

**Marietta Auer: Der privatrechtliche Diskurs der Moderne,
Mohr Siebeck, Tübingen 2014, 204 S.**

*Daniel Matthias Klocke**

I. Einleitung

Der Titel von *Marietta Auers* Habilitationsschrift klingt nicht nur grundsätzlich, die Arbeit stößt in einen Problembereich vor, der häufig betont, aber bislang kaum vertieft wurde¹: Das moderne Zivilrecht konstituiert sich im Wesentlichen auf der Grundlage individueller Rechtsbeziehungen. Diese Rechtsbeziehungen und insbesondere die Interessenlagen Privater werden jedoch durch weitergehende, häufig soziale Wertungen überlagert.² Das „soziale Mietrecht“ formt den Mietvertrag zugunsten des Mieters um. Das Arbeitsverhältnis geht zum Schutze des Arbeitnehmers in zahlreichen Sondergesetzen weit über den Dienstvertrag der §§ 611 ff. BGB hinaus. In der neueren Entwicklung wurde sogar versucht, objektive Strukturprinzipien wie den Umwelt- oder Tierschutz über das Kaufvertragsrecht durchzusetzen.³

Selbst das Eigentum berechtigt heute nicht zwangsläufig, alles mit einer Sache tun und lassen zu können, was man will. Auch ist das Eigentum als solches dem Problem ausgesetzt, durch schuldrechtliche Beziehungen ausgetauscht zu werden. Für Unternehmen kann es lohnend sein, bestimmte Güter nur zu vermieten, obgleich ein Verbraucher herkömmlicher Weise einen Kauf mit anschließender Übereignung erwarten würde. Der Eigentumsbegriff als solcher bleibt gleich, die um ihn herum geschaffenen Strukturen weichen ihn indes auf.⁴

Im privatrechtlichen Diskurs geht es – stets mit anderen Akzenten – um den Stellenwert des sozialen gegenüber dem individuellen Verständnis. Über die Rolle und die Funktion des Privatrechts kann trefflich und je nach Konstellation diskutiert werden. Die Reichweite des Diskurses indes dürfte so manchen verwundern. Es geht nicht allein um die Ausgestaltung des Privatrechts. Der Diskurs wird nicht allein privatrechtsintern geführt. Verfassungsrechtliche Schutzbestimmungen greifen in der jüngeren Entwicklung immer stärker in das Privatrecht über. So hat die *Bürgerschaftsentscheidung* des Bundesverfassungsgerichts deutlich gemacht, dass der Staat die Privatautonomie nicht um ihrer selbst willen gewährt bzw. anerkennt, sondern ihr zugleich eine kompensatorische Funktion zubilligt.⁵

* Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, E-Mail: daniel.klocke@jura.uni-halle.de.

¹ Eine Ausnahme hierzu stellt beispielsweise *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, 2005 dar.

² Hierzu *Wolff/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 3 Rn. 1 ff.

³ Vgl. instruktiv zur Richtlinie 1999/44/EG *Glinski/Rott*, EuZW 2003, 649.

⁴ Seiler, in: Staudinger, BGB, 2002, § 903, Rn. 13 ff.

⁵ BVerfG, NJW 1994, 36; 1996, 2021.

Hiervon ausgehend ist der privatrechtliche Diskurs nicht nur bei der Rechtsetzung, sondern auch bei der Rechtsfortbildung und sogar bei der Rechtsanwendung von Belang. Die Kenntnis des Diskurses oder die Ignoranz hinsichtlich anderer Ansätze können als Vorverständnis die Entscheidung des „Rechtsstabs“⁶ beeinflussen.

Diese kurze Darstellung *aktueller* Diskussionen dürfte auch die Bedeutung von Marietta Auers Beitrag zum *modernen* Privatrecht ausreichend herausstellen. Auers Arbeit liefert, soviel vorweg, einen wichtigen Baustein für die Aufarbeitung und Verallgemeinerung unseres Privatrechtsverständnisses. Um es ebenfalls mit der gebotenen Höflichkeit vorwegzunehmen, leider nicht, ohne die von ihr hervorgehobene Neutralität im Diskurs von liberalem und sozialen Verständnis zuweilen aufzugeben. Der Lesbarkeit des Buches tut dies freilich keinen Abbruch.

II. Inhalt

Bereits im Vorwort erklärt Auer ihre zentrale Fragestellung. Wie lässt es sich erklären, dass das Privatrecht einerseits durch „materiale“⁷ Wertungen geprägt wird und andererseits als staatsferne Privatrechtsordnung einer bürgerlichen Gesellschaft bestehen soll?

1. Die Einleitung

Auer stellt privatautonome, staatsferne Selbstgestaltung verbunden mit dem Markt- und Wettbewerbsgesetzen einer staatspaternalistischen Theorie gegenüber. Bereits auf der ersten Seite macht sie den Widerspruch des formal-individualistischen Privatrechtsverständnisses zur sozialen Verantwortung/zur sozialen Frage deutlich. Dieser Gegensatz hat ihrer Meinung nach seinen Ausgang gegen Ende des 19. Jahrhunderts genommen, in anderen Ländern wegen der dort früher einsetzenden Industrialisierung bereits davor. Gleichwohl wähnt Auer den Konflikt tiefer. Sie definiert das Ziel ihrer Monographie daher wie folgt (S. 5): das Selbstverständnis des Privatrechts als selbstrechtfertigende Ordnung des freiverantwortlichen Rechtsverkehrs unter Gleichen als soziale Praxis sei ernst zu nehmen und es sei zu fragen, wie die dagegen gerichtete Kritik wirksam werden konnte und wirksam bleibt. Es geht ihr nicht um die normative Zusammenführung der Ansätze, sondern um die faktische Wirksamkeit dieser scheinbar widersprüchlichen Ansätze.

Auer nimmt den ausgemachten Widerspruch hin und analysiert seine Struktur. Dieser Ansatz ist interessant. Aus einem anderen Blickwinkel gesprochen: Es handelt sich nicht um exklusive Begründungsansätze, sondern um ergänzende Begründungslinien. Problematischer erscheint es jedoch, zu betonen, dass die Systemfrage nicht ausschlaggebend sei, dann aber das freiverantwortliche Modell zugrunde zu legen. Es macht einen Unterschied, ob man konstruktiv von dem freiverantwortlichen Modell ausgeht,

⁶ Zum Begriff Baer, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 2015, § 5 Rn. 1 ff.

⁷ Mit diesem Begriff beschreibt sie die sog. Materialisierung des Privatrechts. Dieser Begriff wird in der Regel verwendet, wenn die Entscheidung des Interessenkonflikts nicht auf der Basis der genuinen Interessenlage der Parteien getroffen wird, sondern durch Wertungen, die von außen in den Konflikt hineingetragen werden. So mag der Tierschutz den Parteien egal sein, der Rechtsordnung ist er es nicht. Die Schwarzarbeit kann für beide Teile Vorteile bringen, der Vertrag wird jedoch keine Wirksamkeit erlangen, vgl. jüngst: BGH, NJW 2014, 1805.

oder es als primäres Modell zugrunde legt. Damit wird die scheinbar an den Tag gelegte Neutralität im Meinungsstreit geschwächt. *Auer* betont jedoch, eine „rechtssoziologische“ Perspektive einnehmen zu wollen.

Am Ende der Einleitung ist man überrascht, dass *Auer* den privatrechtlichen Diskurs der Moderne anhand des Eigentums führen will. Dieser Ansatz liegt nicht wirklich nahe. Das Vertragsrecht ist eigentlich der deutliche Hauptschauplatz jener von *Auer* hervorgehobenen Diskurse. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Privatautonomie und ihre Auswirkungen im Privatrecht sind für den Diskurs eigentlich unverzichtbar. Man muss dazu sagen, diese Problemstellung hat *Auer* bereits in ihrer Dissertation verarbeitet.⁸ Dennoch sollte sie nicht voraussetzen, dass der Leser um ihre Monographien weiß.

2. Erster Teil: Privatrecht, Diskurs, Moderne

Der erste Teil von *Auers* Monografie untersucht den philosophischen und soziologischen Diskurs der Moderne. *Auer* beginnt mit der Einführung des Begriffs „Moderne“. Sie definiert „Moderne“ als einen sozialen Tatbestand, als alle gesellschaftlichen Bereiche ergreifenden Epochenwandel, der seit dem späten Mittelalter einsetzte und seit der frühen Neuzeit als umfassender Strukturwandel fühlbar wurde (S. 11). Das Moderne sei dynamisch, stets im Fluss. Modern sei nicht das Neue, sondern das, was das Alte hinter sich lasse. Was jeweils modern sei, habe sich vielfach geändert und sei in Zukunft offen. Auf dieser Grundlage führt *Auer* eine erste und eine zweite Moderne ein:

a) Die erste Moderne: Die Wendung zum Subjekt

Die erste Moderne (S. 13–45) beschreibt *Auer* als Wende zum Subjekt. Zentrale Kategorie ist zunächst die Freiheit der Wissenschaft und des Individuums.

Das erste Phänomen der Moderne ist nach *Auer* im Anschluss an *Theo Kobusch* „die Entdeckung der Person“. Das menschliche Individuum werde in der Moderne zur moralischen Instanz. Modern war daher, dass *die Person* zur normativen Quelle der Gesellschaft und damit von Moral und Recht wurde. So fasst *Auer* nach kurzer Einordnung von *Hobbes*, *Grotius* und *Pufendorf* *Kants*⁹ Philosophie als Zeitdokument auf. Das Handeln aus Pflicht heraus könne nur Handeln sein, welches sich ein vernunftbegabtes Subjekt selbst gebe. Erst die Identifikation von Person und Autonomie könne erklären, warum der Einzelne Zurechnungssubjekt sei. Auf dieser Grundlage, so konstatiert *Auer*, habe sich dann das heute gültige Rechtsverständnis herausgebildet.¹⁰

Hinzu kommt nach *Auer* ein neuer Ansatz beim subjektiven Recht. Während sich das Recht schon vorher begrifflich dem materiellen Recht angenähert habe, hätten insbesondere *Locke* und *Kant* Freiheit und Recht begrifflich vereint. *Locke* machte das Eigentum zur Voraussetzung der Freiheit, *Kant* machte, so *Auer*, die Freiheit zur Legitimationsquelle des subjektiven Rechts. Hiervon ausgehend sei um 1900 ein Zustand

⁸ *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005.

⁹ Beim Lesen kam mir spontan in den Sinn: Interessant für den Begriff der Moderne wäre ein Verhältnis zu *Aristoteles* gewesen.

¹⁰ Kritisch ist anzumerken, dass *Auer* zwar hinsichtlich der v.a. zwischen *Rüthers* und *Canaris* umstrittenen Lesart des *Larenz'schen* Zitat keine Stellung (S. 21, Fn. 41) beziehen will, im Fließtext aber deutlich von „*Neuformulierung*“ spricht und damit eine Einordnung de lege ferenda impliziert.

erreicht worden, der es erlaubte, das Recht als mit gegenseitiger Ausschlusswirkung versehene Sphären personaler Autonomie zu konzipieren.

Das dritte Element des modernen Rechtsdenkens ist nach *Auer* die kategoriale Trennung von Staat und Gesellschaft bzw. von öffentlichem und bürgerlichem Recht. Nach der Darstellung diverser Ansätze kommt sie zu *Locke*. Dieser habe die Bürgerschaft über das Eigentum konstituiert. Damit werde der liberale Staat zum theoretischen Schlussstein der egalitären Privatrechtsgesellschaft. Nicht bei *Kant*, sondern bei *Hegel* wurde der Staat zum Träger der politischen Macht, die Gesellschaft zur bürgerlichen Gesellschaft der Individuen. Diese Trennung wird begleitet von der Herausbildung des modernen Prozessrechts und der Frage nach der Rechtswegzuweisung und gipfeln in der allgemein anerkannten Abgrenzung der Privatrechtsordnung vom öffentlichen Recht Mitte des 19. Jahrhunderts.

Die von *Auer* herausgearbeitete individualistische Privatrechtsordnung besitzt rechtsspraktische Wirksamkeit, ohne durch bestimmte philosophische Systeme erklärt werden zu müssen. So wird ihrer Meinung nach die selbst-legitimierende Tendenz des Systems subjektiver Rechte durch Freiheit anhand des heute noch präsenten Streits zwischen Interessen- und Willentheorie deutlich. Der Kern der Willentheorie sei niemals ernsthaft erschüttert worden.

b) Die zweite Moderne I: Reflexivität als Dekonstruktion

In der zweiten Moderne (S. 46–87) haben sich für *Auer* die Widersprüche der ersten Moderne gezeigt (eine über sich selbst unaufgeklärte Aufklärung). Die zweite Moderne zeige die Erosion, die „subtile Dekonstruktion“, der Grundbegriffe der ersten Moderne.

Hierzu beginnt sie mit der Dezentrierung des Subjekts. Die moderne Gesellschaft sei auf den empirischen Menschen/Privatbürger und nicht mehr auf den idealisierten, rationalen Staatsbürger bezogen – und dieses Subjekt sei begrenzt. Dabei hebt *Auer Durkheims* Theorie der sozialen Arbeitsteilung hervor. Der Einzelne nehme eine soziale Rolle ein, die je nach Konstellation und Interessenlage, Stärken und Schwächen gekennzeichnet sei. Gesellschaftliche Mechanismen kompensierten die Schwächen. Auf diese Weise werde alles in Frage gestellt, was zwei Jahrhunderte zu den Grundüberzeugungen des modernen Privatrechts gehört habe.

Daneben sei das subjektive Recht dekonstruiert worden. Am Beispiel *Hohfelds* verdeutlicht *Auer* die Kritik, aus Freiheit auf ein pflichtenbewehrtes Recht zu schließen. Auch *Kants* Freiheitsbegriff, der eine Abgrenzung der Individuen ermögliche, müsse auf materielle Kriterien zurückgreifen. Vor diesem Hintergrund stelle die Interessentheorie des subjektiven Rechts oder der Utilitarismus eine Dekonstruktion des autonombasierten Rechtsbegriffs dar – ohne die Domäne des subjektiven Freiheitsrechts zu erodieren.

Drittens breche „das Öffentliche“ in das Privatrecht ein. Wollte man den Inhalt des Privatrechts bestimmen, so hätten alle Abgrenzungstheorien ihre Schwierigkeiten. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, das Privatrecht über den Gedanken der „Horizontalität“ und das öffentliche Rechte der „Vertikalität“ zuzuordnen. Horizontal sei ein Rechtsverhältnis, wenn keiner der Beteiligten über Normsetzungs- oder Zwangsbefugnisse verfüge. Im Kern stellt sie in der Folge den Vertrag als Element des Privaten der staatlichen Regelung gegenüber. Zugleich betont sie, dass es kein Privatrecht ohne staatliche Regelung geben könne. Nach *Auer* bestünde das Wesen des Privatrechts weniger in der staatlichen Regelung als im Handeln der Privatrechtssubjekte nach den Regeln des Markts. Daher klappe eine Legitimationslücke von „natürlichem Privatrecht“ und den staatlich vorgegebenen Rechtsbeziehungen, die sich nicht durch den

Regress auf die Autonomie schließen lasse. Die Idee eines staatsfreien Privatrechts müsse daher paradox erscheinen.

c) Die zweite Moderne II: Reflexivität als negative Dialektik

Die „selbstaufhebende Dialektik“ wird dann aus gesellschaftstheoretischer Sicht im Hinblick auf ihre Relevanz für das Privatrecht untersucht. Hierzu führt sie die Begriffe „immanente Selbstgefährdung“ und „immanente Gegenmoderne“ ein: Die immanente Selbstgefährdung bezeichnet die die Grundgüter der Gesellschaft gefährdende fortschreitende Modernisierung. Die immanente Gegenmoderne besagt, dass die Folgen der Selbstgefährdung zu systemnotwendigen gegenmodernen Praktiken führen.

Auer zeigt auf, dass im Gegensatz zu *Lockes* Ansatz, das Eigentum zur Grundlage der bürgerliche Gesellschaft zu machen, nach *Rousseau* knappe Güter, Eigentum und Bedürfnis nebst Handel und Arbeit Ungleichheit und wechselseitige Abhängigkeiten begründen. Über *Hegel* stellt *Auer* dann die Möglichkeit des Scheiterns heraus, egal, wie reich die bürgerliche Gesellschaft sei. Auch die institutionellen Grundlagen würden unterminiert, das Eigentum werde entmaterialisiert, die Vertragsfreiheit führe zu Vertragsdiktaten, die bürgerliche Familie zerfalle. Diesen Prozessen sei jedoch immanent, dass die neue Lebenswirklichkeit sich ändere, nicht die Begründung des Fundaments des individualistischen Wertesystems (S. 81).

Diesem Momentum stellt *Auer Savignys* Konzept des Familienrechts gegenüber. *Savigny* begründete eine Komplementarität von Familien- und Vermögensrecht. Nur letztere sei durch Markt- und Autonomiedenken geprägt. Daher sei die Vorstellung von institutioneller und normativer Stabilität nicht hinnehmbar. Zur Moderne gehöre auch die Gegenmoderne.

In der folgenden Zusammenfassung (S. 88–89) stellt *Auer* dann heraus, dass Affirmation und Kritik der ersten Moderne bis in die Gegenwart koinzidieren, es aber nicht gelungen sei, das Privatrechtsmodell der ersten Moderne zu widerlegen.

3. Zweiter Teil: Das Eigentum der Moderne

Im zweiten Teil legt *Auer* einen zentralen Leitbegriff bzw. den Kern (S. 93) des Privatrechts, „das Eigentum“, zugrunde und untersucht dessen dogmatische Struktur vor dem Hintergrund des Einflusses der zwei Modernen auf den Begriff. Sie leitet mit der Behauptung ein, dass im scheinbaren Siegeszug des „sozialen Privatrechts“ sich nicht der Wandel der Sozialverfassung manifestiere, sondern vielmehr die aporetische Struktur der Moderne selbst zutage trete.

a) Die Integration des modernen Eigentumsbegriffs: Dinglichkeit und Freiheit

Auer analysiert das Eigentum anhand der drei im ersten Teil herausgestellten Strukturen. Dabei entfernt sie sich von der Ideengeschichte und wendet sich der Dogmatik zu. Anhand des Vergleichs der Eigentumsdefinition mehrerer Länder führt *Auer* einen engen Eigentumsbegriff, das Herrschaftsrecht einer Person an einer Sache, und einen weiten Eigentumsbegriff, das Herrschaftsrecht an irgendetwas, ein. Hieran macht *Auer* zwei unterschiedliche Traditionen in der Moderne fest: Verdinglichung und Personalität (S. 94).

Die Dinglichkeit des Eigentumsbegriffs ist wohl die größte Herausforderung für begriffliche Kategorisierung von Herrschaftsrechten. *Auer* stellt zunächst die Begriffe Dinglichkeit und Absolutheit in den Vordergrund: Dinglich ist ein Recht, das eine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen einer Person und einer Sache begründet – ein

Herrschaftsrecht. Der Begriff der Absolutheit eines Rechts drückt demgegenüber die Rechtswirkungen gegenüber Dritten aus. Absolute Rechte wirken gegenüber jedermann. Beide Begriffe illustrieren die Rechtswirkung des Eigentumsrechts.

Auer geht sodann zu einem Streit über, der von Teilen der Literatur hinsichtlich der Bedeutung um den Begriff der Dinglichkeit geführt wurde. Sie stellt die sog. Kombinationstheorie (Dinglichkeit = Zuordnung + absoluter Klageschutz) als herrschende Meinung dar und diskutiert die gegenläufige „Bündeltheorie“. Obgleich sie auch den Aufsatz von *Fritz Fabricius* (AcP 162, 467–475) zitiert, stellt sie die Kombinationslehre als herrschende Meinung dar. *Fabricius* hat sich nicht nur in der für ihn typischen Art gegen die herrschenden Strömungen gestellt, sondern er hat den Begriff der Dinglichkeit auch für überkommen erklärt (S. 474 unten). *Auer* selbst kritisiert diese Kombination. Ihrer Meinung nach verschwimmen so Absolutheit und Dinglichkeit.

Sie vertieft dann die Bündeltheorie. Macht an Sachen könne nicht rechtlich, sondern nur faktisch begründet werden. Grundgedanke dieser Ansicht ist, dass dingliche Rechte vollends in der Summe von Einzelbefugnissen gegenüber anderen Personen aufgehen (S. 98).

Eine weitere Ansicht zentriert die Güterzuordnung. Der Dinglichkeitsbegriff soll die Sache einer Person zuordnen. Hiergegen wendet sich *Auer*, weil dieser Ansatz den Autonomiegehalt des Eigentumsbegriffs verdränge. *Auer* resümiert dann, dass das Eigentum der Moderne wegen seiner eigenen Normativität die Grenzen des dinglichen Sachbezugs sprengt (S. 100). Denn der Eigentumsbegriff habe gerade dazu geführt, andere insbesondere nicht dingliche Befugnisse neben dem Eigentum als Rechte zu legitimieren.

Sodann kommt *Auer* zum Begriffspaar „enger und weiter Eigentumsbegriff“ zurück. Obwohl bereits das römische Recht das Eigentum (*dominium*) kannte, könne nicht von einer Kontinuität der Begriffe ausgegangen werden. Denn zum einen wurden im Mittelalter geteilte Eigentumsformen anerkannt und zum anderen seien die Bestandteile des Eigentums damals nicht als Ausfluss personeller Autonomie erkannt worden. Seit dem Zeitalter des Vernunftrechts stünden sich nun die zwei Eigentumsbegriffe gegenüber. Der weite Eigentumsbegriff war nach *Auer* notwendig, um den römischen Begriff um den Individualismus anzureichern – dies entspreche auch der deutschen Rechtswissenschaft seit *Savigny* (S. 105). Der enge Eigentumsbegriff wiederum zeige heute noch Rückwirkungen auf die Struktur von Rechten.

Dass sich im deutschen Recht der weite Eigentumsbegriff nicht durchsetzen konnte, erklärt *Auer* mit der vorherrschenden „idealistischen Skepsis“ (S. 108). Das deutsche Recht habe das Immaterialgüterrecht herausgebildet. Unter anderem das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und Art. 14 GG verdeutlichten aber, dass der enge Eigentumsbegriff nicht durchgehalten werde. Das Tor sei für das weite Eigentum als strukturelle Denkmöglichkeit weit aufgestoßen. Anhand der *Marlene-Dietrich-Entscheidung* weist *Auer* dann nach, dass die Denkmuster im Immaterialgüterrecht angewendet werden – konkret bezieht sie sich auf die *Lock'sche* Arbeitsleistung und erkennt sie im Schutz der Leistung Verstorbener in der Argumentation des BGH wieder (S. 110 f.).

Auer stellt dann den Begriff des Eigentums als durch seine Körperlichkeit klar definiert und durch sachenrechtliche Grundsätze abgesichert heraus. Sie untersucht dann die institutionelle Absicherung des Eigentumsbegriffs. Hierzu vergleicht sie körperlich-dingliche Rechte, verdinglichte schuldrechtliche Befugnisse, Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte. *Auer* stellt zunächst die sachenrechtlichen Grundprinzipien heraus und betont den *numerus clausus*. Gerade der sachenrechtliche Typenzwang habe sich aber Neuschöpfungen nicht entgegengestellt. Im Immaterialgüterrecht habe der

numerus clausus auch die Funktion einer Propertisierung der geistigen Welt durch subjektive Ausschließungsrechte entgegenzuwirken. Dennoch sei der Typenzwang im Recht des geistigen Eigentums sehr schwach. Immer neue Schutzbedürfnisse zwingen dazu, neue Rechtsformen anzuerkennen. Der numerus clausus im Immaterialgüterrecht habe insbesondere nicht verhindern können, dass sich mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein generalklauselartiges Recht herausgebildet habe. Daher folge aus dem numerus clausus keine Zulassungssperre, sondern eine Verlagerung der Argumentationslast. Die Einführung neuer (Privat-)Rechte müsse begründet werden (S. 119). Dadurch würden subjektive Rechte in der Konkurrenz von fremden Handlungssphären zur begründungsbedürftigen Ausnahme. Hieraus folgert sie auch, dass man nicht im *Kant'schen* Sinne auf die wechselseitige Begrenzung der Freiheit schließen könne.

b) Die Dekonstruktion des Eigentums: Bündeltheorie und Sozialbindung

Sodann konfrontiert *Auer* den Eigentumsbegriff der ersten Moderne mit der Kritik der zweiten Moderne.

Auer diskutiert den Sachbezug des Eigentums anhand der Bündeltheorie des Amerikanischen Rechts (Vgl. oben: Eigentum als Summe der Einzelbefugnisse gegenüber Personen). Auch die vier juristischen Grundrelationen (Recht, Pflicht, Freiheit und Freistellung bzw. Nicht-Recht) blendeten den Sachbezug aus. *Auer* gibt der Kritik der Bündeltheorie zu, dass das deutsche Recht zwischen subjektiv-dinglichen und subjektiv-persönlichen Rechten unterscheide. Sie entnimmt der Bündeltheorie jedoch auch die Erkenntnis, dass Recht und Freiheit unabhängig seien. Das sog. Sphärenmodell werde durch diese Theorie in Frage gestellt. Das Eigentum lasse sich jedoch gerade auf die Gegenstandswelt beziehen, so dass die Nichtbeachtung der Bündeltheorie unschädlich sei. Die Tragfähigkeit des Sphärenmodells des Eigentums als Analogiebasis für die Anerkennung neuer Rechte versage, je weiter sich diese von den Grundlagen des Sacheigentums entferne. Paradoxerweise gehe dann die maximale Durchsetzung des personalistischen Ansatzes mit der maximalen Kritikanfälligkeit der positiven Ausformung Hand in Hand (S. 125).

Das Problem des Schlusses von Freiheit auf ein Recht verdeutlicht *Auer* anhand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (S. 126–130). Das bloße Schutzbedürfnis des Inhabers reicht ihrer Ansicht nicht für die Begründung des Rechts aus. Das Recht sei anhand unberechtigter Schutzrechtsverwarnungen entwickelt worden. In dieser Konstellation begründe das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eine rechtfertigende Symmetrie, weil der Verwarner ebenfalls ein vermeintliches Ausschließungsrecht geltend mache. Unhaltbar sei jedoch der Schutz gegen jede unmittelbare Störung. Der Bundesgerichtshof schließe zu Unrecht vom Schutzzumfang des Eigentums und der faktischen Freiheit auf das Recht. Das übersehe jedoch, dass mit der Zubilligung einer Rechtsposition andere Interessen negiert würden – diese These ist zu plakativ, denn die vom BGH betonte Eigenschaft als Rahmenrecht zwingt gerade zur umfassenden Abwägung, nur an einem Punkt der Prüfung. Der von ihr hingegen zu Recht kritisierte Schluss vom Eigentum auf das Recht am Gewerbe „funktioniere“ als rechtsdogmatisches Argument. Hieran macht *Auer* das Nebeneinander von erster und zweiter Moderne im Rechtsdiskurs fest.

Sodann widmet sie sich dem Einbruch des öffentlichen Rechts in das Privatrecht. Der Eigentumsbegriff der ersten Moderne definiere sich noch über eine Ausklammerung hoheitlicher Befugnisse (S. 131 ff.). Das schrankenlose Eigentum werde gerade durch den Gesetzesvorbehalt bestätigt. Diese Ausgangslage habe zur Kritik geführt. Dabei

weist *Auer* auf *Jhering* und *v. Gierke* hin. *Jhering* etwa betonte die begriffsimmanente soziale Funktion des Eigentums.

Nach der Darstellung von *Duguit* wendet sich *Auer Wieacker* zu. *Wieacker* hatte sich grundsätzlich in einem Vortrag aus dem Jahr 1952, auf 30 Seiten veröffentlicht 1953, zum Sozialmodell der modernen Gesellschaft geäußert. Seine These von der *Rückverwandlung* der formalen Freiheitsethik des BGB in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung stellt für *Auers* These eines reflexiven Privatrechtsmodells einer *ersten Moderne* sicherlich die größte Herausforderung dar. *Wieacker* beschrieb die Abkehr von der Freiheit zur Verantwortung. Das Privatrecht sei nicht mehr die Aggregation von subjektiven Rechten, sondern betrachte Rechtsverhältnisse als Sozialfunktionen. Dem hält *Auer* entgegen, dass die These auf das Eigentumsdenken nicht zutreffe. Alle Schranken des Rechts betonten den Fortbestand des Privatrechtsmodells der ersten Moderne. Insofern bedürfe es eines komplexeren Modells als sich ablösender Sozialmodelle. Denn die Wandelungen im Rechte ließen sich auch auf die theoretische Reflexion des Individualismus zurückführen. An dieser Stelle (S. 137) nimmt *Auer* den Eigentumsbegriff aus der liberal-sozialen Diskussion heraus und ordnet das Eigentum als aporetisch-individualistisch ein. Das Eigentumsdenken wisse aber um die eigene mangelnde Tragfähigkeit seiner Rechtfertigungsmechanismen.

Daran anschließend will *Auer* die Dogmatik des modernen Eigentums anhand der *Nassauskiesungsentscheidung* des Bundesverfassungsgerichts verdeutlichen. Sie führt die bis zur Entscheidung maßgebenden Enteignungstheorien auf den Gedanken zurück, dass schwere Beeinträchtigungen nicht anders als Enteignungen gedacht werden könnten und den Begriff des Eigentums unangetastet ließen. Der BGH legte dem BVerfG die Regelung des WHG zur Prüfung mit dem Argument vor, dass Sozialbindung und Enteignung letztlich verschwämmen. Hierin erkennt *Auer* das Eigentumsbild der ersten Moderne wider. Bekanntermaßen erblickte das Bundesverfassungsgericht in den Regelungen eine Inhalts- und Schrankenbestimmungen. Damit, so *Auer*, habe das Bundesverfassungsgericht nichts anderes als eine verfassungsrechtlich fundierte Bündeltheorie zugrunde gelegt (S. 141). Das Gericht betonte die Gleichrangigkeit von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Inhalts- und Schrankenbestimmungen. Auf diese Weise habe das Gericht keinen Raum für einen Vorrang einer privaten Eigentumssphäre gelassen. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Privatnützigkeit und Sozialbindung sei eingeebnet worden. Quintessenz des Eigentumsdenkens der zweiten Moderne sei, dass sich das Eigentum als Bündel jederzeit beschränkbarer Rechte darstelle.

c) Die Dialektik des Eigentums

Vom *Nassauskiesungsbeschluss* ausgehend, konzidiert *Auer*, dass das „Sphärenmodell“ der ersten Moderne aufgelöst sei. Daneben wirft *Auer* die Frage auf, warum es in der zweiten Moderne zu einer öffentlich-rechtlichen Überlagerung gekommen ist. In diesem Zusammenhang geht sie auf die ökonomische Theorie der Entstehung von Zuweisungsrechten ein. So führt sie die Tragik der Allmende an, bei der jede gemeinsame Ausnutzung begrenzter Ressourcen in deren Verbrauch münde (S. 146). Der Ausweg sei dadurch gewonnen, dass der Anreiz aus der privaten Nutzung die Nachteile überwiege. Damit sei man wiederum bei *Lockes* Arbeitstheorie.

Eine Zuweisung in Ausschließlichkeitsrechten sei daher nur sinnvoll, wenn die Nutzung überhaupt einen Anreiz begründe (S. 150). Auf komplexe Interdependenzen hingegen sei das Eigentumsmodell der ersten Moderne nicht vorbereitet (S. 151). *Auer* schlussfolgert, dass die unerschöpfliche Allmende die Voraussetzung eines schrankenlosen Eigentums sei (S. 152). Dann schaffe sich aber der Ansatz, im Privateigentum

eine Lösung der „*tragedy of the commons*“ zu sehen, selbst ab. Am Beispiel des geistigen Eigentums verdeutlicht *Auer*, dass das Ausschließlichkeitsrecht auch eine Anreizfunktion für die Schaffung eines öffentlichen Guts habe. Die Nutzung geistigen Eigentums stelle eine positive Externalität dar. Es gehe um den Erhalt des geistigen Guts. Anders stelle sich die Situation jedoch beim postmortalen Persönlichkeitsschutz dar. Dieser lasse sich nicht durch eine Anreizwirkung legitimieren. Hieran macht sie abermals das Phänomen fest, dass ein Übermaß an ausschließlicher Verrechtlichung konkurrierende Freiheiten übermäßig einschränke.

Sodann geht sie auf die Regulierung als zweiten Weg aus der Tragödie der Allmende ein (S. 158). Eigentumsbeschränkungen führt sie auf paternalistische Ansätze zurück. Übergeordnete Wertevorstellungen seien erforderlich, um die Reflexivität der modernen Gesellschaft zu bewältigen.

Quintessenz dieses Abschnitts ist daher, dass das moderne Eigentum nicht durch ein Sozialmodell gekennzeichnet werde, sondern sich aus dem Diskurs von liberalem Kern und sozialer Kritik konstituiere (S. 164). Die hoheitliche Begrenzung sei eine Funktionsbedingung für die moderne Eigentumsordnung, so dass Moderne nur als paradoxe Halbmoderne zu haben sei.

4. Ausblick

In ihrem letzten Abschnitt gibt *Auer* einen Ausblick auf die Struktur eines künftigen Privatrechts. „Privatrecht als Privatrecht“ entstehe erst, wenn das Private im Gegensatz zum Allgemeinen zum Problem werde. Modernes Privatrecht zeichne sich dadurch aus, aus den Regeln der freiheitlichen Betätigung Regeln zu universalisieren. Das Schaffen einer autonomen Sphäre diene der individuellen Willensentfaltung und legitimiere sich hieraus.

Das Privatrecht sei mit den Grundbedingungen der Moderne verknüpft. Darüber hinaus gebe es keine normative Integration der Gesellschaft. Der Autonomiegedanke werde von der objektiven Zurechnung abgelöst (Entgrenzung von innen). In der Zukunft werde die Frage der Verlagerung der Privatrechtsschöpfung auch andere als national-staatliche Stellen beschäftigen.

III. Rezension

Der Begriff der Moderne ist eine gelungene Vereinfachung der Komplexität der Ideengeschichte vor dem Hintergrund der historischen Ereignisse und sozialen Veränderungen. Um den wichtigsten Kritikpunkt gleich anzusprechen: Das Buch ist zu kurz. Das spannende Thema kann nicht auf ca. 160 Seiten bearbeitet werden. Je nachdem aus welcher Blickrichtung der Leser kommt, wird er etwas vermissen. Das ist schade. Denn so souverän wie der Stil von *Auer* durch das Buch führt und so interessant das Thema ist, hätte sie gerne mehr schreiben können. So kann die Kürze von *Auers* Werk nur einen Einstieg in die Diskussion eröffnen.

Trotzdem stellt *Auers* Werk einen wichtigen Beitrag für die Privatrechtstheorie dar. Die Arbeit leistet eine wichtige Kategorisierung und liefert einen faszinierenden Einblick in den Kosmos der Rechte der deutschen Rechtsordnung. Es gelingt ihr die ideengeschichtlichen Strukturen auf konkrete Problemstellungen anzuwenden. So kann sie die legitimierende Kraft des Eigentumsbegriffs anhand von § 823 Abs. 1 BGB und den

sonstigen Rechten i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB festmachen und die Kritik der Uferlosigkeit anhand des Rechts des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb diskutieren.

So wichtig und so gut das Buch ist, es gibt einzelne zu diskutierende Punkte. Das zentrale Anliegen des Buches besteht darin, die Ideengeschichte der Epochenentwicklung im Denken nachzuzeichnen und zu analysieren. Gewiss sind die Entwicklungslinien gut herausgearbeitet. Dennoch fehlt dem Leser ein Spektrum der Ideengeschichte. Natürlich sind die Klassiker das Zentrum der Diskussion. Es schwächt jedoch das Anliegen des Buches, nur diese darzustellen. Zudem fällt die Kontextualisierung der Protagonisten ihrer Ideengeschichte sehr spärlich aus. Dies kann zu dem Eindruck führen, es würden bewusst Fragmente genutzt, ohne die tiefere Verankerung zu suchen. Der erste Teil reiht teilweise ohne tiefergehende Einordnung wichtige Aussagen der Rechtsphilosophie aneinander. Führt man sich vor Augen, dass alleine über die Einordnung der Aussagen der angeführten Philosophen ganze Abhandlungen geschrieben werden, so erscheinen Probleme vorprogrammiert.

Die Grundaussage der Arbeit ist, dass die Kritik der zweiten Moderne die Affirmation der ersten Moderne ist. Mit anderen Worten ist die soziale Kritik des individuellen Privatrechts die Bestätigung des individuellen Fundaments. Das Problem dieser Annahme liegt darin begründet, dass sie nicht über das Argument hinausgeht. Allgemein muss sich eine Kritik an einer These orientieren. Zeigt man die Probleme auf, liegt hierin nicht zugleich die Bestätigung der kritisierten These. Der Bezugspunkt der Rechtsordnung muss der Einzelne sein, weil es ohne die natürliche Person kein Recht gibt. Problematisch ist es daher auch, wenn *Auer* in der Zusammenfassung auf S. 89 schreibt, dass beide Modernen einen rationalen Anspruch haben und deshalb das Modell der ersten Moderne nicht nachhaltig widerlegt worden sei. Das begründet die Gefahr zu verzerren. Denn *Auers* Gedankengang impliziert, aus den Bereichen, in denen nicht diskutiert wird, auf den Gehalt der Argumente in der Diskussion zu schließen. In den Bereichen, in denen kritisiert wird, ist die erste Moderne jedoch keinesfalls immunisiert. Auch wenn die sog. Willenstheorie „niemals ernsthaft“ erschüttert worden sein mag, so gab es offenbar gute Gründe sie mit der Interessentheorie zu kombinieren – und es gibt noch bessere Gründe, dass der Begriff des subjektiven Rechts im Privatrecht heute keinerlei praktische Bedeutung hat. Das allein macht in der Logik der angeführten Argumentation das Scheitern der Willenstheorie deutlich.

Dieser Befund führt zum größten Problem der Arbeit über. Die Darstellung wird immer wieder durch Einschübe von Wertungen durchbrochen. Das ist an sich nicht zu kritisieren und macht die Arbeit spannender. Dieses Vorgehen nimmt der Arbeit jedoch allzu häufig die hervorgehobene Neutralität. Zuweilen verschwimmen die Grenzen von „rechtssoziologischer“, deskriptiver Darstellung und Meinung. Zu häufig gewinnt man den Eindruck, dass die liberale Theorie „richtig“ sein muss („Vertrag nach Wettbewerbsgesetzen“). Gerade im Abschnitt um den Einbruch des Öffentlichen wird sehr oft die Diskussion auf Grundthesen der liberalen Theorie gestützt und weitergehende Diskussionen in den Fußnoten angedeutet. Das gleiche gilt etwa dann, wenn die Resultate der ersten Moderne als „Legitimationserfolge“ bezeichnet werden (S. 46) – von der „Dekonstruktion“ ganz zu schweigen. Hinzukommen auf S. 50 die „Exzesse antiliberaler Ideologie“. Bewusst oder unbewusst hat *Auer* auf diese Weise im ersten Teil ein neoliberales Fundament (S. 69) in die Theorie der Moderne transformiert. Das soll kein Vorwurf sein, ihrer Darstellung nach ist die erste Moderne gewiss „liberal“, nur wären weniger Wertungen besser gewesen.

Mit mehr Bedacht bei der Darstellung hätte *Auer* auch den Eindruck von sophistischer Argumentation verhindern können. So will *Auer der Versuchung widerstehen*,

Gewichtsverlagerungen als eine Wandlung des Sozialmodells zu verstehen. Es zeige sich vielmehr die aporetische Struktur der Moderne selbst (S. 91). Damit impliziert *Auer*, dass eine Annahme eines Sozialmodells zu kurz gedacht ist – ohne jenseits der Diskussion von *Wieacker* einen kräftigen Gegenbeweis anzutreten.

Während bislang auf die rechtssoziologische Methode eingegangen wurde, hat die Arbeit auch im Hinblick auf die Verwertung von rechtstheoretischen Strukturen Probleme. *Auer* nutzt die vier Grundrelationen der Rechtstheorie (S. 121 ff.) als Beleg dafür, dass aus bloßer Freiheit kein pflichtbewehrtes Recht folge. Das überhöht die Kategorisierung. Die durch ein Recht verbürgte Freiheit im Sinne des subjektiven Rechts ist nicht zwangsläufig mit der Freiheit verknüpft, das Recht auszuüben. Jedenfalls wäre es interessant gewesen, die Pflichtenrechte¹¹ einzuordnen. Auch wenn der Ansatz durchaus logisch ist, nicht allein aus der Freiheit auf ein Recht schließen zu können, blendet dieser die in der modernen Rechtsordnung vorhandene Schutzpflicht hinsichtlich der Bewahrung der Freiheit aus. Man mag einwenden, hier zeige sich wiederum nur die reflektierte Moderne. *Auers* Ansatz ist jedoch häufig weiter gefasst und an dieser Stelle generell auf Negation (vgl. S. 129 f.) gerichtet. Das wiederum negierte die reflektierte Moderne.

Aus der Warte des *aktuellen* Privatrechts ist das Hinführen zur Diskussion des Eigentums nicht unbedingt selbstverständlich. Das beginnt schon bei der Diskussion des subjektiven Rechts. Das subjektive Recht als Rechtsinstitut ist die Krone einer über Begriffszuordnung operierenden Jurisprudenz. Wer heute einmal mit dem Begriff versucht zu operieren, wird schnell feststellen, dass der Erkenntnisgewinn und die Fähigkeit des Begriffs, im Privatrecht Fälle zu lösen, gering bis nicht existent ist. Heute wird er nur noch benutzt, um *kenntlich* zu machen, dass sich Privatrecht nicht nur über Interessengegensätze, sondern auch in Freiheitsräumen konstituiert.¹² Das erklärt auch, warum sich die Kombinationslehre durchgesetzt hat. Sie hat die Diskussion eingeebnet. Dass dies ohne Reibungen hingenommen wurde, belegt den Stellenwert der Diskussion.

Im Hinblick auf die Struktur des Gedankengangs ist das Eigentum konsequent: es ist *das* subjektive Recht unserer Rechtsordnung. Im Vergleich zum ersten Teil erscheint die Wahl des Eigentums nur auf den ersten Blick konsequent. Bereits bei der Darstellung der zweiten Moderne I greift *Auer* allzu häufig auf Kritikpunkte des Vertragsrechts bzw. die Kritik einer ungebändigten Vertragsfreiheit zurück. Die Probleme des traditionellen Privatrechts zeigen sich genau dort. Auf S. 68 in Fn. 99 kommt *Auer* dann auch auf *Flume* und *Schmidt-Rimpler* zu sprechen. Im dritten Kapitel werden die Problem des Vertrags nur kurz gestreift (S. 79 f.). Mit dem subjektiven Recht bleibt ihr nur die Kontroverse zwischen Willens- und Interessentheorie und damit ein Streit, der sich seit 100 Jahren im Leerlauf befindet.

Das wird auch in der Folge deutlicher. Denn *Auer* kann eigentlich nur den Begriff der Dinglichkeit erörtern, während der eigentliche Diskurs in der Vertragsfreiheit begründet wird. Es sind die Auswüchse des liberalen Privatrechts, die die soziale Frage um die Wende zum 20. und um die Wende zum 21. Jahrhundert herum angestoßen haben. Die Vertragsfreiheit zentriert das Subjekt, stellt zudem ein dem Einzelnen zustehendes subjektives Recht dar und ist im Grundsatz staatsfern. Sie wird in Teilen des Bürgerlichen Rechts der Steuerung des Individuums entzogen, korrigiert und mit staatlichen Wertun-

¹¹ Vgl. zur elterlichen Sorge: MünchKommBGB-*Huber*, 6. Aufl. 2012, § 1626 Rn. 7.

¹² *Rüthers/Stadler*, BGB-AT, 18. Aufl. 2014, § 4 Rn. 1.

gen überlagert. Im Vertragsrecht steht die liberale Theorie jedoch nicht vor einem Reflektionsproblem, sondern teilweise schlicht vor den Trümmern ihrer Idee. Mit dem Eigentum lässt sich hingegen komfortabler argumentieren – sachenrechtliche Dogmatiker werden freilich eine Einordnung des Prinzips gegenseitiger Rücksichtnahme auf die Interessen der Nachbarn¹³ in der Darstellung der Begrenzung des Eigentums vermissen.

Ihre Diskussion der Dinglichkeit¹⁴ wirft dann auch einige Fragen auf. Der Diskurs wurde nie vollkommen aufgearbeitet und *Auer* diskutiert möglicherweise gar eine Scheindiskussion, die ihre Legitimation weniger in der Moderne als solcher denn in der Überwindung der Begriffsjurisprudenz durch die Interessenjurisprudenz hat.¹⁵ Die drei von ihr angeführten Beiträge der „herrschenden Meinung“ stammen aus den 60er und 70er Jahren. Die von *Auer* dargestellte Streitlage in dieser Zeit ist mit guten Gründen sehr dünn – *Fabricius* hingegen kann im Hinblick auf den Streitstand zu Zeiten der Begriffsjurisprudenz noch aus dem Vollen schöpfen. Wie alle abstrakten Begriffe hat das dingliche Recht eine kategorisierende Funktion. Zum Ausdruck der Freiheit wird das dingliche Recht, weil es ein Recht ist, nicht weil es „dinglich“ ist. Der Dinglichkeitsbegriff muss nicht alle Aspekte des Eigentumsbegriffs aufnehmen. Der Autonomiegedanke kann gerade auch durch den Begriff des Rechts vermittelt werden. Der weite Begriff der Dinglichkeit hat den Vorteil, dass er *Objekte* erfassen kann.¹⁶ Ein Ding muss nicht zwangsläufig eine Sache sein. Der Stellenwert der Zuordnung zum Begriff mag heute befremdlich anmuten. Um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert wurde genau hier gestritten.

Ob *Auers* These, der *numerus clausus* transportiere den Legitimationsanspruch des Eigentums, zutrifft, mag bezweifelt werden. Das Prinzip muss schon denklogisch an einem System von Rechten ansetzen. Der Grund des *numerus clausus* besteht gerade darin, für Rechts- und Verkehrssicherheit zu sorgen, indem Rechtstypen bereitgestellt werden.¹⁷ Auch wenn die sonstigen dinglichen Rechte durch die Impulse des Eigentums legitimiert werden, muss dies nicht bedeuten, dass der Typenzwang die Legitimation vermittelt. Für Aneignungsrechte¹⁸ müsste die Legitimation aufwendig konstruiert werden.

Schließlich ist der Ausblick etwas zu statisch. Nimmt man ihren Modernebegriff ernst, würde es sich verbieten, unumstößlich vom Individuum auszugehen. Die nächste Moderne könnte das überholen. Freilich wäre das zu viel des Guten, es fällt nur auf, weil abermals deutlich wird, dass *Auer* selbst von einer Grundentscheidung für den Individualismus ausgeht. Die ins Spiel gebrachten Variablen bleiben gleich.

Es liegt in der Natur einer Rezension, die Inhalte zu diskutieren. Das ändert aber nichts an der Grundaussage dieser Rezension: Mit ihrem Werk hat *Marietta Auer* einen wichtigen Beitrag für die allgemeine Theorie für die zukünftige Diskussion des Privatrechts geleistet.

¹³ Hierzu *Wilhelm*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 802.

¹⁴ Zum Begriff *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 35 ff.

¹⁵ *Petersen*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, 2001.

¹⁶ Zu den scheinbar widersprüchlichen und daher genau in diese Richtung weisenden Motiven *Wilhelm*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 65 und Fn. 129.

¹⁷ *Berger* in: Jauernig, BGB, 15. Aufl. 2014, Vorbemerkungen zum 3. Buch, Rn. 3.

¹⁸ Zum Problem *Wilhelm*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 118a ff.