

Marietta Auer\*

## Der privatrechtliche Diskurs der Moderne *revisited*

Der privatrechtliche Diskurs der Moderne ist – titelgebend für die 2014 erschienene Schrift der Verfasserin zum Thema<sup>1</sup> – ein genuiner *Diskurs der Moderne*, dessen Existenz, normative Grundlagen und Strukturen nur vor dem ideengeschichtlichen Hintergrund der neuzeitlichen Moderne verständlich sind und der die Legitimationsmechanismen ebenso wie die Aporien der gesellschaftlichen Moderne in seinen eigenen Diskussionsstrukturen widerspiegelt.<sup>2</sup> Privatrecht ist damit ungeachtet des Fortbestands älterer, insbesondere römischrechtlicher Begriffsschichten erst seit der Wende zur Neuzeit als normativ und wissenschaftlich kohärentes Konzept denkmöglich und diskussionsfähig geworden. Andererseits folgt aus der normativen Ambivalenz der neuzeitlichen Moderne, die sich ebenfalls im modernen Privatrecht widerspiegelt, eine präzisere Erklärung für normative Grundprobleme des Privatrechts, die sich mit Begriffen wie der vielbenutzten „Materialisierung“ nur unvollkommen beschreiben lassen. Seitdem hat sich der privatrechtliche Diskurs der Moderne als geradezu unerschöpfliche Quelle für die unendliche Geschichte der Privatrechtstheorie erwiesen.<sup>3</sup>

Gilt das im Jahr 2020 immer noch? Was hat sich seitdem im privatrechtlichen Diskurs verschoben? Befördert die Konstruktion eines privatrechtlichen Diskurses bereits als solche einen politischen Quietismus, der den demokratischen Gesetzgeber außer Acht lässt und das Privatrecht als „Koordinationsrecht der herrschenden Klassen“<sup>4</sup> bewusst oder

\* Prof. Dr. iur., M.A., LL.M., S.J.D. (Harvard). Die Verfasserin lehrt Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

1 Marietta Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tübingen 2014; dazu Milos Vec, FAZ v. 15.10.2014, 10; Bernd Rüthers, JZ 2015, 240 ff.; Reinhard Zimmermann, NJW 2015, 3012, 3014 f. = JZ 2015, 1153; Daniel Matthias Klocke, RphZ 2015, 331 ff.; Götz Schulze, GPR 2016, 106 ff.; Helmut Goerlich, Comparativ 2016, 132 ff.; Hans-Peter Haferkamp, ZRG GA 134 (2017), 346 ff.; Francisco J. Andrés Santos, Anuario de Derecho Civil 70 (2017), 253 ff. sowie Michael Grünberger/Nils Jansen (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute. Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie*, Tübingen 2017, 47-117 (Beiträge von Graf-Peter Calliess, Hans-Peter Haferkamp, Götz Eike Hosemann sowie Oliver Lepsius mit Erwiderung Marietta Auer).

2 Zu einer ausführlichen Fassung der nachstehenden Zusammenfassung vgl. Marietta Auer, *Privatrechtsentwicklung in der Moderne: Ein Triptychon*, in: Dieter Grimm/Alexandra Kemmerer/Christoph Möllers (Hrsg.), *Rechtsweg. Kontextsensible Rechtswissenschaft vor der transnationalen Herausforderung*, Baden-Baden 2015, 13 ff. Nachstehend werden nur ausgewählte neuere Werke zitiert, soweit das vorgestellte Modell um aktuelle Entwicklungen ergänzt wurde. Hinsichtlich früherer Nachweise sei auf die Arbeit selbst, die vorstehend zitierte Abhandlung sowie Auer (Fn. 3) verwiesen.

3 Näher Marietta Auer, *Privatrecht ist doch wie Liebe. Erwiderung auf Calliess, Haferkamp, Hosemann, Lepsius*, in: Grünberger/Jansen (Fn. 1), 98 f.

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

unbewusst gegen politische Aufklärung immunisiert? Oder ist es umgekehrt eine geradezu euphorisierend antitotalitäre Aussicht, dass das Konzept des Privatrechts als Residuum autonomer Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen im Klima gesetzgeberischer Regulierungsfreundlichkeit allen Widerlegungs- und Kolonisierungsversuchen durch heteronome Gestaltungsprinzipien bis heute beharrlich widersteht?<sup>5</sup>

Letztlich geht es bei der Frage, welchen Stellenwert Privatrecht in der Rechtsordnung und in der wissenschaftlichen Befassung mit Recht einnimmt, immer darum, in welcher Art von Gesellschaft und in welcher *konkreten* Privatrechtsgesellschaft wir leben wollen. Weder der eine noch der andere Teil der Frage lässt sich dabei durch einfache Dualismen im Sinne von „Privatrechtsgesellschaft ja oder nein“ beantworten.<sup>6</sup> Beide Fragestellungen verweisen vielmehr auf eine Vielzahl von unterschiedlichen Lesarten der Bedeutung rechtlicher im Verhältnis zu sozialen Normen, der Ausgestaltung von institutionellen Gefügen im Zusammenspiel von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtsentstehung in der gesellschaftlichen Praxis sowie dem Anspruch an die Dichte und Wirksamkeit von öffentlicher wie privater Steuerung und Regulierung, der an das Recht – und zwar an das öffentliche gleichermaßen wie an das private Recht – unter gegebenen historischen und gesellschaftlichen Bedingungen in stets veränderlichem Maße herangetragen wird. Privatrecht kann in der modernen Gesellschaft vieles bedeuten. Wann Privatautonomie erstens privat und zweitens autonom ist, ist gerade unter den aktuellen Digitalisierungsbedrängnissen wieder eine durchaus offene Frage,<sup>7</sup> die sich nicht ohne Verständnis der aporetischen Gesamtstruktur der gesellschaftlichen Moderne beantworten lässt.

## I. Moderne

Der Begriff der „Moderne“ bezieht sich in meinen Schriften auf die Entwicklung der westlichen Gesellschaften seit der Neuzeit.<sup>8</sup> Die darin liegende vielfache Abstraktion von zeitlich, räumlich und inhaltlich weit divergierenden Modernekonzeptionen habe ich an anderer Stelle erläutert.<sup>9</sup> Entscheidend für diese Lesart spricht, dass sich seit der Wende zur Neuzeit, also seit dem 16. und 17. Jahrhundert, eine grundlegende ideengeschichtliche Revolution vollzogen hat, die für die Entwicklung des modernen Privatrechts so maßgebliche Bedeutung hatte, dass es gerechtfertigt erscheint, diese Verwendung des Modernebegriffs aus dem Kreis möglicher abweichender Deutungen herauszuheben. Ein Indiz dafür ist, dass der Begriff der „Moderne“ um etwa 1680 als Ausdruck eines neuen Weltbildes gebräuchlich wird, in dem die Gegenwart der Vergangenheit erstmals als positiv konnotierte Zeitform gegenübertritt, deren Fortschrittsstreben als Weg hin zu einer Verbesserung und *erwünschten* Überholung des Alten erscheint. Erst seitdem bezeichnet „modern“ nicht mehr das Neue schlechthin, sondern eine spezifische, positiv konnotierte Ausprägung des Neuen als selbstüberholende Fortschrittlichkeit.

5 Für diese Lesart im Rahmen eines Frankfurter Kolloquiums zur Möglichkeit von modernen Ordnungen im November 2016 danke ich Rudolf Wiethölter.

6 Zur Komplexität der Fragestellung nur Gerhard Wagner, *Zivilrechtswissenschaft heute. Zwischen Orakeldeutung und Maschinenraum*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, Tübingen 2018, 67, 106 ff.

7 Beispielhaft Armin Nassehi, *Muster. Theorie der digitalen Gesellschaft*, München 2019, 293 ff.

8 Zum Ganzen Auer (Fn. 1), 11 ff. m.w.N.

9 Auer (Fn. 3), 109 ff.

In dieser Lesart von Moderne sind indessen auch die Härten gesellschaftlicher und individueller Gewissheitsverluste immer schon angelegt. Keine Moderne ohne Modernisierungsverlierer. Um diesem aporetischen Moment theoretisch gerecht zu werden, bietet sich eine nicht in erster Linie historisch, sondern strukturell zu verstehende Binnendifferenzierung zwischen einer *ersten* und einer *zweiten* Moderne innerhalb des Modernebegriffs an.<sup>10</sup> Die erste Moderne umfasst den normativen und epistemischen Kerngehalt der auf das vernunftfähige autonome Subjekt bezogenen europäischen Aufklärung. Die zweite, in zweifacher Hinsicht reflexive Moderne beschreibt hingegen die spätestens seit dem 19. Jahrhundert nicht mehr abweisbare Binnenkritik und innewohnende Tendenz zur Selbstzerstörung der Errungenschaften der ersten Moderne. Zu den Kennzeichen der ersten Moderne zählen insbesondere der seit Hobbes, Locke und Kant bis hin zu Max Weber herrschende methodische und normative Individualismus sowie der daraus folgende Anspruch rationaler Durchdringung aller Gesellschaftsbereiche im Wege der Säkularisierung, Enttraditionalisierung und funktionalen Ausdifferenzierung. Die zweite Moderne zeigt hingegen überall dort ihr Gesicht, wo die Grenzen und Aporien der Aufklärung nicht mehr übersehen werden können. So erschließt sich bereits bei Hobbes die Einsicht in die Gestaltbarkeit, Kontingenz und Beliebigkeit einer auf die Willkür von Individuen gegründeten Gesellschaftsordnung. Spätestens seit der von Hegel und Marx formulierten Kritik der bürgerlichen Gesellschaft gehört es zu den Gemeinplätzen der Modernisierungskritik, dass die moderne Gesellschaft eine immanente Dynamik entfaltet, die zu Desintegration und Verelendung führt und schließlich auch vor ihren eigenen Voraussetzungen nicht Halt macht. Seit den Tagen von Charles Dickens hat sich an dieser Diagnose mit Ausnahme des biedermeierlichen Kolorits nicht viel gewandelt. Im Gegenteil stellt sie sich in der Gesellschaft der Gegenwart – Stichworte: Strukturkrise der westlichen Demokratien und neue Fundamentalismen, globale Radikalisierung ökonomischer und ökologischer Risiken, digitale Dekonstruktion der Legitimationsdiskurse der aufgeklärten Moderne – mit neuer Schärfe.

## II. Die erste Moderne des Privatrechts

Das Darlegungsziel meiner Arbeit besteht auf dieser Grundlage darin, dass sich die im wahrsten Sinne tragische<sup>11</sup> Ambivalenz der Existenzbedingungen der modernen Gesellschaft auch und gerade im Privatrecht der Moderne widerspiegelt. Nicht nur ist Privatrecht als rechtliches und wissenschaftliches Konzept nur unter den gesellschaftlichen Bedingungen der Moderne denkbar, sondern es nimmt an sämtlichen internen Widersprüchen und Aporien der Legitimationsdiskurse dieser Moderne teil. Das bedeutet, dass sich zahlreiche wiederkehrende Probleme des Privatrechtsdenkens als strukturelle Ausprägungen der Aporien der modernen Gesellschaft darstellen und sich dadurch gerade in ihrer Unlösbarkeit besser verstehen lassen als auf der Grundlage vordergründig gesellschaftskritischer Kategorien wie der Materialisierung von Vertragsfreiheit oder Vertragsgerechtigkeit. Das tiefere Problem des modernen Privatrechts liegt nicht in seiner mangelnden oder – je nach Standpunkt – übermäßigen Anpassungsfähigkeit an die sozialen und materialen Bedürfnisse der Gegenwartsgesellschaft, sondern in der Widersprüchlich-

10 Näher Auer (Fn. 3), 113 ff.

11 Grundlegend bis heute Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 Science (1968), 1243 ff.

keit ebendieser Bedürfnisse selbst, die im modernen Privatrecht wie in einem Spiegel zutage treten.

Dessen Grundstrukturen sind im Folgenden zunächst anhand von drei Systembegriffen – Person, subjektives Recht sowie der Trennung von Staat und Gesellschaft – zu rekonstruieren. Alle drei Begriffe haben zwischen 1600 und 1800 einen Bedeutungswandel in die Richtung einer spezifisch modernen, normativ-individualistischen Deutung vollzogen und sind dadurch zu Eckpfeilern des Wertungsfundaments geworden, auf dem die normative Einheit des modernen Privatrechts ruht. Um deren Aporien wird es sodann in den verbleibenden Abschnitten des vorliegenden Beitrags gehen.

## 1. Person

Die Zentralität des Personenbegriffs ergibt sich für das geltende deutsche Privatrecht unter anderem aus § 1 BGB.<sup>12</sup> Entsprechende Normen, die die Person als Zurechnungssubjekt von Rechtsfähigkeit in den Mittelpunkt des bürgerlichen Rechts stellen, finden sich in den meisten europäischen Privatrechtskodifikationen seit der Aufklärungszeit. Entscheidend für das moderne Verständnis von Personalität ist, dass die Person in den neuzeitlichen Kodifikationen im Gegensatz zur römischrechtlichen Tradition stets als Trägerin allgemeiner gleicher Rechtsfähigkeit kraft gleicher Personenwürde fungiert. Dieser entscheidende Schritt zu einem modernen Personenbegriff konnte erst vollzogen werden, als der Mensch als solcher in seiner moralischen Qualität als Person in das Zentrum des neuzeitlichen Rechts- und Moraldenkens rückte und als privilegierte Quelle der Normativität von Recht und Moral erkannt wurde. Entscheidend für die Anerkennung dieser Zentralstellung der Person im neuzeitlichen Vernunftrecht waren vor allem die einflussreichen Werke Pufendorfs und Kants. Pufendorf stellte die Person in ihrer scholastischen Gestalt als „moralisches Sein“ erstmals an die Spitze des Vernunftrechts und schuf damit eine Verbindung zwischen dem Rechtssystem und der moralischen Natur des Menschen als Vernunft- und Freiheitswesen. Zur vollen Entfaltung gelangte dieser Gedanke schließlich bei Kant, in dessen Rechtslehre die Person gerade um des sittlichen Werts ihrer Freiheitsfähigkeit willen als einzig mögliches Zurechnungssubjekt natürlicher Freiheitsrechte fungiert. Erst auf der Grundlage der Identifikation der Person mit dem normativen Gehalt des Autonomiegedankens gelingt es, die allgemeine und gleiche Rechtsfähigkeit aller Individuen zu begründen und damit den modernen Sinngehalt des Personenbegriffs zu erschließen.

Vor diesem Horizont entstanden im 19. Jahrhundert die Umrisse des bis heute gültigen Rechtsbegriffs auf der Grundlage einer Kongruenz von personaler Autonomie und gleicher Rechtsfähigkeit aller autonomiefähigen Personen. Rechtsdogmatisch kommt diese Struktur überall dort zum Tragen, wo die Ausübung subjektiver Rechte als Autonomiegebrauch und im Privatrecht namentlich als Ausübung von Privatautonomie konstruiert wird. Entscheidend ist dabei nach wie vor ein grundsätzlich formales Verständnis der nach dem Sinngehalt des vernunftrechtlichen Personenbegriffs vorauszusetzenden gleichen Freiheit aller autonomiefähigen Personen, die mit abgestuften Graden der Gültig-

12 Zum Ganzen Auer (Fn. 1), 15 ff. m.w.N.; vgl. auch dies., *Die Substanz der Freiheit: Pufendorfs Begriff der moralischen Person*, in: Rolf Gröschner/Stephan Kirste/Oliver W. Lembcke (Hrsg.), *Person und Rechtsperson. Zur Ideengeschichte der Personalität*, Tübingen 2015, 81 ff.

keit privatautonomer Willenserklärungen prinzipiell nicht kompatibel ist. Dieser Werungshintergrund ist auch im Rahmen der aktuellen Debatten über ein materiales Verständnis privatrechtlicher Freiheits- und Gleichheitsbegriffe unhintergebar.<sup>13</sup>

## 2. Subjektives Recht

Autonomiefähige Person und subjektives Individualrecht bilden im modernen Recht eine Wertungseinheit.<sup>14</sup> Entscheidend für die Wende zur rechtlichen Moderne war der seit der frühen Neuzeit vollzogene Wechsel von einem älteren Vernunftrecht, das auf der Pflicht (gegen sich selbst, gegen andere, gegen Gott) als Fundamentalbegriff beruhte, hin zu einem neueren Vernunftrecht und aktuellen positiven Recht, das fast ausschließlich vom subjektiven (öffentlichen, privaten, fundamentalen) Recht her konzipiert ist. Dabei gilt wiederum, dass sich die Genese des Rechtsbegriffs ebenso wie die des Personenbegriffs zwar auf ältere Begriffsschichten zurückführen lässt, die bis in die mittelalterliche Scholastik und teils noch weiter zurückreichen, dass aber die eigentliche Formierung des modernen subjektiven Rechtsbegriffs eine genuine Errungenschaft der Neuzeit ist. Entscheidend war auch hierfür die Verbindung zwischen dem subjektiven Recht und dem Autonomieprinzip als rechtfertigendem Grund für die Hervorhebung des Individuums als normativ berechtigtem Rechtsinhaber. Daraus resultierte das subjektive Recht als natürliches Individualrecht oder moralisch legitimes Anspruchsrecht, das sich erstmals in den Schriften der spanischen Spätscholastik im Zusammenhang der Frage nach der Legitimität von Eigentumsbegründungen in der Neuen Welt findet. Seinen endgültigen Durchbruch erlebte das so verstandene subjektive Recht, als es sich gegen den Primat der Pflicht als Fundamentalbegriff des älteren Vernunftrechts durchsetzte. Die ideengeschichtlichen Grundlagen für diesen Wandel liegen dabei wieder im Zeitraum zwischen 1680 und 1800 und finden ihre Verkörperung namentlich in den zeitgenössischen Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte sowie in den dafür wegweisenden Werken Lockes und Kants. Sowohl Locke als auch Kant vollziehen den gegenüber dem älteren Schrifttum wesentlichen moralphilosophischen Fortschritt, das subjektive Recht – ebenso wie schon bei Pufendorf die Person – aus der angeborenen Freiheit des Menschen heraus zu begründen und damit ebenfalls direkt mit dem normativen Gehalt des Autonomieprinzips in Verbindung zu bringen. Bei Locke geschieht dies in der Gestalt der Begründung vorstaatlichen Eigentums ausgehend vom subjektiven Recht am eigenen Körper, während Kant darüber sogar noch einen Schritt hinausgeht und das gesamte System des natürlichen Privatrechts auf das angeborene natürliche Recht der Freiheit stützt. Bei Kant folgt aus dem einzig angeborenen Recht der Freiheit das gesamte System der erworbenen natürlichen Privatrechte, und zwar gemäß dem kantischen Rechtsbegriff strukturiert in der Form von subjektiven Rechten, die nicht anders als durch gegenseitige Beschränkung allgemeiner gleicher Freiheitssphären gedacht werden können.

Damit tritt der normative Kern des subjektiven Rechts vollständig zutage. Zugrunde liegt, wie bei der Person, eine notwendige, selbstrechtfertigende Verbindung zwischen

13 Aktuell BVerfG v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, BVerfGE 148, 267 – Stadionverbot; zur Debatte über privatrechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze nur Michael Grünberger, *Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht*, Baden-Baden 2013.

14 Zum Ganzen Auer (Fn. 1), 22 ff. m.w.N.; vgl. bereits dies., *Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant: Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds*, AcP 208 (2008), 584 ff.

Recht und Autonomie. Die Rechtsordnung muss seit Kant strukturnotwendig als System subjektiver Rechte gedacht werden, weil sie nur noch von der rechtsbegründenden Freiheit des Individuums her gedacht werden kann. Damit wird auch verständlich, weshalb subjektives Recht und Person im Rechtsdenken seit Kant nicht mehr als beliebige relationale Begriffe nebeneinanderstehen, sondern vielmehr als zu einer zwingenden Wertungseinheit verbundene, fundamentale Systemkategorien erscheinen. Erklärlich wird dies, wenn man sich vor Augen hält, dass beide Begriffe seit der Wende zur Neuzeit als Ausprägungen desselben Autonomieprinzips erscheinen und mit dessen Legitimationsgehalt normativ angereichert wurden. Spätestens um 1850 wurde auf dieser Grundlage ein privatrechtliches Systemverständnis erkennbar, das es erlaubte, alle Privatrechtsverhältnisse vom Recht und nicht mehr von der Pflicht her zu denken. Diese Sichtweise wurde 1892 durch die Formulierung des subjektiv-öffentlichen Rechts durch Georg Jellinek vervollständigt. Um 1900 war damit das bis heute gültige Systemverständnis der Gesamtrechtsordnung erreicht, das vom subjektiven Recht als rechtssystematischem Elementarbegriff ausgeht und individuelle Rechtssphären grundsätzlich als mit allseitiger Ausschlusswirkung versehene Sphären personaler Autonomie konzipiert. Aktuelle Beispiele, die den Konstruktivismus und zugleich die Grenzen des zugrundeliegenden Verfahrens der subjektiven Rechtskonstruktion aufzeigen, betreffen etwa die über die individuell Betroffenen weit hinauswirkenden, aber dennoch auf deren gedachte Autonomiesphären beschränkten Einwilligungserfordernisse in die Verwendung digitaler und genetischer Daten.<sup>15</sup>

### 3. Trennung von Staat und Gesellschaft

Was ist über alles bisher Gesagte hinaus nun jedoch das spezifisch Private des Privatrechts, oder, anders gefragt, weshalb genügt es dem Recht der Moderne nicht, die personale Autonomie der einzelnen Rechtssubjekte in der Form politischer Autonomie, also durch Beteiligung an der demokratischen Gesetzgebung, zu schützen? Wozu benötigt das moderne Recht die Anerkennung von Privatautonomie, also des gesellschaftlichen Freiraums zur Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen im Wege genuin privaten und eben nicht staatlichen Handelns?

Dieser finale Begründungsschritt erschließt sich vor dem Hintergrund der modernen Trennung von Staat und Gesellschaft,<sup>16</sup> die wesentlich zusammenhängt, aber dennoch nur teildentisch ist mit der Ausdifferenzierung der gesellschaftlichen Teilsysteme von Politik und Wirtschaft. Auch dabei handelt es sich um ein historisch neues Phänomen, das den antiken Begriffen des öffentlichen und privaten Rechts, des Staats und des Staatsbürgers erst mit der Wende zur Neuzeit ihre moderne Bedeutung gegeben hat. Kurz gefasst gab es in der Antike zwar bereits ein Konzept von Privatrecht, das jedoch nicht dem heutigen Privatrechtsverständnis eines spezifischen Rechts der staatskomplementären,

15 Zur Notwendigkeit eines kollektiven Datenschutzrechts gegen Big-Data-Profilierungen („group privacy“) nur Linnet Taylor/Luciano Floridi/Bart van der Sloot (Hrsg.), *Group privacy. New challenges of data technologies*, 2017; Rainer Mühlhoff, *Digitale Entmündigung und ‚User Experience Design‘. Wie digitale Geräte uns nudgen, tracken und zur Unwissenheit erziehen*, Leviathan 46 (2018), 551 ff.; zur Einwilligung in die wissenschaftliche Nutzung genetischer Information Vagias Karavas, *Körperverfassungsrecht: Entwurf eines inklusiven Biomedizinrechts*, Zürich 2017.

16 Zum Ganzen Auer (Fn. 1), 29 ff. m.w.N.



privatbürgerlich verfassten Gesellschaft entsprach, sondern vielmehr eine umfassende Gesellschaftsordnung bezeichnete, die die Grundlage des antiken Staatswesens bildete. Ungetrennt waren Staat und Gesellschaft, Eigentum und politisches Herrschaftsrecht auch noch in den feudalen Gesellschaften des Mittelalters und der frühen Neuzeit. Für den modernen Staatsbegriff ist es dagegen charakteristisch, dass staatlicher Souverän und bürgerliche Gesellschaft auseinanderreten. Indem der Staat zum Träger der souveränen Macht wird, verliert die Bürgerschaft ihre politische Funktion. In Deutschland bildete sich der moderne Staatsbegriff seit dem 17. Jahrhundert heraus. Zur politischen Verwirklichung der Trennung von Staat und Gesellschaft kam es indessen erst auf der Grundlage des frühen Konstitutionalismus des 18. und 19. Jahrhunderts, als staatliche Reformbemühungen in den einzelnen deutschen Gliedstaaten mit ganz unterschiedlichen Gemengelagen von wirtschaftlichem Liberalismus und ständischem Beharrungsstreben aufeinandertrafen.<sup>17</sup> Auf dieser Grundlage gelang es nach und nach, den liberalen Grundgedanken des modernen Privatrechts in systemimmanenter Abgrenzung vom öffentlichen Recht zu verwirklichen.

Das liberale Dilemma eines gegenüber staatlicher Einwirkung autonom verstandenen Privatrechts besteht jedoch darin, dass zwischen dem als Teil der staatlichen Macht normsetzenden Staatsbürger und dem privat interessenverfolgenden Privatbürger eine Kluft aufreißt, die nur von zwei Seiten abgesichert, nicht aber überwunden werden kann: Einerseits durch freiheitsrechtliche Abschirmung des autonomen Privatrechtsverkehrs gegenüber staatlicher Einwirkung, andererseits durch den in Deutschland erst viel später verwirklichten Überbau demokratischer Legitimation der staatlichen Institutionen und insbesondere der staatlichen Gesetzgebung, soweit diese eben doch im Privatrecht regelsetzend tätig wird. Was Kant in seiner Staatstheorie noch ignoriert, was sich aber bereits um 1800 nicht mehr übersehen lässt, ist, dass sich die privatwirtschaftlichen Zwecksetzungen der einzelnen Bürger nicht mehr zu einer normativ-individualistischen Legitimation des Staatsganzen aufsummieren lassen. Es bleibt eine Legitimationslücke zwischen individueller Willkür und gesamtgesellschaftlicher Legitimität bestehen. Es ist vor diesem Hintergrund eine der wesentlichen Grundbedingungen moderner Staatlichkeit, dass Staat und bürgerliche Gesellschaft trotz individualistischer Legitimation des Staatsganzen dauerhaft auseinanderfallen, weil es außerhalb der empirischen Interessen der einzelnen Individuen nichts gibt, auf das sich die Legitimation übergreifender politischer Entscheidungen stützen könnte. Bis heute gültig auf den Punkt gebracht hat das Hegel mit seiner Kritik der bürgerlichen Gesellschaft als einer rein selbstinteressierten Gesellschaft, in der Besonderes und Allgemeines dauerhaft und normativ unüberbrückbar auseinanderfallen. Hegels Begriff der bürgerlichen Gesellschaft bildet die Privatisierung des Selbstverständnisses einer dem Staat entgegengesetzten, ökonomisch verfassten Privatrechtsgesellschaft ab, die für das moderne Privatrecht fundamental ist: Wer von Privatautonomie spricht, meint bis heute den Wertungskern des Rechts einer privatwirtschaftlich verfassten bürgerlichen Gesellschaft, die sich selbst Zweck ist und ihre Bedürfnisse ohne öffentlichen Rechtfertigungszwang durch Verkehr zwischen selbstinteressierten Privatbürgern befriedigt.

Dieses Privatrechtsverständnis ist nach wie vor zeitgemäß. Der autonomiebasierte Legitimationsmechanismus der modernen Gesellschaft ist unhintergebar: Es ist nicht ersichtlich, was nach der Erfahrung der Moderne jedenfalls außerhalb des äußersten Kata-

17 Eingehend Dieter Grimm, *Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Tübingen 2017, 11 ff.

strophenfalls an die Stelle der kollektiven gesellschaftlichen Erfahrung der Normsetzung, Sinnstiftung und Wertschöpfung durch Privatinitiative treten sollte. Privatinitiative, Privatautonomie und damit auch Privatrecht gehören zu den tragenden Säulen der modernen Gesellschaftsverfassung. Damit ist freilich nicht entschieden, welche konkrete inhaltliche Bedeutung Privatautonomie in der von schrumpfenden individuellen Freiheitssphären geprägten Gesellschaft der Spätmoderne besitzt<sup>18</sup> – dabei handelt es sich um eine Frage der begriffsimmanenten zweiten Moderne des Privatrechts.

### *III. Die zweite Moderne des Privatrechts I: Reflexivität als Selbstreflexion*

Selbst wenn man nach alledem davon ausgeht, dass die erste Moderne die Grundlage des heutigen Privatrechtsverständnisses bildet, ist dieses Bild jedoch unvollständig ohne Berücksichtigung der alternativen Erzählungen der zweiten oder reflexiven Moderne, die statt der Legitimationserfolge der ersten Moderne deren Grenzen und Widersprüche in den Mittelpunkt rücken. Zwei Formen einer solchen reflexiven Moderne lassen sich unterscheiden. Zum einen wird die Moderne reflexiv, wenn sie sich kritisch reflektierend auf sich selbst bezieht; Reflexivität der Moderne bedeutet insoweit Selbstreflexion. Reflexiv kann die Moderne zum anderen aber auch in einem zweiten, radikaleren Sinne werden, indem sie nicht nur theoretisch, sondern praktisch auf sich selbst einwirkt und durch ihre strukturnotwendige Entwicklungsdynamik ihre eigenen Funktionsgrundlagen untergräbt.<sup>19</sup>

Betrachtet man zunächst die erste, theoretische Form von Reflexivität, so kommen diejenigen kritischen Ansätze in den Blick, die die Grenzen des Wertsystems der Aufklärung angesichts der tatsächlichen Gegebenheiten der modernen Gesellschaft beschreiben und vor diesem Hintergrund die Dekonstruktion des Subjekts, die Kritik des subjektiven Rechts sowie den Zusammenbruch der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht begründen.<sup>20</sup>

Die Dekonstruktion der autonomiefähigen, normativ verantwortlichen Person der Aufklärungszeit als geisteswissenschaftlicher Theoriebestandteil lässt sich mit Michel Foucault als „Auftauchen des Menschen“ beschreiben. Gemeint ist die paradoxe theoretische Einsicht in die Notwendigkeit der Berücksichtigung des empirischen statt eines normativ idealisierten Menschen als Grundlage der Theorie vom Menschen in gesellschaftlichen Deutungsmodellen, wie sie seit dem 19. Jahrhundert von Philosophie, Politik, Soziologie, Ökonomie oder Rechtswissenschaft angeboten werden. Ein zeitgenössisches Beispiel bildet der Ansatz der Verhaltensökonomik, das klassische ökonomische Rationalitätsmodell auf empirischer Grundlage auf systematische Urteilsfehler hin zu be-

18 Ein aktuelles Modell, das Autonomie selbstbewusst als Konsumentenwahl deutet, entwerfen Hanoeh Dagan/Michael Heller, *The Choice Theory of Contracts*, Cambridge 2017. Zur Problematik der inhaltlichen Gestalt der Privatautonomie auch Wagner (Fn. 6), 106 ff. sowie bereits ders., *Materalisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht*, in: Uwe Blaurock/Günter Hager (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden 2010, 13, 81 ff.

19 Näher Auer (Fn. 1), 46 f.; dies. (Fn. 3), 113 ff.; jeweils m.w.N.

20 Zum Ganzen Auer (Fn. 1), 48 ff. m.w.N.



fragen.<sup>21</sup> Nimmt man diese und ähnliche Einsichten ernst, kann es in geistes- und sozialwissenschaftlichen Theorieangeboten kein normativ maßgebliches Individuum mehr geben, das nicht auf die tatsächliche Beschaffenheit des empirischen Menschen maßgebliche Rücksicht nimmt. Damit stellen sich alle Fragen einer normativ individualistischen Rechts-, Staats- und Privatrechtstheorie neu: Hat die Unhintergebarkeit der empirischen Natur des Menschen in der Staatstheorie zur Folge, dass der idealisierte Staatsbürger als Rechtfertigungsträger der staatlichen Gewalt nicht mehr hinreicht, so stellt sich die Frage in der Privatrechtstheorie auf der Ebene des autonomiefähigen Privatbürgers als Rechtfertigungsträger einer auf abstrakt-formale Privatautonomie als Gestaltungsprinzip gestützten Privatrechtsordnung. Einbrüche materialer Gegenprinzipien in diese Gestaltungsordnung sind bereits seit dem 19. Jahrhundert Legion, nehmen jedoch gerade in neuerer Zeit mit zunehmender Überformung des Privatrechts durch Regulierung und Konstitutionalisierung derart zu, dass jüngst zu Recht verstärkt die Frage gestellt wird, ob ein wertungskohärentes Privatrechtssystem als lohnendes privatrechtswissenschaftliches Forschungsziel bei alledem überhaupt noch erkennbar ist.<sup>22</sup> Die normative Widersprüchlichkeit des die erste und zweite Moderne in sich vereinigenden modernen Privatrechts impliziert indessen keineswegs die Beliebigkeit seiner Wertungsgrundlagen. Interessante Forschungsfragen ergeben sich vielmehr dort, wo die autonomiebasierte Grundstruktur des modernen Privatrechts wie etwa im aktuellen Verbraucherschutzrecht nicht offen zur Disposition steht, sondern vielmehr äußerlich intakt bleibt, sich jedoch durch überformende Wertungen inhaltlich so verschiebt, dass der ursprüngliche, selbstlegitimierende Charakter der Ausübung von Privatautonomie nach und nach erodiert und schließlich bloße fiktive Bedeutung beibehält.<sup>23</sup>

Die Relativierung der formalen Freiheit und Gleichheit der Person als Trägerin von Privatautonomie führt in der Folge auch zur Dekonstruktion aller übrigen autonomiebasierten Grundbegriffe, indem diese sich aus sich selbst heraus relativieren, mit Gegenprinzipien vereinigen oder sich als bloße Abwägungs- oder Interessenfragen darstellen lassen. Für das subjektive Recht als personale Willenssphäre beschreibt dies die Interessentheorie, wonach der Anerkennung subjektiver Rechte durch die Rechtsordnung stets materielle Interessen zugrunde liegen, deren sozialer Nutzen nicht nur bei der Rechtsbegründung, sondern auch bei der Rechtsausübung den Ausschlag gibt. Ist man einmal so weit, die Anerkennung subjektiver Privatrechte als eine reine Abwägungs-, Abgrenzungs- und Interessenfrage anzusehen, ist es schließlich nur noch ein kurzer Schritt, bis auch die letzte grundlegende Unterscheidung, nämlich die zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, neu formuliert werden muss. Konsequenterweise nimmt die Beschäftigung mit der Steuerungswirkung und Regulierungsfunktion des Privatrechts im jüngeren privatrechtswissenschaftlichen Schrifttum vergleichbaren Raum ein wie die seit längerem geführte Steuerungsdebatte im öffentlichen Recht; ein konzeptioneller Unterschied ist bei alledem kaum mehr erkennbar, so dass das Proprium privatinitiativer Rechtsgestaltung heute zu Recht in anderen Kriterien gesucht wird als in der längst nicht mehr

21 Grundlegend Amos Tversky/Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 Science (1974), 1124 ff.; aus rechtsökonomischer Perspektive Christine Jolls/Cass R. Sunstein/Richard H. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 Stanford Law Review (1998), 1471 ff.; aus dem deutschsprachigen Schrifttum Philipp Hacker, *Verhaltensökonomik und Normativität*, Tübingen 2016, 59 ff.

22 Eingehend Wagner (Fn. 6), 177 ff., 182.

23 Vgl. auch Wagner (Fn. 6), 108; ders. (Fn. 18), 83: „Pro voluntate stat ratio“.

fruchtbaren schematischen Abgrenzung gegenüber einem regulierenden öffentlichen Recht.<sup>24</sup> Wiederum handelt es sich bei der Überformung privatautonom gestalteter Rechtsverhältnisse durch gemeinwohlbezogene Regulierungsziele nicht um eine den Wertungsgrundlagen des Privatrechts wesensfremde Gegenbewegung, sondern um einen normativen Zusammenbruch der ihre Selbstaufhebung immer schon im Ansatz mit sich führenden ersten Moderne.

#### IV. Die zweite Moderne des Privatrechts II: Reflexivität als Selbstgefährdung

Noch deutlicher wird dies anhand der zweiten Klasse von Phänomenen einer reflexiven Moderne, die sich dadurch auszeichnen, dass die moderne Gesellschaft nicht nur theoretisch, sondern praktisch auf sich selbst rückwirkt und dadurch ihre eigenen Existenzgrundlagen untergräbt.<sup>25</sup> Reflexive Moderne in diesem zweiten Sinne bedeutet, dass die moderne Gesellschaft die lineare Dynamik ihrer Aufklärungs- und Rationalisierungsansprüche nicht ungebrochen durchhalten kann, sondern mit systemnotwendigen Rückkopplungseffekten konfrontiert ist, die diese Dynamik in ihr Gegenteil verkehren. Die Urform aller derartigen Selbstgefährdungsargumente ist der von Locke und Hegel formulierte und jüngst durch Thomas Piketty popularisierte ökonomische Gedanke, dass die marktkapitalistisch verfasste bürgerliche Gesellschaft systematisch ihre eigenen Funktionsbedingungen untergräbt, indem sie durch die von ihr selbst generierte ökonomische Ungleichheit dynamisch selbstverstärkend immer größere Gruppen von Gesellschaftsmitgliedern von der Marktteilhabe ausschließt.<sup>26</sup> Die wahre Tragödie der bürgerlichen Gesellschaft liegt dabei darin, dass sie ihr Versprechen an jedes einzelne Gesellschaftsmitglied, durch die Gewährleistung von chancengleichem Zugang zu Märkten gleichberechtigte Teilhabe am privatwirtschaftlich erzeugten gesellschaftlichen Reichtum erlangen zu können, systemnotwendig nicht in jedem Fall erfüllen kann und auch keine Möglichkeit besitzt, dieses Versagen systemimmanent zu kompensieren. Dabei ist es paradoxerweise nicht der Misserfolg, sondern gerade der Erfolg der bürgerlichen Wirtschaftsverfassung, der ihre institutionellen Grundlagen am stärksten in Frage stellt.

Damit sollte abschließend erkennbar werden, in welcher Gestalt sich die praktische Reflexivität der Moderne im aktuellen Privatrecht manifestiert. Wiederum geht es um die innere Erosion der normativen Substanz zentraler privatrechtlicher Institutionen, die hier durch Verschiebungen in der Lebenswelt ausgelöst wird, die deren normative Tragfähigkeit in Frage stellen und schließlich obsolet machen. An Beispielen besteht auch hier kein Mangel, etwa mit Blick auf die Entmaterialisierung von Eigentumsrechten in der digitalen Konsumentenökonomie oder die ebenso schleichende wie letztlich unabwendbare Verschiebung der Haftung für individuelle Verantwortlichkeit im Vertrags- und Deliktsrecht durch objektive Zurechnungs- und Gefährdungsprinzipien in einem Regulie-

24 Grundlegend Gerhard Wagner, *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Private – Anmaßung oder legitime Aufgabe?*, AcP 206 (2006), 352, 422 f. sowie erneut ders. (Fn. 6), 161 ff. m.w.N. zum jüngeren Schrifttum.

25 Zum Ganzen Auer (Fn. 1), 74 ff. m.w.N.

26 Thomas Piketty, *Le capital au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris 2013 sowie jüngst ders., *Capital et idéologie*, Paris 2019; zur vereinzelt Rezeption in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft Johanna Croon-Gestefeld, *Piketty und die Rechtswissenschaft im 21. Jahrhundert*, JZ 2019, 340 ff.

rungsumfeld, das allenfalls nacheilend auf vernetzte technische Großrisiken reagiert.<sup>27</sup> Auf diese Herausforderungen lässt sich nicht mehr angemessen dadurch reagieren, dass die Wertungsstruktur des hergebrachten Privatrechts immer wieder von Neuem durch materiale Wertungen korrigiert wird. Zu erwarten ist vielmehr, dass die praktische Selbstreflexivität des Privatrechts den Privatrechtsdiskurs der Moderne insgesamt auf eine neue Ebene jenseits von Staat, Gesellschaft, Person, Autonomie, subjektivem Recht, Privatheit und Öffentlichkeit heben wird. Dies gilt namentlich für die gravierenden Tragödien der Allmende, mit denen die kommende Gesellschaft unter den Bedingungen selbstverstärkenden klimatischen und digitalen Wandels zu leben haben wird. Es werden diese globalen Tragödien sein, die die individuell rechtfertigende Kraft autonomer Willensbetätigung der frei gedachten Person der ersten Moderne in zunehmend enge Schranken verweisen.

## Festschrift für Christoph Nix



### Paragrafen Pantomimen Partisanen


#### Festschrift für Christoph Nix

Herausgegeben von Dr. Klaus Rudolf Engert,  
RA Prof. Dr. Jan Hegemann und  
Dr. Daniel Morgenroth

2019, 246 S., geb., 69,- €

ISBN 978-3-8487-6158-6

Ein schillerndes Panoptikum renommierter Fachleute, die gleichzeitig Querdenker sind – mit erstmalig veröffentlichten Beiträgen insbesondere aus dem Theater- und Bühnenrecht, aus Theaterwissenschaft und Theaterpraxis, aus Feuilleton und Politik, aus Soziologie und Literatur.

 Nomos  
nomos-elibrary.de

Portofreie Buch-Bestellungen unter [www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)  
Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**

<sup>27</sup> Als Beispiel sei hier nur die Frage der globalen Regulierung von Verbraucherscoring herausgegriffen; vgl. dazu das Gutachten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen (SVRV), *Verbrauchergerechtes Scoring*, Berlin 2018; <http://www.svr-verbraucherfragen.de/dokumente/verbrauchergerechtes-scoring/> (abgerufen am 01.02.2020).