

Tatjana Sheplyakova

Aufklärung des über sich selbst unaufgeklärt gebliebenen Privatrechts

Ein Kommentar zu Marietta Auers
Der privatrechtliche Diskurs der Moderne

Marietta Auers Buch „Der privatrechtliche Diskurs der Moderne“¹ ist ein aufklärerisches Projekt – ein Projekt der Aufklärung des über sich selbst unaufgeklärt gebliebenen Privatrechts.² Unaufgeklärt über sich selbst geblieben ist das Privatrecht, so lässt sich die Provokation dieses Buches verstehen, weil seine Theoretiker stets bemüht waren (und auch heute noch sind), das liberale Privatrechtsmodell mit normativen Begründungen zu versehen oder aber dessen Leitprinzipien: Privatautonomie, Vorrang des dispositiven Rechts, etc. – etwa im Namen sozialer Gerechtigkeit – zu hinterfragen. Über diese Bemühungen wurde das Entscheidende übersehen bzw. die entscheidende Frage nicht gestellt. Es ist die Frage, wie „die *faktische Kraft des Normativen* zu erklären [ist], die das liberale Privatrechtsmodell bis in die Gegenwart hinein gegen stets erneuerte Kritik immunisiert“ (5; Herv. T.S.).

So beginnt dieses eindrucksvolle Buch mit einer Frage, die in dieser Weise vielleicht noch niemand gestellt hat, zumindest seit Hegel und Wittgenstein nicht und schon gar nicht auf dem Gebiet der Privatrechtstheorie: Es beginnt mit dem Anliegen, „das normative Selbstverständnis des Privatrechts, eine selbstrechtfertigende Ordnung des freiverantwortlichen Rechtsverkehrs unter Gleichen zu schaffen, *als soziale Praxis* ernst zu nehmen“ (5). Hegelianisch gesprochen, als eine Gestalt des Geistes, die bereits unabweisbar da ist und überdies in der Lage ist, ihren Fortbestand zu sichern, sich selbst zu erhalten, sich im Wandel der Zeit durchzuhalten – durch Anpassungsfähigkeit, die sich theoretisch wie praktisch verfolgen lässt, deren Erfolg aber eigens erläuterungsbedürftig ist. Die Pointe von Auers Buch ist, darauf zu insistieren, dass eine „Ordnung des freiverantwortlichen Rechtsverkehrs unter Gleichen“ *qua* sozialer Praxis, die als „selbstrechtfertigend“ gedacht werden muss, keiner externen Begründung bedarf. Sehr wohl bedarf es aber einer Reflexion auf systemimmanente Funktionsbedingungen dieser Praxis.

Was auf diesen starken Ausgangspunkt folgt, ist ein aufregender argumentativer Spaziergang durch die Denkstrukturen des modernen Privatrechts: von der Wende zum Subjekt, mit der die Moderne beginnt, über die theoretischen Revisionen ihrer Grundbegriffe

1 Marietta Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tübingen 2014. Alle nachfolgenden Seitenangaben im Haupttext beziehen sich auf dieses Buch. Der Kommentar bezieht sich auf Teil I des Buches.

2 Vgl. Marietta Auers Hinweis auf Kritik als „Aufklärung der über sich selbst unaufgeklärt gebliebenen Aufklärung“ (ebd., 46).

hin zur praktisch vollzogenen Selbstvergewisserung einer der Moderne „immanenten Gegenmoderne“ – eines unaufgeklärten Rests, der systemimmanent ist, weil er festen Bestandteil ihrer eigenen Funktionsbedingungen bildet. Entsprechend schwierig ist es, an diesen Mechanismus heran zu kommen. Dazu später mehr. Daran wird meine Frage anknüpfen.

Die Stoßrichtung des Buches ist sehr klar: Es gilt, den „Wertungskern“ des Privatrechts, seine Leitprinzipien der Privatautonomie und des Vorrangs des dispositiven Rechts, die im normativen Individualismus wurzeln, gegen Verwerfungen theoretischer und praktischer Art zu verteidigen. Daraus ergibt sich die Aufteilung des Stoffs, die von der Affirmation der privatrechtlichen Grundstruktur, die zur Signatur der „ersten Moderne“ gehört, zu ihrer innerhalb der „zweiten Moderne“ vollzogenen (oder: nachvollzogenen und gleichsam nachgeholt) Kritik führt.³ Diese Verteidigung ist aber kein Plädoyer für ein Zurück zur Blütezeit des bürgerlichen Formalrechts des 19. Jahrhunderts. Vielmehr wird die Formel vom „Zerfall des bürgerlichen Formalrechts“ samt der Frage, was seine Überformung durch „sozialstaatliche Kompensationen“ mit und aus dem bürgerlichen Recht macht,⁴ für unergiebig erklärt.

Nicht nur das. Auers Buch kehrt die Standarderzählung vom Aufstieg und Fall des bürgerlichen Rechts, wie man sie seit Franz Wieacker verinnerlicht hat, geradezu um. Die argumentative Bewegung von der „ersten“ zur „zweiten Moderne“ zeigt auf – so kann man sie zumindest deuten –, dass der mit der Wende zum Subjekt verbundene Rationalitätsanspruch der Aufklärung, der sich durch alle Grundbegriffe des Privatrechts: Person, Wille, subjektives Recht, die Trennung von Staat und Gesellschaft normativ durchzieht, sich dann erst einlösen lässt, wenn die Moderne selbstreflexiv geworden und in der Lage ist, die ihr „immanente Gegenmoderne“ rechtlicher Bearbeitung zugänglich zu machen. Erst auf der Höhe der Spätmoderne angelangt, hat sich diese Selbstreflexion radikalisiert: „Die Selbstbezüglichkeit oder ‚Reflexivität‘ der Moderne“, so lautet die Pointe dieses Buches, müsse man nicht nur im Spiegelbild der Theoriebildung, sondern auch „in dem *praktischen* Sinne verstehen, dass die moderne Gesellschaft *durch ihr systemimmanentes Operieren* auf sich selbst einwirkt und dadurch ihre eigenen Existenzbedingungen untergräbt“ (74; Herv. T.S.).

Von Schumpeters optimistischer Formel einer „kreativen Selbsterstörung“ wird man sich allerdings schwerlich beruhigen lassen können, wenn der gesamte moderne Anspruch der Aufklärung daran hängt, wie mit dieser Tendenz zur „Selbstauflösung von Rationalitätsgrundlagen und Rationalitätsformen“ als Grundzug „fortschreitender Modernisierung“ (74; mit Bezug auf Ulrich Beck) umzugehen ist: Entscheidende Einsicht ist dabei, dass die Bedrohung nicht von außen kommt, sondern hausgemacht ist: „Die Universalisierung der modernen Aufklärungsansprüche“, so Auer, „scheitert oft am Konflikt ihrer erwünschten Hauptziele mit verdeckten systemimmanenten Funktionsbedingungen, die sich bei näherer Betrachtung als aufklärungsfremde oder gar aufklärungsfeindliche, aber dennoch systemnotwendige Enklaven vor- oder gegenmoderner Praktiken inmitten der modernen Gesellschaft herausstellen“ (75).

3 Vgl. zu dieser Differenzierung zwischen der „ersten“ und der „zweiten Moderne“ auch Marietta Auer, „Der privatrechtliche Diskurs der Moderne *revisited*“, in diesem Heft.

4 Vgl. die Formulierung von Thomas Vesting, *Prozedurales Rundfunkrecht. Grundlagen – Elemente – Perspektiven*, Baden-Baden/Hamburg 1997, 101.

Das Privatrecht ist daran nicht unbeteiligt, wie Auer am Beispiel des Familienrechts plastisch macht. Gerade weil die Probleme hausgemacht sind, lassen sie sich aber auch rechtlich bearbeiten. Die Frage, die sich stellt, die man an das Buch richten möchte, ist dann aber, ob sie sich auch rein *privatrechtlich* bearbeiten lassen können oder ob nicht gerade der Aufklärungsanspruch es zwingend macht, dass über das Privatrecht (und die liberale Fixierung auf das autonome Rechtssubjekt?) hinausgegangen werden muss.

Zu dieser Frage kehre ich noch zurück, möchte aber bei dem, was ich für die Pointe des Buches halte, noch etwas verweilen. Sofern man dieses Buch tatsächlich, wovon hier ausgegangen wird, als ein Aufklärungsprojekt lesen darf, wäre die Einsicht besonders hervorzuheben, dass die „immanente Gegenaufklärung“ des Rechts der Kritik dann erst zugänglich gemacht werden kann, wenn diese Kritik sich auf die „verdeckten systemimmanenten Funktionsbedingungen“ richtet – zum Beispiel auf die Funktionsbedingungen dafür, dass es so etwas wie persönliche Autonomie oder freiverantwortlichen Rechtsverkehr unter Gleichen überhaupt gibt, deren Defizite aber im Ergebnis gerade die Autonomie oder die Vorstellung von freier Gesellschaft unter Gleichen (als Hauptziele der aufgeklärten Moderne) verunmöglichen und Zerrbilder davon produzieren. Wem würden für solche Zerrbilder nicht sofort Beispiele einfallen? Man denke etwa an unsere digitale Welt mit ihren neuartigen Formen von Sharing Economy, an personalisierte Werbung, an die Unsumme von Einwilligungserklärungen etc., die im Namen des Schutzes der Freiheit des Einzelnen antreten, aber das Gegenteil davon bewirken (oder zumindest mitbewirken), und erneut Fragen nach dem Stellenwert der Privatautonomie heute, nach dem Umgang mit (sensiblen) Daten usw. aufwerfen. Wodurch zeichnet sich aber eine solche Operation der Kritik aus, die an die „systemimmanenten Funktionsbedingungen“ des Rechts heranreicht?

Auers Beispiel für solche verdeckt operierenden systemimmanenten Funktionsbedingungen, die der Kritik nur zugänglich gemacht werden können, wenn die Kritik nicht von außen, sondern gleichsam performativ, aus dem Eigenoperieren des Systems selbst kommt, ist das Familienrecht. Daher möchte ich dieses Beispiel etwas ausführlicher aufgreifen.⁵ Die Stellung der Familie ist für die Privatrechtswissenschaft immer umstritten gewesen – bis heute, schon allein aus dem Grund, dass das privatrechtlich abgesteckte Verständnis von subjektivem Recht als individueller Willensmacht und Interessenssphäre zur natürlichen Seite der Verhältnisse in der Familie notwendigerweise eine Grenze ziehen muss. So bleibt dieses Natürliche dem Recht entzogen und unzugänglich. Auer spricht pointiert und überspitzt formuliert von einer „heteronomen, material-normativen, traditionellen Gegenwelt“, die als Familienrecht – und immerhin geht es hier um „eine ganze privatrechtliche Systemhälfte“ – „eben nicht den Grundprinzipien des Autonomie- und Marktdenkens gehorcht“ (85). Dies wird bereits an Savignys Bemühungen deutlich, Familienverhältnisse in das reine Privatrechtssystem zu integrieren: Nach Savignys System setzen Eigentumsverhältnisse und Obligationen unverbundene Einzelne voraus, die ihre rechtlichen Beziehungen zueinander willkürlich gestalten und die individuelle Macht, die ihnen daraus erwächst, erweitern können. Demgegenüber sind die Personen in der Familie nicht „äußerlich“, sondern „innerlich“ miteinander verbunden. Die

5 Dies habe ich bereits an anderer Stelle im Kontext von Rudolf Wiethölters Rechtstheorie diskutiert: Tatjana Sheplyakova, Recht Schrägstrich Freiheit und umgekehrt, KJ 2019 (= Sonderheft: Rechtsbrüche. Spiegelungen der Rechtskritik Rudolf Wiethölters, hrsg. von Dan Wielsch), 558–574, insb. 573 f.

interpersonalen Verhältnisse in der Familie sind daher, so betont Savigny, durch die Sitte bestimmt und entziehen sich größtenteils (positiv)rechtlicher Regulierung.⁶ Da das Familienrecht Recht und Sitte gleichermaßen angehört, ist es durch eine Doppelnatur gekennzeichnet. Das „eigentliche Wesen“ der „zur Familie gehörenden Rechtsverhältnisse“, so Savigny, „liegt [...] in der Stellung, welche der Einzelne in diesen Verhältnissen einnimmt, darin, daß er nicht bloß Mensch überhaupt, sondern auch noch insbesondere Ehegatte, Vater, Sohn ist, also in einer fest bestimmten, von der individuellen Willkür unabhängigen, in einem großen Naturzusammenhang begründeten *Lebensform(e)*.“⁷ Diese Argumentationsstruktur wirke auch heute noch nach, so Auer, etwa in dem „Reflex, freiheits- und gleichheitswidrige Familien- und Geschlechterverhältnisse durch Verweis auf biologische Gesetzmäßigkeiten zu naturalisieren und dadurch der Disposition emanzipatorischer Freiheitsansprüche zu entziehen, [der sich] bis in gegenwärtige familienrechtliche und -politische Debatten hinein zuverlässig beobachten [lässt]“ (86).

Naturalisierende Argumente dieser Art im Namen von emanzipatorischen Ansprüchen und Gleichheitspolitiken zurückzuweisen, ist in der Tat eine kritische Leistung. Eine darüber hinausgehende Operation der Kritik wäre aber, die Ungleichheit in den Stellungen zwischen Mann, Frau und Kind, die im Rekurs auf die Natur begründet wird, als ein Produkt des Rechts selbst – zum Beispiel als die eigene Grenzziehung des Privatrechts – zu begreifen. In diesem letzteren Sinne verstehe ich den Einsatz des Beispiels des Familienrechts. Ich verstehe es so, dass mit der spezifischen Bezugnahme auf das Familienrecht gezeigt werden soll, dass Aufklärung nur möglich ist, wenn man in die Lage versetzt wird, die „vormoderne Gegenwart“ als eine ihrerseits rechtlich erzeugte zu begreifen. Dafür muss man aber auf den *Streit im Recht* ausgreifen, der auf politische Annahmen, die im Recht meist implizit, in unreflektierter Form – als Maximen – immer schon wirksam sind, zielt.⁸ In dieser selbstreflexiven Gestalt kommt modernes Recht gleichsam zu sich selbst. Und zwar in dem Sinne, dass es – mit Alexander Somek gesprochen – als „die Arena“ erkannt wird, „in welcher der Streit um die Rationalität (und Gerechtigkeit) sozialen Handelns ausgetragen wird.“⁹ Ohne die Einsicht, dass die „soziale Vermittlung rechtlichen Wissens“ zu den Geltungsbedingungen von juristischen Behauptungen dazugehört, ist der Reflexionsgewinn (als Versprechen der Moderne) mithin nicht zu fassen.¹⁰

Doch die Frage, wie wir an diese sozial vermittelten Bestände im Recht „herankommen“, unter welchen *prozeduralen* Voraussetzungen dieser Streit im Recht der Reflexion kognitiv zugänglich wird bzw. gemacht werden kann, bleibt in Auers Buch überraschenderweise unerörtert. Vom Duktus der gesamten Argumentation her muss die Ressource für die Reflexion gerade darin gesucht werden, was als unwiderlegbar zu gelten hat, wor-

6 Vgl. Stephan Meder, Familienrecht. Von der Antike bis zur Gegenwart, Köln/Weimar/Wien 2013, 150 f.

7 Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin (Veit und Camp 1840), § 54, 349 f. (zit. nach Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 84).

8 Zur Unterscheidung von impliziter und expliziter, instituiertes und konstituiertes Normativität vgl. Thomas Vesting, Instituiertes und konstituiertes Normativität. Prozeduralisierung und multi-normative Systeme, in: Tatjana Sheplyakova (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, Tübingen 2018, 101-121.

9 Alexander Somek, Rechtliches Wissen, Frankfurt am Main 2006, 96; vgl. auch Tatjana Sheplyakova, Prozeduralisierung des Rechts. Tema con Variazioni, in: dies (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, Tübingen 2018, 1-54, insb. 19-41.

10 Vgl. ebd., 18.

über sich Auer zufolge nicht streiten lässt, ohne hinter den Anspruch der Aufklärung zurückzufallen – im Schutzgut der persönlichen Autonomie: „Es gibt in der Moderne kein Zurück zu einem entpersonalisierten, nicht zwischen Einzelnem und Gesamtheit differenzierenden Rechtsverständnis“ (21). Wir können nicht hinter den „normativen Diskurs der Neuzeit“ zurück, demzufolge es „keine begründbare Moral ohne Rücksicht auf das individuelle Gewissen, keinen Vertragsschluss ohne Willen der Betroffenen und keine legitime Staatsgewalt ohne Rückführung auf die ihr unterworfenen Subjekte geben kann“ (14).

Das Verblüffende ist aber, dass die durch und durch autonomietheoretische Reflexion dieses Buchs, die an der Offenlegung der Funktionsbedingungen einer autonomiebasierten freien Gesellschaft interessiert ist, ausgerechnet die prozeduralen Elemente des Rechts ausspart. Die normative Idee der Freiheit durch Recht, die das Buch stark macht, verbindet sich nicht mit der Reflexion über die institutionellen und prozeduralen Bedingungen der Freiheit. Zumindest nicht vordergründig, denn natürlich liefert die Untersuchung (im Sinne der Offenlegung der Funktionsbedingungen von Autonomie) eine komplexe Reflexion auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft oder besser: die von Auer im Spiegelbild der Theorien von Locke über Kant über Marx bis Hegel nachgezeichneten, sich transformierenden Verhältnisse von Staat und Gesellschaft.

Dass die Reflexion auf prozedurale Voraussetzungen der Freiheit aber dennoch fehlt, springt sofort ins Auge. Gerade am Beispiel des Familienrechts zeigt sich ja, dass Fortschritte oder zumindest neue Differenzierungen im Recht – denkt man an Familienbürgerschaften oder die Gleichberechtigung von Mann und Frau, gleichgeschlechtliche Partnerschaften (die sich in „Ehe für alle“ umgewandelt haben), bis hin zur Anerkennung des „dritten Geschlechts“ – nur unter bestimmten institutionellen Voraussetzungen erzielt werden konnten. Dazu gehören Arrangements wie der Vorrang der Verfassung (vor dem einfachen Recht) oder das richterliche Normverwerfungsrecht, überhaupt das Klagerecht als Recht auf Rechtsschutz. So hat etwa Felix Maultzsch untersucht, wie der Konstitutionalisierungsprozess der Rechtsordnung, der durch die Neuerung des Grundgesetzes 1949 (Art. 1 Abs. 3 GG) in Gang gebracht wurde (eine Neuerung, die es erfordert, alle Akte von Rechtsetzung und -anwendung auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen und „im Lichte des Grundgesetzes“ auszulegen), auch Folgen für zivilrechtliche Prozesse zwischen Privaten hat. Zu diesen Folgen gehöre u.a. ganz allgemein die Tendenz zu einer „stärker gesellschaftsbezogene[n] Normbildung“, die dadurch begünstigt werde.¹¹ Eine stärker gesellschaftsbezogene Normbildung ist nicht wenig, wenn man bedenkt, dass das Recht wesentlich konservatives Medium ist, das eine eigene Resistenz gegen Veränderung hat, ein Medium, das „neue Berechtigungen gegenüber bereits eingerichteten Freiheiten konstruktiv benachteiligt“.¹² Dies ist gerade auch deshalb der Fall, weil juristisches Denken aus dem Privatrecht erwächst. Gerade deshalb ist es „an Regeln und Ausnahmen, Rechtsbeständen und zu rechtfertigenden Eingriffen [orientiert]“.¹³

Doch man kann die noch viel basalere Frage aufwerfen, ob es nicht gerade die Verfahrensrationale ist, die dem modernen Recht immanent ist – schon im schlichten Sinne

11 Felix Maultzsch, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht*, Tübingen 2010.

12 Vgl. Guido Martin/Heidemarie Renk/Margaretha Sudhof, *Maßstäbe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf Wiethölters*, *Kritische Justiz* 1989, 244-257 (251).

13 Ebd.

von „secondary rules“ nach H.L.A. Hart, die er als einen „Schritt aus der vorrechtlichen in die rechtliche Welt“ fasst.¹⁴ Demnach ist jede gültige, eben rechtliche Norm und jedes rechtliche Urteil immer „Ergebnis eines durch bestimmte Bedingungen und Regeln ausgezeichneten Verfahrens“.¹⁵ Harts Unterscheidung von primären und sekundären Regeln, von Regeln, die ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, und solchen, die dazu ermächtigen, Regeln zu erzeugen, zu verändern oder abzuschaffen, richtet sich bekanntermaßen gegen John Austins Vorstellung, dass das Recht als eine Struktur von Befehlen und deren Befolgung zu verstehen sei. Indem Hart nun die für das Recht konstitutive Verfahrensabhängigkeit betont, bricht er mit der Vorstellung von einer extralegalen Autorität, mit der Annahme einer souveränen Macht, die – während sie selbst außerhalb des Rechts steht – Befehle an Untergebene richtet, die sie unter Androhung von Sanktionen gewohnheitsmäßig befolgen.¹⁶ Diese Form von Transzendenz des Rechts wird zugunsten einer Immanenz von „rules enabling rules“ verabschiedet.¹⁷

Die Feststellung, dass es verfahrensrechtlicher Regelungen bedarf, wird darüber hinaus spätestens dann zu einer ganz wesentlichen Legitimationsbedingung des Rechts, wenn man – wie Auer – von der Entscheidungsabhängigkeit allen modernen Rechts ausgeht.¹⁸ Die Voraussetzungen dafür wurden durch den Prozess der Positivierung des Rechts geschaffen, in dessen Zuge die Vorstellung verdrängt wurde, dass es Normen gebe, die unabhängig von menschlichen Entscheidungen existieren bzw. diesen als „natürlich“ und „gegeben“ vorausliegen.¹⁹ Eine Ordnung von Pflichten sichert ihr Bestehen *unabhängig* von der Zustimmung des Einzelnen oder seiner Entscheidungsmacht, indem die Verhaltensnormen schon mit der Existenz der Ordnung selbst gegeben sind. Gesetztheit allen Rechts durch Entscheidungen und damit die Änderbarkeit von Normen wird aber zur Signatur der modernen Rechtsordnung: Das Recht, das man hat, um es mit Hegel zu sagen, „muß zugleich ein gesetztes sein“, um „in der Gesellschaft [zu] gelten“.²⁰

Dass das Recht *gesetzt* ist, also nur noch entscheidungsabhängig gilt, impliziert aber, dass die Norm ihre Anwendung nicht determiniert. Wäre dem so, dass eine Regel ihre eigene Anwendung gänzlich bestimmen würde, dann wäre es irrelevant, wer entscheidet; so erübrigten sich prozedurale Regeln.²¹ Rechtsanwendung als nicht determiniert zu denken, heißt aber, konsequent gedacht (und im Anschluss an Kelsen), dass die Rechtsanwendung zugleich als Rechtserzeugung aufgefasst werden muss: Ein Recht, das „die An-

14 Vgl. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, 94: „The introduction of the remedy for each defect might, in itself, be considered a step from the pre-legal into the legal world.“

15 Vgl. Graf-Peter Calliess, *Prozedurales Recht*, Baden-Baden 1999, 29.

16 Vgl. John Austin, *Province of Jurisprudence Determined* [1832], New York 1998, 193 f.

17 Diese Formulierung entlehne ich Alexandre Lefebvre, *The Image of Law*, Stanford 2008, 9, zur Kontrastierung der Positionen Harts und Austins vgl. ebd., 8-10.

18 Dazu (und zum Folgenden) ausführlicher bereits Tatjana Sheplyakova, *Das Klagerecht und die Prozeduralisierung des Rechts*, in: dies., *Prozeduralisierung des Rechts*, Tübingen 2018, 191-228 (197-199).

19 Siehe die These von Ingeborg Maus, *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie*, Berlin 2011, insb. 123-128, dass das „prozedurale Naturrecht“ der Aufklärung – indem es mit dem „materiellen Naturrecht des Mittelalters“ bricht – „alle demokratischen Prozeduralisierungen“ bereits vorgedacht habe.

20 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821), in: ders., *Werke in zwanzig Bänden*, Bd. 7, hrsg. von Eva Moldenhauer/Karl Markus Michel, Frankfurt am Main 1986, § 222, Zusatz.

21 Christoph Möllers, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford 2013, 83: „If a general rule were to determine its own application, procedural rules would be useless, as it would be irrelevant who decides.“

derbarkeit seiner selbst in der Anwendung ermöglicht“²² ist aber nicht nur Privatrecht, sondern auch prozedurales Recht.

Rudolf Wiethölter hat das „Kennzeichen und Lernproblem moderner Gesellschaften“ in „ihrer stabilen Dauerveränderung“ gesehen.²³ Trifft dieser Befund zu, so sind Verfahren als „soziale Handlungssysteme besonderer Art“²⁴ – jedenfalls dem Anspruch nach – dazu da, eine solche „stabile Dauerveränderung“ freizusetzen und zu gewährleisten. Dass das Recht jederzeit veränderbar erscheint, ohne seine Geltung einzubüßen, verdankt sich dabei einem „neue[n] Typus ‚reflexiver Legitimation‘“, wie es Ingeborg Maus immer wieder betont hat. Solche reflexiven Legitimationsleistungen kommen dadurch zustande, dass jede „einzelne Rechtsentscheidung an der ihr vorausliegenden verfahrensförmigen Entscheidungsprämisse geprüft wird.“²⁵ Dies erzeugt eine neue Wirklichkeit, in der Entscheidungen als verbindlich gelten können müssen, „ohne daß im voraus spezifiziert werden kann, welche konkreten Entscheidungen getroffen werden“.²⁶ Über die Konsequenzen dieser Umstellung auf den reflexiven Legitimationsmodus des Rechts lässt sich gewiss streiten. Immerhin trifft aber zu, was Talcott Parsons einmal folgendermaßen beschrieben hat: „Only on the basis of procedural primacy can the system cope with a wide variety of changing circumstances and types of cases without prior commitment to specific solutions.“²⁷

Vor dem Hintergrund der hier in aller Kürze vorgestellten Beobachtungen kehre ich nun zu meiner Frage an das Buch zurück: Wie ist also der Umstand zu erklären, dass eine autonomietheoretische Argumentation, wie sie in Auers Buch geführt wird, prozedurale Bedingungen von Autonomie nicht im Fokus hat? Man könnte mit Marietta Auer einwenden, dass prozedurale Voraussetzungen eben nicht Teil des privatrechtlichen Diskurses der Moderne sind. Sie führen über das Privatrecht hinaus. In der Tat wurden die Materien wie Prozessrecht, Organisationsrecht usw. außerhalb des Privatrechts behandelt, haben sich als öffentlich-rechtlicher Überbau (in Theorie und Praxis) davon abgekoppelt. Die Faktizität dieser Entwicklung, der Abkoppelung der Bereiche vom privatrechtlichen Kern (sofern man diese Entwicklung – im Anschluss an Marietta Auers Ausführungen zur „zweiten Moderne“ – als eine solche begreift, die in die Aufklärungsgeschichte des Rechts eingeschrieben ist und die Aufklärungsgeschichte wiederum als „Naturgeschichte“ der Bearbeitung seiner fehlgehenden Funktionsbedingungen rekonstruiert), macht aber auch deutlich, dass man aus einem rein privatrechtlichen Framework heraus nicht an die immanente Gegenmoderne der im Wesentlichen privatrechtlich verfassten Gesellschaften herankommt.

22 Vgl. Klaus Eder, Die Autorität des Rechts. Eine soziale Kritik prozeduraler Rationalität, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1987, 193–230 (196, Fn. 4), mit Bezug auf Karl-Heinz Ladeur, „Prozedurale Rationalität“ – Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems?, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1986, 265–274 (273 f.).

23 Rudolf Wiethölter, *Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht* (1984), in: Peer Zumbansen/Marc Amstutz (Hrsg.), *Recht in Recht-Fertigungen. Ausgewählte Schriften von Rudolf Wiethölter*, Berlin 2014, 423–446 (427).

24 Vgl. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Berlin 1969, 38 f.

25 Ingeborg Maus, *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie*, Berlin 2011, 125; zur Figur der „reflexiven Legitimation“: Jürgen Habermas, *Legitimationsprobleme im modernen Staat*, in: Peter Graf Kielmansegg (Hrsg.), *Legitimationsprobleme politischer Systeme*, Opladen 1976, 39–61, hier: 44.

26 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Berlin 1969, 30, Fn. 10.

27 Talcott Parsons, *Societies. Evolutionary and Comparative Perspectives*, Englewood Cliffs, NJ 1966, 27, zit. nach Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, 30, Fn. 10.