

## Das Recht des Kapitalismus

### Dynamiken, Interdependenzen und Konflikte in der (Selbst-)Regulierung expandierender Märkte (ca. 1800–1900)

#### Projektbericht

Der Kapitalismus ist seit einigen Jahren zurück im öffentlichen Diskurs. Fast durchweg übernimmt er darin die Rolle des skrupellosen Übeltäters: Gier, Profitsucht, Maßlosigkeit werden dem Kapitalismus nachgesagt – Eigenschaften, die Krisen auslösen, soziale Ungleichheit hervorrufen, ja sogar unser Schicksal insgesamt bedrohen, so lauten die häufig zu vernehmenden Vorwürfe. Schon auf Karl Marx geht dabei die Vorstellung zurück, dass sich der Kapitalismus sogar sein eigenes Recht schaffe. Zwar dürfte es kaum überraschen, dass dem Recht für die Entwicklung des Kapitalismus eine zentrale Rolle zukam (und -kommt). Aber wie Recht kapitalistisches Wirtschaften konkret formte und wie umgekehrt „der“ Kapitalismus auf „das“ Recht wirkte, ist bis heute umstritten und kaum systematisch untersucht worden.

#### I. Was bedeutet Kapitalismus?

Will man sich mit dem Verhältnis von Recht und Kapitalismus auseinandersetzen, dann ist zunächst eine unvoreingenommene Annäherung an den Kapitalismus erforderlich, der als eine besondere Form des Wirtschaftens verstanden werden soll. Der „Kern des Neuen“ bestand in der seit dem 17. Jahrhundert vor allem in den Niederlanden und in Großbritannien beginnenden und bei allen

regionalen Unterschieden sich seit dem in Europa und anderen Teilen der Welt ausbreitenden Verbindung von marktwirtschaftlichen Strukturen und kapitalintensiver Güterproduktion.<sup>1</sup> Erst diese „Verschmelzung“ von Markt und Kapital legitimierte, so Werner Plumpe, den Begriff „Kapitalismus“. Ziel der kapitalistischen Art zu Wirtschaften war vor allem der Massenkonsum, also die Nachfrage auch weniger vermögender Bevölkerungsschichten, die in der Tat seit dem 17. Jahrhundert in Europa und hier vor allem in den Großstädten wie London oder Amsterdam nahezu explosionsartig anstiegen. Dieses Bevölkerungswachstum bildete nach und nach den Massenmarkt, der kapitalintensive Produktion verlangt, zugleich aber die damit einhergehende Steigerung der Produktivität erst ermöglicht hat. Im Zentrum der Wirtschaft stand also nicht mehr der Luxus der Oberschicht, sondern der Massenbedarf. Mit Altruismus hatte das freilich nichts zu tun. Es ging um Kapitalverwertung; nur lohnte sich diese freilich nur, wenn ein Massenabsatz gewährleistet war, wofür aber die Nachfrage

<sup>1</sup> Werner Plumpe, *Das kalte Herz. Kapitalismus: Die Geschichte einer andauernden Revolution*, Berlin 2019, S. 20–24.



**Professor Dr. Louis Pahlow** war von Oktober 2019 bis September 2020 Alfried Krupp Senior Fellow. Er ist Professor für Neuere und Neueste Rechtsgeschichte, Zivilrecht und Gewerblichen Rechtsschutz an der Goethe-Universität in Frankfurt am Main.

Louis Pahlow studierte Rechtswissenschaft, Mittlere und Neuere Geschichte in Gießen, Bayreuth und München. Nach der Habilitation an der Universität Bayreuth übernahm er 2007 eine ordentliche Professur für Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht an der Universität Mannheim, 2009 dann für Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität des Saarlandes. Seit

2012 lehrt und forscht er zum Verhältnis von Wirtschaft und Recht in der Moderne an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Louis Pahlow ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Rechtsgeschichte der Goethe-Universität, Mitherausgeber der *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* (ZNR) sowie des Themenportals „Europäische Geschichte“ von clio-online.

#### Kurzvita

#### » Recht und Kapitalismus

Der Kapitalismus ist spätestens seit der Finanzkrise 2008 wieder zu einem kontroversen Thema im öffentlichen Diskurs geworden. Und nicht erst seit Karl Marx werden auch „Recht“ und „Staat“ auf unterschiedliche Weise in diese Form des Wirtschaftens eingebunden, Kongruenzen identifiziert oder bestritten. Bis heute fehlen aber empirische Untersuchungen darüber, wie sich rechtliche Ordnungen in der Praxis zum Kapitalismus verhalten: Zwar dürfte es nicht überraschen, dass dem Recht für die Entwicklung des Kapitalismus eine zentrale Rolle zukam (und -kommt). Aber *wie* Recht kapitalistisches Wirtschaften konkret formte, und *wie* umgekehrt „der“ Kapitalismus auf „das“ Recht wirkte, bleibt weitgehend offen. Welche rechtlichen Institutionen sind erforderlich, um kapitalistisches Handeln zu initiieren

bzw. zu ermöglichen? Wie und mit welchen Erfolgen wird mithilfe von Recht auf (dem Kapitalismus inhärente) Krisen reagiert? Wie gestaltet sich die Interdependenz zwischen politischem System, Rechtsprechung und wirtschaftlichem Handeln in diesem Kontext? Das Projekt will diesen Fragen anhand einer systematischen Untersuchung von Rechtsakteuren und Rechtskonflikten in der Expansionsphase kapitalistischer Märkte im Deutschland des 19. Jahrhunderts nachgehen. Der Zeitraum zwischen ca. 1800 und 1900 verspricht hier nicht nur erhebliche wirtschaftliche, sondern auch rechtliche Dynamiken, mit denen sowohl die Etablierung und Transformation von Recht für die kapitalistischen Akteure analysiert als auch die Bindungskraft und Durchsetzungsfähigkeit von Recht rekonstruiert werden können.

#### Fellow-Projekt

allein reicher Haushalte nicht ausreichte.

Kapitalintensität und Massenproduktion sind also, so Plumpe, zentrale Merkmale des Kapitalismus, aber es kommen weitere hinzu. Stark betont wurde und wird in der öffentlichen Debatte: Privateigentum, soziale Ungleichheit, Spekulation, ja Profitgier. Doch sind sie nicht erst mit dem Kapitalismus eingetreten, sondern ihre Existenz reicht bis in die Antike zurück. Die Kritik an Geldgier, Geiz und Wucher gehört zu den ältesten Diskursen zumindest der europäischen Philosophie. Auch hat das Römische Recht der Antike das Eigentum bereits präzise bestimmt. Entscheidend ist also nicht seine Existenz, sondern die spezifische Funktion des Eigentums für den Kapitalismus. Im Kapitalismus ist Privateigentum Voraussetzung der Kapitalakkumulation und ermöglicht kapitalintensive Investitionen, ja regt sie erst an, nicht nur weil Rendite erwirtschaftet und wieder in Eigentum überführt, sondern in Form von Kapital auch re-investiert werden kann, was übrigens auch Karl Marx klar erkannt hatte.

Daraus folgt die Spekulation als weiterer Bestandteil des Kapitalismus. Spekulatives Verhalten ist zwar seit der Antike bekannt, auch entsprechend verpönt, da es mit Notlagen verbunden war, die zum Teil erst aus Profitgier herbeigeführt wurden. Im Kapitalismus geht es aber bei Spekulation um etwas anderes, nämlich darum, zum Zeitpunkt der Produktion nicht zu wissen, ob diese Produktion auch ihren Markt finden wird. Massenproduktion für anonyme Märkte ist notwendigerweise spekulativ. Die Alternative bestünde in der Auftragsproduktion, die das ältere Handwerk kennzeichnete, jedoch eine entscheidende Barriere der Produktivitätsentwicklung war. Das spekulative Moment ermöglicht es nicht nur, Handlungschancen auszunutzen und dadurch die Produktivität zu steigern, sondern kann unter Umständen auch Krisen auslösen, da die Spekulation ja

keineswegs erfolgreich sein muss.

---

*Aus den genannten Merkmalen und Funktionsbedingungen folgt eine Kerneigenschaft des Kapitalismus, die ihn bis heute kennzeichnet, nämlich seine enorme Dynamik, die sich vor allem in der persistenten Variabilität zeigt, wodurch er immer wieder aus seinen eigenen Krisenphänomenen und Zerfallsprodukten neue Stärke und Erneuerungskraft beziehen kann.*

---

Die Suche nach den Ursachen dieser Dynamiken hat von Adam Smith über Karl Marx bis in die jüngsten Ansätze des Neoinstitutionalismus zahlreiche Theorien hervorgebracht, die hier nicht ansatzweise wiedergegeben werden können. Mit einer besonderen „Wirtschaftsethik“ der Akteure (etwa bei Max Weber oder Werner Sombart) oder einer Art „Naturgesetz“ (Karl Marx), um nur einige anzudeuten, wird man dieser Dynamik nur zum Teil, vor allem aber nicht in der Breitenwirkung, auch seiner globalen Entgrenzung gerecht. Auch mit der Bereitschaft zu Gewalt, Plünderung und Ausbeutung lassen sich vielleicht kurzfristige Vorteile erzielen, eine auf Dauer leistungsfähige Wirtschaft aber nicht begründen. Lüften wird man das Geheimnis nur, wenn man nicht in den Voraussetzungen der kapitalistischen Ordnung nach ursächlichen Faktoren sucht, sondern sich auf die dynamische Logik dieser Form des wirtschaftlichen Handelns einlässt.<sup>2</sup> Der Kapitalismus lässt sich also als dynamische Form des Wirtschaftens konzeptionell begreifen und er lässt sich auch in seinen rekursiv mit-

<sup>2</sup> Plumpe (wie Anm. 1), S. 604.

einander verbundenen Momenten beschreiben (kapitalintensive Massenproduktion, preisbildende Märkte, Massenkonsum, auch soziale Ungleichheit).

## II. Das Recht als Initiator des Kapitalismus?

Bis heute werden auch Recht und Staat mit dem Kapitalismus in Verbindung gebracht, sogar zu seinen Komplizen erklärt. Katharina Pistor und andere haben erst kürzlich wieder dem Recht eine entscheidende, konstituierende Rolle für den globalen Kapitalismus zugeschrieben.<sup>3</sup> Auch der Staat wurde lange Zeit zum Handlanger des Kapitalismus erklärt, der von Agenten oder Beauftragten „des“ Kapitalismus geleitet werde. Bekanntlich leiteten Lenin und andere daraus sogar revolutionäre Ideen ab, auf die hier nicht eingegangen werden muss. Die Frage nach der Autonomie des Rechts stellt sich aber bis heute, und damit komme ich zum Thema dieses Vortrags.

Bis in die Gegenwart herrscht die Annahme vor, ein grundlegender Wandel des politischen und ökonomischen Ordnungsrahmens, sogar eine „institutionelle Revolution“ sei entscheidend für die Durchsetzung des modernen Kapitalismus gewesen. Die moderne Theorie eines „legal institutionalism“ knüpft daran an. Vor allem die Sicherung von Eigentumsrechten, die Garantie eines Rechtsstaates und ein funktionierendes Rechtssystem seien Bedingungen, ohne die Märkte im kapitalistischen Sinne nicht funktionieren könnten. Das ist im Großen und Ganzen kaum zu bestreiten, doch eine Antwort auf die kausalen Zusammenhänge des Rechts für den Kapitalismus geben sie noch nicht. Zwei Beispiele: Frankreich, das mit dem Code civil von 1804 und dem Code de commerce von 1807 als leuchtendes Vorbild der Libe-

<sup>3</sup> Katharina Pistor, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton 2019.

ralisierung des Rechts, für Eigentums- und Vertragsfreiheit, schon unter Zeitgenossen enorme Strahlkraft entwickelte, kam im gesamten 19. Jahrhundert nicht annähernd an die Wirtschaftsleistung Englands oder später auch Deutschlands heran. Ähnliches ließe sich auch für die preußischen Reformen zwischen 1807 und 1810 diagnostizieren. Die hier geschaffene Eigentums- und Gewerbefreiheit verbunden mit einer Aufhebung der Leibeigenschaft und feudalistischer Strukturen mündeten nicht automatisch in wirtschaftlicher Prosperität; ein industrieller Strukturwandel im kapitalistischen Sinne lässt sich in Preußen erst seit den 1840er Jahren nachweisen. Recht allein schafft also noch keinen Kapitalismus, aber es eröffnet oder erweitert Handlungschancen, schafft einen legalen Handlungsraum. Wie sich am Beispiel der Buchmärkte des ausgehenden 17. Jahrhunderts in Deutschland zeigen lässt, spielte Eigentum bereits in frühneuzeitlichen Produktionsformen eine signifikante Rolle. Verleger sicherten sich über eigentumsähnliche Semantiken vertraglich umfassende Produktions- und Vertriebsrechte gegenüber ihren Autoren. Propertisierungstendenzen sind also nicht an den liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts gebunden, sondern treten bereits in frühkapitalistischen Märkten auf.

## III. Der Kapitalismus als Gestalter des Rechts?

Interaktionen und Interdependenzen zwischen Kapitalismus und Recht werden vor allem in Konfliktsituationen sichtbar, die das geltende Recht auf seine Akzeptanz und Steuerungskraft hinterfragen, öffentliche Diskussionen auslösen und Transformationen herausfordern oder verhindern.



Abb 3.: Professor Dr. Louis Pahlow sprach über Recht und Kapitalismus im Rahmen seiner Fellow Lecture am 8. Januar 2020 vor vollem Hörsaal. Die Moderation des Abends übernahm Professor Dr. Joachim Lege von der Universität Greifswald.

---

*Die Rekonstruktion gerichtlicher Verfahren eröffnet hier eine „mikrohistorische Akteursperspektive“, um den immer wieder aufs Neue erzeugten Effekt spezifischer, aufeinander bezogener sozialer Praktiken des Kapitalismus rechtshistorisch zu erfassen und analysieren zu können.*

---

Wie reagierten Zivilgerichte im 19. Jahrhundert auf die Dynamiken des Kapitalismus? Exemplarisch greife ich hier Rechtskonflikte über Börsengeschäfte, insbesondere den Terminhandel heraus, der sich im 19. Jahrhundert nicht nur für Wertpapiere, sondern

auch für Rohstoffe wie Kaffee, Zucker oder Getreide zu einem beliebten Spielfeld der Spekulation entwickelten. Vor allem seit den 1860er Jahren häuften sich hier die Klagen gegen Kleinanleger, die die offenen Lieferansprüche entweder nicht abnehmen wollten oder die entsprechende Differenz bei Verlustgeschäften begleichen konnten. Und hier reagierten die Gerichte keineswegs nur im Dienste der Spekulanten und Börsenmakler, die meist als Kläger auftraten. Vielmehr offenbart die Rechtsprechung in Sachen Termingeschäfte zwischen 1860 und 1895 das Bild einer „ambivalenten Koevolution“,<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Louis Pahlow, *Recht und Kapitalismus. Die Justiz im 19. Jahrhundert zwischen Anpassung und Überforderung*, in: Jan-Otmar Hesse et al. (Hg.), *Mo-*

in dem sich korrigierende und konsentierende Praktiken abwechselten und auch gesellschaftliche Debatten und wirtschaftliche Einflussfaktoren für die Gerichte eine Rolle spielten. Die Justiz beurteilte Differenzgeschäfte, wie der Terminhandel unter Juristen bezeichnet wurde, anfangs ganz unterschiedlich, aber überwiegend kritisch. Anfangs subsumierten die Richter Termingeschäfte als „Glückspiel“ oder „Wette“, denen eine juristische Klagbarkeit abgesprochen wurde. Aus der Anerkennung eines wirksamen Vertrags folgte also nicht zwangsläufig ein einklagbarer Anspruch, und damit auch gerade keine schrankenlose Vertragsfreiheit, wie es gerne von der Kapitalismuskritik unterstellt und von der neoklassischen Institutionenökonomie gefordert wird.

Mit der Reichsgründung und der damit einhergehenden Rechtsharmonisierung, deutlich sichtbar in der Errichtung des Bundes- bzw. Reichsoberhandelsgerichts wuchs zugleich der Druck, auch für die professionellen Börsenhändler einen kohärenten Rechtsrahmen zu liefern, der mit einem Verweis auf „Glückspiel“ bzw. Hazardspiel kaum überzeugend bewerkstelligt werden konnte. Immerhin trugen die Terminbörsen inzwischen ganz wesentlich zum internationalen, ja globalen Handel bei. In den 1870er und 1880er Jahren verschoben sich daher die juristischen Grenzen: Das nicht klagbare Differenzgeschäft wurde zunehmend enger definiert, ohne allerdings die begriffsjuristischen Kategorien damit aufzugeben. Die Richter trugen durch ihre hermeneutischen Methoden selbst dazu bei, die Bedingungen für Termingeschäfte zu lockern und damit den Parteien auch Spielräume einer Umgehung des Klageverbots zu eröffnen. Dazu wurde der Begriff des nicht klagbaren, sog. „reinen“ Differenzgeschäfts

*derner Kapitalismus. Wirtschafts- und Unternehmenshistorische Beiträge*, Tübingen 2019, S. 343-361.

auf einen im Grunde unrealistischen Anwendungsbereich reduziert. Es lag nämlich nur vor, wenn die Parteien von vornherein die reelle Lieferung oder Bezahlung explizit ausschlossen und zum Gegenstand ihres Geschäfts allein die Kursdifferenz machten. Die Definition lieferte den Akteuren im Umkehrschluss notwendige Voraussetzungen, um den Einwand des nicht klagbaren Differenzgeschäfts vertraglich zu umgehen.

Als gegen Ende der 1880er Jahre die Börsen vorübergehend in das Zentrum der politischen Auseinandersetzung gerieten, wirkte sich dieses Defizit auch auf die zunehmend kritische Betrachtung der Terminbörsen aus. Auch die Richter betonten nun zunehmend die Gefahren dieser Form der Spekulation für das allgemeine Publikum. Ein „reines“ Differenzgeschäft konnte für die Richter 1892 auch dann vorliegen, wenn entsprechende Indizien für konkludente bzw. stillschweigende „Spielabsichten“ der Parteien erkennbar waren. Hier spielte nun z.B. die tatsächliche Vermögenssituation der Parteien eine Rolle und damit konnte einem „auffälligen Missverhältnis“ von Spekulationskapital und Privatvermögen eine Indizwirkung für „Spielabsichten“ zukommen. Die Folge war dann dieselbe wie in den 1860er Jahren: Eine Klagbarkeit schied aus, ein Kleinanleger musste also nicht zahlen, wurde von den Folgen der Termispekulation somit geschützt. Die Justiz reagierte also auf die Dynamiken des Kapitalismus, indem sie die gerichtliche Durchsetzbarkeit der Spekulation einerseits erweiterte, andererseits aber auch beschränkte, um möglichen Missständen entgegenzuwirken.

---

*Recht und Kapitalismus stehen damit in einem Verhältnis einer ambivalenten Koevolution, die keineswegs – wie es Ernst Fraenkel mit seinem Bild der „Klassenjustiz“ suggerierte – einseitig zugunsten profitgieriger Spekulanten ausfallen musste.*

---

Auch die Justiz ist ein Akteur im Kapitalismus und es wäre fatal, Staat und Justiz analytisch als Einheit zu betrachten. Staatliche

Rechtssetzung und gerichtliche Rechtspraxis übernehmen ganz unterschiedliche Funktionen im Rechtssystem, können daher mitunter sehr getrennte Wege gehen und eigenen Dynamiken unterliegen. Die Rechtspraxis der 1860er und 1890er Jahre, beides Epochen von erheblichen wirtschaftlichen Dynamiken, nutzten die ihr zur Verfügung stehenden Instrumente auch gegen Missstände kapitalistischer Spekulation. Das Recht ist also weder Komplize noch Handlanger des Kapitalismus, sondern eine ko-evolutionäre Entität, die ihn stabilisieren, aber eben auch korrigieren kann.

Recht und Kapitalismus. Die Justiz im 19. Jahrhundert zwischen Anpassung und Überforderung, in: *Moderner Kapitalismus. Wirtschafts- und Unternehmenshistorische Beiträge*. Herausgegeben von Jan-Otmar Hesse, Christian Kleinschmidt, Roman Köster und Tim Schanetzky, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, S. 343-361.

Wolfgang Hefermehl, in: *Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE) / Intellectual Property Journal (IPJ)*, Bd. 11 (2019), S. 485-489.

Introduction: Business and the Law. In: *Management & Organizational History*, 14 (4), 2019, S. 311-316, DOI: 10.1080/17449359.2019.1718900 (gemein mit Sebastian Teupe).

Global flows of knowledge. Expectations toward transnational regulatory aspects of intellectual property rights in the 20th century chemical industry. In: *Management & Organizational History*, 14 (4), 2019, S. 350-365. DOI: 10.1080/17449359.2019.1683034 (gemeinsam mit Michael Schneider).

Die Verlegerbeteiligung in der Rechtspraxis des 20. Jahrhunderts, in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)*, 2020, S. 81-88.

Bankenregulierung im Zeichen ordnungspolitischer Divergenz: Das Deutsche Kaiserreich und die Formierung der Finanzmärkte im späten 19. Jahrhundert, in: *Rechtsgeschichte / Legal History (Rg)*, Bd. 28 (2020), S. 199-213.

Adolf Baumbach (1874-1945), in: *ZGE / IPJ* 12 (2020), S. 231-235.

Am Kolleg  
entstandene  
Veröffentlichungen