssystem. Moderne Vertragstypen sind zudem häufig mehrgliedrig⁷⁴, also durch Dreiecksverhältnisse oder gar vertragsrechtliche Verknüpfung von „Netzwerken“⁷⁵ geprägt. All diese Phänomene von Privatautonomie können kaum angemessen in der rigiden Logik synallagmatischer Austauschgerechtigkeit abgebildet werden.⁷⁶

Ganz im hier vertretenen Sinne hat *Reichold* in seinem Vortrag vor dieser Gesellschaft im Jahre 1992 darauf hingewiesen, dass die beschriebenen Phänomene einer gesellschaftlichen Autonomie nicht etatistisch-sozialstaatlich als derivatives Sozialrecht gedeutet werden sollten, sondern von der Vereinigungsfreiheit her als soziales Privatrecht der Koordination nach dem Paradigma der „Freiheit durch Geselligkeit“⁷⁷ begründet werden müssen. So wie im öffentlichen Recht keine grundrechtsfreien Räume in Form von „besonderen Gewaltverhältnissen“ existieren, so kann es auch im Privatrecht keine autonomiefreien Räume geben, in denen die Rechtsverhältnisse nicht durch die privatautonome Selbstbestimmung des Menschen, sondern durch materiale, für bestimmte Sozialsphären objektivierte, besondere Treue- und Fürsorgepflichten geprägt werden. Die von *Reichold* beschriebene Verschuldrechtlichung des Familien- und Arbeitsrechts trägt dieser Erkenntnis Rechnung. Auch über das Gebiet der Tarifautonomie hinaus steht die privatrechtliche Vereinigungsfreiheit als Modell für eine freiheitliche Lösung nicht nur von Problemen der Austausch-, sondern auch der Verteilungsgerechtigkeit.⁷⁸

d) Einige Schlussfolgerungen

Mit Blick auf die Eingangs erwähnten Unklarheiten und Verwerfungen der Lehre von der Privatautonomie sollen an dieser Stelle einige Zwischenergebnisse thesenförmig festgehalten werden:

73 Vgl. dazu auch *Tenbner*, Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht, *ZfRSoz* 1998, 8 ff.; eine umfassende Analyse privater Rechtssetzungsakte bei *Kirchhof*, a.a.O.

74 *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. 1-3, 1991-1993.

75 *Lange*, Das Recht der Netzwerke, 1998.

76 *Oechsler*, Gerechtigkeit, S. 340 ff.

77 *Subr*, Freiheit durch Geselligkeit, Institut, Teilhabe, Verfahren und Organisation im systematischen Raster eines neuen Paradigmas, *EuGRZ* 1984, 529 ff.

78 Grundlegend *Bartholomeyczik*, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, *AcP* 166 (1966), 30; sowie *Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972.

- Die vier Grundfreiheiten der Privatautonomie sind spezifische und notwendige Ausprägungen des im vorrechtlichen Naturzustand einzig angeborenen Rechts jedes Menschen auf gleiche Freiheit. Diese natürliche Freiheit ist auf das Recht, nur nach selbstgesetzten Gesetzen zu leben (Autonomie), gerichtet, hat also einen originär prozeduralen Sinngehalt.
- Private und öffentliche Autonomie in ihren konkreten Ausprägungen in einer Rechtsordnung entstehen gleichursprünglich im Vollzug des schöpferischen Akts der Verfassungsgebung, in welchem die Menschen sich als Rechtssubjekte selbst erzeugen. Weil der Staat als Gesellschaft bürgerlichen Rechts in diesem Prozess von vornherein als Rechtsstaat mit begrenzten Kompetenzen konstituiert wird, gibt es keine derivative, vom Staat abgeleitete Autonomie.
- Das auf den gegenseitigen Vertrag verkürzte Verständnis der Privatautonomie als individuelle Wirtschaftsfreiheit und deren Beschränkung am Leitbild der Austauschgerechtigkeit verkennt die freiheitlich-kordinierende Dimension der Vereinigungsfreiheit als Geltungsprinzip des demokratischen Rechtsstaats.
- Im Akt der Transformation von natürlicher Freiheit und Gleichheit zu den positionierten Grundrechten bleibt der ursprünglich prozedurale Sinn dieser Rechte erhalten und wird lediglich nachträglich um weitere Funktionen, etwa als Abwehrrechte aufgrund der Geltung des Mehrheitsprinzips, ergänzt.
- Eine auf den Vollzug materialer Werte gerichtete richterliche Rechtsfortbildung transformiert als heteronome, paternalistische Gewalt die Rechtssubjekte tendenziell zu rechtsunterworfenen Objekten. Jede rechtschaffende Funktion der Justiz muss demgegenüber am prozeduralen Sinn der privatautonomen Grundfreiheiten orientiert und in ihren Rechtsfolgen auf die Möglichkeits- und Ermöglichungsbedingungen von Selbstbestimmung gerichtet sein.

III. Inhalt und Schranken der Privatautonomie

Nachdem der Begriff der Privatautonomie unter Rückgriff auf die prozedurale Vernunftrechtstheorie der Aufklärung erhellt wurde, muss für die Geltung dieses Begriffs für die Zukunft noch erwiesen werden, dass dieser Begriff ein Unterschied ist, der einen Unterschied macht. Die Frage nach dem Informationswert eines prozeduralen Konzepts der Privatautonomie für eine rechtschaffen(d)e Rechtsprechung lässt sich vornehmlich an Inhalt und Grenzen der Privatautonomie erläutern, da es zu den vornehmsten und schwierigsten Aufgaben der Justiz gehört, solche Schranken zu bestimmen.

1. Immanente Schranken einer prozeduralen Privatautonomie

Es wurde bereits angedeutet, dass sich bei Anerkennung der These von der Gleichursprünglichkeit privater und öffentlicher Autonomie erstaunliche Parallelen zwischen den Problemen der Staatsrechtslehre und der Privatrechtstheorie ergeben. Eine der wichtigsten Fragen, die die Verfassungsdebatte der Nachkriegszeit maßgeblich geprägt hat, ist die Frage nach den Grenzen des Gesetzgebers. Die formale Rechtsstaatslehre hatte die Allmacht des Gesetzgebers postuliert, die paradigmatisch in der Position *Kelsen's* zum Ausdruck kam, nach der „jeder beliebige Inhalt Recht“ sein kann. Dieser Rechtsbegriff

stand dem Ermächtigungsgesetz und dem nationalsozialistischen Recht wehrlos gegenüber. In der Folge wurde der materielle Rechtsstaat aus Radbruchs Formel vom „gesetzlichen Unrecht und dem übergesetzlichen Recht“ abgeleitet. Das materiale Grundrechtsverständnis stützte sich maßgeblich auf die Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG.⁷⁹ Die Auflösung des resultierenden Konflikts zwischen demokratischem Gesetzgeber und verfassungsrichterlicher Normkontrolle findet sich schon im prozeduralen Vernunftrecht der Aufklärung. So heißt es bei *Kant*:⁸⁰

„Das Recht der obersten Gesetzgebung im gemeinen Wesen ist kein veräußerliches, sondern das allerpersönlichste Recht. Wer es hat, kann nur durch den Gesamtwillen des Volkes über das Volk, aber nicht über den Gesamtwillen selbst, der der Urgrund aller öffentlichen Verträge ist, disponieren. Ein Vertrag, der das Volk verpflichtete, seine Gewalt wiederum zurückzugeben, würde demselben nicht als gesetzgebender Macht zustehen, ...“

Das Ermächtigungsgesetz als Veräußerung der Volkssouveränität ist danach nichtig, alle nachfolgende heteronome Gesetzgebung kann nicht die Richtigkeitsvermutung eines deliberativen demokratischen Gesetzgebungsverfahrens für sich in Anspruch nehmen und gilt deshalb nur provisorisch unter Vorbehalt einer Richtigkeitskontrolle am Maßstab des Universalisierungsprinzips als Probestein. *Kant* formuliert für das öffentliche Recht den Grundsatz, dass sich die den Rechtssubjekten kraft der unveräußerlichen Menschenrechte zustehende Autonomie nicht in einem einmaligen Akt der Übertragung dieser Autonomie auf einen Dritten erschöpfen kann, da damit die Freiheit als Selbstgesetzgebung in ihr genaues Gegenteil, also in Heteronomie verkehrt würde. Diese frühe Einsicht in die „nichtvertraglichen Grundlagen des Vertrags“ rechtfertigt die Rede von einem prozeduralen Vernunftrecht, das gleichsam als „sparsames übergesetzliches Recht“ lediglich die Möglichkeitsbedingungen von Selbstbestimmung für unveräußerlich erklärt, anstatt diese Selbstbestimmung durch Verpflichtung auf bestimmte materiale Inhalte heteronom zu überformen.

Im Verlauf des 19. Jahrhunderts ist der Grundsatz *pro ratione stat voluntas*, der ursprünglich auf die Befreiung des subjektiven Willens von heteronomer Zweckbestimmung entsprechend der Regel *volenti non fit iniuria* zielte, zunehmend als Allmacht des Parteiwillens interpretiert worden, wonach jeder beliebige Inhalt Vertragsgegenstand sein kann. Die Einsicht, dass die Vertragsfreiheit nicht mit dem Mittel des Vertrags abgeschafft werden kann, setzte sich demgegenüber erst sehr langsam durch. Im Zuge der Materialisierung des Privatrechts wurde dieser Grundsatz als externe Beschränkung des Parteiwillens verstanden, die am Maßstab der guten Sitten gleichsam von außen durch die Rechtsprechung an den Vertrag herangetragen wird.

Nimmt man die Grundfreiheiten der Privatautonomie hingegen als Rechtsgestaltungsrechte in ihrem prozeduralen Sinn ernst, so ergibt sich diese Begrenzung schon als logisch-immanente Schranke, weil die Privatautonomie dem Menschen um seiner natürlichen Freiheit willen zusteht und auf eine dauerhafte Ausübung gerichtet ist. Die Vertragsfreiheit kann sich nicht in einem einmaligen Akt der Unterwerfung unter den Willen eines anderen im Sinne eines Versklavungsvertrages erschöpfen, weil mit der vertraglichen

⁷⁹ Ausführlich *Calliess*, Prozedurales Recht, S. 39 ff.

⁸⁰ *Kant*, Metaphysik der Sitten, WW IV, S. 465.

Veräußerung der Privatautonomie die Geltungsgrundlage des Vertrages selbst verloren ginge. Aus diesem Selbstwiderspruch eines Unterwerfungsvertrages ergibt sich eine autologische Norm, die analog der Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG die Unveräußerlichkeit der Privatautonomie als Geltungsgrund des Privatrechts anordnet.

Freilich begründet diese Norm ein Spannungsverhältnis zur Regel *pacta sunt servanda*, und damit zum Zweck der Vertragsfreiheit, legale Selbstbindungen in der Zeit zu ermöglichen. Es erscheint allerdings fragwürdig, ob dieses Spannungsverhältnis sinnvoll aufgelöst werden kann, indem die Geltung eines Vertrages jeweils im Einzelfall anhand der materialen Maßstäbe der Sittenwidrigkeit bzw. von Treu und Glauben nach einer Alles-oder-Nichts-Regel aufgelöst werden kann, wie dies in der Bürgerrechtsprechung mit unvorhersehbaren und teils willkürlich erscheinenden Folgen getan wird.⁸¹ Als Alternative erscheint eine Auflösung in der Zeitdimension jedenfalls erwägenswert. Wenn das BVerfG aus der Menschenwürde ableitet, dass selbst dem Mörder eine zweite Chance zukommen muss, so dass die lebenslange Freiheitsstrafe in der Regel nur 15 Jahre andauert,⁸² dann dürfte um so mehr im legalen Zivilrechtsverkehr eine lebenslange Schuldturnhaft unzulässig sein. Wie der Zeitrahmen hier gesteckt wird, dürfte von der geregelten Fallgruppe abhängig sein, wobei dem Gesetzgeber in Ausübung der öffentlichen Autonomie der Bürger ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt. Als Orientierungsgröße sei etwa auf die neue Schirmgruppenfreistellungsverordnung der EU verwiesen, die vertikale Bezugs- und Absatzbindungen vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG freistellt, sofern eine Laufzeit von 5 Jahren nicht überschritten wird.⁸³ Und nach der neuen Insolvenzordnung erhält eine natürliche Person als Schuldner auf Antrag Restschuldbefreiung, wenn er sich um die Tilgung der Restschuld für die Zeit von sieben Jahren (§ 287 Abs. 2 InsO) redlich – insbesondere durch Ausübung einer Erwerbstätigkeit (§ 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO) – bemüht hat.

Im Gegensatz zu einer materialen Begrenzung der Privatautonomie durch eine Rechtsprechung, die gemäß der sozial- und schutzstaatlichen Logik der Inklusion immer weitere Kreise der Bevölkerung für partiell unzurechnungsfähig erklärt, nimmt die zeitliche Auflösung des Problems den Verpflichtungswillen der Parteien ernst, begrenzt die Auswirkungen grober Fehleinschätzungen oder nachteiliger Entwicklungen aber, indem etwa die unabtragbare Bürgschaftsschuld in eine siebenjährige Dienstverpflichtung gegen Gewährung des bloßen Existenzminimums transformiert wird.⁸⁴

2. Prozedurale Entscheidungsbedingungen und Entscheidungskontext

Die Verfahrensbedingungen, deren Einhaltung eine Vermutung der Rationalität des Vertragsinhalts begründen, sind – soweit die individuelle Interaktionsebene betroffen ist – im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts niedergelegt. Rechts- und Geschäftsfähigkeit,

81 Vgl. nur *Schapp*, Privatautonomie und Verfassungsrecht, ZBB 1999, 30 ff.; *Canaris*, AcP 200, 273, 295 ff., jeweils m.w.N.

82 BVerfGE 49, 187.

83 Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission v. 22.12.1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (ABl. L 336/31 v. 29.12.1999, 21 ff.).

84 Zu Rückwirkungen des Insolvenzrechts auf das materielle Privatrecht – allerdings ohne Bezug zur hier besprochenen Bürgschaftsproblemik – vgl. *Gerhardt*, Insolvenzrecht und Bürgerliches Gesetzbuch, AcP 200 (2000), 426, 432 ff.

das Konsensprinzip und das Zustandekommen des Konsens unter Abwesenheit von Irrtum, Täuschung, Drohung und Zwang beschreiben jene Bedingungen prozeduraler Rationalität, die *Habermas* für die Diskurstheorie am Leitbild der „idealen Sprechsituation“ beschrieben hat,⁸⁵ und deren Bedeutung für die „Richtigkeitsgewähr des Vertrags“ *Schmidt-Rimpler* herausgearbeitet hat.⁸⁶

Neben diesen rechtlichen Rationalitätsbedingungen lassen sich auch faktische Voraussetzungen der Richtigkeitsgewähr des Vertrags benennen, die in der Lehre vom Verhandlungsgleichgewicht als informationelle, psychisch-intellektuelle sowie wirtschaftliche Gleichheit der Parteien umschrieben werden. Bevor man diese Voraussetzungen unreflektiert in rechtliche Gültigkeitsbedingungen des Vertrages transformiert, wie dies etwa in der Lehre von der „wirtschaftlichen Geschäftsfähigkeit“⁸⁷ angelegt ist, sollte man sich vergegenwärtigen, dass die Anforderungen an eine faktische Gleichheit nicht so hoch geschraubt werden dürfen, dass sie in der Realität nicht erfüllbar sind und die Privatautonomie zur Fiktion werden lassen.⁸⁸ Denn die Rechtsfolge einer wie auch immer begründeten Störung der Vertragsparität ist – mit Ausnahme des kollektiven Arbeitsrechts – ja gerade nicht die tatsächliche Herstellung von Gleichgewicht, sondern die Ersetzung der Privatautonomie durch heteronome Festsetzung der Vertragsinhalte am Leitbild einer nicht objektivierbaren Austauschgerechtigkeit.

Demgegenüber ist daran festzuhalten, dass die in der Philosophie der Aufklärung begründeten Menschenrechte mit dem Ideal der freien Selbstbestimmung des Individuums gerade nicht auf eine faktische Gleichheit aller Menschen zielen, vielmehr das genaue Gegenteil – nämlich die Befreiung des Selbst von heteronomen Zwecksetzungen – anstreben. Der rechtlichen Freiheit korrespondiert dabei eine rechtliche Verantwortung für das Selbst, eine Philosophie des Selbermachenmüssens.⁸⁹ Das Menschenbild des autonomen, vernunftbegabten Individuums ist ein normatives, i.e. kontrafaktisches. Ein normativer Schluss vom Sein des empirischen Menschen auf das Sollen ist aus dieser Perspektive unzulässig, weil es den autorisierenden Sinn von Freiheit im Ergebnis in sein Gegenteil verkehrt. Eine paternalistische Schutzpolitik verhindert nämlich, dass der Mensch dem Sprichwort gemäß „mit der ihm übertragenen Verantwortung wächst“.⁹⁰ In der Staatstheorie hat die Paternalismuskritik zur Forderung einer „Staatsbürgerqualifikationspolitik“⁹¹ geführt, was der bekannten Forderung nach Chancengleichheit anstelle von faktischer Gleichheit relativ nahe kommt.

Jenseits der Diskussion um die Entscheidungsbedingungen auf der Interaktionsebene ist die Einbettung der Vertragsverhandlungen in einen von Wettbewerb geprägten Entscheidungskontext auf der Systemebene eine entscheidende Einsicht in die prozeduralen

85 *Habermas*, Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, in: *ders./N.Luhmann*, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, 1971, S. 101 ff.

86 *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130 ff.

87 *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970; differenzierend *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982; *ders.*, JuS 1990, 953.

88 *Medicus*, Schutzbedürfnisse und das Privatrecht, JuS 1996, 761 ff.; *Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), 1 ff.

89 *Sass*, Zielkonflikte im Wohlfahrtsstaat, in: *Sachße/Engelhardt* (Hrsg.), Sicherheit und Freiheit, 1990, S. 71 ff.

90 Zur aktuellen Sozialstaatskritik vgl. *Calliess*, Prozedurales Recht, S. 69 ff. m.w.N.

91 *Preuß*, Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates, in: *Sachße/Engelhardt* (Hrsg.), Sicherheit und Freiheit, 1990, S.106 ff.

Funktionsvoraussetzungen von Privatautonomie.⁹² Die Erkenntnis, dass ein wenn nicht vollständiger, so doch wenigstens funktionsfähiger Wettbewerb zu den notwendigen Rahmenbedingungen einer Marktwirtschaft gehört, dass diese Rahmenbedingungen im Sinne des Ordoliberalismus durch das Verbot von Kartellverträgen und vertikalen Bindungen, das Verbot des Missbrauchs von marktbeherrschenden Stellungen sowie durch eine Fusionskontrolle rechtlich zu gewährleisten sind, und dass wettbewerbsbeschränkende Verträge insoweit nichtig sind, hat sich nur sehr langsam in einem von *Nörr* zutreffend als „Leiden(sgeschichte) des Privatrechts“ gekennzeichneten Prozess durchgesetzt.⁹³

3. Prozedurale Kontrollfolgen

Dass die Entstehungsgeschichte des GWB weitgehend in die Phase der Materialisierung des Privatrechts fällt entspricht dem Befund, dass die materiale Inhaltskontrolle von Verträgen aus einer Störung der prozeduralen Entscheidungsbedingungen in Form der Vertragsparität oder des Verhandlungsgleichgewichts gerechtfertigt wurde. Insofern ist gerade dem Zivilrecht ein prozedurales Rechtsdenken nicht fremd und es fällt nicht ganz leicht, zwischen materialen und prozeduralen Elementen der Rechtsentwicklung zu unterscheiden. Ein entscheidender Unterschied besteht aber darin, dass die Anforderungen an die prozeduralen Bedingungen auf der Interaktionsebene sowie an den Kontext auf der Systemebene im Rahmen der Materialisierung derart hoch gesteckt werden, dass diese in der Realität kaum erfüllbar sind. Jede Form faktischer Ungleichheit und das grundsätzliche Fehlen „vollständigen“ Wettbewerbs aufgrund der Vermachtung der Märkte machen die gestörte Vertragsparität und das Marktversagen tendenziell zum Regelfall. Und dieser Befund wird dankbar zum Anlass genommen, um den Vertrag anhand materialer Vorgaben zu korrigieren.

Demgegenüber unterscheidet sich ein prozedurales Rechtsdenken nicht nur in der gemäßigten Art bei der Erhebung des Befunds, also bei der Umschreibung des Kontrolltatbestands⁹⁴, sondern vor allem auf der Rechtsfolgenseite in der Ausrichtung des Kontrollziels. Aufgrund einer Reflexion auch der eigenen Grenzen, nämlich der Unmöglichkeit der Begründung objektiv einzig richtiger Entscheidungen anhand materialer Vorgaben, versteht sich ein prozedurales Recht nicht als besserwissender Vorgesetzter, der die irrationalen Ergebnisse von Parteien und Markt durch eigene Entscheidungen ersetzt, sondern als Berater, der die kontrollierten Prozesse und Systeme in Fällen unmöglicher Selbsthilfe supervidiert. Eine am prozeduralen Rechtsparadigma orientierte Rechtsprechung hat deshalb – gerade soweit sie unausweichlich auch rechtschöpfende und -fortbildende Funktionen wahrnimmt – nicht die heteronome Herstellung einer Pseudorechtsrationalität zum Ziel, sondern nimmt die gesellschaftliche Autonomie ernst, indem sie auf die

92 Grundlegend *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933; *Biedenkopf*, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, FS Böhm 1965, S. 113 ff.

93 *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994.

94 Im Wettbewerbsrecht wurde das überzogene neoklassische Gleichgewichtsmodell der vollständigen Konkurrenz bereits durch das gemäßigte Leitbild der workable bzw. effective competition ersetzt (vgl. *I. Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, Teil 1). Für die privatrechtliche Inhaltskontrolle steht eine entsprechende Umorientierung vom unerfüllbaren Ideal einer vollständigen Vertragsparität hin zu einem Konzept des wirksamen bzw. funktionsfähigen Verhandlungsgleichgewichts hingegen noch aus.

Erhaltung, Wiederherstellung und Fortentwicklung der prozeduralen Möglichkeitsbedingungen von Autonomie gerichtet ist.⁹⁵

Das mag in dieser Form sehr abstrakt klingen, was zum Teil in der Paradoxie der geforderten Selbstbeschränkung des Rechts begründet liegt⁹⁶. Eine Konkretisierung für den Bereich der öffentlichen Autonomie kann anhand des Begriffs des prozeduralen Rechtsstaats unternommen werden.⁹⁷ Im Bereich der zivilrichterlichen Kontrolle der Preisfreiheit kann man die BGH-Rechtsprechung zu den Tagespreisklauseln als Form von prozeduraler Selbstbeschränkung interpretieren.⁹⁸ In anderem Zusammenhang werde ich einige Ideen zu einem prozeduralen internationalen Verbraucherschutzrecht diskutieren.⁹⁹ An dieser Stelle möchte ich mit einer Analogie zum Zivilprozessrecht schließen: Eine material orientierte Rechtsprechung verhält sich zur Privatautonomie wie ein Berufungsgericht zum erstinstanzlichen Urteil. Es findet eine vollumfängliche Überprüfung statt, wobei die Rechtsgestaltungsfreiheit der Parteien im Wege der Derogation durch richterliche Entscheidung ersetzt wird. Dagegen ist eine prozedurale Kontrolle an den Befugnissen der Revisionsinstanz ausgerichtet. Im prozeduralen Kontrolltatbestand definierte Fehler privatautonomer Vereinbarungen führen in der Regel zur Aufhebung und Zurückverweisung an die originären Träger der Autonomie. An die Stelle rechtsschöpferischer Etablierung materieller Vorgaben tritt der Rückverweis auf privatautonom generierte Selbstbindungen der Parteien – vergleichbar dem *renvoi* des internationalen Privatrechts.

IV. Privatautonomie als gemeineuropäisches Rechtsprinzip

Die Privatautonomie ist ein Rechtsprinzip, welches am Leitbild der Freiheit und Gleichheit ein auf die Selbstbestimmung des Menschen gerichtetes Modell der Gerechtigkeit zur Legitimationsquelle des Rechts erhebt. Als solches ist es auf einer derart abstrakten Höhe angesiedelt, dass es nicht nur verschiedener – hier als formal, material und prozedural gekennzeichnet – Interpretationen zugänglich ist, sondern auch selbst nicht positiviert ist. Als prozedural vernunftrechtliche Letztbegründung von Recht liegt es vielmehr jeder Positivierung voraus. Insofern Privatautonomie einen Kern unseres Verständnisses von Menschenwürde ausmacht, wird sie als Rechtsprinzip von der paradoxen Positivierung des Nichtpositivierbaren in Art. 79 III GG erfasst. Die in der Privatautonomie enthaltenen Grundfreiheiten werden auf der Ebene der positivierten Grundrechte garantiert. Als solche sind sie zwar auf Optimierung i.S.d. Verwirklichung gerichtet, bedürfen aber der weiteren Konkretisierung durch einfaches Gesetz. Insofern diese konkrete Ausgestaltung an die Ausübung öffentlicher Autonomie gebunden ist, stellt sich die Privatrechtsordnung

95 Calliess, Prozedurales Recht, S. 179 f.

96 Ders., Das Tetralema des Rechts, ZfRSoz 2000, 293 ff.

97 Ders., Prozedurales Recht, S. 202 ff.

98 Ders., ZfRSoz 2000, 308 ff.

99 Die im Vortragsmanuskript enthaltenen Ausführungen hierzu wurden aus Platzgründen entfernt. Vgl. aber Calliess, Globale Kommunikation – staatenloses Recht zur (Selbst-)Regulierung des Internet durch prozedurales Recht am Beispiel des Verbraucherschutzes im elektronischen Geschäftsverkehr, in: *Anderheiden, Huster, Kirste* [Hrsg.], Globalisierung als Gegenstand von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts, ARSP-Beiheft Nr. 79, 2001, S. 61 ff.

auch mit ihren Begrenzungen von Privatautonomie als Ausdruck eines historisch-kulturell gewachsenen Selbstverständnisses der Träger eben dieser Autonomie dar. Deshalb kann die Frage nach der Privatautonomie als europäischem Rechtsprinzip nicht in den aus der Debatte um ein europäisches Privatrecht bekannten Kategorien der Kodifikation oder Evolution beantwortet werden.¹⁰⁰

1. Privatautonomie in der gemeineuropäischen Rechtstradition

Als vorpositives Letztbegründungsprinzip ist die Privatautonomie Bestandteil der westlichen Rechtstradition, deren Ursprünge *Berman* mit einleuchtender Begründung im 11. Jahrhundert verortet.¹⁰¹ Das römische Privatrecht hat in dieser Rechtstradition eine wichtige Bedeutung, kann aber nicht selbst als Ursprung des Rechtsprinzips angesehen werden, weil es die westliche Rechtstradition nur in der veränderten Form geprägt hat, die es beginnend mit der Renaissance durch Rezeption und Reinterpretation gefunden hat. Es erscheint auch nicht sinnvoll, die Privatautonomie als Rechtsprinzip vornehmlich der römisch-germanischen Rechtsfamilie Kontinentaleuropas zuzuordnen, da dieses Prinzip in gleicher Weise die angloamerikanische *Common Law* Familie prägt.¹⁰² Seine entscheidende Ausprägung als Letztbegründungsprinzip hat die Privatautonomie – wie dargelegt – vielmehr in der Staatsphilosophie der Aufklärung erhalten. Diese Philosophie lässt sich aber in keiner Weise als nationale verstehen, sondern ist in einem gemeineuropäischen Prozess entstanden, in dessen später Phase die – oben in Bezug genommene – Philosophie von *Kant* auf den Beiträgen von *Grotius*, *Hobbes*, *Locke*, *Montesquieu*, *Smith* und *Rousseau* – um nur einige zu nennen – aufbaut. Insofern die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten sich als Teil der aus der Aufklärungsphilosophie entstandenen Tradition des demokratischen Verfassungsstaates, die maßgeblich durch die Entwicklung in den USA geprägt wurde, verstehen (Art. 6 Abs. 1 EU), ist die Privatautonomie also ein gemeineuropäisches Rechtsprinzip.¹⁰³

2. Privatautonomie in der Europäischen Verfassung

Soweit die einzelnen Grundfreiheiten der Privatautonomie, Freiheit des Eigentums, Testierfreiheit, Vertrags- und Vereinigungsfreiheit in den Grundrechtskatalogen der nationalen Verfassungstexte sowie in der EMRK positiviert sind, ist die Privatautonomie auch allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts (Art. 6 Abs. 2 EU), und damit Prinzip des positiven Europarechts.¹⁰⁴ Die Grundrechte als Bestandteil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten und der EMRK sind in Bezug auf die konkrete

¹⁰⁰ Zum europäischen Privatrecht *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: der hybride Kodex, AcP 200 (2000) 445 ff., 457 ff. (zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen), 485 ff. (zur Vertragsfreiheit im System des europäischen Vertragsrechts); *Ch. Schmid*, Neuordnungsperspektiven im europäischen Privatrecht, in: Tradition und Fortschritt im Recht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1999, 2000, S. 33 ff. Wie hier *Bydlinski*, System und Prinzipien, Vorwort IX f.

¹⁰¹ *Berman*, Recht und Revolution; ebenso *Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft, für die Ausdifferenzierung eines eigenständigen Rechtssystems.

¹⁰² Vgl. *David/Grasman*, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 1988.

¹⁰³ Für die Vertragsfreiheit vgl. auch Art. 1:102 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht (sog. Lando-Principles), dt. Übersetzung in: *Schulze/Zimmermann*, Basistexte zum Europäischen Privatrecht, 2000.

¹⁰⁴ *Kingreen*, in: *C. Callies/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 6 EUV R. 93 ff. 3; vgl. neuerdings auch Art. 6, 12, 16 und 17 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EG C 364/1 v. 18. 12. 2000.

Ausgestaltung der Privatrechtsordnung allerdings konkretisierungsbedürftig. Was das effektive Ausmaß an realisierter Privatautonomie, also die Ausgestaltung von Inhalt und Schranken durch Gesetz und Rechtsprechung betrifft, so lässt etwa das Grundgesetz einen relativ weiten Gestaltungsspielraum. Das BVerfG hat immer wieder betont, dass das Grundgesetz keine bestimmte Wirtschaftsordnung vorschreibt. Ausgeschlossen erscheinen lediglich die Extreme eines Manchesterkapitalismus sowie eines Staatssozialismus.¹⁰⁵ Für die anderen Mitgliedstaaten wird – soweit ein Verfassungstext überhaupt vorhanden ist – im wesentlichen das gleiche gelten.

Im Gegensatz zu Kürze und Zurückhaltung der nationalen Verfassungstexte ist der EG-Vertrag hingegen relativ ausführlich und konkret. Einerseits umfasst er nicht alle Elemente einer traditionellen Verfassung, andererseits enthält er insbesondere mit den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsregeln auf Freihandel und Wettbewerb gerichtete Normen, die den vom Grundgesetz gewährten Spielraum im Hinblick auf die Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung in Richtung auf ein marktwirtschaftliches Modell hin einschränken. In der Rechtspraxis haben diese Vertragselemente denn auch zu einer Einschränkung nationaler Schutz- und Sozialgesetzgebung geführt. Erinnerung sei zum einen an die vielbeklagten Wirkungen des von der „Cassis-Rechtsprechung“ des EuGH begründeten Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, das die Souveränität des nationalen Gesetzgebers im Hinblick auf die Privatautonomie einschränkende Maßnahmen als Folge des ausgelösten Wettbewerbs der Rechtsordnungen tendenziell begrenzt.¹⁰⁶ Zum anderen wurde die Liberalisierung staatlicher Monopole im Bereich der Telekommunikation und der Energiewirtschaft entscheidend durch Richtlinien der Kommission angestoßen, die diese aufgrund Art. 86 Abs. 3 EG ohne Beteiligung von Rat und Parlament erlassen hat. Zudem werden lenkende Eingriffe des Staates in die Wirtschaft zunehmend am Maßstab des Beihilfeverbots in Art. 87 EG überprüft, was etwa indirekt die Abschaffung staatlicher Banken zur Folge haben könnte.

Insofern könnte man behaupten, dass das Rechtsprinzip der Privatautonomie im EG-Vertrag durch Gewährleistung eines positiven Umfelds stärker geschützt ist, als in den nationalen Verfassungen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die EG neben der Binnenmarkt- und Wettbewerbspolitik auch eher sozialstaatliche Ziele verfolgt (Art. 2 EG). So sollen etwa Harmonisierungsmaßnahmen in den Bereichen Sicherheit, Gesundheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz an einem „hohen Schutzniveau“ orientiert sein (Art. 95 Abs. 3 EG). Im Ergebnis ist damit das Spannungsverhältnis zwischen privater und öffentlicher Autonomie, zwischen freier und sozialer Marktwirtschaft auch in der EU nicht aufgehoben.

3. Prozedurale Privatautonomie in der Europäischen Union

Die generelle Kategorisierung von formaler, materialer und prozeduraler Privatautonomie lässt sich grundsätzlich auf jedes westliche Rechtssystem anwenden. Die Rechtsordnung eines bestimmten Nationalstaates ist dabei zu keiner Zeit rein formal, material oder prozedural, sondern immer durch eine Mischform dieser Elemente geprägt. Wenn in einer rechtssoziologischen Evolutionsperspektive verschiedenen Phasen in der Geschichte

¹⁰⁵ Vgl. *Busche*, Privatautonomie, S. 30 ff.

¹⁰⁶ Zu den Grenzen der Cassis-Philosophie vgl. *Calliess*, EWS 2000, 432 ff.

idealtypisch ein Überwiegen eines der Elemente zugeordnet wird, so gilt dies *cum grano salis* für alle westlichen Staaten. Trotz aller kultureller Unterschiede und gewisser Ungleichzeitigkeiten wurde in der Phase der Industrialisierung und der Klassengegensätze die „soziale Frage“ an alle westlichen Rechtssysteme herangetragen und mehr oder minder durch Formen der Materialisierung des Rechts beantwortet. Und auch die gegenwärtigen gesellschaftlichen Umbrüche, die als Auslöser einer Prozeduralisierung verstanden werden, treffen mit gewissen Phasenverschiebungen alle westlichen Gesellschaften. Auch führt die Philosophie des Abendlandes jenseits aller Nationalisierungstendenzen einen grenzüberschreitenden Diskurs zu Fragen der Staatslehre und der Gesellschafts- und Gerechtigkeitstheorie. Und in diesem Zusammenhang lässt sich sehr eindeutig feststellen, dass keine materialen, sondern nur verschiedene Spielarten prozeduraler Gerechtigkeitstheorien vertreten werden – soweit nicht die Frage nach Gerechtigkeit gänzlich zurückgewiesen wird. Auch wenn die eigene nationale Identität als blinder Fleck das Urteil trüben mag, so erscheint es aus den genannten Gründen zuzutreffen, dass bei angesichts des europäischen Einigungsprozesses wachsenden Parallelen in den gesellschaftlichen Problemlagen ein prozedurales Konzept von Privatautonomie für die Zukunft in ganz Europa eine größere Bedeutung erlangen wird.

Schließlich wird eine Prozeduralisierung des Rechts durch das Zusammentreffen der kontinentaleuropäischen Rechtstradition mit dem englischen Common Law befördert. Denn in der angloamerikanischen Rechtskultur haben prozedurale Elemente traditionell eine bedeutende Rolle gespielt. Man denke nur an die *due process* und *fair trial* Grundsätze¹⁰⁷, oder an die Begriffe Zivilgesellschaft und deliberative Politik, welche die deutsche Prozeduralisierungsdebatte maßgeblich beeinflusst haben.¹⁰⁸ Die angloamerikanische Affinität zu einem prozeduralen Rechtsdenken mag darauf zurückzuführen sein, dass zunächst die Engländer und sodann die Amerikaner ihre demokratischen Revolutionen recht früh und vor allem erfolgreich vollzogen und im Anschluss eine sehr stabile parlamentarische Verfassungstradition ausbilden konnten. Eine solche Tradition ist aber die Grundlage für jenes Vertrauen in den Menschen und die Demokratie, welches Voraussetzung für ein rechtliches Gewährenlassen von privater und öffentlicher Autonomie ist.

Dagegen erlitt der parlamentarische Verfassungsstaat in Kontinentaleuropa immer wieder Rückschläge, von den Auswüchsen der französischen Revolution bis hin zur Katastrophe des deutschen Nationalsozialismus. Solche Rückschläge führten zu einem gewissen Misstrauen gegenüber der Rationalität autonomer Rechtsbegründung, welches sich insbesondere nach der deutschen Erfahrung des Nationalsozialismus verständlich in einer materialen Interpretation des Grundgesetzes niederschlug. Im Kreise der EU-Mitgliedstaaten erscheint die ewig verspätete Nation Deutschland heute allerdings eher als gereifte Demokratie, kann sie doch auf eine bereits fünfzigjährige Verfassungstradition zurückblicken – im Vergleich etwa zu Spanien und Portugal und ganz zu Schweigen von den Beitrittskandidaten also ein ganz erheblicher Zeitraum. Deutschland kommt deshalb im Konzert mit den anderen reifen und altherwürdigen Demokratien Europas die Aufgabe zu, an der Bildung einer europäischen Verfassungstradition mitzuwirken, die sich auf ein prozedurales, die Autonomie des Menschen in den Mittelpunkt rückendes Rechtsver-

107 Grundlegend *Scharpf*, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970.

108 *Habermas*, Faktizität und Geltung; *Gerstenberg*, Bürgerrechte und deliberative Demokratie.

ständnis gründet. Je mehr sich diese Entwicklung nicht nur auf die Achse Deutschland-Frankreich gründet, sondern auch die englische Rechtstradition für sich fruchtbar macht, desto eher wird eine europäische Rechtskultur entstehen, die sich unter Besinnung auf die gemeinsame Verfassungstradition aus den besten Bestandteilen aller nationalen Rechtskulturen zusammensetzt.