

Privatrechtstheorie als Theorienmosaik?

Lorenz Kähler*

Rezension zu Stefan Grundmann, Hans-W. Micklitz, Moritz Renner, *Privatrechtstheorie*, Tübingen 2015, 2109 S.

1. Einleitung

Was haben Rawls Theorie der Gerechtigkeit, Becks Überlegungen zur Risikogesellschaft und Bernsteins Analyse des Diamantenhandels gemeinsam? Grundmann, Micklitz und Renner ordnen sie als Privatrechtstheorie ein und haben sie daher gemeinsam mit einer Vielzahl weiterer soziologischer, historischer und philosophischer Texte in einem Sammelband zusammengefasst. Dessen Umfang ist mit 2.000 Seiten so beträchtlich, dass er in zwei Halbbänden erschienen ist. Das lässt die damit verbundene enorme editorische Arbeit erahnen. Dank des Abdrucks der Originalpaginierung schafft sie gute Rezeptionsbedingungen. Zugleich erschwert dieser Umfang eine einheitliche Würdigung. Denn wie lassen sich 27 Kapitel mit jeweils zwei bis drei Klassikertexten auf einen Nenner bringen, obwohl diese Texte unterschiedliche Fragen thematisieren, verschiedene Methoden verwenden und oftmals noch nicht einmal denselben Gegenstand haben? Eine Würdigung der einzelnen Texte würde ein eigenes Buch erfordern und muss daher an dieser Stelle punktuellen Eindrücken weichen (2.).

Interessant ist an diesem Sammelband nicht nur der Inhalt der wiedergegebenen Texte, sondern ebenso die damit verbundene Konzeption der Herausgeber. Sie gibt Aufschluss darüber, welche Art von Texten nach ihrer Ansicht eine Bedeutung für die Privatrechtstheorie haben soll. Das verdient näherer Betrachtung, obgleich man über die Zugehörigkeit einzelner Texte zu einem Kanon immer streiten kann (3.). Darüber hinaus ist es sinnvoll, die Thesen zur Privatrechtstheorie zu diskutieren, die dem Sammelband vorangestellt sind und ihm den Charakter eines Manifests verleihen sollen.¹ Auch sie sind keinesfalls selbstverständlich, etwa wenn sie die Rechtsphilosophie von der Privatrechtstheorie entrücken (4.).

Diese Thesen werfen zudem die Frage auf, was unter einer solchen Theorie zu verstehen ist. Meint Privatrechtstheorie eine Rechtstheorie des Privatrechts oder lediglich eine für das Privatrecht relevante Theorie? Sind ökonomische und soziologische Theorien über das Recht bereits eine Privatrechtstheorie oder nur Materialien, um diese erst noch zu entwickeln? Das zu überlegen ist schon deshalb wichtig, weil der Sammelband von Grundmann, Micklitz und Renner das erste deutschsprachi-

* Prof. Dr. Lorenz Kähler lehrt an der Universität Bremen Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Rechtsphilosophie.

1 S. 1. Hier und im Folgenden beziehen sich die Seitenangaben, sofern nicht anders angegeben, auf das oben genannte Buch von Grundmann/Micklitz/Renner.

ge² Werk ist, das unter dem Titel Privatrechtstheorie erschienen ist und daher in Deutschland womöglich begriffsprägend wirkt (5.).

2. Übersicht

Den Einzeltexten vorangestellt ist eine Einführung in den gesamten Sammelband, die neben den Thesen zur Privatrechtstheorie einige Fallbeispiele enthält und damit den beabsichtigten Anwendungsbezug verdeutlicht. Anwendung bedeutet dabei nicht, dass aus den einzelnen Theorien dogmatische Schlussfolgerungen gezogen würden. Vielmehr soll lediglich der Zusammenhang von gerichtlichen Entscheidungen und Privatrechtstheorien hervortreten. Eine Entscheidung des EuGH zur unmittelbaren Diskriminierung ist etwa angeführt, um die Grenzen des „liberalen Rechtsdenkens“ offenzulegen.³

Die Einführung beschreibt den Ansatz des Buches als Hermeneutik, die keiner Rechtfertigung bedürfe.⁴ Allerdings ist der dafür genannte Gadamer weder selbst in der Textsammlung vertreten noch dort prominent zitiert.⁵ Das ist insofern konsequent, als die Herausgeber von anderen theoretischen Prämissen als er ausgehen. So betonen sie, dass „rechtlicher Sinn immer erst in einem Kommunikationszusammenhang entsteht“.⁶ Das ist etwas anderes als die hermeneutische Betonung des Vorverständnisses als Voraussetzung von Verstehen. Damit wird vielmehr die These vertreten, dass es ohne Kommunikation überhaupt keinen rechtlichen Sinn gibt. Was etwa ein körperlicher Gegenstand nach § 90 BGB ist, hinge dann nicht davon ab, was körperliche Gegenstände sind, sondern allein davon, was darunter im juristischen Diskurs verstanden wird. Solange etwas nicht diskutiert würde, könnte man nicht sagen, was es ist.

Diese These ist eher mit Bedeutungskeptikern wie dem von den Herausgebern vielfach zitierten⁷ Luhmann verbunden, die sich gegen die Vorstellung wenden, dass die Bedeutung eines Begriffs in seiner Referenz auf externe Sachverhalte besteht.⁸ Darin unterscheiden sie sich von Gadamer, der trotz aller Geschichtlichkeit des Verstehens von einer „rechten Auslegung“ verlangt, „dass sie den Blick ‚auf die Sachen selbst‘ richtet“.⁹ Als hermeneutisch lässt sich die an dieser Stelle hervor-

2 Im Englischen wird der Begriff „private law theory“ u.a. von J. Coleman, *Private Law Theory*, 1994, und H. Dagan, *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*, 2013, verwendet.

3 S. 8.

4 S. 11.

5 Erwähnt wird er neben der Einführung lediglich in der Einleitung zum 1. Kapitel, S. 42, 47.

6 S. 12.

7 U.a. S. 276 ff, 1313, 1871, 2003.

8 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 127: „Wir setzen hier voraus, dass diese Sinnbesetzung eine Leistung der systemischen Kommunikation ist und ... nicht eine Präsentation externer Sachverhalte im Bewusstsein.“

9 H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Gesammelte Werke, Bd. 1, 1990, S. 271.

scheinende Bedeutungsskepsis der Herausgeber daher kaum einordnen. Ihre Inanspruchnahme der Hermeneutik ist gleichwohl nachvollziehbar, da die Textsammlung die heutige Privatrechtswissenschaft im Kontext zentraler Werke der Geistes- und Sozialwissenschaften zu verstehen versucht. Motiviert ist das nicht nur durch einen direkten Einfluss dieser Texte auf Rechtstheorie und Rechtswissenschaft. Darüber hinaus erleichtern diese Texte das Verständnis von Recht auch dadurch, dass sie generell erklären, wie Entscheidungen zustande kommen und menschliches Verhalten beeinflusst wird.¹⁰ Das hat auch für das Recht eine zentrale Bedeutung.

Die Aufnahme einer Vielzahl höchst unterschiedlicher Texte beruht zudem auf dem Argument, dass sich auf diese Weise Wissen kombinieren lässt, das in einzelnen Disziplinen gewonnen wurde. Hayeks Einsicht in die Dezentralität gesellschaftlichen Wissens wird auf diese Weise auf wissenschaftliche Erkenntnisse übertragen.¹¹ Die Privatrechtswissenschaft müsse daher das dezentrale Wissen einzelner Disziplinen aufnehmen und in eine Einheit überführen. Diese gelte es allerdings erst noch zu entwickeln.¹² Die abgedruckten Texte würden keine abschließenden Antworten vermitteln, sondern helfen, „überhaupt erst die richtigen Fragen“ zu stellen.¹³ Anders als der Titel vermittelt, enthält der Sammelband somit kaum Privatrechtstheorien, sondern vielmehr Materialien zu ihrer Entwicklung.

Gegliedert ist das Buch in fünf Teile. Der erste hat die Aufgabe, Bezüge zu anderen Disziplinen zu schaffen und enthält daher jeweils zwei Texte zur Soziologie, zur Ökonomie, zur System- und Diskurstheorie sowie zur Rechtsgeschichte und -vergleichung. Vertreten sind Klassiker wie Max Weber, Ronald Coase, Jürgen Habermas und Franz Wieacker. Die Texte vermitteln allerdings nur punktuell Eindrücke der von diesen entwickelten Theorien, weil sie trotz der beachtlichen Gesamtlänge des Buches meist nur etwa 30 Seiten und damit lediglich ein Unterthema umfassen. Etwa lassen Habermas' Darlegungen zur Gleichursprünglichkeit privater und öffentlicher Autonomie¹⁴ kaum erahnen, was unter der in der Kapitelüberschrift erwähnten Diskurstheorie zu verstehen ist. Hingegen verdeutlicht dieser Ausschnitt die aus dieser Theorie womöglich folgende Stellung von Autonomie.

Der zweite Teil des Sammelbandes hat das Thema „Gesellschaftliche Ordnung, Verfassungsdenken und Privatrecht“. Herangezogen werden dafür u.a. Texte von Böhm zur Privatrechtsgesellschaft, von Dworkin zur Entscheidung von Zweifelsfällen, von Kennedy zu den Paradoxien des amerikanischen Rechtsdenkens sowie von Canaris zur Vertragsfreiheit. Damit begegnen einem erneut einige bereits aus

10 S. 12.

11 S. 14.

12 S. 15.

13 S. 34; anders aber Grundmann, S. 42, wonach immerhin „möglich Antworten“ vorgestellt würden.

14 J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 135.

dem ersten Teil bekannte Theoretiker wie Jürgen Habermas und Franz Wieacker, wie der Sammelband überhaupt bestimmte Autoren¹⁵ mehrfach und an verschiedenen Orten zur Sprache kommen lässt. Das zeigt einerseits gewisse Vorlieben der Herausgeber, andererseits aber auch die zahlreichen Möglichkeiten, dieselben Theorien unter verschiedenen Aspekten zu betrachten. Allein einem Kapitel lassen sie sich meist kaum zuordnen.

Der dritte Teil ist der längste und soll Marktprozesse beschreiben. Dafür werden zunächst wirtschaftswissenschaftliche Theorien von Kaplow/Shavell, Akerlof und Williamson wiedergegeben, die in unterschiedlicher Weise die Wirkungsweise und Regulierungsmöglichkeiten privaten Austauschs beschreiben. Ihnen werden Kritiker wie Foucault und MacKinnon gegenübergestellt, welche die postmoderne Genealogie und Feminismustheorie geprägt haben. Neben den vorwiegend am Vertrag interessierten Aufsätzen finden sich Ausführungen zum Schadensersatzrecht (Calabresi) und zur Digitalisierung (Lessig).

Selbst die einzelnen Kapitel bestehen daher aus einer bunten Vielfalt von Texten. Etwa liegen zwischen den 1974 erschienenen Überlegungen von Kahnemann/Tversky zu heuristischen Vorurteilen und Kaplow/Shavelles Ausführungen von 2000 zur Gestaltung der Einkommensteuer nicht nur Jahrzehnte, sondern auch methodisch beachtliche Differenzen. Während es Kahnemann/Tversky um beobachtbares Verhalten geht, steht bei Kaplow/Shavell die theoretische Modellierung im Vordergrund. Diese unmittelbare Gegenüberstellung unterschiedlicher Texte ist beabsichtigt. Der Leser wird ausdrücklich aufgefordert, Texte aufeinander zu beziehen, die bisher kaum gemeinsam gelesen wurden.¹⁶

Der vierte Teil setzt diese Kontrastierung fort, indem er Personen sowie Organisationen thematisiert. Die Texte reichen von Gierkes Genossenschaftstheorie bis hin zu Untersuchungen der sozialen Verantwortlichkeit von Unternehmen. Es geht sowohl um die Eigenart von Verbrauchern als auch um die Verfassung von Unternehmen sowie anderen Organisationen. Ebenso werden öffentliche Güter behandelt, an denen zwar kein subjektives Recht besteht,¹⁷ die für die Interessen der Einzelnen aber gleichwohl von zentraler Bedeutung sind.

Der abschließende fünfte Teil steht unter der Überschrift „Privates Recht und Norm“. Er hätte damit das gesamte Buch charakterisieren können, da das Privatrecht in erster Regel durch Normen wirkt. Gemeint ist mit dem Verweis auf Normen daher eher ein spezielles Phänomen, nämlich der Wettbewerb von staatlichen sowie privaten Rechtsordnungen. Dieser wirkt sich auf die Gestaltung und die

15 Etwa G. Teubner, S. 1266 ff, 1903 ff; R. Coase, S. 196 ff, 1489 ff, und F. Böhm, S. 444 ff, 1040 ff.

16 S. 9.

17 S. 1654 ff.

Konzeption des Privatrechts aus. Das wird u.a. in Zweigert/Kötz' Einführung in die Rechtsvergleichung, Mestmäckers Text zur europäischen Ordnungspolitik und Teubners Beschreibung eines Rechtspluralismus verdeutlicht, der durch die Globalisierung zunehme und das Verständnis des Rechts verändere. Die Spannweite der Texte ist damit nicht nur inhaltlich weit, sondern umfasst auch verschiedene Theoriestufen. Bernsteins beobachtende Studie zum Diamantenhandel etwa baut auf der „dichten Beschreibung“¹⁸ einzelner Details auf, während Granovetters wirtschaftssoziologische Theorie der Eingebundenheit (embeddedness) nahezu ohne empirische Beispiele auskommt und stattdessen soziologische Großtheorien diskutiert.

Wie für einen Sammelband nicht erstaunlich, enthält das Buch keine Zusammenfassung und keine Theorie, die diese Texte vereinigen würde. Diese ließe sich angesichts der vielfach entgegengesetzten Thesen und Methoden nur mit erheblichem Aufwand entwickeln. In der Beschreibung der Theorievielfalt liegt damit womöglich der intendierte Effekt, nämlich einen Eindruck davon zu vermitteln, womit sich eine Privatrechtstheorie auseinandersetzen muss. Die Textausschnitte wirken daher wie Mosaiksteine, die in der Absicht aneinandergereiht sind, nicht nur für sich genommen markante Akzente zu setzen, sondern auch insgesamt ein aussagekräftiges Bild zu ergeben.

3. Konzeption

a) Sammlung von Klassikern

Der Sammelband erhebt den Anspruch, Klassiker zu versammeln.¹⁹ Dieser ist bei vielen Texten bereits durch die von ihnen ausgelöste Diskussion erfüllt. Gierkes Genossenschaftstheorie ist ebenso wie Coases Überlegungen zu den sozialen Kosten einer Entscheidung und Dworkins Theorie der Bürgerrechte allein aufgrund der vielen sie aufnehmenden Arbeiten in diesem Sinne klassisch. Offensichtlich ist die Einordnung als Klassiker auch bei denjenigen, die wie Akerlof für die wiedergegebenen Arbeiten den Nobelpreis²⁰ bekommen haben. Bei Akerlof ist das ausgerechnet eine Arbeit, die unter ausdrücklichem Verweis auf den Nobelpreis erklärt, warum es derartige Preise gibt. Diese wirkten der Unsicherheit über die Qualität einer Sache entgegen.²¹

Weitere Texte des Sammelbandes haben die spätere Diskussion zwar selbst kaum geprägt, stammen aber immerhin von Personen, die durch andere Werke einen Klassikerstatus erlangt haben. Das gilt etwa für ein Interview mit Foucault, das

18 C. Geertz, in: U. Wirth (Hrsg.), Kulturwissenschaft, 2008, S. 453 ff.

19 S. 1.

20 Der Preis für Wirtschaftswissenschaften ist von der schwedischen Reichsbank gestiftet und gehört daher nicht zu den eigentlichen Nobelpreisen, D. von der Pfordten, DIE ZEIT, 13.10.2005, Nr. 42, S. 53.

21 S. 1015 ff, 1027.

kaum so einflussreich gewesen sein dürfte wie etwa „Der Wille zum Wissen“.²² Die Aufnahme unbekannter Texte muss jedoch kein Nachteil sein, weil nicht nur der Kanon von Interesse ist. Zu weit geht allerdings der Anspruch auf einen Klassikerstatus bei jüngeren Texten, bei denen nicht absehbar ist, dass sie eine derartige Wirkung entfalten, und die keinen so bahnbrechenden Inhalt haben, als dass eine derartige Wirkung wahrscheinlich wäre.²³ An dieser Stelle hätte der Anspruch genügt, Texte zu versammeln, die paradigmatisch für wichtige Debatten stehen.

Soweit klassische Texte versammelt werden sollten, hätte es nahegelegen, auch die ältere Literatur aufzunehmen. Bei ihr wäre die Auswahl der Klassiker noch eindeutiger gewesen, weil sich ihre Wirkung über Jahrzehnte hinweg besser einschätzen lässt. Anders als der Titel vermuten lässt, beschränkt sich der Sammelband jedoch auf Texte aus dem 20. und 21. Jahrhundert.²⁴ Lockes Eigentumstheorie,²⁵ Wolffs Vertragstheorie²⁶ und Kants Theorie zum intelligiblen Besitz²⁷ bleiben daher ebenso ausgeblendet wie Savignys²⁸ und Jherings Arbeiten zum römischen Privatrecht. Das ist legitim, wenn man die älteren Texte als bekannt voraussetzen kann, suggeriert aber mitunter, dass man sich nunmehr auf die neueren Theorien konzentrieren müsse und die Debatte sie inhaltlich überwunden hätte. Betrachtet man allerdings, welche Fragen die im Sammelband vertretenen Theoretiker mit welchen Argumenten diskutieren, gibt es für diesen Fortschrittsoptimismus wenig Grund. Etwa ist Kants Unterscheidung zwischen einer pflichtmäßigen Handlung und einer Handlung aus Pflicht²⁹ nach wie vor präziser und durch den Bezug auf den Vorsatz stärker reflektiert als die im Sammelband von Vogel³⁰ gezogene parallele Unterscheidung zwischen „Doing good to do good“ und „Doing good to do well“.

Die Rechtsgeschichte wird zwar im ersten Teil zum Kreis derjenigen Disziplinen gezählt, in dem das Privatrecht steht, ist dann aber nur durch Wieacker³¹ vertreten. Umso erstaunlicher ist daher der von Micklitz an Zweigert/Kötz gerichtete Vorwurf, ihre Methode sei „rechtshistorisch verkürzt“ und atme den „Geist von Savigny“.³² Denn gerade die geschichtliche Dimension ist im Sammelband ange-

22 M. Foucault, *Der Wille zum Wissen, Sexualität und Wahrheit* 1, 20. Aufl., 2014.

23 Etwa A. Somek, S. 1122, mit einem Text zur „Neoliberalen Gerechtigkeit“.

24 S. 1, wobei der Schwerpunkt auf Texten seit dem Zweiten Weltkrieg liegen soll, S. 406. Eine Ausnahme ist lediglich der Ende des 19. Jahrhunderts erschienene Text Gierkes, S. 1466 ff.

25 J. Locke, *Two Treatises of Government*, 1698, § 25.

26 C. von Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, 1754, §§ 377 ff, S. 229 ff.

27 I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1797, Akademieausgabe, Bd. VI, S. 245 ff.

28 F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1. Band, 1840.

29 U.a. I. Kant, *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, 1793, Akademieausgabe, Bd. VI, S. 30.

30 S. 1694, 1695, 1697.

31 R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 5. Aufl., 1906.

32 S. 1730.

sichts der sonst rezipierten Nachbarwissenschaften wenig entfaltet. Warum Savignys „Geist“ problematischer sein soll als Micklitz' eigene Anleihen bei Marx,³³ bedürfte ebenfalls noch einer Debatte.

Die von den Herausgebern geförderte Wiedergabe von Originaltexten hat den Vorteil, dass man den Inhalt dieser Texte dem gegenüber stellen kann, wofür sie zitiert werden. Das führt zu mancherlei Überraschung. Die Klassikertexte sind vielfach weniger eindeutig als die Thesen, für die sie in der Diskussion stehen. So rechnet man Franz Böhm zu den Ordoliberalen und stellt diese vielfach als Vorläufer eines Neoliberalismus dar, der staatliche Interventionen skeptisch betrachtet.³⁴ Vor diesem Hintergrund ist es interessant, wie stark Böhm in seinem Text zur Privatrechtsgesellschaft die „gesellschaftliche und politische *Erziehung*“ betont und dabei auch die dafür erforderlichen „erheblichen gemeinsamen Institutionen und Investitionen“ befürwortet.³⁵ Er ist in diesem Optimismus über die Möglichkeiten staatlicher Erziehung ganz Kind seiner Zeit und entwickelt damit Argumente, die eher für eine stärkere als für eine schwächere Rolle des Staates sprechen. Ausdrücklich erklärt er die Privatrechtsgesellschaft für ungeeignet, gemeinnützige Vereinigungen hervorzubringen.³⁶ Wer bei ihm argumentative Schützenhilfe für Privatisierungen sucht, wird daher mitunter das Gegenteil finden.

Ähnlich überraschend ist Coases Artikel „The Problem of Social Cost“.³⁷ Er zeigt nicht nur, dass sich bei fehlenden Transaktionskosten die vom Gesetz vorgegebene Verantwortung nicht auf das Ergebnis auswirkt, weil sich unabhängig von ihr die effizienteste Lösung stets durch Verträge herbeiführen lässt.³⁸ Trotz der damit aufkommenden Zweifel an den Möglichkeiten staatlicher Regulierung betont er zugleich, dass diese bisweilen zu einer Verbesserung der Effizienz führt.³⁹ Das würde staatliche Regulierung nicht auf den Schutz Schwächerer oder andere ethische Gründe, sondern bereits auf wirtschaftliche Notwendigkeiten zurückführen. Im Gegensatz zu neueren rechtsökonomischen Arbeiten⁴⁰ analysiert Coase sodann ausführlich die Rechtsprechung und diskutiert an ihr die tatsächlichen Vor- und Nachteile von Regulierung. Das geht weit über seine theoretischen Modelle hinaus, welche am Anfang des Aufsatzes stehen und die Rezeption von Coase geprägt haben. Die Beschäftigung mit solchen Klassikern lässt sich daher nicht nur durch den

33 S. 1382.

34 Stellvertretend R. Ptak, in: C. Butterwegge (Hrsg.), Kritik des Neoliberalismus, 2. Aufl., 2008, S. 13, 75.

35 S. 449.

36 S. 449.

37 S. 196 ff.

38 S. 196 ff.

39 S. 214.

40 Stellvertretend Kaplow/Shavell, S. 933 ff.

Wunsch motivieren, „auf den Schultern von Riesen“ zu stehen,⁴¹ sondern auch damit, dass diese Riesen vielfach mehr gesehen haben als das, was man später aus ihrem Blick gelesen hat. Dies gilt umso mehr, wenn diese Klassiker wie etwa Wiacker⁴² außerordentlich bescheiden auftreten und damit nach wie vor Maßstäbe dafür setzen, mit welcher Vorsicht man sich Großtheorien über das Recht nähern sollte.

Schließlich wird an Originaltexten das Ringen um eine Theorie deutlicher, als wenn man sich auf deren Darstellung in fertiger Form beschränkt. Denn selbst wenn die Angabe der zentralen Thesen gelingt, müssten dabei die Widersprüche geglättet werden, die in der Theorieentwicklung vielfach zu konstatieren sind. Deshalb bleibt in der Kritik einer Theorie häufig übersehen, dass die als überwunden geglaubten Klassiker Gegenargumente bereits berücksichtigt, ihre Theorie auf sie angepasst oder zumindest mit ihnen gerungen haben. Beispielsweise mag man fragen, wie Gierkes Theorie juristischer Personen als reale Gesamtperson⁴³ damit vereinbar ist, dass juristische Personen auf dem Recht und damit auf einer normativen Grundlage beruhen. Gierke begreift Personen jedoch erstaunlicherweise nicht als soziale Phänomene, die ein Eigenleben führen und sich daher von ihren rechtlichen Grundlagen emanzipieren können, sondern hält auch insoweit das Gesetzesrecht für beherrschend.⁴⁴ Die „sociale That“, in der sich nach ihm die „Lebensaufgabe der Körperschaften“ erfüllt,⁴⁵ ist deshalb für ihn kein Anlass, den Boden des Gesetzes zu verlassen. Er ist insoweit positivistischer, als man seine These von der realen Gesamtperson zunächst verstehen mag.

b) Privatrechtsrelevanz

Der Titel „Privatrechtstheorie“ schafft gegenüber der allgemeinen Rechtstheorie eine wichtige Einschränkung auf das Privatrecht. Entsprechend hat man es nicht mit Kelsen, Hart und Alexy zu tun. Vielmehr kommen stärker privatrechtliche Themen zur Sprache, etwa wenn Kübler das Verhältnis von Privatrecht und Demokratie erörtert, Calabresi die Risikoverteilung im Deliktsrecht und Raiser die Möglichkeiten der Vertragsfreiheit.⁴⁶

Bei vielen anderen Texten ist der Bezug auf das Privatrecht allerdings nicht in gleicher Weise zum Greifen nahe. Sie betreffen andere Rechtsgebiete mindestens genauso wie das Privatrecht und sind für dieses daher nicht spezifisch. So gelten Ro-

41 Die Metapher wird auf Bernhard von Chartres zurückgeführt, A. Speer, Die entdeckte Natur, 1995, S. 76.

42 Etwa S. 832 mit der Selbsteinschätzung, einen „kleinen Beitrag“ einer „nicht leichten“ Aufgabe zu widmen.

43 S. 1472.

44 S. 1475.

45 S. 1474.

46 S. 764 ff; 903 ff; 1178 ff.

nald Dworkins Ausführungen zur Entscheidung von Zweifelsfällen dem gesamten Recht⁴⁷ und ist seine These der Maßgeblichkeit von Prinzipien damit nicht auf das Privatrecht begrenzt. Aufgrund der Nähe von Prinzipien zu den Grundrechten⁴⁸ steht er dem öffentlichen Recht womöglich sogar näher als dem Privatrecht. Ebenso ist die Diskussion von Raz, welche Eigenart Interpretation aufweist,⁴⁹ nicht privatrechtsspezifisch. Sie verläuft auf einer theoretischen Ebene oberhalb der Unterscheidung von Privat-, Straf- und öffentlichem Recht. Ihm geht es ganz generell um Interpretation. Nur kurz wendet er sich „dem Recht“ zu, ohne dabei zwischen diesen Gebieten zu unterscheiden.⁵⁰ Diese Texte sind damit zwar für das Privatrecht relevant, hätten aber genauso gut in einer allgemeinen Sammlung zur Rechtstheorie Platz finden können.

Noch stärker stellt sich die Frage nach der Verbindung zwischen Titel und Texten bei denjenigen Werken, die sich nur lose auf das Recht beziehen und stattdessen andere Themen wie etwa allgemeine soziologische oder ökonomische Entwicklungen untersuchen. Die Rechtslage und die Arbeiten von Rechtswissenschaftlern übergehen sie vielfach.⁵¹ Das gilt etwa für Ulrich Becks „Risikogesellschaft“, in der er die Folgen der Modernisierung beschreibt und generell nach dem Rationalitätsanspruch der Wissenschaften bei der Definition von Risiken fragt.⁵² Man mag mit Beck betonen, dass industrielle Risiken und Zerstörungen „das Leben eines Gras-halms im bayrischen Wald letztlich mit wirksamen Abkommen über internationale Schadstoffbekämpfung“ verkoppeln⁵³ und auf diese Weise auch Bezüge zum Recht schaffen. Die Konsequenz davon allerdings ist, dass man kaum noch entscheiden kann, was zur Privatrechtstheorie gehört und was nicht. Denn dann hängt alles mit allem zusammen und jede Wissenschaft hätte Relevanz für das Privatrecht. Das steht in einer Spannung zum Anliegen der Herausgeber,⁵⁴ mit der Textsammlung ein Manifest für die Privatrechtstheorie zu schaffen. Denn um Thesen zu ihr zu entwickeln, müsste sie deren Themen zunächst von anderen Gebieten abgrenzen.

c) Einteilung

Der Sammelband geht auf ein universitäres Seminar zurück.⁵⁵ Das ist am stärksten bei der Einteilung der Kapitel zu spüren. Denn die Unterscheidung nach einzelnen

47 S. 562.

48 Stellvertretend R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., 1994, S. 104 ff.

49 S. 98 ff.

50 S. 115.

51 Das konstatiert Micklitz, S. 1661 auch zu Hall/Soskice.

52 S. 1211. Weitere Beispiele sind Foucaults Überlegungen über Wahrheit und Macht, S. 1064 ff, Habermas' Text „Paradigms of Law“, S. 860 ff sowie Hall/Soskices Einleitung in die „Varieties of Capitalism“, S. 1673 ff.

53 S. 1220.

54 S. 1.

55 S. VII.

Themen mit der Begrenzung auf jeweils zwei bis drei Texte folgt dem Rhythmus eines Seminars, in dessen Einheiten jeweils nur eine sehr begrenzte Zahl an Texten diskutiert werden kann. Viele kleine Einheiten sind in diesem Rahmen sinnvoller als wenige große Kapitel, die eher dem Format einer Monographie entsprechen. Allerdings fügt sich dies nicht unbedingt zu einer allein am Inhalt orientierten Gliederung. Bei den 27 Kapiteln hat man es kaum mit 27 Fragen auf einer systematischen Ebene zu tun, sodass man daran keine strengen Ordnungsmaßstäbe anlegen darf.

So steht das 19. Kapitel unter der Überschrift „Theorie des Unternehmens“ und enthält Gierkes bereits erwähnten Text über die juristische Person als reale Gesamtperson. Demgegenüber findet sich die Gegenthese, dass Organisationen „einfach nur rechtliche Fiktionen“ sind, erst im nachfolgenden Kapitel.⁵⁶ Dieses allerdings steht unter der Überschrift „Akteure in Organisationen“, sodass man dort eine von den Akteuren unabhängige Entgegnung zum Charakter einer juristischen Person nicht vermutet. Zu Franz Böhms These im sechsten Kapitel, dass „das Volk“ durch den Wettbewerb vor sozialer Macht geschützt werde,⁵⁷ findet sich in gleicher Weise die Gegenposition erst im 18. Kapitel. Dort meldet Norbert Reich Zweifel daran, ob der Wettbewerb „des Verbrauchers bester Freund“ ist.⁵⁸ Die Überschrift des 18. Kapitels „Bürgerstatus und Privatrecht“ lässt diesen Bezug zum Thema „Gesellschaftsordnung und Privatrecht“ nicht unmittelbar erkennen. Die Empfehlung der Herausgeber, die in den einzelnen Kapiteln wiedergegebenen unterschiedlichen Texte gemeinsam zu betrachten,⁵⁹ lässt sich daher auf den gesamten Sammelband erstrecken.

d) Einleitungen

Für die Lektüre außerordentlich hilfreich sind die Einleitungen. Sie stellen die einzelnen Werke in den Kontext, vor dem sie entstanden sind. Das ist insbesondere dort wichtig, wo sich die Texte auf andere, nicht abgedruckte Werke beziehen und deren Kenntnis voraussetzen.⁶⁰ Ebenso sind sie für diejenigen Werke eine wichtige Ergänzung, welche einerseits eine enorme Wirkung entfaltet haben und schon deshalb nach wie vor lesenswert sind, andererseits aber nur einen Zwischenschritt in der Debatte darstellen. In diesem Fall ist es wichtig zu erfahren, ob die Debatte darüber hinausgegangen ist, etwa weil die theoretischen Annahmen inzwischen empirisch belegt oder widerlegt sind.⁶¹ Überdies geben die Einleitungen der Herausgeber kenntnisreiche Überblicke über den theoretischen Hintergrund, ohne den sich

⁵⁶ Jensen/Meckling, S. 1545, 1551.

⁵⁷ S. 451.

⁵⁸ S. 1446.

⁵⁹ S. 3, 9.

⁶⁰ Etwa Kaplow/Shavell, S. 933 ff, 948, die auf eine Diskussion ihrer eigenen Vorarbeiten eingehen.

⁶¹ So etwa bei der Transaktionskostentheorie, dazu Grundmann, S. 167, 178.

die Bedeutung der Texte kaum erschließt. Das gilt etwa für die überaus lesenswerten Überblicke über die Institutionenökonomie,⁶² die Legal Origins Theory⁶³ sowie die Transnationalisierung des Rechts.⁶⁴

In den Einleitungen kehren vielfach Themen wieder, die bereits an anderer Stelle erörtert wurden. So betont Micklitz das von Bodenheimer herausgearbeitete Spannungsverhältnis zwischen „individual rights theory“ und „public interest thinking“. ⁶⁵ Dieses kommt bereits im vorherigen Kapitel unter Habermas' Begriff der „Gleichursprünglichkeit privater und öffentlicher Autonomie“⁶⁶ zur Sprache. Querbezüge bestehen ebenso bei Küblers Text zu „Privatrecht und Demokratie“,⁶⁷ der sich auf Franz Böhms ebenfalls in der Sammlung enthaltenen Text „Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft“⁶⁸ bezieht.

Dass die Einleitungen und Lektürehinweise diese Bezüge nicht immer hervorheben, dürfte womöglich daran liegen, dass sie von unterschiedlichen Personen stammen, die verschiedene und bisweilen entgegengesetzte Akzente setzen. Während Grundmann im Zusammenhang mit Böhm ohne Distanzierung von der „moralischen Überlegenheit einer Privatrechtsgesellschaft“ spricht,⁶⁹ betont Micklitz ebenfalls ohne Distanzierung die „Politisierung [des Privatrechts] durch Demokratisierung“.⁷⁰ Auch wenn sich beides begrifflich nicht ausschließt, ist deutlich, dass damit entgegengesetzte Programme verbunden sind, nämlich eine stärkere oder schwächere Regulierung des Privatrechts.

In ähnlicher Weise treten Unterschiede bei der Frage hervor, welcher Einfluss Unternehmensinhabern zukommt. Während Micklitz dazu Marx heranzieht und diesem attestiert, die Teilung zwischen Produzenten und Arbeitern „präzise analysiert“ zu haben,⁷¹ konstatiert Grundmann im Anschluss an Berle/Means sowie Jensen/Meckling, dass sich der Begriff des Eigentums radikal gewandelt habe, indem die Eigentümer aus der Kontrollposition verdrängt seien.⁷² Stimmt man dieser Analyse zu, so wird zweifelhaft, wer in marxistischer Vorstellung als Produzent gilt. Das könnten einerseits die „Eigentümer an den Produktionsmitteln“ sein, zu denen dann aber auch Kleinaktionäre gehören, oder die Mitglieder der Unterneh-

62 Grundmann, S. 1585 ff.

63 Micklitz, S. 1654 ff.

64 Renner, S. 1871 ff.

65 S. 350.

66 S. 326 ff.

67 S. 764 ff.

68 S. 444 ff.

69 S. 407.

70 S. 725.

71 S. 1382.

72 S. 1526.

mensführung, die ihrerseits aus Arbeitnehmern besteht. Mit der marxistischen Unterscheidung von Produzenten und Arbeitern lässt sich das kaum „präzise analysieren“.

Dass die Herausgeber unterschiedlicher Ansicht sind, ist bei Rechtswissenschaftlern verschiedener Generation sowie Prägungen nicht anders zu erwarten. Diese Unterschiede hätten allerdings auch ausdrücklich betont werden können. Der Anspruch, ein gemeinsames Manifest zu schaffen, suggeriert demgegenüber, dass man es mit einem einheitlichen theoretischen Programm zu tun hat.

e) Historisierung

Bei allen Unterschieden zwischen den Herausgebern gibt es einen Rechtswissenschaftler, dessen Thesen bei allen eine prominente Rolle spielen. Dabei handelt es sich um Franz Wieacker,⁷³ dessen weiträumiger Überblick über die europäische Rechtsgeschichte offenbar nach wie vor maßstabsbildend ist. Die Anlehnung an ihn ist kein Zufall, da die Herausgeber selbst nach einer „zeitgemäßen Privatrechtstheorie“ fragen.⁷⁴ Das setzt der Kategorie nach eine historische Einordnung voraus. Sie ist weniger an der Frage orientiert, welche Theorie richtig ist oder aufgrund ihrer Sachargumente zu überzeugen vermag. Vielmehr geht es bei der Zeitgemäßheit um die Frage, welche Theorie zur heutigen wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung passt. Erforderlich ist dann ein diagnostischer Fernblick und nicht eine Detailanalyse von Argumenten. Obgleich damit sachlich nichts entschieden ist, kann eine derartige Perspektive zur Einordnung eines Textes in seine Entstehungsbedingung durchaus sinnvoll sein und genau darin liegt eine Stärke der Einleitungen.

Ein derartiger historisierender Überblick hat allerdings auch Nachteile, insbesondere wenn er nicht durch die Quellen belegt ist. Diese Nachteile sind ebenfalls im Sammelband benannt. Dort warnt Franz Böhm vor „soziologisierenden, historisierenden und psychologisierenden Betrachtungsweisen, die sich für geschichtliche Entwicklungsgesetze interessieren, die sozusagen das historische Gras wachsen hören wollen“.⁷⁵ Bei einer derartigen Betrachtung der Entwicklung und der Frage nach einer zeitgemäßen Theorie bleibt die argumentative Kraft von Texten unentfaltet. Diese ist zeitunabhängig und erklärt mit, warum sich Texte in späteren Epochen durchsetzen und zum Klassiker werden.

Die von Wieacker übernommenen historischen Einschätzungen sind nicht unproblematisch. Sie bringen die Gefahr mit sich, Stereotype über einen Liberalismus des 19. Jahrhunderts und eine erst im 20. Jahrhundert vollzogene Materialisierung des

73 U.a. S. 27, 351, 822 f, 1037.

74 S. 4.

75 S. 1053.

Privatrechts zu wiederholen, die historisch belastet sind und durch die neuere Forschung überholt⁷⁶ sein dürften. So spricht Renner davon, dass „die formal-liberale Grundausrichtung der Privatrechtsordnung“ zum ersten Mal nach dem Ersten Weltkrieg grundsätzlich infrage gestellt wurde.⁷⁷ Demgegenüber ist zu betonen, dass das BGB von Beginn an schon aufgrund §§ 138, 242, 826 BGB eine Vielzahl von materiellen Wertungen erforderte. Formale Ordnungen ohne jegliche inhaltliche Entscheidung sind eher eine im 20. Jahrhundert prominent gewordene Vorstellung. Überdies lässt sich das BGB nur vor dem Hintergrund der kurz vor ihm verabschiedeten Bismarckschen Sozialgesetze⁷⁸ verstehen, sodass sich sein Liberalismus nicht in den Gegensatz zur sozialen Verantwortung bringen lässt. Diesen Zusammenhang hat interessanterweise selbst Wieacker erwähnt, der in der Sozialgesetzgebung statt einer wichtigen Ergänzung „autoritäre und wohlfahrtsstaatliche Vorbehalte“ erblickt.⁷⁹ Das zeigt einmal mehr, wie wichtig die Auseinandersetzung mit den Originaltexten ist. In ihnen ist im Kern vielfach bereits eine Entgegnung angelegt.

Historisch keineswegs „zum Allgemeingut“ dürfte die Ansicht von Micklitz zählen, dass „alle großen Kodifikationen“ vordemokratisch seien und auf einem „mehr oder weniger autoritären Prozess“ beruhen.⁸⁰ Denn immerhin war der Deutsche Reichstag aus demokratischen Wahlen hervorgegangen, wenn man einmal davon absieht, dass Frauen von der Wahl ausgeschlossen waren. Angesichts der breiten Mehrheiten für das BGB im Reichstag⁸¹ und den selbst nach heutigem Maßstab großen Partizipationsmöglichkeiten für die Öffentlichkeit ist die Bezeichnung als autoritär daher irreführend. In gleicher Weise könnte man die Rechtssetzung in der EU kritisieren, bei der es bekanntlich an einer gleichgewichtigen Repräsentation⁸² aller Bürger fehlt. Das führt Micklitz in der Beschäftigung mit der EU allerdings nicht zu einem derartigen Schluss.⁸³ Fragt man nach dem Inhalt des BGB, so fällt auf, dass es gerade die totalitären Regime waren, die das BGB abschafften (DDR) oder abzuschaffen versuchten (Drittes Reich), während der heutige demokratische Gesetzgeber weite Teile des BGB intakt gelassen hat. Mit einem vordemokratischen Inhalt ließe sich das nicht erklären.

76 Erwa S. Hofer, Freiheit ohne Grenzen?, 2000, S. 275; S. Meder, JZ 2010, 474, 481; J. Rückert, JZ 2003, 749, 751.

77 S. 822.

78 J. Rückert, JZ 2003, 749, 751.

79 S. 847.

80 S. 708.

81 G. Planck, BGB, 2. Aufl., 1898, S. 16. Bereits für Thibaut betont Kübler, S. 770, den „demokratischen Moment“ der Kodifikation aufgrund des angestrebten Konsens.

82 Art. 14 Abs. 2 S. 3-4 EUV.

83 S. 1792 ff.

f) Systemtheoretische Anleihen

Zum Verständnis des Sammelbandes noch wichtiger als Wieacker dürfte Niklas Luhmann und in dessen Folge Gunther Teubner sein. Nicht nur sind beide prominent wiedergegeben.⁸⁴ Vielmehr prägen sie an vielen Stellen die Terminologie und Perspektive, mit der die Herausgeber die Privatrechtstheorie betrachten und die übrigen Texte auswählen. Rechtstheorie ist für sie eine Reflexionstheorie, die ein Nachdenken über das Recht im Recht selbst ermögliche.⁸⁵ Diese Formulierung fügt sich zwar gut in eine systemtheoretische Sprache ein, lässt aber gleichwohl nicht erkennen, was genau sie meint. Wie unterscheidet sich ein Nachdenken im Recht von einem Nachdenken außerhalb des Rechts? Regeln für das Denken enthält das Recht nicht, sodass unklar ist, was ein Nachdenken im Recht meint. Was aber dann? Solange das Recht selbst kein denkendes Subjekt ist, handelt es sich daher um eine Metapher, die einer Auflösung bedarf.

Renner konstatiert derartige Schwierigkeiten der „fast hermetisch erscheinenden Sprache“ Luhmanns, spricht ihm aber gleichwohl eine „einzigartige analytische und epistemologische Strenge“ zu.⁸⁶ Interessant ist vor diesem Hintergrund, dass Luhmann im sodann wiedergegebenen Text auf die Verwirrungen eingeht, die der für die Systemtheorie zentrale Begriff der Autonomie in den Sozialwissenschaften mit sich gebracht hat.⁸⁷ Anstatt ein etwaiges diesen Verwirrungen zugrunde liegendes Missverständnis aufzuklären oder den Begriff genauer zu fassen, behält Luhmann ihn bei, „weil gerade jene Konfusion zum Nachdenken“ anrege.⁸⁸ Die „analytische und epistemologische Strenge“ weicht somit nach Luhmanns eigener Einschätzung einem strategischen Begriffsgebrauch, der sich weniger an dem bezeichneten Sachverhalt orientiert als an der Rolle, die er innerhalb der Kommunikation spielen soll. Vom systemtheoretischen Standpunkt aus, nach dem Sinn ohnehin nur in Kommunikation entsteht,⁸⁹ ist das durchaus konsequent. Eine Privatrechtstheorie als Theorie über das Privatrecht kann es dann allerdings nicht geben, sondern lediglich eine Theorie über die Art und Weise, wie über Privatrecht gesprochen wird. Man muss sich dafür auf voraussetzungsreiche systemtheoretische Begriffe einlassen, deren Plausibilität fragwürdig ist, so konsequent sie innerhalb der Systemtheorie auch gebraucht sein mögen.

Der Verzicht auf eine die einzelnen Texte vereinende Privatrechtstheorie fügt sich ebenfalls gut in eine systemtheoretische Betrachtung. Denn wenn man „eine Spaltung der Gesellschaft in verschiedene konfligierende und letztlich unvereinbare Ra-

84 S. 290 ff, 1266 ff, 1903 ff.

85 S. 4.

86 S. 278.

87 S. 297.

88 S. 298.

89 Oben bei Fn. 7 ff.

tionalitäten“ annimmt,⁹⁰ liegt es nahe, keine „Rationalität“ samt der ihr zugrunde liegenden Theorie für maßgeblich zu erklären und sich stattdessen auf äußere großflächige Beobachtungen zurückzuziehen. Genau diese sind ein zentrales Thema der Systemtheorie.⁹¹ Die Diskussion lässt sich dann nicht mehr sinnvoll auf der Ebene der Argumente auswerten, sondern nur noch von Ferne mit Hilfe systemtheoretischer Begriffe analysieren.

Paradoxerweise kann das Ergebnis von Systemtheorie daher auch die Abwendung von Theorie sein. Denn diese wäre immer nur Ausdruck unvereinbarer Rationalitäten, die in geschlossenen Subsystemen zur Erfüllung einer bestimmten Funktion entwickelt würden. Das erklärt zugleich, warum der Sammelband ausdrücklich „nicht der Rechtsphilosophie“ gilt⁹² und die Philosophie nur noch als Gesellschafts-,⁹³ nicht mehr aber als Geisteswissenschaft begreift. Offen bleibt dabei allerdings die Frage, ob und wie man eine Privatrechtstheorie entwickeln kann, ohne rechtsphilosophische Fragen zu entscheiden.

4. Thesen zur Privatrechtstheorie

Der bereits erwähnte Anspruch des Sammelbandes, ein Manifest zu schaffen,⁹⁴ ist aufs Engste mit den ihm vorangestellten Thesen verbunden. Diese geben die Eigenschaften an, die eine Privatrechtstheorie nach Auffassung der Herausgeber aufweisen muss. Danach soll eine Privatrechtstheorie einen pluralistischen a), rechtsvergleichenden b), anwendungsbezogenen c) sowie staatsunabhängigen Charakter d) tragen.

a) Pluralismus

Nach der ersten These ist die Privatrechtstheorie pluralistisch. Darunter verstehen die Herausgeber die Verbindung zu anderen Disziplinen wie insbesondere zur Rechtsökonomik, Rechtssoziologie und zur Rechtsphilosophie. Das entspreche dem normativen Leitbild des Wertpluralismus.⁹⁵ Gemeint ist demnach sowohl eine Pluralität der für normative Entscheidungen maßgeblichen Werte als auch eine Pluralität der Methoden und Themen.

Der disziplinäre Pluralismus spiegelt sich in der Vielfalt der in den Sammelband aufgenommenen Texte wider. Die Bandbreite soziologischer, ökonomischer und politologischer Aufsätze ist enorm. Betrachtet man allerdings die Texte isoliert, so fällt auf, dass sie ihrerseits nur zum kleinen Teil Raum für einen derartigen Plura-

90 Renner über Luhmann, S. 1876.

91 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 51 ff.

92 S. 2.

93 S. 17.

94 S. 1. Den Begriff Manifest nimmt Grundmann später auch zur Charakterisierung anderer besonders prägender Texte auf, S. 441, 970.

95 S. 2.

lismus lassen. Etwa gehen die zitierten ökonomischen und soziologischen Theorien aus der neueren Zeit kaum auf das Recht oder die Rechtswissenschaft ein,⁹⁶ scheuen sich aber nicht, Vorgaben für das Recht aufzustellen. Entweder leiden sie also an einem Mangel des von den Herausgebern geforderten Pluralismus oder zeigen, dass sich auch ohne diesen maßgebliche Theorien entwickeln lassen.

Die Forderung nach Pluralismus lässt offen, ob die Privatrechtstheorie plurale Quellen lediglich berücksichtigen oder ihrerseits pluraler Art sein muss. Ersteres leuchtet angesichts der engen Verknüpfung rechtlicher Phänomene mit geschichtlichen sowie wirtschaftlichen Entwicklungen ein und erklärt die Konzeption des Sammelbandes. Da die These allerdings stärker formuliert ist („Privatrechtstheorie ist pluralistisch.“), bleibt zu erklären, worin diese Pluralität besteht. Sie setzt zumindest eine enorme Synthetisierungsleistung voraus, um die verschiedenen Theorien miteinander zu verknüpfen. Die postmoderne Theorie von Foucault wäre etwa mit der ordoliberalen Theorie von Böhm zu verbinden, MacCormicks Darlegungen zur sozialen Demokratie mit Ellicksons Kategorisierungen der sozialen Kontrolle. Solange offen ist, ob und wie diese Verbindung gelingt, hat man es mit einem Theorienmosaik zu tun, das zwar die Anforderung der Pluralität, nicht aber die der Kohärenz erfüllt. Das kann bei einem Sammelband kaum anders sein, schränkt aber den Anspruch auf den Entwurf einer eigenen Theorie ein.

b) Vergleichender Charakter

Privatrechtstheorie soll nach der zweiten These der Herausgeber vergleichend sein. Dafür seien unterschiedliche Rechtsordnungen und Theorietraditionen zu berücksichtigen.⁹⁷ Für die Theorien wird damit der Anspruch der Pluralität wiederholt. Weiter geht jedoch die Forderung nach Einbeziehung anderer Rechtsordnungen. Das Buch löst diese dadurch ein, dass es eine Reihe von aus der englischen, französischen und italienischen Diskussion stammenden Texten wiedergibt. Wenn überhaupt das Recht dort eine Rolle spielt, so kommen die Beispiele aus anderen Rechtsordnungen. Das gilt etwa für einen Essay aus Dworkins „Taking Rights Seriously“ und MacKinnons Aufsatz „Sexual Harassment of Working Women“.⁹⁸

Der Begriff „vergleichend“ ist für eine Privatrechtstheorie gleichwohl nicht selbstverständlich, weil er annimmt, dass eine Größe mit einer anderen Größe verglichen würde. Die deutsche Rechtsordnung spielt aber in den Texten eine so untergeordnete Rolle, dass sie kaum als Referenzgröße gemeint sein dürfte, mit der andere Rechtsordnungen zu vergleichen sind. Da das Thema die Privatrechtstheorie ist, dürfte der Sammelband von vornherein auf einer Ebene angesiedelt sein, die jenseits des Vergleichs verschiedener Rechtsordnungen liegt. Auf ihr ließen sich zwar

96 Etwa Beck, S. 1200 ff; Hall/Soskice, 1273 ff; Granovetter, S. 2033 ff.

97 S. 2.

98 S. 546 ff; 1097 ff.

verschiedene Theorien miteinander vergleichen, jedoch nicht verschiedene Rechtsordnungen, weil die dogmatischen Unterschiede dafür keine Rolle spielen.

Versteht man den Anspruch nach dem vergleichenden Charakter der Privatrechtstheorie aber schlicht in dem Sinne, dass nicht nur die deutschsprachige Debatte berücksichtigt werden soll, so ist er ohne weiteres nachvollziehbar. Die Güte der für eine Privatrechtstheorie maßgeblichen Argumente hängt weder davon ab, ob diese auf Deutsch formuliert sind, noch davon, ob sie aus einer bestimmten Rechtsordnung stammen. In der Einlösung dieses internationalen Anspruchs geht der Sammelband sehr weit. Er verlangt vom Leser nicht nur die inzwischen selbstverständliche Lektüre englischer Texte, sondern setzt ebenso voraus, Italienisch und Französisch zu beherrschen. Zumindest dem Rezensenten bleiben damit einige Texte verschlossen.

Der Verzicht auf die Übersetzung französischer und italienischer Texte ist umso bedauerlicher, als der Verlag ohnehin eine Übersetzung ins Englische plant⁹⁹ und man daher etwa die italienischen Texte durchgängig¹⁰⁰ auf Englisch oder Deutsch hätte wiedergeben können. Die zunehmende Globalisierung spricht dafür, sich auf das Englische als *lingua franca* zu verständigen, weil es keinen weitergehenden Sprachenkanon gibt, den man als selbstverständlich voraussetzen kann. So „wundervoll“¹⁰¹ das Französisch ist, das die abgedruckten Texte und mehrzeiligen Zitate¹⁰² kennzeichnet, so stark stellt sich die Frage, wie groß die Schar derjenigen ist, die dies in einem Buch zur Privatrechtstheorie nachvollziehen können.

Ebenfalls sehr weit geht der internationale Anspruch, wenn Texte deutscher Autoren auf Englisch veröffentlicht sind, obwohl sie ursprünglich auf Deutsch verfasst wurden und das Buch für den deutschsprachigen Raum bestimmt ist.¹⁰³ Denn nach aller Erfahrung ist eine Übersetzung selten perfekt, da Begriffe gerade wegen des von den Herausgebern betonten Kommunikationszusammenhangs in verschiedenen Sprachen unterschiedliche Assoziationen wecken. Daher wären die deutschen Originaltexte nicht nur besser verständlich, sondern meist auch authentischer gewesen.

99 S. X.

100 Übersetzt ist das ursprünglich offenbar auf Italienisch abgedruckte Interview mit Foucault, S. 1064 ff.

101 Micklitz, S. 1144, zu L. Josserand.

102 So auf S. 713 f, 1392.

103 So bei Teubners Text „Societal Constitutionalism“ von 2004, S. 1266 ff, der auf Deutsch bereits 2003 in der Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63, 2003, 1 ff erschien. Gleiches gilt für Teubners Text „Global Bukowina“ von 1997, S. 1903 ff, der 1996 im Rechtshistorischen Journal 15, 1996, 255 ff abgedruckt wurde.

c) Anwendungsbezug

Die dritte These fordert einen Anwendungsbezug der Privatrechtstheorie.¹⁰⁴ Das wirft im Vergleich zu den anderen Thesen die meisten Fragen auf. Denn unklar ist, ob die kategorische Aussage „Privatrechtstheorie ist anwendungsbezogen“ eine notwendige Eigenschaft dieser Theorie formuliert. Dann könnte es eine nicht anwendungsbezogene Privatrechtstheorie bereits begrifflich nicht geben. In ihrer Entwicklung müsste man sich über den Anwendungsbezug keine Gedanken machen, weil er sich von allein einstellte. Dann bedürfte es allerdings auch nicht der Hervorhebung durch eine These. Gemeint sein dürfte damit eher, dass Privatrechtstheorie einen Anwendungsbezug haben sollte, diesen aber nicht immer hat. Das wirft die Frage auf, ob es Privatrechtstheorien gibt, die theoretisch überzeugen, aufgrund fehlenden Anwendungsbezugs aber nach Auffassung der Herausgeber keine Rolle spielen sollen.

Die Herausgeber kontrastieren den Anwendungsbezug mit der Rechtsphilosophie, die sie anders als die Rechtsgeschichte und -soziologie nicht in den Kreis der Disziplinen aufnehmen, in dem das Privatrecht steht.¹⁰⁵ Gleichwohl wird ihre Wichtigkeit an einigen Stellen¹⁰⁶ betont und ist sie durch Texte¹⁰⁷ von Rawls, Dworkin und Raz vertreten. Offenbar fehlt es zumindest diesen Texten nicht am Anwendungsbezug, obwohl deren Überlegungen denkbar abstrakt sind, wie Rawls' Figur des fiktiven Urzustands zeigt.

Die Herausgeber beschreiben den Anwendungsbezug des Weiteren dadurch, dass die von der jeweiligen Theorie beantwortete Frage für die Rechtswissenschaft und -praxis relevant ist und sich im Recht „re-konstruieren“ lasse.¹⁰⁸ Problematisch wären danach auf den ersten Blick Thesen, die in der Theorie überzeugten, für die Praxis aber irrelevant wären. Mit einem derartigen Vorwurf hat sich bereits Kant in seiner Schrift „Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“¹⁰⁹ auseinandergesetzt. Sein nach wie vor überzeugendes Gegenargument lautet schlicht, dass das, was „für die Theorie richtig ist, auch für die Praxis gelten müsse“.¹¹⁰ Zutreffende Aussagen setzen sich daher sowohl auf Ebene der Theorie als auch auf der Ebene ihrer Anwendung durch.

Auf dogmatische Folgen darf es nach Auffassung der Herausgeber nicht ankommen, da sie für den Anwendungsbezug eine Relevanz für die Rechtswissenschaft

104 S. 2.

105 S. 41 ff.

106 Grundmann, S. 41; ebenso Micklitz, S. 632.

107 S. 98 ff, 472 ff, 546 ff.

108 S. 20.

109 I. Kant, 1793, Akademieausgabe, Bd. VIII, S. 275 ff.

110 Kant, aaO., S. 288.

genügen lassen.¹¹¹ Vielen Theorien geht es in der Tat zunächst allein um ein besseres Verständnis des Rechts, ohne dass unmittelbare rechtliche Konsequenzen davon abhängen. Gerade die von den Herausgebern vielfach herangezogene Systemtheorie strebt derartige Beobachtungen an.¹¹² In dogmatische Folgerungen lässt sie sich deshalb kaum umsetzen, was ihre prominente Berücksichtigung im Sammelband nicht verhindert hat. Genügt aber eine Relevanz für die Rechtswissenschaft für den Anwendungsbezug,¹¹³ verblasst dieses Kriterium, da sich die Rechtswissenschaft für alle mit dem Recht verbundenen Phänomene interessieren kann.

Auch die von den Herausgebern für den Anwendungsbezug gegebenen Beispiele bringen keine Klarheit, welche für sich genommen überzeugenden Theorien über das Recht allein aufgrund fehlenden Anwendungsbezugs nicht in einer Privatrechtstheorie berücksichtigt werden sollen. So vergleichen sie die Spieltheorie mit psychologischen Erkenntnissen von Kahnemann und Tversky, wonach Risikoentscheidungen unter Unsicherheit durch Rationalitätsbeschränkungen gekennzeichnet sind.¹¹⁴ Diese Erkenntnisse seien anders als die Spieltheorie in das Buch aufgenommen, weil letztere von idealisierten und damit nicht realistischen Bedingungen ausginge.¹¹⁵

Sieht man davon ab, dass die Spieltheorie ohnehin keine Privatrechtstheorie ist, reichen die ihr zugrunde liegenden idealisierten Bedingungen nicht aus, um einen Anwendungsbezug auszuschließen. Denn die Spieltheorie kann sich auf Aussagen darüber beschränken, was ein rationaler Akteur in einer bestimmten Situation entscheidet. Führt bereits dies zu Fehlanreizen in einem bestimmten Rechtssystem, ist ein auch praktisch höchst relevanter Grund gegeben, um die Anreize durch neue Regeln zu verändern. Auf Rationalitätsbeschränkungen kommt es dann nicht an, so hilfreich deren Kenntnis an anderer Stelle sein mag. Selbst wenn man die Ergebnisse der Spieltheorie ablehnt, wird man daher kaum ihren Anwendungsbezug bestreiten können.

Die für diesen Bezug maßgeblichen Fragen nach der Relevanz einer Theorie für Rechtswissenschaft und -praxis lassen sich nach Auffassung der Herausgeber nicht abstrakt beantworten.¹¹⁶ Diese Resignation erstaunt. Danach könnte man nicht einmal minimale Bedingungen formulieren, wann eine Theorie Praxisrelevanz erlangen darf. Es müsste jede abstrakte Antwort zur Frage unterbleiben, ob und wann eine Privatrechtstheorie mathematische Modelle, empirische Forschungen

111 S. 20.

112 Oben 3.F.

113 S. 20.

114 S. 20 ff., 26.

115 S. 26.

116 S. 20.

oder moralphilosophische Thesen aufnehmen darf. Ebenso müsste bereits aufgrund ihrer Abstraktheit die Frage ausgeblendet bleiben, ob die Anwendung einer Privatrechtstheorie im Vergleich zu sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen eine besondere Gewissheit voraussetzt. Dafür könnte immerhin sprechen, dass es im Recht letztlich um die Legitimation von Gewalt geht und deshalb für seine Entscheidungen eine höhere Gewissheit erforderlich ist als etwa bei bloßen Beschreibungen der Wirklichkeit. Es überrascht, dass ein der Theorie gewidmetes Buch deren Möglichkeiten so skeptisch beurteilt. Wenn sich Fragen nicht abstrakt beantworten lassen, hat die Theorie ausgedient.

d) Staatsunabhängigkeit

Am wenigsten kontrovers dürfte die vierte These sein, wonach die Privatrechtstheorie nicht staatsgebunden ist. Sie solle auch das Recht analysieren, das in der Europäischen Union und in transnationalen Zusammenhängen bestehe.¹¹⁷

Diese praktische Konsequenz dürfte kaum jemand bestreiten. Soll eine Privatrechtstheorie das geltende Recht erfassen, muss sie daher das EU-Recht sowie die im internationalen Handel maßgeblichen Normen zur Kenntnis nehmen. Dass bei diesen jeglicher Staatsbezug fehlt, ist angesichts der Einbettung in das nationale Recht allerdings weniger offensichtlich. Dies bedarf einer genaueren Analyse des Rechts- sowie Staatsbegriffs, was die bleibende Bedeutung der Rechtsphilosophie zeigt. Wenn etwa die staatliche Gesetzgebung im transnationalen Raum nur von begrenzter Wirkung ist,¹¹⁸ so bleibt fraglich, ob dies die Geltung der zugrunde liegenden staatlichen Normen ausschließt. Unterscheidet man strikt zwischen Geltung und Wirkung einer Norm,¹¹⁹ so lässt sich aus einer begrenzten Wirkung keine fehlende Geltung ableiten.

Die These der fehlenden Staatsbindung führt überdies dort zu einer gewissen Spannung, wo die Herausgeber die Konstitutionalisierung im Privatrecht betonen.¹²⁰ Versteht man darunter mit Micklitz „die Mobilisierung der Menschen- und Grundrechte zum Zwecke der Ausbildung einer gerechten Privatrechtsordnung“,¹²¹ so wird damit staatlichen Regelungen eine größere Bedeutung als bisher zugesprochen. Gleiches zeigt sich an der Forderung von Micklitz, die Klauselkontrolle erheblich auszudehnen. Diese Kontrolle sollte selbst diejenigen Klauseln erfassen, die inhaltlich ausgehandelt sind.¹²² Die Umsetzung dieses Programms dürfte den staatlichen Einfluss im Privatrecht eher erhöhen, als die These von der

117 S. 3.

118 S. 3.

119 Stellvertretend H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 10, der nur insoweit ein Verbindung zwischen beiden schafft, als eine minimale Wirkung eine Geltungsbedingung sei.

120 S. 623 ff, 1266 ff.

121 S. 626.

122 S. 639.

Staatsunabhängigkeit des Privatrechts zu belegen. Wer den Sammelband liest, wird jedoch etwa bei Coase, Canaris und Kaplow/Shavell genügend Argumente für die Nachteile derartiger Regulierungen finden,¹²³ um dieses Programm infrage zu stellen.

5. Zum Begriff der Privatrechtstheorie

Die Thesen der Herausgeber zur Privatrechtstheorie verdeutlichen, welche Eigenschaften eine derartige Theorie nach ihrer Auffassung haben soll. Gleichwohl ist damit auch von ihrem Standpunkt aus nicht hinreichend beschrieben, was eine Privatrechtstheorie ist. Denn eine Vielzahl von Theorien zu einzelnen dogmatischen Fragen kann die angegebenen Eigenschaften haben, ohne bereits dadurch eine Privatrechtstheorie zu sein. So können selbst Detailtheorien über eine Fristenregelung unterschiedliche Werte berücksichtigen, rechtsvergleichend verfahren, Auswirkungen auf die Entscheidung praktischer Fälle haben und nicht vom Staat abhängen. Daher bedarf es einer genaueren Bestimmung des Begriffs einer Privatrechtstheorie, die über die genannten Eigenschaften hinausgeht. Das gilt umso mehr, als ein erheblicher Teil der wiedergegebenen Texte weder aus dem Privatrecht stammt noch von Juristen verfasst ist.

Der Begriff der Privatrechtstheorie bewegt sich zwischen zwei Polen. Man kann sie als deutsches Äquivalent zum Begriff „private law theory“ begreifen, womit sie Teil der Rechtstheorie würde. Ihr ginge es dann als Privatrechts-Rechtstheorie darum anzugeben, was Privatrecht ist und auf welchen Gründen sowie Grundsätzen seine Institute beruhen. Methodisch wäre sie an einer Erfassung des Privatrechts als normativer Ordnung orientiert. So gibt es inzwischen insbesondere in der englischsprachigen Debatte eine Reihe von Werken, die einzelne privatrechtliche Institute wie den Vertrag oder das Eigentum theoretisch rekonstruieren.¹²⁴ Im Vordergrund stehen dabei wie in der Rechtstheorie generell die einzelnen Normen samt der für sie maßgeblichen Gründe. Diese Theorien sind im Sammelband interessanterweise nicht vertreten. Vielmehr legt er einen anderen Begriff von Privatrechtstheorie zugrunde.

Danach enthält eine Privatrechtstheorie generelle Aussagen über das Privatrecht, ohne dabei auf eine bestimmte Methode festgelegt zu sein. In diesem Sinne gehören auch soziologische und historische Abhandlungen über einzelne privatrechtliche Erscheinungen zu einer derartigen Theorie. Mit diesem Verständnis ließe sich etwa die Aufnahme von Webers „Wirtschaft und Gesellschaft“,¹²⁵ Luhmanns „Das

123 S. 196 ff.; 668 ff; 933 ff.

124 Etwa P. Benson (Hrsg.), *The Theory of Contract Law*, 2001; S. Smith, *Contract Theory*, 2004; E. Weinrib, *The Idea of Private Law*, 2012; weitere Nachweise und Rezeption bei F. Rödl, *Gerechtigkeit unter Gleichen*, 2015, S. 26 ff.

125 S. 133 ff.

Recht der Gesellschaft“¹²⁶ oder Böhms „Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft“¹²⁷ in den Sammelband begreifen. Dass sie eher die Wirkung als den Inhalt privatrechtlicher Normen zum Gegenstand haben, stünde dem nach einem weiten Verständnis von Privatrechtstheorie nicht entgegen.

Selbst mit diesem weiten Begriffsverständnis lassen sich die Texte des Sammelbandes jedoch nicht vollständig erfassen. Denn dieser enthält Texte, die für das Privatrecht nur insoweit von Relevanz sind, als sie privatrechtlich geregelte Sachverhalte analysieren. Das gilt etwa für Stiglers „The Economics of Information“, Akerlofs „The Market for ‚Lemons‘“ oder Williamsons „Transaction-Cost Economics“.¹²⁸ Zur Privatrechtstheorie gehören sie damit nur deshalb, weil sie das Verständnis erleichtern, warum es privatrechtliche Normen gibt und was ihre Wirkungen sind. Als Theorien des Privatrechts lassen sie sich allerdings kaum verstehen, weil sie weniger das Recht als die vom Recht geregelten Phänomene betreffen. Sie erfassen damit nur einen Ausschnitt dessen, was für privatrechtliche Normen maßgeblich ist.

Wenn Powell etwa Netzwerke beschreibt, die sich weder als Markt noch als Hierarchie verstehen lassen,¹²⁹ dann ist damit keine generelle These verbunden, wie das Privatrecht beschaffen ist oder wie es sich in der Praxis auswirkt. Es wird mit dem Netzwerk vielmehr ein einzelnes Phänomen thematisiert, das im Recht einen Niederschlag finden mag. Die in den Sammelband aufgenommenen Theorien umfassen daher entgegen dem mit dem Titel erweckten theoretischen Anspruch vielfach keine Thesen zu „dem“ oder einem Privatrecht, sondern beschränken sich auf einzelne rechtlich geregelte oder zumindest regelbare Sachverhalte. Auch darin unterscheiden sie sich von rechtstheoretischen Thesen über das gesamte Privatrecht.

Der Sammelband versucht damit einen für die aktuelle Diskussion bezeichnenden Spagat. Er erhebt einerseits durch den Titel sowie die Thesen einen erkennbar theoretischen Anspruch. Andererseits will er diesen mit Texten einlösen, die nur zum kleinen Teil allgemeine Theorien über das gesamte Privatrecht entwickeln. Die Frage nach der Privatrechtstheorie wird mit einem Theorienmosaik beantwortet.

An einigen Stellen enthält der Sammelband sogar Texte, die nicht einmal für einen bestimmten Bereich eine Theorie entwickeln, sondern sich mit genauen Beschreibungen einzelner Phänomene begnügen. Das nimmt ihnen nicht ihre Bedeutung, können doch auch diese Phänomene interessant und paradigmatisch für eine Viel-

126 S. 290 ff.

127 S. 444 ff.

128 S. 998 ff; 1015 ff; 1338 ff.

129 S. 1357 ff.

zahl von Erscheinungen sein. Dies gilt etwa für die faszinierende Studie von Bernstein über den Diamantenhandel. Trotz ihrer weitgehenden Überschrift „Opting out of the Legal System“ hält sie sich mit verallgemeinernden Aussagen zur Steuerungskraft staatlichen Privatrechts auffällig zurück.¹³⁰

6. Schluss

Der Sammelband „Privatrechtstheorie“ enthält eine große Zahl unterschiedlicher Texte, die entweder bereits zu den Klassikern gehören oder Themen ansprechen, die zu den klassischen Fragen einer Privatrechtstheorie zählen. Er verdeutlicht damit einerseits, wie zahlreich die Fragen und Themen sind, mit denen sich das Privatrecht auseinanderzusetzen hat. Andererseits zeigt er, wie viel Arbeit noch aussteht, um eine diesen Texten gerecht werdende Theorie des Privatrechts oder auch nur einzelner seiner Gebiete zu entwickeln. Denn sie könnte die verschiedenen Methoden und Thesen nicht nebeneinanderstellen, sondern müsste sich für deren Aufnahme oder Ablehnung entscheiden. Methodisch wäre dafür zunächst zu klären, unter welchen Voraussetzungen sich wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse im Recht sowie der es erfassenden Theorie rezipieren lassen. All das stellt die Leistung der Herausgeber nicht infrage, zentrale Texte für die theoretische Durchdringung des Privatrechts zusammengestellt und kenntnisreich kommentiert zu haben. Das entstehende Theorienmosaik enthält damit zwar selbst keine entfaltete Theorie. Aber es bereitet den Boden für sie. Das ist eine ganze Menge.

130 S. 1940 ff.