

Marietta Auer

Aus dem Leben des Überbaus

Erwiderung auf Hauke Brunkhorst und Tatjana Sheplyakova

Bevor ich auf die Kommentare von Hauke Brunkhorst und Tatjana Sheplyakova repliziere, möchte ich an dieser Stelle zunächst beiden Kommentatoren sowie Christoph Menke für die Möglichkeit danken, meine Arbeit erneut im Rahmen eines privatrechtstheoretischen Symposiums zur Diskussion zu stellen. Mein Dank erstreckt sich auch auf die Teilnehmer an der an das Symposium im Juli 2019 in Frankfurt am Main anschließenden Diskussion, die jedenfalls eines gezeigt haben dürfte: Dass der privatrechtstheoretische Diskurs, gleich auf welcher Stufe der Moderne man ihn mit welchen theoretischen oder praktischen, politischen, rechtlichen oder sozialen Konsequenzen auch immer führt, gerade erst begonnen hat.

I. Aus Raider wird Twix, sonst ändert sich nix

Hauke Brunkhorst gelingt es mit geradezu elegischer Schönheit, den resignativen Kern meiner Haltung zu dem einzufangen, was er als „Zugang zu den gesellschaftlichen Bedingungen universeller Emanzipation“ beschreibt, die er im „revolutionäre(n) Herz(en) der gesetzgebenden Gewalt“ vermutet.¹ In der Tat stehe ich nicht nur dieser an die real existierende Gesetzgebung gerichteten Erwartung skeptisch gegenüber, sondern kann schon eine Stufe zuvor, auf gesellschaftlicher Ebene, kein als solches emanzipatorisches Projekt einer konsekutiv gedachten Abfolge zweier sich im zweiten Schritt reflexiv verbessernden Modernen erkennen; jedenfalls kein Projekt, das die anspruchsvolle Gleichung „Aufklärung gleich Emanzipation“ löst. Meine Unterscheidung zwischen einer ersten und einer zweiten Moderne dient analytischen, nicht gesellschaftsteologischen Zwecken, was Brunkhorst resümieren lässt, dass die zweite Moderne „keine neue Epoche kreierte, sondern lediglich den Endpunkt eines Kontinuums reflexiver Leistungen darstellt, die mit dem modernen Privatrecht insgesamt (und der Moderne überhaupt) gleichursprünglich sind.“²

Aber was sagt das über das moderne Privatrecht aus? Ist es mit Blick auf das wie auch immer zu definierende transformative Potential der Moderne nicht doch zu kurz gesprungen, die emanzipatorische Leistung des Privatrechts im Wandel der vergangenen zwei Jahrhunderte auf den Werbeslogan für einen aus geradezu klischeehaft dem Bild des globalen Kapitalismus entsprungenen Branding-Gründen umbenannten Schokoriegel zu

1 Hauke Brunkhorst, Ist der privatrechtliche schon der ganze Diskurs des modernen Rechts? – Kommentar zu Marietta Auer, in diesem Heft.

2 Brunkhorst (Fn. 1).

DOI: 10.5771/0023-4834-2020-1-71

reduzieren? Eine solche Lesart, wonach der Dualismus zweier Modernen nur einen einzigen argumentativen Leerlauf beschreibt und damit konsequenterweise per Ockhamsches Rasiermesser als theoretisches Beschreibungsinstrument entbehrlich wäre, klingt bei Brunkhorst an, wenn er seine Vermutung bestätigt sieht, Privatrecht sei auch heute „nicht mehr als ein funktional höchst effektives Koordinationsrecht der herrschenden Klassen“. Entsprechendes gilt, wenn er von einem „Herrschaftsrecht, das am Fabrikator wirksam wird“ spricht und damit moderne Sklavenhalterverhältnisse im Arbeitsrecht anprangert, wenn er Regulierung und Propertisierung als bloße „zwei Seiten derselben Medaille“ beschreibt und schließlich den Fortbestand „derselben funktional differenzierten Gesellschaft der ersten und einzigen Moderne mit ihren kapitalistischen Produktions- und Eigentumsverhältnissen, reflexiven Mechanismen, posttraditionalen Diskursen und Verständigungsformen“ konstatiert.³

Doch so einfach ist es nicht. Kapitalistische Produktions- und Eigentumsformen sind nicht alle ein und dasselbe, nur weil ihr Austausch auf privaten Güter- und Dienstleistungsmärkten organisiert ist. Private Eigentumsformen wird man auch in einer wie auch immer egalitär und utopisch gedachten Gesellschaft der Zukunft nicht entbehren können, weil auch eine solche Gesellschaft unausweichlich auf Privatinitiative als soziales Gestaltungsprinzip einschließlich privaten Güteraustauschs auf Märkten angewiesen sein wird. Zumindest haben die bisherigen historischen Großexperimente mit alternativen Gestaltungsprinzipien nicht den durchschlagenden Erfolg erbracht, den sich ihre planwirtschaftlichen Erfinder erhofft hatten. Privatinitiative ist jedoch nur dann als soziales Gestaltungsprinzip tragfähig, wenn sie mit den nötigen Anreizen für Investitionseffizienz ausgestattet ist, was – juristisch gewendet – Rechtssicherheit für längerfristige Güternutzung und mithin die Anerkennung eigentumsförmiger Rechte von gewisser Dauer und Planbarkeit voraussetzt. Dabei ist es indessen keineswegs ausgemacht, dass das römischrechtliche Modell des absoluten, unbefristeten Sacheigentums die einzig maßgebliche Schablone für die künftige Gestaltung der Eigentumsordnung bleiben muss. Gerade mit bedingten und zeitlich befristeten Eigentumsformen wird mit Blick auf die großen Gesellschaftsprobleme der Zukunft – Klimawandel, Migration, Urbanisierung und demographische Verdichtung, Nahrungs- und Wohnungsknappheit, sinkende Produktivität in den entwickelten Staaten, weltweite Krise demokratischer politischer Systeme – bislang zu wenig experimentiert. So lässt sich mit guten Gründen vertreten, dass die Wurzel der weltweit auseinanderklaffenden Vermögensverteilung keineswegs in einem Zuviel, sondern vielmehr in einem Zuwenig an Zugang zu freien Märkten liegt – wenn man gleichzeitig die heute nicht anders als das Feudaleigentum vor 1789 als Monopol wirkende Konzentration unbefristeter Eigentumsrechte an gemeinwichtigen Gütern in den Händen weniger abbaut und sie durch zeitlich befristete, regelmäßig neu zu bepreisende Nutzungsrechte ersetzt.⁴ Überhaupt ist mit Blick auf die eingeforderte emanzipatorische Leistung privatrechtlicher Institutionen darauf zu verweisen, dass gerade freie Märkte für Güterproduktion und Arbeitskraft in den vergangenen zwei Jahrhunderten einen erheb-

3 Alle Zitate bei Brunkhorst (Fn. 1).

4 Mittel der Wahl hierzu sind Auktionen, die für öffentliche Güter wie Rundfunkfrequenzen oder Emissionsrechte teilweise schon üblich sind. Für eine radikale Ausweitung auf die gesamte geistige und physische Eigentumsordnung plädieren Eric A. Posner/E. Glen Weyl, *Radical Markets. Up-rooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Princeton/Oxford 2018. Entsprechendes gilt aktuell für monopolistisch wirkende dauerhafte Nutzungsrechte wie preisgeschützte Altmietverträge bei Wohnraumknappheit.

lichen Beitrag zur Gleichstellung und gesellschaftlichen Partizipation zuvor ausgeschlossener Gruppen wie namentlich Frauen geleistet haben.⁵

Interessante privatrechtstheoretische Fragen, die den Reflexionsstand einer zeitgemäßen Privatrechtswissenschaft widerspiegeln, sind vor diesem Hintergrund typischerweise nicht so beschaffen, dass sie das Marktprinzip grundsätzlich in Frage stellen oder Properitisierung und Regulierung respektive ökonomische und politische Herrschaft gegeneinander auszuspielen versuchen. Die eigentliche paradoxe Modernisierungsleistung des modernen Privatrechts, die sich an aktuellen Fragen etwa des Verhältnisses von Paternalismus und Autonomie in einem die individuelle Entscheidungsfreiheit kommodifizierenden Verbraucherschutzrecht⁶ oder des Schutzes der Privatsphäre in einer auf digitale Kolonisation der Persönlichkeit angelegten Kommunikationsumwelt ablesen lässt,⁷ besteht vielmehr darin, dass sich die Struktur privater Rechte unter dem Einfluss von sozialem Wandel und hoheitlicher Regulierung verschiebt. Was Privatautonomie unter dem Einfluss privatrechtsgestaltender Gesetzgebung künftig konkret bedeutet, ist gerade die Frage, auf die es keine einfache Antwort im Sinne einer bereichsspezifischen Totalität ökonomischer oder politischer Herrschaft mehr geben wird. Natürlich kann man das resultierende Grau-in-Grau immer weiter eingreifender privatrechtsgestaltender Regulierung bei gleichzeitiger Beibehaltung des liberalen Oberflächenbekenntnisses zu Markt und Privatautonomie auch als bloße Ideologie kritisieren, und zwar umso mehr, je weiter sich die darin liegenden zwei Modernen des privatrechtlichen Diskurses ineinander verschränken. Auch das bürgerliche Sozialrecht mit seinen sich immer weiter auftürmenden Maßgaben zum Schutze des Schwächeren erweist sich namentlich im Verbraucherschutzrecht letztlich doch immer wieder als bloßes Marktermöglichkeitsrecht,⁸ das das unausweichliche, je nach Standpunkt geliebte oder ungeliebte, letztlich immer antiegalitäre Prinzip der Gestaltung von Rechtsverhältnissen im Wege privater Eigeninitiative einfach nicht verdrängen kann – und je tiefer sich die Ideologie in subtilen, auf gelenkte Selbstbestimmung statt offenen Paternalismus zielenden Regulierungsformen verbirgt, desto deutlich sollte sie die Ideologiekritik herausfordern.⁹ Bei alledem ist das Privatrecht der Zukunft eben nicht einfach identisch mit dem des 19. oder 20. Jahrhunderts. Es geht, kurzgefasst, nicht um Raider oder Twix, sondern um ein Bonmot, das Giuseppe Tomasi

5 Das sieht bereits Karl Marx, *Das Kapital*, Bd. 1, in: Karl Marx/Friedrich Engels, *Werke* (MEW), Bd. 23, Berlin 1979, 514: „So furchtbar und ekelhaft nun die Auflösung des alten Familienwesens innerhalb des kapitalistischen Systems erscheint, so schafft nichtsdestoweniger die große Industrie mit der entscheidenden Rolle, die sie den Weibern, jungen Personen und Kindern beiderlei Geschlechts in gesellschaftlich organisierten Produktionsprozessen jenseits der Sphäre des Hauswesens zuweist, die neue ökonomische Grundlage für eine höhere Form der Familie und des Verhältnisses beider Geschlechter.“ Dass die Emanzipationsleistung des Marktes einen Preis hat, wusste indessen schon Hegel; vgl. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, *Werke* Bd. 7, Frankfurt a.M. 1970, §§ 241 ff.

6 Näher Marietta Auer, *Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in Deutschland*, in: Harald Baum/Moritz Bälz/Jan Grotheer (Hrsg.), *Die Sicherung des Rechtsstaates*, *Zeitschrift für Japanisches Recht*, Sonderheft 15 (2019), 93, 106 f.

7 Eingehend Andreas Bernard, *Komplizen des Erkennungsdienstes. Das Selbst in der digitalen Kultur*, Frankfurt a.M. 2017; vgl. auch Marietta Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft*, Baden-Baden 2018, 61 ff.

8 Grundlegend zur wechselseitigen Ermöglichung und ideologischen Verschränkung von Privatrecht und Sozialrecht Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015, 266 ff., insbesondere 288 ff.

9 Ein Beispiel ist die anhaltende Debatte zu „Nudging“ bzw. „libertärem Paternalismus“; zusammenfassend Stephan Gerg, *Nudging*, Tübingen 2019.

di Lampedusa dem schönen jungen Tancredi in den Mund legt, als dieser seinem Onkel, dem „Leoparden“ und letzten Fürsten Salina, erklärt, dass und unter welcher Bedingung die alte Aristokratie Siziliens auch in der von allen Beteiligten als düster angesehenen bürgerlichen Zukunft Fortbestand haben wird: „Wenn wir wollen, dass alles so bleibt, wie es ist, muss alles sich ändern.“¹⁰

Karl Marx wusste es übrigens besser. Die „welthistorische Leistung des modernen Privatrechts“ in der „Verwandlung politischer in ökonomische Herrschaft“ zu sehen,¹¹ wäre ihm wohl kaum eingefallen. Abgesehen davon, dass die Basis bekanntlich den Überbau bestimmt und schon der Untergang der alten Feudalordnung – siehe „Der Leopard“ – mit dem Aufstieg des bürgerlich-kapitalistischen Wirtschaftssystems auch und gerade ökonomische Gründe hatte, wird bei kaum einem anderen Autor so deutlich wie bei Marx, wie beschränkt das Potential politischer Emanzipation durch Teilhabe an der demokratischen Gesetzgebung bei gleichzeitigem Grundrechtsschutz privatrechtlich zementierter Ungleichheit ist. „Man täusche sich nicht über die Grenze der politischen Emanzipation“,¹² schreibt er klarsichtig. „Die Vollendung des Idealismus des Staats war zugleich die Vollendung des Materialismus der bürgerlichen Gesellschaft. Die Abschüttlung des politischen Jochs war zugleich die Abschüttlung der Bande, welche den egoistischen Geist der bürgerlichen Gesellschaft gefesselt hielten. Die politische Emanzipation war zugleich die Emanzipation der bürgerlichen Gesellschaft von der Politik.“¹³ Wahre „menschliche“ Emanzipation, die wohl auch Brunkhorst unter dem Epitheton „universeller“ Emanzipation vorschwebt, geht in jedem Fall über bloße politische Emanzipation hinaus. Mehr als vage Andeutungen erfährt man dazu indessen nicht: „Erst wenn der wirkliche individuelle Mensch den abstrakten Staatsbürger in sich zurücknimmt und als individueller Mensch in seinem empirischen Leben, in seiner individuellen Arbeit, in seinen individuellen Verhältnissen, *Gattungswesen* geworden ist, erst wenn der Mensch seine ‚forces propres‘ als *gesellschaftliche* Kräfte erkannt und organisiert hat und daher die gesellschaftliche Kraft nicht mehr in der Gestalt der *politischen* Kraft von sich trennt, erst dann ist die menschliche Emanzipation vollbracht.“¹⁴ Was auch immer das bedeuten mag.

II. Prozeduralisierung (in Theorie und Praxis)

Wie also ist wahre Emanzipation möglich? Diesseits der marxschen Utopie liegt Rudolf Wiethölters Versuch, das scheinbar aufklärungsresistente Privatrecht durch Prozeduralisierung und Konstitutionalisierung von innen heraus egalitaristisch zu repolitisieren und es dadurch mit dem politischen Emanzipationspotential der bürgerlichen Verfassung zu

10 Giuseppe Tomasi di Lampedusa, *Der Leopard*, übersetzt von Burkhard Kroeber, München 2019, 36.

11 Brunkhorst (Fn. 1).

12 Karl Marx, *Zur Judenfrage*, in: Karl Marx/Friedrich Engels, *Werke (MEW)*, Bd. 1, Berlin 1981, 347, 356.

13 Marx (Fn. 12), 368 f. Vgl. auch ebd. 369: „Der Mensch wurde daher nicht von der Religion befreit, er erhielt die Religionsfreiheit. Er wurde nicht vom Eigentum befreit. Er erhielt die Freiheit des Eigentums. Er wurde nicht von dem Egoismus des Gewerbes befreit, er erhielt die Gewerbefreiheit.“

14 Marx (Fn. 12), 370; Hervorhebungen im Original. Zur Explikation Menke (Fn. 8), 339 ff.

versöhnen.¹⁵ In dieselbe Kerbe schlägt Tatjana Sheplyakova, die die in meiner Arbeit vermissten „prozedurale(n) Bedingungen von Autonomie“ jenseits der Systemgrenzen des Privatrechts in Materien wie Prozessrecht und Organisationsrecht verortet. Es müsse „über das Privatrecht (und die liberale Fixierung auf das autonome Rechtssubjekt?) hinausgegangen werden“, da man aus einem „rein privatrechtlichen Framework heraus nicht an die immanente Gegenmoderne der [...] privatrechtlich verfassten Gesellschaften herankommt.“¹⁶

Doch wiederum ist es nicht so einfach. Die Aporie der bürgerlichen Verfassung verschwindet nicht einfach, indem man sie durch Prozeduralisierung des Rechts reflexiv verdoppelt, sondern sie kehrt auch auf der Grundlage des prozeduralen Modells zuverlässig in immer neuem Gewande wieder. Die Aporie der bürgerlichen Verfassung besteht, nur noch einmal zur Erinnerung, darin, dass die grundrechtlich garantierte Sphäre gesellschaftlicher Autonomie und nichtegaliärer privatrechtlicher Markterfassung durch die Ideologie gleichberechtigter politischer Teilhabe am Gesetzgebungsprozess erst recht zementiert oder gar erst hervorgebracht wird, oder – mit Christoph Menke –, dass die bürgerliche Gesellschaft zwar „politisch hervorgebracht ist“, dies jedoch paradoxerweise „durch eine Politik der Entpolitisierung“.¹⁷

Die damit nur angedeuteten wechselseitigen Voraussetzungs- und Rückbestätigungsbeziehungen zwischen Verfassung und grundrechtlich gewährleisteter gesellschaftlicher Autonomie sind indessen viel zu komplex, um durch einfache prozeduralistische Neudefinition der Grundrechte auf eine unzweideutige emanzipatorische Einbahnstraße in die Richtung egalitär-teilhabe politischer Umgestaltung der Gesamtgesellschaft umgebogen zu werden. Versteht man die Grundrechte mithilfe der prozeduralistischen Lesart „nicht mehr so, daß sie durch die Ermächtigung der Subjekte selbständige Prozesse sozialer Konstitutionalisierung bloß ermöglichen, indem sie sie sozial freisetzen, sondern daß sie sie *von innen her normieren*“,¹⁸ wobei Letzteres wie gesagt bedeuten soll: universelle, grundrechtspolitische Herstellung gleicher sozialer Teilhabe und mithin – man erfreut sich an Wortspielen – Rechtfertigung von Recht als „Recht-Fertigung“ eines wahren „Gesellschafts-Rechts“,¹⁹ so ist man immer noch lange nicht am utopischen Ziel, den Gegensatz zwischen den beiden Ebenen der bürgerlichen Gesellschaft durch prozedurale Verschränkung in einer neuen „Sozialautonomie“ aufzuheben.²⁰ Denn an die unklare Autonomie des Sozialen kommt man so oder so nicht heran. Entweder, so analysiert Menke, findet die Politisierung des Sozialen durch egalitäre Konfliktregeln bereits an der systemtheoretisch verstandenen naturwüchsigen Evolution sozialer Systeme eine unüber-

15 Etwa Rudolf Wiethölter, *Materialization and Proceduralization in Modern Law*, in: Gunther Teubner (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin/New York 1986, 221 ff.; vgl. auch Tatjana Sheplyakova (Hrsg.), *Prozeduralisierung des Rechts*, Tübingen 2018. Zu einer prozeduralistischen Kritik meiner Arbeit bereits Graf-Peter Calliess, *Die Ko-Evolution von Recht und Gesellschaft*, in: Michael Grünberger/Nils Jansen (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute. Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie*, Tübingen 2017, 55, 60 f. mit Erwiderung Auer ebd., 98, 115 f.

16 Alle Zitate bei Tatjana Sheplyakova, *Aufklärung des über sich selbst unaufgeklärt gebliebenen Privatrechts*. Kommentar zu Marietta Auer, in diesem Heft.

17 Menke (Fn. 8), 325.

18 So rekonstruiert von Menke (Fn. 8), 334; Hervorhebung im Original.

19 Rudolf Wiethölter, *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, in: Christian Joerges/Gunther Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*, Baden-Baden 2003, 13 ff.

20 Ähnlich Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1992, 497; Menke (Fn. 8), 336.

schreitbare Grenze.²¹ Oder man geht so weit, „die Seinsweise des Sozialen selbst [...] zu einer politischen Frage zu machen“, indem man das Soziale als „eigengesetzliches System“ versteht, das egalitär-konstitutionell „zu sichern und zu erhalten ist.“²² Doch *was genau in welcher Weise* in der vopolitischen Sphäre des Sozialen, wo sich nach Sheplyakova die immanente Gegenmoderne des Privatrechts verborgen hält, egalitär prozeduralisiert werden soll, verweist auch dann, wenn man Letzterem folgt, immer wieder auf dieselbe Spaltung zwischen politisch-vopolitischer Privatautonomie und politisch-entpolitizierender öffentlicher Autonomie zurück, die nichts anderes als den Kern der Aporie der bürgerlichen Verfassung beschreibt.

Das gilt gerade dann, wenn man Sheplyakovas Petitem ernst nimmt, dass die Prozeduralisierung des Privatrechts „in Theorie und Praxis“ einen Unterschied machen müsse. Denn was bedeutet es *praktisch*, gleiche Teilhabe an gesellschaftlichen Prozessen durch Fortentwicklung von Privatautonomie zu emanzipatorischer Sozialautonomie „herzustellen“? Wie „privat“ darf es, wie „sozial“ muss es sein? Wo, inwieweit und nach wessen Maßstab führt mehr prozedurale Egalität auch zu mehr sozialer Emanzipation? Sheplyakova versteht das in meiner Arbeit regelmäßig wiederkehrende Beispiel der immanenten Gegenmoderne des Familienrechts so, „dass damit gezeigt werden soll, dass Aufklärung nur möglich ist, wenn man in die Lage versetzt wird, die ‚vormoderne Gegenwelt‘ als eine ihrerseits rechtliche erzeugte zu begreifen.“ Wenn die Vormoderne des Familienrechts demgemäß schlicht „rechtlich erzeugt“ ist, müsste sie sich unter Anerkennung bestimmter institutioneller Voraussetzungen wie des Vorrangs der Verfassung oder des Rechts auf Rechtsschutz konsequenterweise auch wieder rechtlich beseitigen lassen, um etwa folgenden emanzipatorischen Fortschritten Platz zu machen: „Familienbürgschaften oder die Gleichberechtigung von Mann und Frau, gleichgeschlechtliche Partnerschaften (die sich in ‚Ehe für alle‘ umgewandelt haben) bis hin zur Anerkennung des ‚dritten Geschlechts‘“.²³

Doch all diese Beispiele werfen mit Blick auf das ihnen zugeschriebene emanzipatorische Potential mehr Fragen auf als sie beantworten. Die Rechtsprechung zur Nichtigkeit von Familienbürgschaften lässt sich offensichtlich schon deshalb kritisieren, weil sie die Nähebeziehung der meist jungen, weiblichen Familienbürginnen zu ihren patriarchalischen Familienoberhäuptern geradezu im Bilderbuchstil misogynen Klischees der 1950er Jahre als „strukturelle Unterlegenheit“ konstruiert und diese dadurch wiederum reaffirmiert.²⁴ Viel perfider liegt jedoch ihre eigentliche, versteckte Ideologie darin, dass sie sich ganz unhinterfragt auf *Familienbürgschaften* beschränkt, obwohl der Grundgedanke, dass die einseitige Ausnutzung von Nähebeziehungen vom Recht nicht geduldet werden sollte, außerhalb des Familienrechts und jenseits genderspezifisch konnotierter Kontexte finanzieller oder sozialer Machtgefälle genauso gültig ist und ebenso sanktioniert werden sollte.²⁵ Buchstäblich ohne dies zu sehen – strukturell blind – bewegen wir uns in einer Welt der Familienbürgschaften und dritten Geschlechter immer noch, nein: *erst recht* in Savignys „die Person als Ganzes“ umfassendem Familienrecht und konstruieren Rechts-

21 Menke (Fn. 8), 335.

22 Menke (Fn. 8), 335 f.; Hervorhebungen weggelassen.

23 Alle Zitate bei Sheplyakova (Fn. 16).

24 Repräsentativ BVerfGE 89, 214 ff.

25 Treffende Kritik bei Gerhard Wagner, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht, in: Uwe Blaurock/Günter Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, Baden-Baden 2010, 13, 30 ff.

verhältnisse als „durch die organische Natur des Menschen bestimmt.“²⁶ Mehr noch: Warum ist die „Ehe für alle“ ein Recht, nicht aber der Zugang zur Familiengründung für Alleinstehende? Weshalb liegt der angeblich entscheidende emanzipatorische Fortschritt in der Vermehrung von Zugangsrechten zur Monopolstruktur der Ehe, nicht hingegen in deren Abschaffung oder Öffnung für mehrpolige Beziehungen?²⁷ Warum wird der Zugang zu familienrechtlichen Statusverhältnissen bis heute vollständig privatrechtlich konstruiert oder gar in den rechtsfreien Raum verlagert, während die an Ehe und Familie geknüpften Rechtsfolgen fundamental in die öffentlich-rechtliche und sozialrechtliche Rechtsstellung jedes einzelnen Menschen eingreifen?

Wiederum wusste Marx es schon besser. Konsequenter gedacht, läuft Emanzipation *im* Familienrecht nämlich auf Emanzipation *vom* Familienrecht hinaus.²⁸ „Der Bourgeois sieht in seiner Frau ein bloßes Produktionsinstrument. Er hört, daß die Produktionsinstrumente gemeinschaftlich ausgebeutet werden sollen, und kann sich natürlich nichts anderes denken, als dass das Los der Gemeinschaftlichkeit die Weiber gleichfalls treffen wird. Er ahnt nicht, dass es sich eben darum handelt, die Stellung der Weiber als bloßer Produktionsinstrumente aufzuheben.“²⁹ Auch diese Aufhebung bleibt indessen bloße Utopie. In der prozeduralen Realität des modernen Rechts ist sie jenseits der Fiktion diskursiver Egalität der von vornherein mit überlegener Verhandlungsmacht ausgestatteten Gesellschaftsteile nicht zu haben. Was bleibt, ist der immer wieder gleiche, immer wieder alles ändernde privatrechtliche Diskurs der Moderne – reale Utopie genaug.

26 Friedrich Carl v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, 343.

27 Dazu bereits Marietta Auer, Eigentum, Familie, Erbrecht: Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, AcP 216 (2016), 239 (263 f.); dies. (Fn. 7), 59 f.

28 Nach Menke (Fn. 8), 336 folgt aus konsequenter Prozeduralisierung letztlich die Auflösung des Mechanismus subjektiver Rechte, was freilich ebenso utopisch ist wie die Emanzipation vom Familienrecht.

29 Karl Marx/Friedrich Engels, Manifest der kommunistischen Partei, in: Karl Marx/Friedrich Engels, Werke (MEW), Bd. 4, Berlin 1977, 459, 478 f.