

Hauke Brunkhorst

Ist der privatrechtliche schon der ganze Diskurs des modernen Rechts?

Kommentar zu Marietta Auer: *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*

In seiner großartigen Geschichte des Rechts von 1997 schreibt Uwe Wesel über das alte Römische: "Römisches Recht war das Recht der vornehmen Leute. Klassisch heißt zwar vorbildlich. Und so wird das römische Recht seit dem Ende des 18. Jahrhunderts genannt. Aber klassisches Recht war auch Klassenrecht, das Recht der Besitzenden untereinander, also Zivilrecht. Mit den anderen machte man kurzen Prozess, außerhalb des Rechts".¹ Das ist, wie Adorno gesagt hätte, von schlagender Evidenz – und immer noch wahr. Im bürgerlichen Privat- und Zivilrecht erscheinen die besser Weggekommenen zu- meist als Kläger und gewinnen, die, denen es schlechter geriet, zumeist als Beklagte, die fast immer verlieren.

Auch nach "Verlagerung der Privatrechtsschöpfung auf über-, zwischen- und außer- staatliche Akteure" (Auer 2014, 166) sieht es trotz der von Gunther Teubner und Andreas Fischer-Lescano entdeckten Tendenz zur transnationalen Selbstkonstitutionalisierung des Privatrechts kaum besser aus.² Ihr fehlt, wie Teubner erkannt hat, die demokratische Legitimation.³ In der kapitalistischen Weltgesellschaft hat die spontane, oder wie Marx gesagt hätte, *naturwüchsige* Entwicklung kapital- und marktkonformer Zivilrechtsverfassungen das internationale öffentlichen Recht und die ersten Ansätze zu einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts marginalisiert. In der Meeresregion, die unsere Südgrenze vom afro-asiatischen Kontinent trennt, herrschen wieder die klassischen, von Wesel beschriebenen Zustände, bürgerliches Klassenrecht für die einen, rettungslos verlorene Schlauchboote für die anderen. So auch im Londoner Privat-Rechtsstaat. Hochhäuser

1 Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts*, München 1997, 156.

2 Gunther Teubner, *Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft*, in: Dieter Simon/ Manfred Weiss (Hrsg.), *Zur Autonomie des Individuums*, Baden-Baden 2000, 437-453; Teubner, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur Staatszentrierten Verfassungstheorie*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Bd. 63, Nr. 1/ 2003, 1-28; Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist 2005; Andreas Fischer-Lescano/Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt/M. 2006.

3 Teubner, *A Constitutional Moment? The Logics of 'Hit the Bottom'*, in: Poul Kjaer/Gunther Teubner (eds.), *After the Catastrophe: Economy, Law and Politics in Times of Crisis*, 2010 (<https://www.researchgate.net/publication/228126034> - 9.11.2018); Teubner, *Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy?*, *Journal of Law and Society* 2018 (<https://www.researchgate.net/project/Quod-omnes-tangit-Transnational-Constitutions-Without-Democracy> 9.11.2018). Vgl. a. Hauke Brunkhorst, *Legitimationskrisen. Verfassungsprobleme der Weltgesellschaft*, Baden-Baden 2012.

DOI: 10.5771/0023-4834-2020-1-63

mit Hubschrauberlandeplätzen für die einen, Hochhäuser ohne Brandschutz für die anderen.

Marietta Auers brillante Studie zum innerstaatlichen Privatrecht bestätigt die Vermutung, das bürgerliche sei nicht viel mehr als ein funktional höchst effektives Koordinationsrecht der herrschenden Klassen. Im nicht mehr antiken, sondern modernen Kernbereich des personal zugeordneten Privateigentums ist es allen geistigen Erweiterungen und sozialen Begrenzungen zum Trotz „Herrschaftsrecht“ (94 ff.). Seine Herrschaft ist weit davon entfernt, im Übergang von der *ersten*, Ulrich Beck und Tony Giddens zufolge vor-reflexiven und industriellen zur *zweiten*, reflexiven und postindustriellen Moderne zu verschwinden.

Indem die *erste Moderne* die „Legitimationsleistung“ des „vernunftrechtlichen Eigentumsbegriffs auf alle subjektiv-absoluten Privatrechte ausdehnt und diese damit an seiner Legitimationswirkung teilnehmen lässt,“ sprengt die „eigene überschießende Normativität“ des Privateigentums alle altrömischen „Grenzen des dinglichen Sachbezugs“ (100). Die Normativität des bürgerlichen Rechts der ersten Moderne sichert so die „Propertisierung *aller* aus der persönlichen Freiheit abgeleiteten Güter“ (111). Unter diesen ragt in dem langen Jahrhundert zwischen 1850 und 1970 vor allem das Privateigentum an toter und lebendiger Arbeit hervor, also das Eigentum an Produktionsmitteln und Arbeitskraft und damit die Freiheit des Willens, Arbeitskraft zu kaufen und zu verkaufen und jeden und jede andere von seinem Gebrauch auszuschließen (103 ff.). Das ist das *Herrschaftsrecht*, das am Fabrikator wirksam wird, durch das „der eine bedeutungsvoll schmunzelnd und geschäftseifrig (schreitet), der andre scheu, widerstrebsam, wie jemand, der seine eigene Haut zu Markt getragen und nun nichts andres zu erwarten hat als die – Gerberei.“⁴ Die Verwandlung *politischer* in *ökonomische* Herrschaft ist die welthistorische Leistung des modernen Privatrechts.

Daran ändert zunächst auch der demokratisch inklusive, erstmals alle sozialen Klassen, Geschlechter (sexuellen Orientierungen) und Nationalitäten (Hautfarben etc.) normativ einschließende Sozialstaat der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts nichts.⁵ Auch der „demokratische“ und „soziale“ Staat des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 GG) bleibt, wenn auch im Widerspruch zum Demokratieprinzip (s.u.), „kapitalistischer Staat“ (Claus Offe), der bei Strafe seines Untergangs an den Systemimperativ gebunden bleibt, „to make the world safe for investment.“⁶

Das Ende des § 4 von Auers Buch nimmt das Resultat der nachfolgenden Überlegungen zur zweiten Moderne vorweg. Die Vorrangstellung der eigentumsbasierten Privatautonomie bleibt unangetastet. Der durch Sozialschutz (113), medientechnischen Wandel (116), die immense Ausdehnung geistigen Eigentums, verfassungsrechtliche Pluralisierung, die Extension ins Transnationale und „generalklauselartige Rechte an der Eigentumsperipherie“ (118) erzwungene „*numerus clausus* der dinglichen Rechte und Immaterialgüterrechte enthält [...] die rechtspositivistische Antwort auf das Legitimationsdilemma der modernen Rechtsbegründung. Er transportiert und perpetuiert den Legitimi-

4 Karl Marx, *Das Kapital* 1, Berlin 1969, 191.

5 Zur demokratischen Bedeutung dieser dreifachen Inklusion und zum dadurch bestimmten späten Anfang demokratischer Verfassungsformationen Christopher Thornhill, *Sociology of Law and Global Transformation of Democracy*, Cambridge (Cambridge University Press) 2018.

6 Seth E. Rockman, *Comment on Katharina Pistor*, Mündlicher Vortrag, Providence: Brown University, Watson Institute Nov. 14, 2109: see also Katharina Pistor, *The Code of Capital – How Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton (Princeton University Press) 2019.

onsanspruch der Eigentumstheorie der ersten Moderne paradoxerweise gerade dann, wenn er im Rahmen der immer weiter fortschreitenden Vergeistigung und Personalisierung der Eigentumsformen eine normative Rechtfertigung jedes einzelnen subjektiven Ausschließlichkeitsrechts erzwingt“ (119, s.a. 130). Das ist die reflexive Leistung der zweiten Moderne – die jedoch keine neue Epoche kreiert, sondern lediglich den Endpunkt eines Kontinuums reflexiver Leistungen darstellt, die mit dem modernen Privatrecht insgesamt (und der Moderne überhaupt) gleichursprünglich sind.

Zwar wird das subjektive Recht des Eigentums schon durch Gierkes „Tropfen sozialistischen Öles“ (133), die sozialen Rechtstheorien der Durkheim-Schule (134f.), die Interessenjurisprudenz (135 ff.) der ersten, dann die realistischen und kritischen Strömungen der zweiten Moderne dekonstruiert, zwar scheint der stabilisierende Rückgriff auf die Vormoderne für beide modernen Zeiten unvermeidlich zu sein (137), so dass es in der zweiten Moderne schließlich zum „Einbruch des öffentlichen Rechts ins Privatrecht“ kommt (120 ff.), – aber an der „Koexistenz von immer weitreichenderen Eigentumsbeschränkungen mit dem unveränderten *Fortbestand* des Privatrechtsmodells der ersten Moderne“ (136) ändert sich nichts. Am § 903 BGB, der das Eigentumsrecht in der ursprünglichen Reinheit des Code civil von 1804 statuiert, brechen sich alle verfassungs- und einfachrechtlichen Einschränkungen. Selbst die „entschädigungslose“ Ausklammerung des „Grundwassers [...] aus dem Grundstückseigentum“ (139) bestätigt nur den „argumentativen Vorrang des privaten Verfügungsinteresses“ (140). Wenn das Verfassungsgericht am Ende auch noch dieses Tabu der ersten juristischen Moderne bricht, gelingt es der zweiten nicht, im Übergang von der starren Sphären- zur flexiblen Bündeltheorie jederzeit beschränkbarer Verfügungsgewalt „den Kern des privatnützigen Eigentumsbegriffs aufzulösen“ (142). Auch wenn sich die Gewichte zwischen *Regulierung* und *Propertisierung* deutlich zugunsten der Regulierung verschieben, Regulierung und Propertisierung bleiben – wie in der klassischen Tragödie, die sich im Schicksal der Almende (146, 150, 158) wiederholt – zwei Seiten derselben Medaille (147). Alle progressiv sozialen, innovativ hybriden, kompensatorischen, vormodernen und paternalistischen „Korrekturen“ des Eigen- und Eigentumsinteresses bilden am Ende „keinen Gegensatz zum autonomiebasierten Eigentumsbegriff der gesamten Moderne, sondern [sind] diesem vielmehr *immanent*“ (161).

Deshalb verflüchtigt sich auch am Ende von Auers Buch der Gegensatz zwischen erster und zweiter Moderne und schrumpft auf den Unterschied zweier Legitimationsdiskurse *ein und derselben Privatautonomie*. Auch wenn Auer am Gegenteil festhält, das Resultat ihrer Studie widerlegt ein weiteres Mal die von Beck und Giddens zum Epochenbruch promovierte Arbeitshypothese von der zweistufigen Moderne. Es ist mit den beiden Modernen wie mit dem berühmten Schokoriegel. Aus Raider wird Twix, sonst ändert sich nix. Die Unterscheidung bricht zusammen, und was bleibt, ist der zerrissene Schriftzug im bunt bedruckten Überbau, der angesichts ein und derselben Basis der Privatautonomie auch seine ganze „Ungeheuerlichkeit“ (Marx) verliert.⁷ Schon dass die erste Moderne nicht reflexiv gewesen sein soll, war angesichts der dialektischen Bewegung des Gedankens von Kant über Hegel bis Marx und Nietzsche eine sehr steile Behauptung, ebenso, dass unsere Welt postindustriell sei, sind wir doch zu diesem Workshop mit industriell produzierten Verkehrsmitteln angereist, um uns inmitten einer durch und durch industriell erzeugten Infrastruktur zu versammeln. Der Anschauung entspricht der

7 Vgl. Marx, *Zur Kritik der politischen Ökonomie*, Berlin 1971, 15.

Begriff, leben wir doch immer noch in derselben funktional differenzierten Gesellschaft der ersten und einzigen Moderne mit ihren kapitalistischen Produktions- und Eigentumsverhältnissen, reflexiven Mechanismen, posttraditionalen Diskursen und Verständigungsformen. Auch wenn sich das im Zuge der jüngsten medientechnischen Innovationen rasch ändern könnte, ist es doch erst die dritte der Umwälzung aller Disseminationsmedien in der Menschheitsgeschichte. Zumindest das können wir aus der Geschichte, die sich trotzdem nicht so einfach wiederholt, lernen, dass der kommunikative Gebrauch der ersten (Schrift) die akephalen Gesellschaften vernichtet und antike Klassengesellschaften unvordenklichen Unrechts, wenn nicht hervorgebracht, so doch ermöglicht hat, während der kommunikative Gebrauch der Druckerpresse Jahrtausende später die antike Klassengesellschaft vernichtet hat, um aus ihren Trümmern moderne, kapitalistische Produktionsverhältnisse mit ihrem einseitigen Schmunzeln und ihrer vielseitigen Gerberei entstehen zu lassen. Ob diese Gesellschaftsformation und ihr Privatrechtsdiskurs sich die digitale Umwälzung der Disseminationsmedien einverleiben kann oder an ihr zugrunde geht, ist heute, trotz erheblicher Turbulenzen, noch unentschieden. Immerhin wissen wir heute mehr über die möglichen Folgen der Erfindung und Einführung neuer Verbreitungsmedien als jede Gesellschaft vor uns. Letztlich ist das eine praktische Frage, auf die Theorien der sozialen Evolution keine Antwort geben können, weil man zwar, wie Marx mit Darwin richtig erkannt hat, retrospektiv die Anatomie des Affen aus der des Menschen erklären, nicht aber prospektiv die Anatomie des Menschen aus der des Affen vorhersagen kann.⁸

Während Auers Nachweis der tragenden Rolle der Privatautonomie für das moderne Recht und die moderne Gesellschaft insgesamt also die Nullhypothese bestätigt, dass von einem Entwicklungssprung zwischen erster und zweiter Moderne keine Rede sein kann, stellt sich die von Auer gar nicht erst gestellte Frage, ob der Rechtsbegriff der Autonomie sich im Wesentlichen als Privatautonomie, die zu „einer auf Willkür basierten Gesellschaft“ gleichberechtigter Personen zweifellos passt, verstehen lässt?⁹ Bestimmt man die moderne Rechtsgenossenschaft durch den *faktischen Primat der subjektiven Rechte* (wechselseitige Beschränkung von Freiheitssphären) und klammert den konkurrierenden normativen, aber keineswegs wirkungslosen *Primat demokratischer Solidarität* (kooperative Bildung eines verallgemeinerbaren Willens) aus, dann ist Auers resignativer Schluss, der an die konservative (im Übrigen falsche) Lesart der rätselhaften Böckenförde-These erinnert, die Moderne wäre ohne vormoderne Substanz nicht und deshalb nur als „paradoxe Halbmoderne“ zu haben (164), schwer zu vermeiden.¹⁰

Aber setzt die Privatautonomie wirklich den Paternalismus voraus (159 ff.)? Ist die Autonomie als „Schutz der Person“ wirklich nur durch den „Schutz der Person vor der Autonomie“ (160) zu haben? – Die glänzende, Kant, Hegel und Savigny vereinende Formel Auers von der „*Entrechtung der Person als höchstes Rechtsgut*“ (160), die in ihrer Zweideutigkeit den Bogen von der individualistischen Aufklärung bis zu ihrem Rückschlag in totale Herrschaft schlägt, lässt sich auch – wie bei Marx, Kierkegaard und Habermas – im Sinne *formaler, universeller und gesellschaftlicher Bedingungen* real mögli-

8 Marx, *Grundrisse zur Kritik der politischen Ökonomie*, Berlin 1953, 25 f.

9 Marieta Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne revisited*, Vortrag Frankfurt, Workshop Cluster Normative Ordnungen, 11. Juli 2019, zit. n. eigener Mitschrift (HB).

10 Zur Kritik der konservativen Lesart Böckenfördes Christoph Menke, *Am Tag der Krise*, Merkur 31. August 2017.

cher Emanzipation verstehen, die die *Person schützen, ohne die Autonomie zu opfern*. Auch Böckenförde spricht nur von Voraussetzungen, nicht von Substanzen, und schon gar nicht von vormodernen, obwohl diese Voraussetzungen bei Böckenförde der modernen Freiheit (real-begrifflich) vorhergehen, während sie bei Marx, Kierkegaard und Habermas durch letztere bei Strafe des Untergangs (reflexiv) *selbst erzeugt werden* müssen.

Ich denke, Marietta Auer hat recht, die *idealistisch isolierte Privatautonomie setzt Paternalismus voraus*, man muss sie aber mit Kant, Marx und Kelsen vom Kopf auf die Füße stellen, um den Paternalismus loszuwerden und den Zugang zu den gesellschaftlichen Bedingungen universeller Emanzipation freizulegen. Zwar reicht „die normative Kraft der individuellen Freiheit nicht aus, um die Legitimationslücke zwischen bürgerlicher Gesellschaft und staatsförmig verfasster normativer Allgemeinheit zu überbrücken“ (137), wohl aber könnte die *demokratisch legitimierende*, „gesetzgebende Gewalt“ (normative Allgemeinheit!), die Marx zufolge die französische und „alle großen, organischen Revolutionen gemacht hat,“ das leisten, sofern deren „Herzschlag“ im Umbruch zur „gubernativen Rechtsetzung“ (Bogdandy) des nationalen und transnationalen „Exekutivföderalismus“ (Oeter) noch nicht gänzlich „verstummt“ ist.¹¹ Deshalb schreiben demokratische Verfassungen, die keinen Staat und keine funktionale Ordnung als Verfassungsvoraussetzung zulassen, nur der Willensbildung freier und gleicher Gesetzesadressaten legitimierende Kraft zu.¹² Die demokratische Willensbildung setzt aber einen Autonomiebegriff voraus, der zwar genauso abstrakt, universell und formal ist wie derjenige der Privatautonomie, sich aber in dieser und ihrem selbstinteressierten Diskurs nicht erschöpft, sondern auf eine „politische Universal-moral“ öffentlicher Autonomie verweist,

11 Marx, *Kritik des Hegelschen Staatsrechts* §§ 261–313, MEW 1, Berlin 1976, 213–333, hier: 260; Jürgen Habermas, *Ist der Herzschlag der Revolution zum Stillstand gekommen?*, in: Forum für Philosophie (Hrsg.), *Die Ideen von 1789*, Frankfurt 1989, 7–36. Revolutionär ist die gesetzgebende Gewalt genau deshalb, weil sie „zugleich Repräsentant des Volkes“ und „des Gattungswillens“ ist (Marx, *Staatsrecht*, 260) und damit den universellen Wahrheitsanspruch demokratischen Verfassungsrechts, dass jeder und jede Gesetzesadressatin Gesetzgeber sein soll, zum Ausdruck bringt. Zur gubernativen Gesetzgebung im transnationalen und nationalen Exekutivföderalismus: Armin von Bogdandy, *Gubernative Gesetzgebung. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Tübingen 2000; Stefan Oeter, *Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund – Trennlinien und Gemeinsamkeiten föderaler Systeme*, ZaöRV 75 (2015), 733–752 (739 f.); vgl. a. Claudio Franzius, *Recht und Politik in der transnationalen Konstellation*, Frankfurt 2014, 84 ff, 139 ff. Die nationalstaatliche Entwicklung ist der transnationalen vorhergegangen und keineswegs erst durch die böse EU herbeigeführt worden, dazu immer noch lesenswert: Frido Wagener, *Neubau der Verwaltung. Gliederung der öffentlichen Aufgaben und ihrer Träger nach Effektivität und Integrationswert*, Berlin 1969 (ich danke Fritz Scharpf für den Hinweis auf dieses Buch).

12 Mit besonderem Nachdruck: Ingeborg Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt 1992; Christoph Möllers, *Staat als Argument*, Tübingen 2000; Möllers, *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Tübingen 2005. Möllers Ausgliederung einer eignen, aufs Klagerecht bezogenen „individuellen Legitimation“ verwechselt ein (unabdingbares) *Moment demokratischer Legitimierung*, die sich im Stufenbau (Merkel/Kelsen) des Rechts sukzessive konkretisiert, mit einer eigenständigen, freistehenden Form der Legitimierung positiven Rechts, die wie ein zweites Reich privatrechtlicher Begriffe *neben* der demokratischen Form der Legitimation besteht – und fällt damit in den Dualismus, den er längst überwunden hatte, zurück. Die Gesetzgebung ist nur der *Anfang* der vielstufigen Konkretisierung demokratischer Legitimation, die mit dem interaktiven Vollzug der Staatsgewalt vor Ort und im – zwangsbewehrten – „Diskurs“ mit dem Normadressaten endet, um sich von dort über die Willensbildung am Küchentisch und auf öffentlichen Plätzen bis in die Gesetzgebung zurückzubiegen.

die sich im legislativen Kampf um die Emanzipation „verallgemeinerbarer Interessen“ aus ökonomischer und bürokratischer Verfügungsgewalt zur Geltung bringen muss.¹³

Solange das revolutionäre Herz der gesetzgebenden Gewalt noch schlägt, ist diese Gewalt stark genug, um die *Dualismen*, die dem Staatswillenspositivismus des 19. Jahrhunderts entstammen – öffentliches vs. privates Recht, Staat vs. Gesellschaft, Staat vs. Recht, nationales vs. internationales Recht, Gesetz vs. Verordnung etc. – und zumindest den Privatrechtsdiskurs bis heute bestimmen (47, 64, 72, 83 ff., 131), praktisch aufzuheben. Ganz so wie Heidegger und Ryle, Dewey und Horkheimer, Reichenbach und Carnap die Dualismen der philosophischen Theorie in ein Kontinuum von Unterschieden aufgehoben haben, hat Kelsen die Dualismen der Staatsrechtslehre in ein Kontinuum von Unterschieden im Stufenbau der Rechtsordnung aufgehoben.¹⁴

Vom Dualismus der *vordemokratisch* liberalen deutschen (Heidelberger) Kantrezeption zwischen Privatrechts-(=Naturrechts-)Lehre befreit, die das im Naturzustand besetzte Land (Besitz) durch nachgeordnete Gesetzgebung nur noch legalisiert, enthält der öffentlich-rechtliche Teil der Kantischen Rechtslehre das Modell einer späteren (inklusive über die männlichen Besitz- und Bildungsbürger Kants hinaus kompletierbaren) demokratischen Gesetzgebung. Kant macht im § 46 in einem Satz die der Selbstgesetzgebung (Autonomie) aller Adressaten einer Rechtsnorm implizite Gerechtigkeitsidee als Differenz *kollektiver* und *individueller* Autonomie explizit, und er setzt dabei lediglich das eine und einzige Menschenrecht gleicher Freiheit als öffentlich (durch Gesetzgebung) erst noch zu bestimmendes, „formales Naturrecht“ (Maus), nicht aber (wie Locke) das Privateigentum voraus.¹⁵ Beschlüsse, die „niemand Unrecht tun“, können nur durch Bildung eines post-substantiellen und post-paternalistischen, widerleglichen, nicht nur mehrheitlichen, sondern allgemeinen, unbedingten und universellen Willens zustande

13 Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt 1973, 123, 153 ff.

14 Brunkhorst, *The Critique of Dualism: Hans Kelsen and the Twentieth Century Revolution in International Law*, in: *Constellations* Vol. 18, No. 4, 2011, 494–503.

15 Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Werke Bd. VIII, Auerkant 1977, 345, 432. Diese, Locke und Kant einander entgegengesetzte Lesart Kants erwähnt Auer in ihrem Frankfurter Vortrag, der sich *revisiting* auf das Buch von 2014 bezieht (s. o. Fn. 9), während sie in dem Buch noch unterstellt, dass „auch bei Kant [...] der typische normative Anspruch der ersten Moderne zum Ausdruck (kommt), die divergierenden Momente von Staat und Gesellschaft durch die übergreifende Klammer des *individuellen freien Willens* vereinen zu wollen, indem die freie Zustimmung aller an der Gesetzgebung beteiligten Bürger die Ausübung staatlicher Gewalt legitimiert – ‚volenti non fit iniuria‘. Dabei liegt ähnlich wie bei Locke die *rechtfertigende Basis des Staates im natürlichen, vorstaatlichen Privatrecht*; Zweck und Grenzen des staatlichen Zusammenschlusses ergeben sich aus der endgültigen gesetzlichen Absicherung der im Naturzustand nur vorläufig gewährleisteten subjektiven Privatrechte, so dass der Idealzustand des durch Gesetzgebung geschaffenen ‚öffentlichen Rechts‘ grundsätzlich genau dem entspricht, was bereits im vorstaatlichen Zustand Inhalt des ‚Privatrechts‘ war.“ (36, meine Hervorhebung) Das ist aber die Lockesche (vordemokratisch liberale) Lesart Kants, in der der „individuelle freie Wille“ mit (keineswegs freier, sondern unbestimmter, kontingenter) Willkür gleichgesetzt und von der kommunikativen, Solidarität erzeugenden *Rationalität demokratischer Willensbildung* entkoppelt wird, so dass ihm die „rechtfertigende Basis des Staates“ in der *natürlichen Vernunft* des „vorstaatlichen Privatrechts“ nur noch von außen als rationaler Zwang entgegentreten und nicht mehr vom Willen aus freien Stücken – nämlich als identitätsstiftender, deshalb *zwangloser Zwang* selbst bestimmt werden kann. Dann aber entfällt auch die Notwendigkeit, *Sozialschutz, Tropfen sozialistischen Öls und Regulierung* (dazu sogleich) als von außen in die Privatautonomie (Freiheit des Subjekts) *einbrechendes, öffentliches Recht der Vormoderne* zu verstehen und sich schweren Herzens, aber der Not gehorchend, mit einer *paradoxen Halbmoderne* zu begnügen.

kommen, in der „jeder über alle und alle über einen jeden ebendasselbe beschließen.“¹⁶ Während sich das, was *alle* über einen jeden beschließen, auf das *allen gemeinsame Resultat* (das Gesetz) bezieht, bezieht sich, was *jeder* über alle beschließt, auf die *verschiedenen Perspektiven* (Interessen, Gründe, Gefühle) des je einzelnen (mit Adorno nichtidentischen) Individuums. Nur wenn es der Differenz von „allen“ und „jedem“ (bzw. jeder) gerecht wird, kann das demokratisch erzeugte Gesetz die „noch zusammenhaltbare Verschiedenheit“ (Luhmann) der sozialen Gruppe und damit das *Wahrheitsmoment der Privatrechtsautonomie* so zum Ausdruck bringen, dass das Gesetz in doppelter Negation „niemand Unrecht“ tut.¹⁷

Der gerechte Zusammenhalt auseinanderdriftender Perspektiven kann dann aber nur noch durch einen „demokratischen Experimentalismus“ (Dewey) gewährleistet werden, der in der ständigen, reversiblen, deliberativen und egalitären Ausübung eines „auf Dauer gestellten verfassungsgebenden Prozesses“ (oder auch eines verfassungsgebenden „Spiels“ der „Rechte“ und „Gegen-Rechte“¹⁸) besteht, der „sich innerhalb der bestehenden Institutionen abspielt [sic!]“ und als „permanente legale Revolution“ verstanden werden muss.¹⁹ Und wenn das nicht mehr geht, ist es auch mit der Demokratie vorbei.

Solange es noch geht, kann die Hegemonie des Privateigentums jederzeit durch die latent revolutionäre Gewalt demokratischer Gesetzgebung gebrochen werden. Wo es mit der demokratischen Verfassung noch nicht zuende ist, sind nämlich *Regulierung* und *Propertisierung* keineswegs zwei Seiten *derselben* Medaille, sondern driften so auseinander, dass der progressive Reformismus unter Bedingungen kapitalistischer Produktionsverhältnisse beides sein muss. Nach der einen Seite hält er dem Kapitalismus durch Wertsteigerung brauchbarer Arbeitskraft (Disziplinierung, Vorsorge, Reparatur, Qualifikation) und die geräuschlose „Brachlegung parasitärer und überflüssiger Bevölkerungsteile“ den Rücken frei.²⁰ *Aber er kann mit der ungeheuren Wachstumsdynamik des modernen Kapitalismus nur mithalten, indem er durch politische, gesetzgebende Praxis einen Kapitalismus mit immer mehr sozialistischen Charakteristika erzeugt.* Deshalb ist er nach der anderen Seite potentiell anti- und postkapitalistisch, entreißt er der Warenform und der Herrschaft des Privateigentums doch immer mehr Lebensräume, Lebensbedingungen und Lebenszeit, um sie in die „frei verfügbare Zeit“, die der „wahre Reichtum“ (Marx) eines jeden Menschen ist, zu verwandeln.²¹

Das galt zumindest bis in die 1970er Jahre. Aber wir leben seit 30 Jahren in Zeiten eines regressiven Reformismus, der 2008 eine bislang unabsehbar abstürzende Krisendyna-

16 Kant, *Metaphysik* (Fn. 15), 345 (§ 46). Der allgemeine Wille fällt, wie schon Rousseau argumentiert, aber nicht gezeigt hat, dann und nur dann mit dem partikularen Mehrheitswillen zusammen, wenn diese Bedingungen als Bedingungen öffentlicher legislativer Willensbildung erfüllt sind (Peter Niesen, *Truth and Justification in Lafont and Landemore. Comment on Cristina Lafont, Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, elektronisches Vortragsmanuskript, Gießen: Liebig-Universität 2019).

17 Niklas Luhmann, *Arbeitsteilung und Moral. Durkheims Theorie*, in: Emile Durkheim, *Über die soziale Arbeitsteilung*, Frankfurt 1988, 25.

18 Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015.

19 Habermas, *Wahrheit und Rechtfertigung*, Frankfurt 1999, 62; vgl. a. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt 1992, 228, 374, 612 ff.

20 Claus Offe, *Strukturprobleme des kapitalistischen Staats*, Frankfurt 1972, 44, s.a. 40 ff.

21 Gosta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Oxford (Polity) 1990, 21 ff. Vgl. a. Brunkhorst, *Demokratischer Universalismus – Von der evolutionären Gewohnheit zur emanzipatorischen Praxis*, Leviathan 2019, 286-307.

mik entfesselt hat, durch die die Möglichkeit faschistischer Regression zu unmittelbar gegenwärtiger Zukunft geworden ist – einer Zukunft, der kein Nationalstaat und kein technisches Verbundsystem nationaler Staaten mehr entrinnen kann. Der Status quo, das ist die gute Nachricht aus der schlechten Welt, ist kein Argument mehr – und deshalb mehrten sich zumindest die zwanglos zwingenden Argumente, die für die (wie immer verstellte) revolutionäre, jedenfalls grundstürzende Veränderung der hoch integrierten, spätkapitalistischen Weltgesellschaft sprechen, in der immer noch das „Unrecht wie Wasser“ (Hiob 15:16) getrunken wird.²²



Notwehrrecht im Wandel

Andreas Hatz

Gesellschaftlicher Wandel und Notwehrrecht

Parallelen und Interdependenzen zwischen Notwehr und gesellschaftlich-politischer Entwicklung

2019, 240 S., brosch.
Print 48,00 € • E-Book 37,99 €
ISBN 978-3-8288-4308-0
ePDF 978-3-8288-7244-8

Notwehr hat im Verlauf der Geschichte zahlreiche Entwicklungsstufen durchlaufen, die stets auch von Einschränkungen und Ausweitungen geprägt waren. Die Untersuchung befasst sich, ausgehend von den heutigen Vorstellungen, mit dieser Entwicklung explizit in autoritären und totalitären Staaten. Es wird insbesondere der Frage nachgegangen, ob Parallelen und Interdependenzen zwischen bestimmten, ausgesuchten gesellschaftlichen wie auch politischen Entwicklungen, wie z. B. der schrittweisen Schaffung einer totalitären Staatsform und der Entwicklung einzelner Merkmale des Notwehrrechts, bestehen. Eine weitere Zielsetzung dieser Arbeit ist es, vom Grundgedanken des Notwehrrechts ausgehend, einen Beitrag zum besseren Verständnis für das heutige Notwehrrecht und das Notwehrrecht der Zukunft zu leisten.

Bestellen Sie im Buchhandel oder versandkostenfrei unter www.tectum-shop.de



22 Das zitiert Kant 1795 mit Blick auf die Revolution, die dem ein Ende machen soll, in der Schrift *Zum ewigen Frieden*, in: Werke Bd. 11, Frankfurt 1977, 191-251 (216).