

Freiheitliches und soziales Privatrecht

Grundsätzliche Überlegungen zur Einschränkung des Kündigungsrechts
gemäss dem Vorentwurf für eine Revision des Miet- und Pachtrechts

Von Dr. *David Dürr*, Basel

1. Einleitung

Am 24. Februar 1981 schickte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement einen Vorentwurf zur Revision des Miet- und Pachtrechts in die Vernehmlassung¹. Er ist das Arbeitsprodukt einer 1977 eingesetzten Expertenkommission². Sie hatte den Auftrag erhalten, Vorschläge für eine Totalrevision des Mietrechts im Obligationenrecht und für allfällige Anpassungen des Pachtrechts auszuarbeiten. Zur Totalrevision schien Anlass vor allem im Hinblick auf eine Vielzahl politischer Vorstösse zur Reform des Mietrechts³, die nun gewissermassen in ein Gesamtpaket geschnürt werden sollten. Gemeinsamer Nenner all dieser Vorstösse war eine Verbesserung der Mieterstellung, und entsprechend legt der Vorentwurf besonderes Gewicht auf einen verstärkten Kündigungsschutz sowie auf eine Beeinflussung der Mietzinsgestaltung⁴.

¹ BBl 1981 I, S. 435.

Das Manuskript dieses Aufsatzes wurde Mitte 1982 fertiggestellt. In der Zwischenzeit wurde das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom Bundesrat zur Kenntnis genommen. Ende 1982 wurde eine vom EJPD und vom EVD beauftragte Arbeitsgruppe unter dem Vorsitz von Dr. Pierre Widmer, Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz, damit betraut, Grundlagen für die Botschaft des Bundesrates auszuarbeiten (Pressemitteilung des EJPD vom 24. November 1982). Diese ist nun auf Herbst 1984 zu erwarten (Pressemitteilung des EJPD und des EVD vom 14. September 1983).

Vorgänge und Publikationen seit Fertigstellung des Manuskriptes wurden soweit nötig in Fussnoten berücksichtigt.

² Unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Claudio Soliva, Zürich.

³ Motion NR Muheim vom 29. 6. 1972 für eine Totalrevision des Mietrechts, als Postulat überwiesen; Motion NR Fontanet vom 20. 3. 1973 für einen Ausschluss der Kündigung, ausser «aus wichtigen Gründen»; Volksinitiative vom 30. 6. 1973 «für einen wirksamen Mieterschutz» (Text vgl. BBl 1976 II, S. 1345f.); Standesinitiative des Kantons Zürich vom 12. 6. 1974 zur Änderung von Art. 34sexies BV; Motion NR Grobet vom 29. 11. 1976 für eine Änderung von Art. 265 OR; Standesinitiative des Kantons Basel-Stadt vom 26. 6. 1978 für eine Änderung von Art. 34sexies BV; Motion NR Ammann, St. Gallen, vom 21. 6. 1979 für eine Anhandnahme der Totalrevision des Mietrechts, als Postulat überwiesen; Motion NR Grobet vom 2. 10. 1979 für eine Verbesserung des Schutzes von Mitmietern, als Postulat überwiesen; Mieterschutzinitiative vom 27. 5. 1982 (Datum der Einreichung).

⁴ Begleitbericht, S. 9.

Das legislatorische Thema wird die interessierten Kreise noch einige Jahre beschäftigen^{4a}.

Den umstrittensten Punkt des Vorentwurfes bildet eine eigentliche Kündigungsbeschränkung: Der Vermieter soll nur kündigen dürfen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Auflösung des Vertrages nachweist⁵. Die fast entschuldigende Bemerkung des Begleitberichtes, dies sei «für das schweizerische Recht keineswegs eine Neuheit»⁶, vermochte angesichts des Hinweises auf früheres *Notrecht* die Wellen des Widerstandes nicht zu dämpfen. Vor allem wurde wiederholt vorgebracht, in der Kündigungsbeschränkung liege eine zu weit gehende Beeinträchtigung des Eigentums und der Vertragsfreiheit⁷ – grundlegende «ideologische» Bedenken also, welche den strittigen Bestimmungen jenen prinzipiellen Stellenwert beimessen, der vom Begleitbericht selbst erwähnt wird: Dieser siedelt die Problematik im Phänomen der «Wandelung vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat»⁸ an, sieht sie mithin als juristischen Anwendungsfall jener Alternative, die bisweilen im politischen Schlagwort «Freiheit oder Sozialismus» oder im weniger emotionsgeladenen Begriffspaar «Freiheit oder Gleichheit»⁹ zum Ausdruck kommt.

Der Jurist mag versucht sein, diese grundlegende Abwägung und einen allfälligen Entscheid darüber der hohen Politik zu überlassen, um dann nach erhaltenem Auftrag die handwerkliche Ausführungsarbeit zu verrichten. Er mag verkennen, dass diese Auftragserteilung seitens der Gesellschaft letztlich von seinem «Angebot» abhängt. Wenn auf Eigentums- und Vertragsfreiheit ausgerichtete Privatrechtsnormen unbefriedigende Auswirkungen zeitigen, erhöht sich die Nachfrage nach Rechtssätzen, welche einen obrigkeitlichen Einfluss in Richtung Gleichheit mehr in den Vordergrund rücken. Freilich kann sich diesfalls der Jurist geflissentlich an die Detailarbeit beispielsweise zu einem öffentlichen «Sozialrecht»¹⁰ setzen. Er kann aber auch ein «freiheitliches»¹¹ Recht weiterentwickeln, dessen «Wettbewerbsfähigkeit» wieder herzustellen suchen. Leicht ist der Konkurrenzkampf nicht. Die Marktstellung des öffentlichen Sozialrechts ist monopolträchtig, die Idee einer vorwiegend oder gar ausschliesslich auf Privatrecht beruhenden Gesellschaftsordnung geradezu tabu, ein Ersatz der fiskalischen durch eine privatvertragliche Umverteilung ein undenkbarer Kraftakt. – Kleinarbeit ist geboten. Hiezu bil-

^{4a} Die Botschaft zur Gesetzesrevision wird auch einen Gegenvorschlag zur Mieterschutzinitiative beinhalten (s. o. Note 3. a. E.). Hiezu hat sie sich bis 1986 auszusprechen. Wird die Initiative entgegen der Hoffnung des Bundesrates nicht zurückgezogen, kommt es zur Abstimmung von Volk und Ständen.

⁵ Vorentwurf Art. 273 g; Begleitbericht, S. 15; eine zusätzliche Regelungsvariante, die von der Expertenkommission vorgelegt wird, enthält diese Kündigungsbeschränkung nicht.

⁶ Begleitbericht S. 16.

⁷ So ausdrücklich ein relativ grosser Teil der Vernehmlassungen.

⁸ Begleitbericht, S. 11.

⁹ Vgl. etwa *A. Meier-Hayoz*, Freiheit und Gleichheit im Entwurf einer neuen Bundesverfassung, in *ZbJV* 115, 1979, S. 337ff.

¹⁰ Vgl. unten Ziff. 2.1.

¹¹ Vgl. unten Ziff. 2.3.

det der genannte Vorentwurf zur Revision des Miet- und Pachtrechts, im besonderen die vorgeschlagene Kündigungsbeschränkung^{11a}, willkommenen Anlass wie geeignetes Beispiel: Dieser Aufsatz soll Kleinarbeit zur Wiederherstellung der Konkurrenzfähigkeit des Privatrechts skizzieren. Er will Überlegungen aufzeigen, wie einem «freiheitlichen» Recht der Vorwurf des Unsozialen erspart werden könnte¹².

2. Soziales und freiheitliches Recht

2.1 Die Sozialisierung des Rechts im 20. Jahrhundert

Roscoe Pound, hervorragender Vertreter der amerikanischen Sociological Jurisprudence, publizierte 1921 «The Spirit of the Common Law»¹³. Er wandte sich damit engagiert gegen eine in den Vereinigten Staaten damals verbreitete Rechtslethargie, gegen die «nothing-needs-to-be-done attitude»¹⁴. Ausholend zu grossräumigen rechtsgeschichtlichen Kategorien sah er diese als die Behäbigkeit, die in der selbstgefälligen Gewissheit über die Perfektion des erreichten Rechtszustandes gründet: Faustrecht, formalistisches «strict law» sowie die hierauf überreagierende Herrschaft der «equity» mit ihrem Mangel an Rechtssicherheit seien überstanden, das «reife Recht» sei erreicht¹⁵. *Pound* rüttelte auf, zeigte die Zeichen der Zeit und forderte eine bewusst soziale Entwicklung des Rechts. Dabei kam ihm die Eigenheit des Common Law sehr zu Hilfe. Denn dieses bedurfte nicht der Änderung, auch nicht der Entrostung stillgelegter Mechanismen, sondern einzig der Erkenntnis und des Eingeständnisses, dass das von Fall zu Fall sich weiterentwickelnde Recht unbemerkt in das Stadium der «Socialization» getreten sei¹⁶. Es galt nunmehr, die Erkenntnis in Tat umzusetzen, den Auftrag des «Social Engineering» anzunehmen¹⁶. – Hierauf ist zurückzukommen¹⁷.

Um die Problematik des selbstgefälligen «reifen» Rechts aufzuzeigen, braucht an sich nicht über den Atlantik verwiesen zu werden. Auch unserem

^{11a} Die eigentliche Kündigungsbeschränkung des Vorentwurfes ist für die Botschaft kaum mehr zu erwarten. Die interdepartementale Arbeitsgruppe (s.o. Note 1) schlug vor, den Grundsatz der Kündigungsfreiheit beizubehalten, den Mieter lediglich vor zweckfremder, missbräuchlicher Kündigung zu schützen (Pressemitteilung des EJPd und EVD vom 14. September 1983).

¹² *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967, S. 547, formuliert dies so: «Die erneute Legitimation des Privatrechts im sozialstaatlichen Rechtsbewusstsein und seine überzeugende Abstimmung auf das Sozialrecht sind (neben seiner Integration in eine als Funktionsprinzip des Marktes begriffene Wettbewerbswirtschaft) die vordringlichste Aufgabe der Zivilrechtsdogmatik der Gegenwart geworden.»

¹³ *R. Pound*, *The Spirit of the Common Law*, Boston 1921, diverse Nachdrucke, zuletzt Boston 1963 (nachstehende Zitate aus einer neuesten photographischen Wiedergabe eines Nachdruckes 1931).

¹⁴ *Pound*, a.a.O. (s.o. Note 13), S. xxi.

¹⁵ *Pound*, a.a.O. (s.o. Note 13), S. 139ff.

¹⁶ *Pound*, a.a.O. (s.o. Note 13), S. 195; derselbe, *Theory of Social Interest*, 1920, S. 15.

¹⁷ Siehe unten, Ziffer 3.

Rechtsgebiet ist es bekannt. *Wieacker* erblickt in ihm den Grund für die «Krise des Positivismus»¹⁸: Die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts erging sich, von Grossen ihrer Zeit nicht unbemerkt¹⁹, mehr und mehr in sublimen Selbstgefälligkeit. An Aufrufen, die veränderten Gegebenheiten der modernen Industriegesellschaft zur Kenntnis zu nehmen, fehlte es zwar keineswegs¹⁹. Im Gegensatz zum anglo-amerikanischen liess sich aber im kontinental-europäischen Raum eine eigendynamische Entwicklung des Rechts weniger ausgeprägt feststellen. Die eben erfolgten Kodifikationen standen dem weitgehend entgegen²⁰. Der Richter hatte mit klaren Richtlinien auch Fesseln erhalten²¹. Er mochte sich durch mehr oder weniger kühne Interpretationen intra oder praeter legem Bewegungsfreiheit verschaffen. Allein, ein «Social Engineering» konnte ihm nicht gelingen²². – Die Kodifizierungen waren bestimmt nicht der einzige Grund. Die Rechtsgeschichte verweist etwa auch auf den Umstand, dass erst während und nach dem Ersten Weltkrieg eine Gesellschaftsgruppe politisch bedeutsam zu werden begann, die auf die Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts noch keinen Einfluss hatte: Die Arbeiter der industriellen Epoche, mehr und mehr als Objekte der «Arbeitnehmerfrage»²³ anerkannt, wurden zunehmend auch zu Subjekten der Rechtssetzung²⁴. Gerade das Eingestehen einer «Arbeitnehmerfrage» war aber nur gegen den Widerstand einer degenerierten Pandektenwissenschaft möglich²⁵. Es kann deshalb nicht erstaunen, dass sich Träger der Rechtssozialisierung als Gegner des überkommenen bürgerlichen Rechts wähen mussten, ihm eine Alternative entgegenstellen wollten.

Dieses Drängen sozialer Gebote und ihrer Vorkämpfer, verbunden mit der Schwerfälligkeit einer ans Gesetz gebundenen Privatrechtswirklichkeit, muss-

¹⁸ *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 12), S. 514ff.

¹⁹ Namentlich von *Jhering* gegen die «Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz»; vgl. auch *Wieacker*, Rudolf von *Jhering*, eine Erinnerung zum 50. Todestag, Leipzig 1942, S. 32ff.

²⁰ *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 12), S. 458ff, insbesondere zur Unterscheidung des Schweizerischen ZGB von der «Rechtsfamilie» des Common Law. S. 496ff.

²¹ So werden diese Privatrechtskodifikationen als Verkörperung «vorindustriellen Rechts» bezeichnet, die indessen im industriellen Zeitalter Rechtskraft erhielten. Vgl. *U. Nef*, Der Einfluss des Sozialversicherungsrechts auf das Privatrecht, in *SJZ* 77, 1981, S. 17ff., insbesondere S. 18 mit Verweisen.

²² *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 12), S. 541, erkennt zwar ein richterliches «Social Engineering», welches dem Richter des Sozialstaates im Gegensatz zu jenem des bürgerlich-liberalen Staates ermöglicht wurde. Allein, dieses «Social Engineering» stellt sich in Widerspruch zu seiner eigenen Basis. Es wird «notwendig mit Systemstörungen, Verformung der Begriffe, Missbrauch oder Preisgabe von Konstruktionszusammenhängen erkauft» (a.a.O., S. 542).

²³ *H. Winkel*, Der Umschwung der wirtschaftswissenschaftlichen Auffassungen um die Mitte des 19. Jahrhunderts, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Band IV, S. 3ff., insbesondere S. 10f.

²⁴ *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 12), S. 457 f.; *P. Caroni*, Das «demokratische Privatrecht» des Zivilgesetzbuches, in *Festgabe für Henri Deschenaux*, Fribourg, 1977, S. 37ff., insbesondere S. 40.

²⁵ Beispielsweise etwa das Koalitionsrecht, das im 19. Jahrhundert zunächst den Unternehmern (Kartelle), erst später aber den Arbeitern (Gewerkschaften oder etwa auch Mietervereine) zugebilligt wurde; vgl. etwa *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 12), S. 546.

te sehr bald zur vorschnellen Folgerung führen, das Privatrecht habe versagt, es sei als solches nicht mehr zeitgemäss²⁶. Die sozialen Gebote sollten aus dem Privatrecht «ausgegliedert»²⁷ werden, um dieses durch öffentliches Recht zu korrigieren, allenfalls zu ersetzen²⁸. Das Privatrecht sollte nicht in sozialer Hinsicht entwickelt, sondern seine asozialen Folgen durch ein korrigierendes «Sozialrecht» gemildert oder beseitigt werden. Von seiner Zielsetzung her konnte dieses Sozialrecht nicht Korrektur eines rechtlosen Zustandes sein, nicht Ungeordnetes ordnen. Es sollte vielmehr in Durchnormiertes eingreifen; musste ungeliebtes Recht akzeptieren, um dessen Konsequenzen abzuändern; musste etwa Eigentum oder Vertragsfreiheit akzeptieren, um sie sogleich einschränken zu können²⁹; konnte nicht Ungerechtigkeiten bekämpfen, sondern musste Auswirkungen von Rechtmässigkeiten verhindern. Damit konnte das Sozialrecht nicht «Recht» schlechthin sein, sondern nur etwa dessen soziales Gewissen. Die Eigendynamik des Sozialrechts, seine enorme Entwicklung zum Sozialstaat findet hierin vielleicht eine Erklärung. Zweifellos liegt hier aber der Grund einer Eigengesetzlichkeit, die vergleichbar ist mit jener, die zu bekämpfen Ausgangspunkt war: Die degenerierte Begriffsjurisprudenz, die in *Jherings* juristischem Begriffshimmel sitzt³⁰.

Die Stimmen, die bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts auf die sozialen Probleme hingewiesen hatten, taten dies bewusst, teils ausdrücklich, um sozialistischen Postulaten zuvorzukommen³¹. Dass die weitgehende Ignorierung dieser Warnungen zu Erfolgen des Sozialismus führen musste, spricht für ihre Richtigkeit³². Nur folgerichtig kann deshalb sein, dass ökonomische und philosophische Einwendungen gegen die genannten Eigengesetzlichkeiten der Rechtssozialisierung aus ausgeprägt anti-sozialistischer Richtung kommen:

²⁶ Das heisst archaisch oder «primitiv», wie es bei *R. Posner*, *A Theory of primitive Society, with special Reference to Law*, in *Journal of Law and Economics*, 23 (1980), S. 1ff., v.a. S. 42ff., umschrieben ist. Dieses Recht primitiver Völker war in der Tat sozusagen ausschliesslich privatrechtlich, jedoch vorwiegend «Tort» law, was die Vergeltung und damit die Macht des Stärkeren in den Vordergrund schiebt.

²⁷ *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 12), S. 545ff.

²⁸ Bezeichnend hiefür z.B. die Botschaft des BR zu Art. 22ter und 22quater BV, BBl 1967 II, S. 134: Je mehr sich der Boden im Laufe der Zeit «im Verhältnis zur wachsenden Bevölkerung und zur Ausdehnung des Bedarfs menschlicher Siedlungen verknappte, desto weniger reichten die bloss zivilrechtlichen Bindungen und die Möglichkeiten polizeilicher Eingriffe in Sacheigentum zur Vermeidung von Nachteilen und allfälligem Missbrauch des uneingeschränkten Eigentums an Grund und Boden aus».

²⁹ Insbesondere in bezug auf das hier interessierende Thema: *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 12), S. 548f., zur «Wohnungszwangswirtschaft» als besonders tiefer Einbruch in die Abschluss- und inhaltliche Gestaltungsfreiheit des bürgerlichen Rechts.

³⁰ *Rudolf von Jhering*, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1909, S. 245ff.

³¹ *Otto von Gierke*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889, Ausgabe Frankfurt 1943, S. 10, *Julius Baron*, 1877, zitiert in *Winkel*, a.a.O. (s.o. Note 23), S. 35, hier insbesondere auch im Hinblick auf nationalökonomische Theorien, vgl. hiezu unten, Ziffer 3.1. So auch *Eugen Huber*, vgl. *Caroni*, a.a.O. (s.o. Note 24), S. 37ff. und 44ff.

³² *F. Wieacker*, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953, S. 13.

der Neoliberalismus, die Freiheitsverfassung *Hayeks*³³ aus der Mitte dieses Jahrhunderts sowie die Libertarians neuester Zeit, namentlich *Robert Nozick*³⁴. Sie stellen der verselbständigten Sozialisierungsdynamik ein hievon losgelöstes System gegenüber, das dennoch einer sozialen Korrektur nicht bedarf. Schon die Bezeichnung dieser Theorien und ihrer Hauptwerke weisen darauf hin, dass der Gegensatz zur Sozialisierung in einer Betonung der Freiheit begründet ist. Einzig basierend auf der Freiheit werden Konzeptionen entwickelt, welche Sozialisierung als Selbstzweck zurückbinden und gerade dadurch zu prononciert sozialen Wirkungen führen sollen. – Entsprechend klare Tendenzen der *Rechtswissenschaft* lassen sich indes weniger greifbar feststellen³⁵. Zu verzeichnen sind wohl Hinweise auf die Fragwürdigkeit jener Weichenstellung, die das Sozialrecht aus dem Privatrecht ausgegliedert hat³⁶. Bisweilen wird auch von rechtlicher Warte Masshalten beim sozialstaatlichen Ausbau empfohlen³⁷; nicht zu übersehen ist ferner auch das aufrichtige Bestreben des öffentlichen Rechts, Freiheiten des Einzelnen gegenüber dem Sozialstaat abzugrenzen. Indes – eine grundsätzliche Hinterfragung der geschilderten Sozialisierung des Rechts blieb weitgehend aus³⁸. Die Hauptschwierigkeiten dürfte in der Umschreibung eines «freiheitlichen» Rechts liegen, zumal dieses sozial wünschbare Auswirkungen haben soll: Ob der Beamte des Wohlfahrtsstaates oder der Zivilrichter soziales Verhalten gebietet, ändert als solches am «Freiheitlichkeitsgrad» des angewandten Rechts nichts.

2.2 Insbesondere das soziale Mietrecht

Das Mietrecht, vor allem natürlich das Wohnungsmietrecht, ist seit der «Positivismuskrise» des Privatrechts wie kaum ein anderer Rechtszweig Zankapfel gegenseitiger politischer und rechtlicher Auffassungen. Hier wurde wie kaum anderswo früh deutlich, wie wenig das privatrechtliche Modell des zwischen autonomen Parteien ausgehandelten Vertrages mit der sozialen Wirklichkeit übereinstimmt³⁹. Bereits in der Krisenzeit 1914 bis 1925 bedurfte

³³ *F.A. Hayek, The Constitution of Liberty*, Chicago 1972.

³⁴ *R. Nozick, Anarchy, State, and Utopia*, New York 1974.

³⁵ Wenn sich vereinzelt auch Juristen sehr prononciert für diese Freiheitsidee einsetzen. Vgl. etwa *M. Kummer*, Die Unternehmung diesseits und jenseits der Mauer, in *ZbJV* 113, 1977, S. 465ff.; *H. Merz*, Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Karlsruhe 1970, insbesondere S. 15; derselbe, Das Recht als soziale Ordnungsmacht, Bern 1963, insbesondere S. 25f.; *K. Otfinger*, Der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht, in *SJZ* 39, 1943, S. 545ff. und 561ff.

³⁶ *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 12), S. 547. Vgl. jedoch auch gewichtige Stimmen, welche dem Privatrecht für die Zukunft nach wie vor eine bedeutsame Rolle beimessen, so *Ludwig Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts, Berlin/New York 1971; *Bernhard Grossfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, Karlsruhe 1977.

³⁷ *K. Eichenberger*, Freiheit als Verfassungsprinzip: Der Staat des Masses, in *Liberalismus* – nach wie vor, Zürich 1979, S. 15ff., insbesondere S. 24ff.

³⁸ Vgl. etwa *Eichenberger*, a.a.O. (s.o. Note 37), S. 25: «Der Sozialstaat ist Realität. Unumkehrbar, wenn der Schein nicht trügt.»

³⁹ *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 12), S. 548; derselbe, a.a.O. (s.o. Note 32), S. 17.

der erst wenige Jahre zuvor im Obligationenrecht niedergelegte Mietvertrag der Korrektur durch Notrecht⁴⁰; ebenso in der Zeit des Zweiten Weltkrieges, aber desgleichen auch in den Jahren der Hochkonjunktur bis 1970 sollte Mietnotrecht Remedur schaffen⁴¹. Schon allein der äussere Umstand, dass die Eingriffe nicht in Form des ordentlichen Rechts erfolgten⁴², weist auf jene Korrektur «von aussen» hin; auf jene Ungereimtheit, die den privatrechtlichen Vertrag grundsätzlich akzeptiert, gewisse Auswirkungen aber gleichzeitig unterbindet. Nach einer letzten Verlängerung des Mietnotrechts um ein Jahr lief es im Dezember 1970 endgültig aus⁴². Nun sollten die gewünschten Remeduren ordentliches Recht werden. Ausdruck hievon ist das Bundesgesetz vom 24. Juni 1970 über die Änderung des Obligationenrechts⁴³, das die Art. 267a-f schuf. Der Bundesbeschluss über Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972⁴⁴ sodann kann unter diesem Gesichtswinkel als Mittelweg bezeichnet werden. Seine zeitliche Beschränkung^{44a} und die Form des Separaterlasses lassen ihn zwar eher als «externe» Regelung erscheinen. Doch nimmt er andererseits auch materiellen Einfluss auf die Bestimmungen des Obligationenrechts selbst, indem etwa einzelne dispositive Normen für zwingend erklärt werden⁴⁵. All diese «internen» Korrekturen verhinderten aber nicht, dass in den siebziger Jahren eine Vielzahl politischer Vorstösse zur Änderung des Mietrechts unternommen wurden⁴⁶. Sie sollen nun mit der eingangs genannten Revision zur Synthese gebracht werden⁴⁷.

Grundsätzlich begrüssenswert ist das Bestreben der Experten, den sozialen Aspekt ins Privatrecht zu reintegrieren⁴⁸. Dies geschieht zumindest in formeller Hinsicht. Schwieriger zu beurteilen ist, ob diese Reintegration auch im materiellen Sinn erfolgt; in dem genannten Sinn nämlich, dass die Grundlagen der privatrechtlichen Regelung konsequent hinterfragt und gegebenenfalls dahin geändert werden, dass ihre *immanent* sozialen Wirkungsmöglichkeiten zum Tragen kommen. – Wie ist etwa die geplante Beschränkung der Kündigungsfreiheit unter diesem Gesichtspunkt zu beurteilen? Unterbindet sie unerwünschte Auswirkungen des Eigentums und der Vertragsfreiheit schlechthin, oder aber hinterfragt sie diese Begriffe selbst? Behebt sie deren immanente Mängel, oder korrigiert sie ein falsches Verständnis?

Ausgangspunkt unserer Problemstellung war ein Unbehagen gegenüber einem zu wenig «freiheitlichen» Recht. Vorweg gilt es also, diesen Begriff näher zu umschreiben:

⁴⁰ Begleitbericht S. 1.

⁴¹ Begleitbericht S. 1.

⁴² AS 1969, S. 1297f.

⁴³ Vgl. die Botschaft des BR in BB1 1968 II, S. 849.

⁴⁴ SR 211.213.1.

^{44a} Nunmehr bis 31. Dezember 1987 (AS 1982, S. 1234).

⁴⁵ BB Art. 5.

⁴⁶ Siehe oben, Note 3.

⁴⁷ Begleitbericht, S. 9, Zur Doppelfunktion der 1984 zu erwartenden Botschaft, s.o. Note 4a.

⁴⁸ Begleitbericht, S. 12.

2.3 Freiheitliches Recht

Die erwähnte Ausgliederung des Sozialen aus dem Privatrecht erfolgte weitgehend durch Gesetzgebung, die gemeinhin als öffentlich-rechtlich bezeichnet wird. Ja, erst durch diese Ausgliederung entstand im konkreten Regelungsbereich Anlass, privates von öffentlichem Recht zu unterscheiden⁴⁹. Angesichts dessen, dass sich freiheitlich genannte Theorien gegen diese Verselbständigung des Sozialen wehrten, erstaunt es auch nicht, dass die gängigen Unterscheidungskriterien freiheitliche Aspekte eher dem Privatrecht, zwingende dem öffentlichen Recht zuweisen⁵⁰: Wo der Staat obrigkeitlich auftritt, herrscht öffentliches Recht; wo es private Freiheiten zu konkretisieren gilt, privates Recht. Es mag deshalb vordergründig naheliegen, die anerkannten Merkmale zur Unterscheidung in öffentliches und privates Recht⁵¹ beizuziehen, um etwa beurteilen zu können, ob jederzeitiges Kündigungsrecht, ob Erstreckung oder ob generelle Kündigungsbeschränkung freiheitlich oder unfreiheitlich sind. – Dies überzeugt aber schon deshalb nicht, weil auch das Privatrecht immer Recht, mithin durchsetzbare Zwangsordnung sein soll und weil ein wesentlicher Zweck gerade des öffentlichen Rechts darin liegt, die Freiheiten des Einzelnen gegen Eingriffe des Staates zu schützen. Vor allem aber zielt unsere Frage darauf ab, ob traditionellerweise dem öffentlichen Recht zugewiesene Funktionen nicht privatrechtlich gelöst werden können; oder genauer: ob das Soziale im Recht nicht in der Weise verwirklicht werden kann, dass sich in extremis eine Unterscheidung in öffentliches und privates Recht erübrigt⁵².

Der Neoliberale *Franz Böhm* führte 1966 den Begriff der *Privatrechtsgesellschaft* in die wissenschaftliche Terminologie ein⁵³. Er versteht darunter jene Gesellschaftsform, die sich als wesensmässiger Gegensatz zum Ancien régime definiert; jene Ordnung, welche die Wirren der Französischen Revolution möglicherweise nicht erkannt und ausgesprochen haben, durch die sie aber letztlich doch motiviert wurden. Das feudale System Lehensherr–Hintersasse sollte der Gleichstellung, Untertanentum der Freiheit, schliesslich sollte geliehenes eigenständigem Recht weichen⁵⁴. Damit war mehr gesagt, als dass die

⁴⁹ *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 12), S. 546, *M. Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart u.a., 1968, S. 54ff.

⁵⁰ So etwa die entsprechende Theorie von *Walther Burckhardt*, vgl. *H. Huber*, Berner Kommentar, N. 129 zu Art. 6 ZGB.

⁵¹ Vgl. die Übersicht bei *H. Huber*, a.a.O. (s.o. Note 50), N. 105ff. zu Art. 6 ZGB.

Zu erwähnen ist auch die Unterscheidung im Begleitbericht, S. 13, welcher strukturelles Ungleichgewicht als Gegenstand privatrechtlicher, marktbedingtes Ungleichgewicht als der öffentlichrechtlichen Schutzbestimmungen nennt. Es dürfte dies wohl eher ein Kriterium hergeben für eine Unterscheidung zwischen politischen und polizeilichen Eingriffen, vertraut etwa im Zusammenhang mit staatlichen Eingriffen in verfassungsmässige Rechte.

⁵² So ausdrücklich der heute wieder oft zitierte *A. Menger*, Neue Staatslehre, Jena, S. 227 ff.; *D. Dürr*, Der soziale Gedanke der Produkthaftpflicht, Wirtschaft und Recht 1980, S. 269ff.

⁵³ *Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, in *Ordo*, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 17 (1966), S. 75ff.

⁵⁴ *Böhm*, a.a.O. (s.o. Note 53), S. 77.

Rechtsstellung der Unterprivilegierten eine Verbesserung erfuhr. Vielmehr sollte an die Stelle der Feudal- eine *Rechtsordnung* treten⁵⁵. Jede koordinierende, generell jede überindividuelle soziale Zielsetzung sollte sich nicht mehr nach dem Willen Einzelner richten. Ja, konkrete gesamtgesellschaftliche Zielsetzungen – im wörtlichen Sinne des Wortes – mussten jede Berechtigung verlieren. Nurmehr die individuellen Pläne jedes Einzelnen sollten die Sozialwirklichkeit beeinflussen. Und nurmehr dem Recht, nicht dem Willen Einzelner, verblieb überindividuelle Relevanz⁵⁶.

In diesem Sinn sei auch hier freiheitliches Recht dahin definiert, dass jede Beeinflussung von Handlungen der Rechtsunterworfenen einzig und allein im Recht, niemals im Willen Einzelner begründet ist⁵⁷.

Böhm verkennt keineswegs die Diskrepanz zwischen Wirklichkeit und Modell. Namentlich ist offensichtlich, dass gerade in Zeiten des «gelebten» Liberalismus, im 19. Jahrhundert, von einer generellen Beseitigung von Privilegien zugunsten einer *Rechtsherrschaft* ernsthaft nicht die Rede sein kann. Ebenso wenig ist zu verkennen, dass auch das Ancien régime Teile des Alltags der «Privatrechtsordnung» überlassen hatte⁵⁸. Wer immer aber auch äusserlich an die Stelle der Lehensherren trat – mit der bürgerlichen Revolution sollte die letzte Autorität dem Recht übertragen werden^{58a}. Art. 1 des Code Napoléon genannten Gesetzbuches bringt dies vielleicht am eingänglichsten zum Ausdruck: «Tout Français jouira des droits civils.»

Die bereits erwähnten Theorien *Hayeks* und *Nozicks* weisen zur selben Privatrechtsordnung. Sie stellen einer Zustandsgerechtigkeit eine Ablaufgerechtigkeit⁵⁹, den konsequentialistischen «Endstate-principles»⁶⁰ solche Regeln gegenüber, welche der Kompetenz Einzelner zum Erlass dieser Principles den Boden entziehen⁶¹. – *Hayek* geht von der Definition der Freiheit als Fehlen

⁵⁵ *Böhm*, a.a.O. (s.o. Note 53), S. 85; vgl. auch *August Egger*, Vom individualistischen zum sozialen Zivilrecht, in: Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Zürich 1957, S. 209ff.; derselbe, Die Freiheitsidee im Schweizerischen Zivilrecht, in: Die Freiheit des Bürgers, in: Festgabe zur 100-Jahr-Feier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 298.

⁵⁶ *Böhm*, a.a.O. (s.o. Note 53), S. 92, wo das Privatrecht als «gesellschaftliche Hervorbringung» bezeichnet wird.

⁵⁷ Auch nicht vom Willen des Richters. «Dans les états despotiques il n'y a point de loi: le juge est lui-même sa règle», Montesquieu, De l'esprit des lois, 6. Buch, 3. Kapitel.

Sehr wohl aber kann der Richter oder auch ein weiterer Staatsapparat zur Durchsetzung dieses allgemein abgestützten Rechts eingesetzt werden. «Ohne Obrigkeit kann auch eine Privatrechtsgesellschaft nicht auskommen» (*Böhm*, a.a.O., S. 86).

⁵⁸ *Böhm*, a.a.O. (s.o. Note 53), S. 105f. und 110f.: Gerade in dieser privatrechtlichen «Lückenordnung» einiger Freigelassener erblickt *Böhm* die notwendige historische Tatsächlichkeit, auf der sich das Privatrecht zu der Gesellschaftsordnung entfalten konnte.

^{58a} Auf die unendlich komplizierter verlaufende geschichtliche Entwicklung zum liberalen Gesellschaftsbild braucht hier im Detail nicht eingegangen zu werden. Für hier genüge ein Hinweis auf die Übersicht zur rechtlichen Entwicklung des Individuums bei *E. Huber*, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Band IV, Basel 1893, S. 281ff., v.a. S. 299f.

⁵⁹ *Hayek*, a.a.O. (s.o. Note 33), S. 161.

⁶⁰ *Nozick*, a.a.O. (s.o. Note 34), S. 153ff., auch «end-result-principles» genannt.

⁶¹ *Nozick*, a.a.O. (s.o. Note 34), S. 153ff., nennt die Alternative «historical principles».

der Abhängigkeit vom Willen anderer Menschen aus⁶². Einzige Schranke und gleichzeitig unabdingbare Voraussetzung der Freiheit ist somit die Rechtsordnung, welche diese Abhängigkeit zu verhindern hat⁶³. *Hayek* grenzt seine Freiheitsdefinition unmissverständlich ab gegenüber jener «unbegrenzten» Freiheit, die zur Herrschaft des Stärkeren führt. Liberalismusauswüchse der industriellen Revolution finden keine Rechtfertigung. Ihre asozialen Auswirkungen sind keineswegs Ausfluss der freiheitlichen Privatrechtsordnung⁶⁴. – Ebenso wenig kann Freiheitlichkeit einen falsch verstandenen Utilitarismus untermauern, eine Zielsetzung also, die eine möglichst grosse Wohlstandssumme anstrebt ungeachtet der Unterschiede zwischen den Wohlstandsteilhabern⁶⁵. Denn sie ist, wie *Nozick* klar zum Ausdruck bringt, letztlich auch Endstate-principle⁶⁶; dies zumindest, sofern diese Wohlstandssumme als Endziel und nicht als erstrebenswerte Nebenwirkung einer grundlegenden Idee verstanden wird.

Wie soll nun aber freiheitliches Mietrecht lauten?

Wie ist der Gegensatz zwischen dem Vermieter, der den Vertrag auflösen will, und dem Mieter, der an der Wohnung festhält, freiheitlich zu entscheiden? Die Frage lässt sich erst beantworten, wenn auch die soziale Komponente des freiheitlichen Rechts geklärt ist. Dies nicht nur aus Gründen der Darstellungssystematik: Wie sogleich auszuführen, schliesst freiheitliches Recht in seiner konkreten Ausgestaltung soziale Momente nicht nur nicht aus. Vielmehr findet es gerade erst in gesamtgesellschaftlichen Zusammenhängen seine Konkretisierung.

2.4 Die soziale Komponente des freiheitlichen Rechts

Wenn nach dem Beispiel *Böhms* davon ausgegangen wird, die «bürgerliche Revolution» habe anstelle einer feudalen *Gesellschaftsstruktur* das bürgerliche *Recht* treten lassen, so scheint diese Alternative zunächst gar keine zu sein. Denn das Privatrecht regelt ja nur die Verhältnisse zwischen den einzelnen Individuen, kann also niemals gesamtgesellschaftliche, im eigentlichen Sinn des Wortes soziale Bedeutung haben. Der Begriff einer Privatrechtsgesellschaft scheint mithin in sich widersprüchlich. Man mag versucht sein, die Theorie von *Hayek* und *Nozick* als untauglich zur gesamtgesellschaftlichen Wirklichkeitsbeeinflussung anzusehen.

Ausgehend davon, dass privates Recht jene Freibereiche ordnet, die nicht einer obrigkeitlichen⁶⁷ Zielsetzung unterworfen sind, vergleicht sie *Böhm* mit

⁶² *Hayek*, a.a.O. (s.o. Note 33), S. 13.

⁶³ *Hayek*, a.a.O., S. 153: «The conception of freedom . . . rests on the contention that when he obeys laws, in the sense of general abstract rules laid down irrespective of their application to us, we are not subject to another man's will and therefore free.»

⁶⁴ *Hayek*, a.a.O. (s.o. Note 33), S. 16f.

⁶⁵ Siehe *Jeremy Bentham*, *The principles of Morals and Legislation* (1789), Ausgabe London 1931.

⁶⁶ *Nozick*, a.a.O. (s.o. Note 34), S. 153ff., 199, 208.

⁶⁷ Wobei in diesem Zusammenhang mit «obrigkeitlich» nicht nur Behörden, sondern auch Private anvisiert sein können; dann nämlich, wenn sie ihren Willen anderen aufzwingen können.

anderen gleichermaßen unregulierten Phänomenen: mit der Sprache und dem Marktpreis⁶⁸. Sie werden nicht dekretiert, sondern aus ihrer eigenen Notwendigkeit geschaffen. Im Gegensatz zur Geheimsprache und zum Monopol- und Kartell- oder zum staatlich kontrollierten Preis ist ihre Ausgestaltung ausschliesslich gesamtgesellschaftlich begründet. Die Verständigung innerhalb der Gesellschaft und die objektiv ausgewogene Güterverteilung sollen erreicht werden, nicht die konkreten Interessen von Gesprächspartnern oder Verkaufskontrahenten. Andererseits wird aber gerade die konkrete Verständigung unter ihnen bzw. der «gerechtfertigte» Preis ausschliesslich durch die gesamtgesellschaftliche Dimension erreicht. Als Funktionsmechanismus nennt *Böhm* die «Signalwirkung»⁶⁹: Wer nicht verstanden wird, nimmt die verständliche Sprache zu Hilfe. Wer seine Ware nicht los wird, verlangt weniger. Wer sie nicht erhält, bietet mehr. – Und gleichermaßen: Wer seine Verträge nicht hält, wird keine neuen Vertragspartner finden. Wer den schuldhaft Geschädigten nicht entschädigt, wird sich – selbst einmal in dieser Rolle – auf keinen Ersatzanspruch berufen können. Eine Signalwirkung also, nicht die legislative Behörde oder der Richter schaffen solche Regeln⁷⁰. Das Sich-behalten-Lassen beim eigenen Tun, nicht die Gesetzesvorschrift, zwingt zu regelkonformem Verhalten⁷¹. Die Verhaltensvorschrift wird nicht festgelegt. Sie wird vielmehr vom einzelnen Rechtssubjekt dadurch gefunden, dass es sich auf einen Grundsatz beruft, der sich – sollte sich seine tatsächliche Rolle verändern – nicht gegen seine Interessen wenden kann. Wohl ist der konkrete Streitfall Anlass zur privatrechtlichen Entscheidung. Zum allgemeinen Rechtssatz, zur Norm wird sie aber erst durch ihre Loslösung hievon, durch ihren sozialen Bezug. – Damit ist nicht nur freiheitliches, nicht-verfügbares Recht skizziert. Es zeigt sich vielmehr, dass dessen Funktionsmechanismus ausschliesslich gesamtgesellschaftlicher, sozialer Art ist, gerade nicht die individuelle Beziehung zwischen konkreten Parteien im Auge hat⁷². Je mehr andererseits die Rechtswirklichkeit oder die ausserrechtliche Faktizität von jener freiheitlichen Allgemeinheit der Rechtsgrundsätze abweicht, je mehr die

⁶⁸ *Böhm*, a.a.O. (s.o. Note 53), S. 91ff.

⁶⁹ *Böhm*, a.a.O. (s.o. Note 53), S. 91.

⁷⁰ *Böhm*, a.a.O. (s.o. Note 53), S. 88, nennt in diesem Zusammenhang die Sprache, das Privatrecht und den Marktpreis überindividuelle «Lenkungs- oder Koordinationsinstrumente», die in dessen weder auf Dekretierung, Beschlüssen oder Vereinbarungen beruhen.

⁷¹ *Böhm*, a.a.O. (s.o. Note 53), S. 90.

⁷² Vgl. *August Egger*, Die Macht der Rechtsidee, in: *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, Zürich 1957, S. 9ff., nennt dies «gebundenen Individualismus»; *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 32), S. 18, über die Erkenntnis, wonach der Vertrag «als Vollzug einer typischen überindividuellen Sozialfunktion» erscheint.

So erscheint es auch durchaus folgerichtig, dem Privatrecht die Befähigung zur gesamtgesellschaftlichen Planung zuzubilligen. Vgl. z.B. *Peter Rosenstock*, Das Privatrecht als Instrument der Nutzungsplanung, ZBGR 1968, S. 129ff.

Vgl. auch *Oliver Wendell Holmes*, rechtsdogmatisch als «Realist» im Gegensatz zu den Rechtspositivisten betrachtet, spricht vom Richterrecht als «legislative in its grounds», in: *The Common Law* (1881), Harvard University Press, 1967.

konkreten Parteien etwa aus «sozialen» Gründen im Vordergrund stehen, desto kleiner wird der gesamtgesellschaftliche Bezug⁷³.

Das Privateigentum etwa lässt sich so als Ausfluss des Signalwirkungsmechanismus verstehen: Wer Arbeit, Geld, Kreativität und dergleichen aufwendet, soll auch die Früchte ernten. – Vertragsfreiheit mag als das logische Gegenstück gelten. Die Früchte sollen durch das Instrument des Vertrages realisiert werden. Der Hauseigentümer überlässt dem Mieter gegen Entgelt eine Wohnung zur Benützung und vereinbart eine Rückgabepflicht innert einer bestimmten Kündigungsfrist. «Pacta sunt servanda» wird deshalb allgemein gelten, weil einen Vertrag nur eingeht, wer auf Erfüllung pochen kann – eine Regel, die sich jeder auch in anderer Parteirolle gefallen lassen wird. Schränkt das Gesetz das Rückgaberecht des Vermieters nach abgelaufener Kündigungsfrist ein, so werden Eigentum und Vertragsfreiheit zweifellos tangiert. Doch kann auch diese Kündigungsbeschränkung durchaus freiheitliches und soziales Recht darstellen, vorausgesetzt, sie fusst auf beidseits akzeptierten Grundsätzen, die in ihrer Allgemeinheit das Eigentum und die Vertragsfreiheit selbst relativieren, diese gewissermassen als *leges speciales* für bestimmte Fälle erscheinen lassen. Solch allgemeine Grundsätze, die in bestimmten – möglicherweise den meisten – Fällen vertragliche Kündigungsfristen schützen, gebieten manchmal vielleicht eine Erstreckung. – Unfreiheitlich sind Einschränkungen des Kündigungsrechts nur dann, wenn sich ihre Grundüberlegungen letztlich gegen sie selbst wenden; wenn die grundsätzlichen Erwägungen, die anhand der konkreten Interessenlage zunächst für eine Kündigungsbeschränkung zu sprechen scheinen, nach konsequenter Hinterfragung zum Schutz der vertraglichen Kündigungsfrist führen müssen. Stets ist die Kündigungsbeschränkung diesfalls gleichzeitig asozial, denn sie betrachtet die konkrete Interessenlage zweier Parteien losgelöst vom gesamtgesellschaftlichen Bezug, in dem sie sich selbst befinden.

Dem verfassungsmässigen Gesetzgeber, der nun eine freiheitliche Lösung finden soll, ist damit noch keine Antwort aufgezeigt, sondern einzig die Aufgabe formuliert. Und diese setzt ihn in eine paradoxe Lage: Er muss Recht setzen, das wesensmässig von niemandem festgelegt, sondern von den Rechtssubjekten selbst gelebt werden soll. Nicht ihn selbst überzeugende Ideale, sondern jene allgemeinsten Grundsätze sollen ihn leiten, bei denen sich jeder Rechtsunterworfenen behaften zu lassen bereit ist. Solch (freiheitliche) Rechtssetzung, besser wohl -findung, kann letztlich nur empirisch erfolgen⁷⁴. Die eventuelle praktische Unmöglichkeit ist logische Konsequenz des Paradoxons, freiheitliches Privatrecht in Gesetze mit verfassungsmässig abgesegneter

⁷³ *Böhm*, a.a.O. (s.o. Note 53), S. 140f., wonach gerade «soziale und politische Reputation» oft durch jene beansprucht wird, die «partikulare Einkommensinteressen» fördern. *Peter Badura*, Wirtschaftsfreiheit, Staatsplanung und Intervention, in ZSR 100, 1981, S. 265ff., sieht die Aktualität dieser Gefahr weniger in staatlichen (gesetzgeberischen) Eingriffen, sondern in solchen sogenannten «wirtschaftsdemokratischer Gestaltungs-Mechanismen.»

⁷⁴ *Pound*, a.a.O. (s.o. Note 13), S. 182.

«Kraft» zu giessen. Und mögen ferner noch so viele Konzessionen an gesunden Pragmatismus eingeräumt werden – die Rückbesinnung auf die freiheitliche Idee des Privatrechts muss an eine wesensmässige Schwierigkeit stossen: Gerade jene Bereiche, die frei gelebtes Privatrecht vermissen lassen und deshalb durch solches zu regeln sind, entbehren jenes essentiell gelebten «Signalwirkungsmechanismus», welcher freiheitliches Recht erst ermöglicht.

Wo also freiheitliches Recht vergessen, missverstanden, missbraucht oder abgeschafft ist, scheint es kein Zurück mehr zu geben. Es mag dies als der Detailmechanismus gesehen werden, der zur Eigendynamik unfreiheitlicher Gesellschaftssysteme führt, zu deren Tendenz, sich wesensmässig nicht von einer freiheitlichen Ordnung ablösen zu lassen⁷⁵. Man mag dies begrüssen als Ausweg aus einer längst überholten Schein-Privatrechtsgesellschaft oder auch resigniert akzeptieren, dem freiheitlichen Recht gehe nun einmal die innere Kraft ab, ein regenerierbares Gesellschaftssystem eigener Prägung durchzuhalten⁷⁶. – Freiheitliches Recht *ist* aber anpassungs- und regenerierfähig. Es bedarf einzig der Kenntnis der Funktionsweise des Signalwirkungsmechanismus⁷, gewissermassen seiner Anatomie. Dann kann fehlende Tatsächlichkeit, kann Empirie durch Hypothese ersetzt werden.

3. Hypothetische Freiheit als Methode

3.1 Der Economic approach

Das anglo-amerikanische Common law ist des genannten immanenten Paradoxons des Privatrechtsgesetzbuches frei. Der Richter ist nicht vom verfassungsmässigen Gesetzgeber geleitet, sondern nimmt seine «empirische» Aufgabe konsequent wahr⁷⁷. «Stare decisis» will nicht das Präjudiz an die Stelle des Gesetzesartikels setzen, will die Gesetzgebungskompetenz nicht vom historischen Gesetzgeber auf den historischen Richter übertragen, sondern einzig nach dem in konkreten Konfliktsituationen gelebten Recht fragen⁷⁸. Die Aufgabe ist enorm, der Arbeitsaufwand für «Civil-law»-Juristen äusserst eindrücklich. Die riesigen Präjudiziensammlungen und die Entwicklung der Fundstellensuche zur eigenen Wissenschaft sprechen im buchstäbli-

⁷⁵ Vgl. etwa *Jean-François Revel*, *La tentation totalitaire*, Paris 1976, insbesondere S. 22ff. Siehe auch *H. Merz*, *Privatrechtliche und öffentlichrechtliche Ordnungen: Spiegelungen eines einzigen Leitgedankens*, in: *Festgabe für Hugo Sieber*, Bern und Stuttgart 1976, S. 31ff., insbesondere S. 40.

⁷⁶ *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 12), S. 620.

⁷⁷ *Pound*, a.a.O. (s.o. Note 13), S. 166ff., insbesondere S. 181f. Dieser «empiricism» ist wesensmässig mit dem *freiheitlichen* Vorrang des Rechts vor dem Willen Einzelner verbunden: «There is a common element in the two fundamental doctrines of the common law, the doctrine of precedents and the doctrine of the supremacy of law. The same spirit is behind each» (a.a.O., S. 182).

⁷⁸ Interessant ist in diesem Zusammenhang die Stellung der sogenannten «Restatements». Es sind dies gewissermassen Zusammenfassungen der durch die Rechtsprechung geformten Regeln. Der äusseren Form nach gleichen sie dem «Civil-Law-Gesetzbuch». Ihrer Funktion nach sind sie jedoch eher rechtshistorische Abhandlungen, welche in die Gegenwart nachgeführt sind.

chen Sinn Bände. Indes, auch dieses im Grunde konsequent empirische Verständnis des Privatrechts kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Entscheidung über den konkreten Fall in der Regel keineswegs anders und oft keineswegs weniger «falsch» ausfallen muss als dort, wo ein Gesetzesartikel zugrunde liegt⁷⁹. Änderungsbedürftigkeiten geltender Normen sind nicht Charakteristikum des «Civil-law»-Rechts. Unterschiedlich ist dagegen die Konsequenz, die aus der Erkenntnis einer unbefriedigenden Norm gezogen wird. In unserem Rechtsgebiet ersetzt der verfassungsmässige Gesetzgeber die überholte Norm durch eine neue⁸⁰. Der Common-law-Richter dagegen erkennt, dass die überkommene Norm auf einer allgemeineren Grundidee beruht, die ihre Anwendung in concreto ausschliesst oder relativiert⁸¹. Solange sich jene allgemeinere Norm in einem – evtl. Jahrhunderte zurückliegenden – Urteil finden lässt, ist die empirische Funktion vielleicht noch wahrgenommen⁸². Je umwälzender und vor allem je schneller sich die Umwelt aber in sozialer und technischer Hinsicht verändert, um so schwieriger wird diese Funktion⁸³. Die Notwendigkeit, zur Hypothese Zuflucht zu nehmen, wird auch hier unumgänglich. – Wird nun aber von der Prämisse ausgegangen, nur die «empirische» Rechtsfindung sei freiheitlich, so erscheint zunächst eine freiheitliche Norm, die empirisch nicht zu finden ist, auch im Common law als Quadratur des Kreises. Doch ist im Auge zu behalten, dass die empirische Methode einzig deshalb eine freiheitliche ist, weil sie eine Erfassung jener «Signalwirkung» ermöglicht, die anstelle eines Fremddiktates treten soll. Verunmöglichte Empirie muss also Freiheitlichkeit keineswegs ausschliessen. Lässt sich nämlich der innere Mechanismus der Signalwirkung selbst definieren, können deren Auswirkungen auch dort umschrieben werden, wo sie sich effektiv gar nicht eingestellt haben.

⁷⁹ R. Pound spricht in diesem Zusammenhang vom «law in books», welches sich selbstgefällig über das «law in action» hinwegsetzt, *American Law Review* 44 (1910), S. 12ff.

⁸⁰ Im Bereich der Lückenfüllung kommt auch dem Civil-Law-Richter eine dem Common Law sehr ähnliche Stellung zu. A. Meier-Hayoz, *Berner Kommentar*, N. 462ff. zu Art. 1 ZGB spricht von der «doktrinellen Prinzipien- und Systembildung für Entfaltung und Fortbildung des Privatrechts».

⁸¹ Nicht zufällig sträubte sich der amerikanische Richter auch nach der Revolution nicht dagegen, Präjudizien englischer Gerichte zugrundezulegen. Denn diese sind nicht Exponenten eines *Regimes*, das abgeschüttelt werden sollte.

Vgl. ferner Note on Tortious interference with contractual relations in the nineteenth century: The transformation of property, contract, and tort, in *Harvard Law Review* 93 (1980), S. 1510ff., wo die grundsätzliche Hinterfragung selbst so allgemeiner Begriffe wie Eigentum oder Wettbewerbsfreiheit auf noch allgemeinere Grundsätze hin dargelegt wird. – So etwa auch die Hinterfragung sogar der Verursachung als Basis einer Haftpflicht in: *Sindell v. Abbott Laboratories* 26 Cal. 3d 588; *Market share liability: An answer to the causation problem*, *Harvard Law Review* 94 (1981), S. 668ff.; D. Dürr, *Der soziale Gedanke der Produkthaftpflicht*, in: *Wirtschaft und Recht*, 1980, S. 256ff., insbesondere S. 270.

⁸² *Henry J. Abraham*, *The judicial process*, New York 1975, S. 329ff.

⁸³ H. Merz, *Dauer und Wandel des Rechts*, in *ZSR* 92, 1973, S. 325ff., fasst diese «Antinomie, vor die sich der Jurist gestellt sieht», mit einem Zitat R. Pounds zusammen: «Law must be stable, and yet it cannot stand still.»

Dieser innere Mechanismus wird nun ganz speziell von einer neueren Theorie aus der amerikanischen Rechtslehre ausgeleuchtet: von der «economic analysis of law». Es ist kein Zufall, dass der «economic approach» nachhaltige, wenn auch keineswegs unangefochtene Resonanz gerade in den Vereinigten Staaten von Amerika findet. Das Common law mit seiner Methode des permanenten Hinterfragens bildet einen fruchtbaren Nährboden für eine Theorie, welche tatsächliche – und hypothetische – Abläufe in messbare Kategorien zu fassen sucht⁸⁴. Zumal diese ökonomische Betrachtungsweise in unserm Rechtsgebiet weit weniger bekannt ist^{84a}, ferner einige Grundprinzipien für die weiteren Ausführungen von Bedeutung sind; ist ein etwas weiteres Ausholen angebracht.

Der Economic approach, stark verbunden mit der University of Chicago, Law School, hatte zunächst rein analytische Bedeutung. Erste Impulse gaben *Ronald Coase*⁸⁵ und *Harold Demsetz*⁸⁶. Sie gingen vor allem dem Einfluss von Rechtsnormen auf die Effizienz in der Allokation wirtschaftlicher Güter nach. Das rasch zum Begriff gewordene «Coase-Theorem» besagt zunächst etwas überraschend, dass die Zuweisung subjektiver Rechte gerade keinen Einfluss auf die Effizienz der Güterallokation habe. Beispielsweise in Bezug auf die hier interessierende Kündigungserstreckung bzw. -aufhebung⁸⁷ lässt sich dies so darstellen: Der Mieter (M) bezahle dem Vermieter (V) einen Mietzins von 100 pro Zeiteinheit. V wolle ihm nun kündigen, weil er anderweitig 120 erzielen könnte. M müsste für eine Ersatzwohnung 130 bezahlen. Eine Erstreckung des Mietverhältnisses ist hier – zumindest innerhalb dieser modellhaften Zwei-Personen-Wirtschaft – am effizientesten: V verliert zwar 20, bei einer Kündigung aber verlöre M gar 30. Bei der Weiterführung des Mietverhältnisses gingen also 10 weniger verloren als bei der Auflösung. Jene ist demnach effizienter als diese⁸⁸. Graphisch lässt sich dies so darstellen: siehe Seite 16 oben.

Bei einem Zins von 100 hat V einen Verlust von 20, M einen Gewinn von 30. Gesamthaft resultiert ein «Nettogewinn» von 10 ($G = V + M$), was die Effizienz der Weiterführung des Mietverhältnisses zum Ausdruck bringt. Ebenso

⁸⁴ *Richard A. Posner*, *Economic Analysis of Law*, Boston, Toronto 1977, insbesondere S. 271ff.

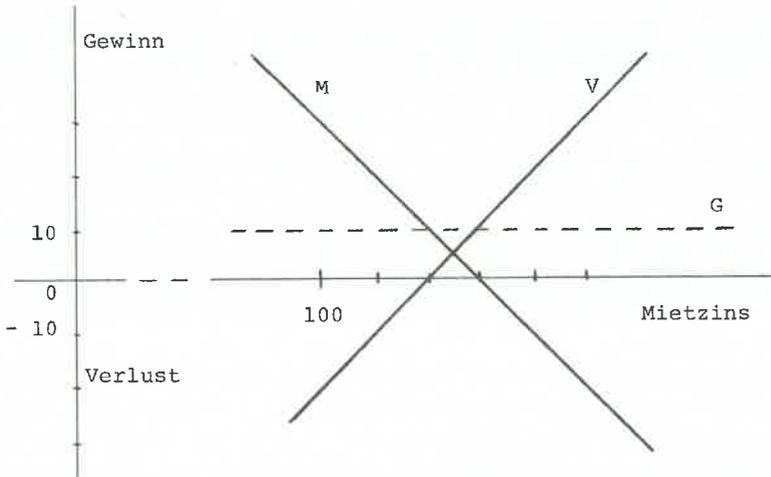
^{84a} Eine gewisse Beachtung findet sich immerhin in den Bereichen mit ausgesprochen gesamtgesellschaftlichem Bezug, so z.B. *R. Walz*, Marktbezogener Umweltschutz und privatrechtlicher Immissionsschutz, in: *Festschrift Raiser*, Tübingen 1974, S. 185ff., v.a. S. 194ff.

⁸⁵ *Ronald H. Coase*, *The Problem of social Cost*, *Journal of Law and Economics* 3 (1960), S. 1ff.

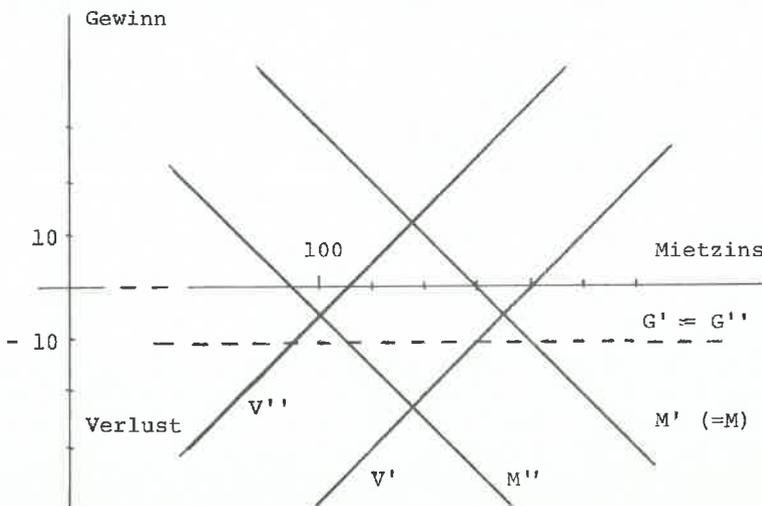
⁸⁶ *Harold Demsetz*, *Some Aspects of Property Rights*, *Journal of Law and Economics* 9 (1966), S. 61ff.

⁸⁷ Es wird hier bewusst auf die Unterscheidung in Erstreckung und Aufhebung der Kündigung verzichtet. Es ist dies eher eine quantitative Verschiedenheit, deren Auswirkungen in diesem Aufsatz unberücksichtigt bleiben.

⁸⁸ Das «Coase-Theorem» geht zwar von eigentlichen «social costs» aus, d.h. von solchen Aufwendungen, die schlechthin anfallen und nicht lediglich einen Transfer darstellen. Insofern ist das aufgeführte Beispiel eher als Analogie denn als Anwendung des Coase-Theorem zu bezeichnen.



zeigt die Graphik, dass die Effizienz von der absoluten Höhe des Mietzinses unabhängig ist. Hierauf stützt sich das bereits erwähnte Coase Theorem, wonach z. B. in casu das Mietverhältnis auch dann weitergeführt wird, wenn dem V ein durchsetzbares Kündigungsrecht zusteht. Diesfalls wird nämlich M eine Kündigung dadurch abwenden, dass er den Zins von 100 auf maximal 130 erhöht. V wird das Angebot annehmen, sobald es mindestens 120 beträgt. Im Bereich der Schnittstelle der Kurven V und M treffen sich die Parteien. – Umgekehrt besagt das Coase Theorem aber auch, dass die Parteien stets dann das Mietverhältnis auflösen, wenn eine Verlängerung ineffizient wäre, und zwar wiederum auch dann, wenn das Gesetz dem M ein Erstreckungsrecht einräumte. Dies ist etwa der Fall, wenn nun V bei anderweitiger Vermietung 140 lösen könnte:



Aus Graphik 2 ergibt sich die Ineffizienz einer Weiterführung des Mietverhältnisses. G' verläuft negativ. M aber, der beim gültigen Mietzins von 100 einen Gewinn von 30 erzielt, kümmert dies wenig. Er wird nur dann ausziehen, wenn ihm V hierfür mindestens 30 bezahlt. Hierzu ist dieser, der andernfalls einen Verlust von 40 erlitt, bis maximal zu diesem Betrag auch bereit. Durch diese Ausgleichszahlungen ergeben sich neue Kurven V'' und M'' . Dies führt dazu, dass die Weiterführung des bisherigen Mietverhältnisses *beiden* Parteien einen Verlust brächte, der Mieter also freiwillig auszieht. Zu beachten ist auch hier wieder, dass sich an der gesamten Ineffizienz nichts ändert, G' also mit G'' identisch ist⁸⁹ bzw. sich einzig in der Horizontalen verschiebt⁹⁰.

Wie erwähnt, blieb die Economic analysis of law keineswegs unangefochten. Namentlich wurde die Loslösung schützenswerter Rechte von jeder moralischen Fundierung als unerträglich bezeichnet⁹¹. Die wichtigsten dieser Einwendungen lassen sich im wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

- Zum einen wird die rein rechnerische Feststellung gemacht, verschiedene Regelungsvarianten seien zwar gleich effizient, doch würden die Parteien je unterschiedlich gestellt: Steht etwa dem M bei Graphik 1 ein Erstreckungsrecht zu, hat er weiterhin nicht mehr als 100 zu entrichten. Lässt sich aber die Kündigung rechtlich durchsetzen, wird M dem V z. B. 25 mehr, also total 125, zahlen müssen. Folglich hat die Rechtsnorm zwar keinen Einfluss auf die Wahl der effizienteren Variante, wohl aber auf die Situation der konkreten Parteien⁹².
- Sodann wird dem Economic approach Widersprüchlichkeit vorgeworfen: Zum einen sei eine Zusprechung von Rechten ökonomisch bedeutungslos, weil die Betroffenen ja durch Verhandlungen ohnehin zu optimaler Effizienz gelangen. Zum anderen setzen aber gerade Verhandlungen eine

⁸⁹ Dies ergibt sich daraus, dass sich der Gewinn von M im Falle der Erstreckung durch das «Erkaufen» der Vertragsauflösung um den selben Betrag vermindert, wie der Verlust von V im Falle der Erstreckung.

⁹⁰ Damit scheint sich nun die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Rechts jede weitere Relevanz selbst abgesprochen zu haben. Solches würde jedoch das Gewicht der Transaktionskosten übersehen (*Posner*, a.a.O., s.o. Note 84, S. 36). Sie haben einen eminenten Einfluss auf die Güterallokation und bilden so das entscheidende Kriterium zur Beurteilung, ob eine Norm dem Effizienzgebot genügt. Im hier interessierenden Zusammenhang ist dem jedoch nicht weiter nachzugehen.

⁹¹ So etwa *Charles Fried*, *Right and Wrong*, Cambridge/Mass., London 1978, S. 104f.; *Izhak Englard*, *The Failure of economic Justice*, *Harv. L. Rev.* 95 (1982), S. 1162ff., in einer Rezension zu *Richard A. Posner*, *The Economics of Justice*, insbesondere S. 1176: «It knows nothing of human emotions, of laughter or of tears, of joy or of sorrow. Its cold intellectuality exhales a freezing chill onto the delicate fibers of human relations.»

Vgl. auch anders begründete Kritiken neueren Datums, so *Rolf H. Weber*, *Ökonomische Rationalität und Vertragsrecht*, in: *Festschrift Meier-Hayoz* 1982, S. 419ff.; *Beat Hotz*, *Ökonomische Analyse des Rechts – eine skeptische Betrachtung*, *Wirtschaft und Recht* 1982, S. 293ff.

⁹² *Fried*, a.a.O. (s.o. Note 91), S. 90.

Rechtszuweisung voraus, ansonsten die Parteien über nichts zu verhandeln hätten⁹³.

- Und schliesslich münden all diese Einwände in die grundsätzliche Alternative von per se schützenswerten Rechten. Der effizienz-konsequentialistischen Betrachtungsweise werden kategorisch begründete Individualrechte gegenübergestellt. Namentlich *John Rawls*⁹⁴ und *Charles Fried*⁹⁵ leiten sie aus dem kategorischen Imperativ Kants ab:

«Handle nur nach derjenigen Maxime, von der du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde⁹⁶.»

Wie die entsprechenden kategorischen Rechte im einzelnen lauten sollen, lässt *Fried* bewusst offen⁹⁷; dies deshalb, weil sie nicht von irgendeinem bestimmten Zweck oder einer bestimmten Basis her deduzierbar sein dürfen⁹⁸. So postuliert er namentlich das konkretisierungsbedürftige Recht auf den «fair share» an den Wirtschaftsgütern als das wichtigste positive Recht und beantwortet die Frage nach den Kriterien der «fairness» bewusst nicht⁹⁹. Die negativen Rechte, Recht auf körperliche Integrität und dergleichen, sind jene, die zu verletzen auch auf Kosten optimaler Effizienz verboten sein soll¹⁰⁰. – Übertragen auf unser Beispiel liesse sich der Anspruch des M auf Kündigungserstreckung wohl als ein positives Recht betrachten, die Wohnung auch nach Ablauf der Vertragsdauer zur Verfügung gestellt zu erhalten, gewissermassen das Recht auf einen Mietvertrag. Das allfällige Recht des Ver-

⁹³ *Fried*, a.a.O. (s.o. Note 91), S. 102ff.

⁹⁴ *John Rawls*, *A Theory of Justice*, Cambridge/Mass. 1971, insbesondere S. 251ff.

⁹⁵ *Fried*, a.a.O. (s.o. Note 91), S. 114ff.

⁹⁶ *Immanuel Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), in *Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie*, Band 6, Darmstadt 1968, S. 56. *Fried* gründet seine Argumentation insbesondere auf dieser Stelle: «Noch denkt ein(er) . . . , dem es wohl geht, indessen er sieht, dass andere mit grossen Mühseligkeiten zu kämpfen haben (denen er auch wohl helfen könnte): was geht's mich an? Mag doch ein jeder so glücklich sein, als es der Himmel will, oder er sich selbst machen kann, ich werde ihm nichts entziehen, ja nicht einmal beneiden; nur zu seinem Wohlbefinden, oder seinem Beistand in der Not, habe ich nicht Lust, etwas beizutragen! Nun könnte allerdings, wenn eine solche Denkungsart ein allgemeines Naturgesetz würde, das menschliche Geschlecht gar wohl bestehen, und ohne Zweifel noch besser, als wenn jedermann von Teilnahme und Wohlwollen schwatzt, auch sich beeifert, gelegentlich dergleichen auszuüben, dagegen aber auch, wo er nur kann, betrügt, das Recht der Menschen verkauft, oder ihm sonst Abbruch tut. Aber, obgleich es möglich ist, dass nach jener Maxime ein allgemeines Naturgesetz wohl bestehen könnte: so ist es doch unmöglich, zu wollen, dass ein solches Prinzip als Naturgesetz allenthalben gelte. Denn ein Wille, der dieses beschliesse, würde sich selbst widerstreiten, indem der Fälle sich doch manche eräugnen können, wo er anderer Liebe und Teilnahme bedarf, und wo er, durch ein solches aus seinem eigenen Willen entsprungenes Naturgesetz, sich selbst alle Hoffnung des Beistandes, den er sich wünscht, rauben würde.» A.a.O., S. 54; *Fried*, a.a.O. (s.o. Note 91), S. 115.

⁹⁷ *Fried*, a.a.O. (s.o. Note 91), S. 118.

⁹⁸ *Fried*, a.a.O. (s.o. Note 91), S. 161, wo er mit der Ablehnung einer konsequentialistischen Theorie eine Gemeinsamkeit mit der Abneigung Nozicks gegen «end-state-principles» erblickt, vgl. o. Noten 60 und 61.

⁹⁹ *Fried*, a.a.O. (s.o. Note 91) S. 134ff.

¹⁰⁰ *Fried*, a.a.O. (s.o. Note 91) S. 135.

mieters auf vertragsgemässe Kündigung ist ein solches negativer Art: Verdientes soll ihm nicht unverdient weggenommen werden. Solch negative Rechte haben die Eigenheit, dass ihre Respektierung nicht unter Berufung auf einen Anspruch auf den «fair share» am betreffenden Rechtsgut umgangen werden kann. Der andere hat keinen Anspruch auf Ersatz für entgangenen Fair share. Und entsprechend hat auch der Inhaber des negativen Rechts durch dessen Respektierung nicht etwa einen «Vorausbezug» auf seinen Fair share getätigt. – Dies auf Vermieter und Mieter übertragen, stösst nun auf immanente Probleme: Die Respektierung des negativen Rechts des Vermieters durch den Mieter liegt just in einem Verzicht auf dessen positives Recht auf die Wohnung. Beide Rechte aber haben – so die theoretische Prämisse – kategorische Kraft, beanspruchen aus sich heraus Geltung.

Hier ist auf die rechtsphilosophische Ausgangslage zurückzugreifen, auf Kants «Weltgesetz». Dann lässt sich schlicht feststellen, dass «Kündigungsrecht des Vermieters» oder «Erstreckungsrecht des Mieters» eben nicht Gegenstand des Weltgesetzes sein können. Vielmehr ist dieses so allgemein zu halten, dass es (rein beispielshalber) dem Vermieter grundsätzlich ein Kündigungsrecht, nur in Härtefällen dem Mieter ein Erstreckungsrecht einräumt. Es führt sozusagen zur Suche nach dem gemeinsamen Nenner, nach jenen Kriterien, welche einmal die Kündigung, ein andermal die Erstreckung als kategorisch geboten erscheinen lassen; welche dafür sorgen, dass moralisch weniger Gerechtfertigtes dem mehr Gerechtfertigten weichen muss – man mag erstaunt sein: ein *Effizienzproblem*.

Ein Effizienzproblem freilich auf einer höheren Abstraktionsstufe. Es fragt nach der optimal effizienten Allokation *moralischer* Werte, und zwar ungeachtet der Auswirkung auf die Allokationseffizienz *wirtschaftlicher* Güter. Darin kommt eine weniger bekannte, aber vielleicht weit fundamentalere Bedeutung des Economic approach zum Ausdruck: Nicht nur ausserrechtlichen und *deshalb* ökonomisch messbaren Auswirkungen des Rechts soll nachgegangen werden. Vielmehr haben sich ökonomische Denkkategorien von ihren spezifisch wirtschaftlichen Residuen zu lösen, um auch moralisch-rechtlichen Zusammenhängen zu dienen¹⁰¹. – Damit schliesst sich der Kreis zu *Böhms* Signalwirkungsmechanismus, zur Wirkung des Sich-beim-eigenen-Tun-behalten-Lassens: Nur wer sich an die moralischen Grundsätze hält, die auch von den übrigen Gesellschaftsmitgliedern anerkannt werden, wird um negative Warnsignale herumkommen¹⁰². Was dieser Mechanismus durch gelebte Tatsächlichkeit hervorbringt, nämlich «freiheitliches Recht», entwickelt der Eco-

¹⁰¹ So namentlich *Richard A. Posner*, *The Economics of Justice*, Cambridge/Mass., 1981.

Dies ist auch der Berührungspunkt von Freiheit und Gerechtigkeit. Die Verwendung des Effizienzkriteriums zur Optimierung moralisch fundierter Gerechtigkeitsmaximen kommt vielleicht jenen Theorien entgegen, welche dem Liberalismus vorwerfen, er lasse keinen Raum für «substantive justice»; vgl. *R.M. Unger*, *Knowledge and Politics*, New York 1975, S. 97.

¹⁰² *Kant*, a.a.O. (s.o. Note 96), S. 62, verweist ausdrücklich auf das triviale «Was du nicht willst, dass man dir tu, usw.», freilich ohne es als Prinzip selbst, sondern nur als Ausfluss davon anzuerkennen.

nomic approach auf dieser Abstraktionsstufe in theoretischer Deduktion. Damit löst sich die Findung eines freiheitlichen Rechts aber auch von der Empirieabhängigkeit. Es lässt sich gleichsam hypothetisch herleiten¹⁰³.

3.2 Wirtschaftliche Betrachtungsweise moralischer Werte

Beim nunmehrigen Vorhaben, die sich ausschliessenden Rechte von Vermieter und Mieter moralisch effizient zu allozieren, stellt sich zunächst die Frage nach einem gemeinsamen kategorisch schützbaren Wertgehalt. Dies ist insbesondere beim Kündigungsrecht des Vermieters nicht leicht. Denn dieses stützt sich auf dessen Eigentums- und Vertragsfreiheit, auf Begriffe mithin, die so heftig und so lange umstritten sind, als sie existieren¹⁰⁴. Hier die «richtige» Betrachtungsweise zu bieten, ist unmöglich, für das Ziel dieser Arbeit aber auch unnötig. Es sei hier lediglich *eine* mögliche Optik herausgegriffen, um damit beispielhaft eine Methode zur Deduktion freiheitlichen Rechts darzustellen.

Zu diesem Zweck sei das Eigentum als eine Institution angenommen, die das Wirtschaftssubjekt zu solchen Aufwendungen veranlasst, die den entsprechenden Nutzen nicht unmittelbar anfallen lassen. Wer nicht weiss, ob er je ernten kann, sät nicht. Wer nicht weiss, ob ihm das Obdach oder Mietzinserträge weggenommen werden, baut oder kauft kein Haus¹⁰⁵. Ohne Eigentum «schenkt» man sich Aufwendungen, die sich ihrer Natur nach von einem entfremden, kein unmittelbares Rendement zeitigen und erst mittels weiterer Vorgänge und zeitlich verschoben Ertrag abwerfen. Ähnlich ist die Lage, wo sich die Aufwendungen nicht in eine Sache, sondern in ein anderes Wirtschaftssubjekt entfremden. Bei diesen Fällen bedarf es keines dinglichen, sondern eben nur eines persönlichen Rechts. Beide aber fallen unter den im Common law gebräuchlichen Begriff der «property rights», der nicht mit dem engeren Terminus «Eigentumsrechte» zu übersetzen ist. «Property rights» bringt vielmehr diese ökonomische Gemeinsamkeit dinglicher und persönlicher Rechte zum Ausdruck: Jene Rechte, die den Arbeitserfolg dem zuweisen, der sich seiner Arbeit zunächst begibt, sie in Sachen steckt oder für andere Subjekte erbringt¹⁰⁶. Wo er dies nicht tut, gewissermassen von der Hand in

¹⁰³ In dieser Abstraktheit des economic approach widerspiegelt sich die Kraft des Signalwirkungsmechanismus als Instrument einer *Rechts-* im Gegensatz zur *Wirtschaftsordnung*. Siehe *Böhm*, a.a.O. (s.o. Note 53), S. 91ff.

¹⁰⁴ Siehe die Referate zum «Privateigentum heute» zur Tagung des Schweizerischen Juristenvereins 1981 von *G. Müller* und *P.-H. Steinauer*, in ZSR 100, 1981, S. 1ff. und 117ff.

¹⁰⁵ *Posner*, a.a.O. (s.o. Note 84), S. 27ff., *Hayek*, a.a.O. (s.o. Note 33), S. 124.

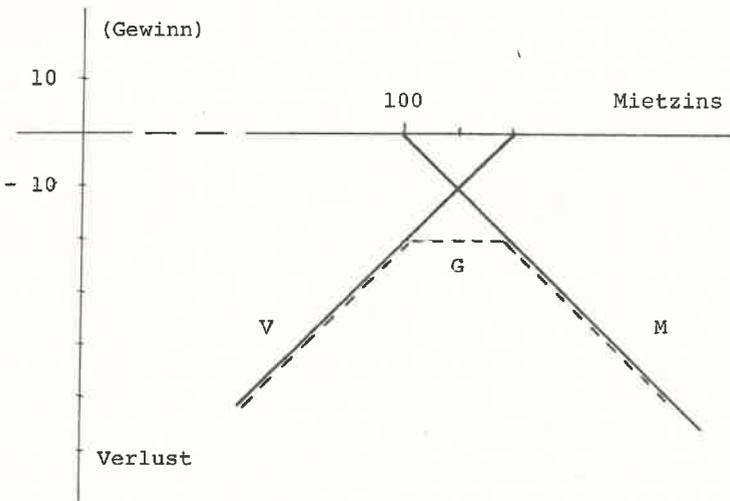
Dieser Aspekt des Eigentums klingt in einigen Vernehmlassungen zum Vorentwurf an: Wird dem Vermieter durch eine zu restriktive Kündigungsbeschränkung die Verfügungsfreiheit beschnitten, sei mit einem Rückgang der Investitionen in Immobilien zu rechnen.

¹⁰⁶ Hierauf beruht auch die Praxis, wonach verfassungsrechtlicher Schutz nicht nur dem eigentlichen Mobilien- und Immobilieneigentum zukommt, sondern auch gewissen Lohn- und Pensionskassenansprüchen (*Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, Eigentumsrecht, Systematischer Teil, Noten 406 und 443), sowie – unter dem Gesichtspunkt der Bestandesgarantie – ganz generell auch obligatorischen Rechten (BGE 100 Ib 296).

den Mund lebt, wird er die entsprechenden Aufwendungen auch ohne Property rights erbringen – Property rights und namentlich das Eigentum basieren mithin auf der Abneigung der Wirtschaftssubjekte gegen (unkompensierte) Aufwendungen, Arbeiten, Härten, Entbehrungen¹⁰⁷.

Dies ist aber nichts anderes als die kategorische Norm, auf die sich der Mieter beruft. Auch er will Härten und Entbehrungen abwenden, jene der Obdachlosigkeit oder einer unzumutbaren Selbstbeschränkung, die im Hinblick auf eine für ihn übersetzte Mietaufgezwungen würde. Er stützt seinen «Maximalzins» auf dieselbe kategorische Basis wie der Vermieter seine «Mindestgarantie». – Wie lassen sich nun diese per se schützbareren Werte optimal allozieren?

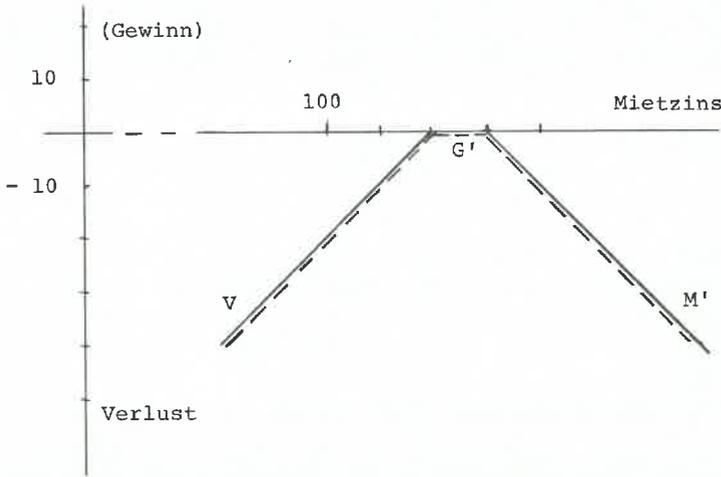
Die zum Coase Theorem gezeigten Kurven lassen sich nicht tel quel auf kategorische Werte übertragen. Wie erwähnt, wird namentlich die Respektierung eines entsprechenden Rechts nie einen «Gewinn» darstellen: Hat der Mieter weniger zu bezahlen, als ihm zur Abwendung von Obdachlosigkeit zumutbar ist, so wird dadurch sein Recht auf ein Obdach nicht stärker respektiert. Erwirtschaftet der Vermieter aus seiner Wohnung mehr als die rechtliche «Mindestgarantie», wird er nicht mehr als eben in seinem kategorischen Recht geschützt. Die Graphik stellt sich demnach so dar, dass die Kurve G nie positiv, sondern höchstens bei Null verläuft:



Die Überlegungen dieses Aufsatzes zur fraglichen Kündigungsbeschränkung sind also nicht wesensmässig mit dem «traditionellen» Grundeigentum verknüpft, sondern lassen sich mutatis mutandis auf die entsprechende Problematik der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses anwenden. Etwa die vom Christlich-nationalen Gewerkschaftsbund im Oktober 1980 lancierte Volksinitiative für einen Art. 34 octies BV enthält klare Begriffsparellenen zur neuesten Mieterschutzinitiative. Vgl. auch H.P. Tschudi, Kündigungsbeschränkungen im Arbeitsvertragsrecht, SJZ 1982, S. 85ff., v.a. S. 87.

¹⁰⁷ Hayek, a.a.O. (s.o. Note 33), S. 151.

Dies gibt den Fall wieder, da die Mindestgarantie für V mit 120, der Höchstzins für M mit 100 angenommen sei. G verläuft durchwegs negativ. Eine Weiterführung des Mietverhältnisses verletzt also in jedem Fall kategorisch schützbare Werte. – Anders, wenn das für M noch Zumutbare mit 130 eingesetzt sei:



Hier verläuft G' innerhalb eines gewissen Bereiches (120 bis 130) bei Null. Das Mietverhältnis kann also weitergeführt werden, ohne dass kategorisch schützbare Werte verletzt werden. Bei Graphik 4 ist mithin eine Erstreckung effizienter, bei Graphik 3 aber eine Kündigung. Hiezu mag man einwenden, der Mieter würde schlechter gestellt als V. Denn er trage nun das Risiko, anderweitig keinen Ersatz zum Preis von 100 zu finden, damit werde er gezwungen, entweder anderweitig oder aber zur Anwendung der Kündigung einen unzumutbaren Zins zu bezahlen, womit die Effizienz wieder in Frage gestellt werde. Dem sind aber zwei Überlegungen entgegenzuhalten: Zum einen ist an die Ausgangslage zu erinnern, wonach die zu schützenden kategorischen Werte des Mieters und des Vermieters definitionsgemäss vergleichbar sind. Der in extremis obdachlose Mieter erleidet kein schlimmeres Schicksal als der zu wenig kassierende Vermieter. Denn dessen Härte ist nicht die etwas weniger klingende Münze, sondern vorausgegangene Aufwendungen und Entbehrungen, die nun unkompensiert bleiben. Ebenso wenig wird die Effizienz tangiert, wenn der Mieter hier oder anderweitig «zu viel» bezahlen muss: Findet er nur Ersatz für etwa 130, wird er dem Vermieter zwischen 120 und 130 bieten und bleiben können. Kostet die Ersatzwohnung 110, wird er sie beziehen. Dem ist zwar genau so, wenn ihm ein Erstreckungsrecht zusteht, mit der Besonderheit jedoch, dass im letzteren Fall kategorische Werte *stets* ver-

letzten würden¹⁰⁸. – Wenn der Mieter keinen zumutbaren Ersatz, also im Fall von Graphik 3 einen solchen für 100 oder weniger findet, bedeutet dies eben nicht, dass eine Kündigung ineffizient wäre, sondern dass das Wohnungsangebot derart knapp ist, dass sich die genannten kategorischen Werte nicht vollständig schützen lassen. Es gilt dann, die Ineffizienz zu minimieren. Die am wenigsten ineffiziente Lösung ist jedoch definitionsgemäss effizient.

In Graphik 4 figuriert ein Bereich (120 bis 130), in dem keine der Kurven negativ verläuft, wo eine Weiterführung des Mietverhältnisses also effizient ist. Aus dem Coase Theorem könnte nun geschlossen werden, die rechtliche Regelung spiele diesfalls keine Rolle, die Parteien würden sich ohnehin bei einer effizienten Lösung treffen. Schützte das Recht den «Falschen», werde der andere durch Ausgleichszahlungen für die «richtige» Lösung sorgen. – Dies verkennt den Umstand, dass Coase die Allokation wirtschaftlicher, nicht moralischer Güter anvisiert; dass letztere aber gerade dann zum Tragen kommen, wenn sie durch das Spiel von Angebot und Nachfrage bedroht sind. Graphisch kommt dies dadurch zum Ausdruck, dass die Kurve G nur innerhalb eines bestimmten Bereiches horizontal¹⁰⁹ verläuft. Jede Ausgleichszahlung von mehr als 10 verschiebt den Überschneidungsbereich in eine Zone, die für den einen oder andern eine Verletzung kategorischer Rechte bewirkt. Soll die angestrebte Effizienz erreicht werden, muss also die Erstreckung mit einer Erhöhung des Mietzinses auf 120 bis 130 ermöglicht werden; dies natürlich auch dann, wenn der bestehende Mietvertrag solches nicht vorsieht¹¹⁰.

Der Richter hat also auf die inhaltliche Gestaltung des Vertrages, nicht nur auf dessen Dauer, Einfluss zu nehmen¹¹¹. Dies tangiert die Eigentums- und Vertragsfreiheit des Vermieters, Werte mithin, die durch ihren kategorischen Gehalt Ausgangslage des Erstreckungs- und Zinserhöhungsentscheides waren¹¹². Solches ist bekanntlich deshalb gerechtfertigt, weil es die überwiegenden kategorischen Rechte des Mieters zu schützen gilt. Darin erschöpft sich aber die Rechtfertigung. Mit anderen Worten: Eigentums- und Vertragsfreiheit des Vermieters sind ausschliesslich durch den «Maximalzins» des Mieters begrenzt. Der Richter darf also nicht innerhalb der hier angenommenen Bandbreite von 120 bis 130 einen «angemessenen», «gerechten» oder «vernünftigen» Mietzins festsetzen. Der Vermieter muss, wenn er will, 130

¹⁰⁸ Und zwar auf seiten des Vermieters: Bei Weiterführung des Mietverhältnisses erleidet er den bereits genannten Verlust an kategorischen Rechten von 20; bei Auflösung des Vertrages einen solchen im Umfang der Zahlung, mit der er den Auszug des Mieters erkaufen muss.

¹⁰⁹ Und zudem – bei Graphik 4 – bei 0.

¹¹⁰ In beschränktem Umfang und praktisch von geringer Bedeutung ist die Möglichkeit einer Mietzinserhöhung im Zuge eines Erstreckungsverfahrens gemäss Art. 267a, Abs. 4 OR (vgl. *Emil Schmid*, Zürcher Kommentar, N. 24/5 zu Art. 267 aOR).

¹¹¹ *Hans Giger*, Grundsätzliches zum richterlichen Eingriff in den Vertrag, in ZBJV 105 (1969), S. 309ff., insbesondere S. 312.

¹¹² In diesem grundsätzlichen Zusammenhang erübrigt sich die Frage, ob sich des Vermieters Anspruch auf sein Eigentumsrecht oder aber auf das vertragliche Rückgaberecht stützt. Vgl. *Max Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 203.

verlangen können. Andernfalls würden die kategorischen Werte wiederum ineffizient angesiedelt. Und nicht mehr das kategorisch begründete Recht, sondern der Wille des Richters nähme Einfluss auf den Entscheid des Privaten¹¹³ – worin sich wiederum die Parallele zwischen Effizienz und Freiheitlichkeit des Rechts widerspiegelt.

4. Insbesondere die «eigentliche» Kündigungsbeschränkung

4.1 Inkonsistenz des Revisionsentwurfes

Bis anhin stand das Beispiel der Kündigungserstreckung im Vordergrund, welches ja bereits dem geltenden Recht bekannt ist. Zumal die schematisierte Darstellung die Dauer einer allfälligen Erstreckung ausser Betracht liess^{113a}, lassen sich die Folgerungen durchaus auch auf eine Aufhebung der Kündigung anwenden; dies freilich nur dann, wenn der Aufhebung dieselbe Basis, nämlich eine Härte des Mieters, zugrunde liegt. Hievon weicht nun aber die «eigentliche»¹¹⁴ Kündigungsbeschränkung des Revisionsentwurfes¹¹⁵ ab. Sie erlaubt dem Vermieter eine Kündigung nur dann, «wenn er ein berechtigtes Interesse an der Auflösung nachweist»¹¹⁶. Diese Variante wird sich aller Voraussicht nach in der Botschaft nicht mehr finden^{116a}. Doch hat das Vernehmlassungsverfahren gezeigt, dass sie von diversen Gruppierungen nach wie vor befürwortet wird. Die Diskussion darüber ist also keineswegs abgeschlossen.

Unsere Abwägungen zwischen den Interessen des Vermieters und des Mieters suchten auf einen gemeinsamen Grundwert zurückzugreifen und definierten ihn mit dem kategorisch schützbaeren Recht, keine (unkompensierte) Härte, Entbehrung, Arbeit, Aufwendung und dergleichen erleiden zu müssen. Es sind die Aufwendungen des Vermieters, die er vorgängig in die betreffende Sache «gesteckt» hat, die sein Eigentum rechtfertigen¹¹⁷. Anstelle *seiner* Arbeit, die er nicht unmittelbar «konsumiert» hat, tritt *seine* Sache, eben *sein* Eigentum. Innerster Kern dieser Konsequenz ist eine intime Verknüpfung der genannten Entbehrungen, Härten usw. mit der Person, welche sie erleidet, und einzig darin liegt die letzte, als solche kaum mehr hinterfragbare Begründung des Vorrechts an einer Sache gegenüber Dritten, mithin des Eigentums^{118/119}. Jede Forderung weiterer Voraussetzungen für eine solche priori-

¹¹³ Siehe oben, Note 57.

^{113a} S.o. Note 87.

¹¹⁴ Begleitbericht, S. 15.

¹¹⁵ Dasselbe gilt für die Kündigungsbeschränkung, welche von der neusten Mieterschutzinitiative angestrebt wird: «... ungerechtfertigte Kündigungen sind auf Begehren des Mieters aufzuheben...»

¹¹⁶ Vorentwurf Art. 273g.

^{116a} S.o. Note 11a.

¹¹⁷ Es sind dies Überlegungen, die de lege lata durchaus geläufig sind: Vgl. Art. 726/7 ZGB.

¹¹⁸ Vgl. jene Auffassungen, die gestützt auf solche Überlegungen dem Eigentum geradezu überkonstitutionelle Bedeutung zumessen. *Peter Saladin*, Grundrechte im Wandel, 1975, S. 114ff.;

täre Verfügungsbefugnis relativiert den Persönlichkeitsbezug jener Härten und Aufwendungen. – Genau dies tut aber der Revisionsentwurf, welcher *zusätzlich* den Nachweis eines berechtigten Interesses wie z. B. Eigenbedarf des Eigentümers für sich, nahe Verwandte und Verschwägerter¹²⁰ verlangt.

Man mag versucht sein, die Entfremdung von Arbeit und Entbehrung von der Person «sozial» zu rechtfertigen: Die Rechtsordnung will die Arbeitskraft des Einzelnen nicht a priori diesem zuweisen, sondern eben der Allgemeinheit verpflichtet wissen¹²¹. Dies ruft aber sogleich nach der Frage, wie die «richtige» Zuweisung zu finden ist. Zwei mögliche Hauptkriterien bieten sich an:

Zum einen kann eine Zuweisung an den erfolgen, der es am besten gebrauchen kann; an den Armen, den Kranken, den Arbeitsunfähigen. Mithin soll dessen Härte, Entbehrung usw. reduziert oder gar ausgemerzt werden – ein klarer Widerspruch zur Ausgangslage, wonach die Härte nicht dem zuzuweisen ist, der sie erleidet. – *Zum anderen* kann die persönliche Zuweisung konsequent zugunsten einer überpersönlichen Allgemeinheit übergangen und die Arbeitskraft so alloziert werden, dass *insgesamt* das beste Resultat erreicht wird – reiner Utilitarismus, eine Optik also, die wohl gerade vom Revisionsentwurf und etwa von der neuesten Mieterinitiative kaum getragen sein will. Jedenfalls entspricht dies kaum ihrer «sozialen» Zielsetzung.

Die Zuweisung einer Härte an den, der sie erlitten hat, erscheint somit nach wie vor als die konsistenteste Betrachtungsweise, die auch folgerichtig Eigentum zu untermauern vermag. Eine allfällige Einschränkung desselben kann also wiederum einzig mit einer Härte begründet sein, die es aus der konkreten Konstellation heraus einem anderen Subjekt beschert. Mit anderen Worten: Neben vorausgegangenen Aufwendungen des Berechtigten kann das Eigentum nur noch von der negativen Voraussetzung abhängen, dass es für einen anderen nicht zu einer noch grösseren Härte führt¹²².

Indem die vorgeschlagene Kündigungsbeschränkung die Verfügungsbefugnis des Vermieters an zusätzliche *positive* Voraussetzungen knüpft, verlässt sie die innere Konsistenz des Eigentums^{122a}. Ein allfälliger richterlicher Schutz der Kündigung erscheint dann nicht mehr als Ausfluss, sondern als richterli-

vgl. auch BGE 90 I 37 betreffend das Privateigentum als «fundamentale Institution der schweizerischen Rechtsordnung».

So auch etwa ausdrücklich die katholische Soziallehre, Enzykliken «Rerum novarum», 1891, in: Texte zur katholischen Soziallehre, 1977, S. 31ff., insbesondere S. 57f., und «Laborem exercens», 1981, deutsche Übersetzung, Freiburg i.Br., 1981, S. 54ff.

¹¹⁹ Daraus leiten sich auch jene Auffassungen ab, wonach Grundstücksgewinne, die nicht durch eigene Arbeit verdient sind, vom Gemeinwesen abgeschöpft werden sollen (vgl. *Saladin*, a.a.O., s.o. Note 118, S. 399 und 401).

¹²⁰ Vorentwurf Art. 273 g Abs. 2 Ziff. 2.

¹²¹ So etwa der Begriff des «Funktionseigentums», vgl. *Saladin*, a.a.O. (s.o. Note 118), S. 395, der namentlich von *Meier-Hayoz*, a.a.O. (s.o. Note 106), N. 317ff., abgelehnt wird.

¹²² *Böhm*, a.a.O. (s.o. Note 53), S. 97.

^{122a} *B. von Büren*, Der Vorentwurf zu einem neuen Mietrecht, SJZ 78 (1982), S. 193ff., lehnt die «eigentliche» Kündigungsbeschränkung aus «undogmatischen», rein praktischen Überlegungen ab (S. 200f.).

che Begründung eines «Eigentumsrechtes»¹²³. Mit einer Ablehnung der Kündigung erkennt der Richter dieses «Eigentumsrecht» dem Mieter zu. Gleich etwa jenem Grundeigentümer, der auch bei rechtmässiger Benützung seiner Liegenschaft den dadurch geschädigten Nachbarn entschädigen muss, hat hier der sogenannte «Mieter» dem sogenannten «Eigentümer» einen sogenannten «Mietzins» zu entrichten. Und sowenig jener Nachbar die rechtmässigen Immissionen verbieten kann, kann der sogenannte «Eigentümer» die Wohnung zurückverlangen^{124/125}.

4.2 Beweislastverteilung

Nach geltendem Recht hat der Mieter die Voraussetzungen der Kündigungserstreckung zu beweisen. Dasselbe gilt im Vorentwurf¹²⁶. Die Kündigungsbeschränkung des Vorentwurfes aber auferlegt den Beweis des berechtigten Interesses an der Vertragsauflösung dem Vermieter^{126a}. Dieser hat also, um am obigen anzuknüpfen, darzutun, dass die Voraussetzungen eines «Eigentumsrechtes» auf seiner und nicht des Mieters Seite liegen. Er wird, mit einem anderweitig gebräuchlichen Ausdruck, in die Enteignerrolle gedrängt, muss die typische Enteignungsvoraussetzung des überwiegenden öffentlichen Interesses beweisen. Nichts anderes als dies ist nämlich das Beweisthema, der Verlust an kategorisch schützbareren Werten werde im Enteignungsfall verringert. Damit wird also das Vorrecht des Mieters vermutungsweise ins überwiegende öffentliche Interesse gestellt – Gegenbeweis des Vermieters vorbehalten. Mit anderen Worten: Der Mieter hat nicht nur ein privates Enteignungsrecht – was oben bereits abgelehnt wurde –, sondern der Vermieter ist durch die Beweislastverteilung bereits enteignet¹²⁷.

¹²³ Der Eigentümer gleicht hier jenen leibeigenen Bauern der Feudalzeit, welche echte Eigentümer ihrer Betriebsanlagen waren, dieses Recht aber nicht von ihrer Privatautonomie, sondern von obrigkeitlichen Privilegien ableiteten, vgl. *Böhm*, a.a.O. (s.o. Note 53), S. 117.

Vgl. sodann *Reich*, *The New Property*, 73 *Yale Law Journal* (1964), S. 733, der diese Rechtsentwicklung explizit als «New Feudalism» bezeichnet.

Ferner dürfte dies einem «privateigentumslosen System staatlicher Güterverwaltung», *Meier-Hayoz*, a.a.O. (s.o. Note 106), N. 425, recht nahe kommen.

¹²⁴ BGE 91 II 100, insbesondere S. 105ff.

¹²⁵ Der Vergleich zur eigentlichen privaten Enteignung drängt sich auf, vgl. *Saladin*, a.a.O. (s.o. Note 118), S. 154ff., insbesondere die Abhandlung zu BGE 88 I 248ff. betreffend Enteignung im Zusammenhang mit sogenanntem sozialem Wohnungsbau. Derselbe, a.a.O., S. 206ff., betreffend die Horizontalwirkung der Eigentumsgarantie, die namentlich durch das Zivilrecht und seine Instrumentarien wahrzunehmen ist.

Beachte auch, dass einige Vernehmlassungen zum Revisionsentwurf ausdrücklich kritisieren, dem Mieter werde durch die eigentliche Kündigungsbeschränkung eine eigentümerähnliche Stellung zuerkannt.

¹²⁶ Vorentwurf Art. 273 k, wobei hier freilich der Vermieter vorgängig sein berechtigtes Interesse nach Art. 273g hat nachweisen müssen.

^{126a} Die Regierungen der Kantone Bern, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Aargau wollen die Beweislast dem Vermieter nur dann auferlegen, wenn der Mieter vorgängig der Kündigung von bestimmten gesetzlichen Rechten Gebrauch gemacht hat. Hier soll also gewissermassen eine Racheündigung vermutet werden.

¹²⁷ *Meier-Hayoz*, a.a.O. (s.o. Note 106), Systematischer Teil, N. 505.

5. Schlussbemerkungen

Ausgangslage war die Frage nach freiheitlichem Recht, definiert als Instrument einer Gesellschaftsordnung, die jede Abhängigkeit vom Willen Einzelner verhindert. Solches Recht muss sich folglich auf kategorisch begründbare Werte stützen, die in ihrer Allgemeinheit von jedermann akzeptiert werden können¹²⁸. In diesem Sinn muss es gesamtgesellschaftsbezogen, mithin sozial sein. Das Privatrecht ist *das* Instrumentarium hiefür.

In bezug auf die Frage, ob und wann eine Mietwohnung gekündigt werden kann, bedeutet dies: Eine Erstreckung oder Aufhebung der Kündigung ist dann richtig, wenn sie dem Vermieter eine kleinere Härte bringt als dem Mieter im Kündigungsfall. Freilich ist diesfalls dem Vermieter das Recht einzuräumen, das dem Mieter maximal zumutbare Entgelt zu verlangen. Überwiegt die Härte des Vermieters, ist einer Kündigung stattzugeben. – Unrichtig, also weder freiheitlich noch sozial, ist dagegen eine Kündigungsbeschränkung, wie sie im Revisionsentwurf für ein neues Miet- und Pachtrecht vorgesehen ist.

Wie einleitend ausgeführt, sollte «Kleinarbeit» versucht werden, freilich mit Blick auf den gesamtgesellschaftlichen Zusammenhang. Diese soziale Optik erwies sich nicht lediglich als grosser Rahmen, in welchem eine Vielzahl von Einzelkonflikten zu regeln ist, sondern als letztes Entscheidungskriterium einer sozialen und freiheitlichen Privatrechtsordnung. Eine konsequente Durchführung dieses Mechanismus muss wohl noch zu einer weiteren Folgerung führen: Eine konsistent soziale Gesamtrechtsordnung hat sich auf eine freiheitliche Regelung von Einzelkonflikten zu beschränken. Oder: Die erwähnte «Kleinarbeit» bereitet nicht eine freiheitliche Rechtsordnung vor, sie *ist* sie.

¹²⁸ So auch die Postulate, welche die «Suche nach der Gerechtigkeit» von einem breiten Grundkonsens abhängen lassen, gewissermassen jede Ideologieabhängigkeit vermeiden wollen, vgl. *Wieacker*, a.a.O. (s.o. Note 12), S. 586ff.; *Karl Larenz*, *Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik*, München 1979.

So etwa auch *B.A. Acherman*, *Social Justice in the liberal State*, Yale University Press, New Haven und London, 1980.

