

## Privatrechtstheorie heute

Johanna Croon-Gestefeld\*

A. Format: Kritik, Diskussion und Replik ausgewählter Werke der jüngeren Privatrechtstheorie .....	303	D. Wielsch: Systemtheorie und Wissengesellschaft .....	308
B. Auer: Erste und Zweite Moderne .....	304	E. Ausblick .....	309
C. Rödl: Gerechtigkeit unter freien Gleichen .....	306		

Seit einiger Zeit reflektiert die Privatrechtswissenschaft wieder verstärkt über ihr Verhältnis zur Grundlagenforschung und zu ihren Nachbardisziplinen. Dieses gesteigerte Interesse lässt sich etwa an der Themenwahl der letzten Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung 2015, die unter dem Motto „Perspektiven des Privatrechts“<sup>1</sup> stand, ablesen oder an dem Umstand, dass in den letzten Jahren vermehrt Habilitationsschriften entstanden sind, die einen philosophisch, soziologisch oder ökonomisch informierten Ansatz verfolgen. Damit reagiert die Rechtswissenschaft auch auf die Analyse des Wissenschaftsrates, der eine Stärkung der grundlagenorientierten Forschung empfohlen hatte.<sup>2</sup>

Vor diesem Hintergrund kamen 17 Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler auf Initiative von *Grünberger*, Universität Bayreuth, und *Jansen*, Universität Münster, am 12. und 13. Februar 2016 nach Münster, um sich im gemeinsamen Gespräch über Stand und Perspektiven der deutschen Privatrechtstheorie zu vergewissern. Welche Themen interessieren die jüngere Privatrechtstheorie? Lassen sich überhaupt Querschnittsthemen oder Trends ausmachen? Wie kann es gelingen, die rechtstheoretische Forschung nach außen hin sichtbar zu machen, auch damit sie in der Rechtsdogmatik prominenter aufgegriffen wird? Dies waren nur einige Fragen, über die die Tagungsteilnehmer miteinander ins Gespräch kommen sollten.

### **A. Format: Kritik, Diskussion und Replik ausgewählter Werke der jüngeren Privatrechtstheorie**

Der naheliegenden Schwierigkeit, wie sich der Stand der Privatrechtstheorie überhaupt in einem Gespräch sinnvoll einfangen lässt, begegneten *Jansen* und *Grünberger*, indem sie drei jüngere Arbeiten zur Privatrechtstheorie ausgewählt hatten, die

\* Dr. Johanna Croon-Gestefeld LL.M. (EUI), ist Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht an der Bucerius Law School, Hamburg. Für ihre Anmerkungen zu dem Text danke ich der Lehrstuhlinhaberin Frau Prof. Dr. Anne Röthel.

1 Für die Referate, s. 216 AcP 2016 (im Erscheinen); s. ferner A. Sagan, Tagungsbericht: Perspektiven des Privatrechts, RW 2015, S. 466.

2 *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analysen, Empfehlungen, 9.11.2012, Drs. 2258-12, S. 36.

sie von jeweils vier Rezessenten aus verschiedenen Perspektiven zur Kritik stellten und schließlich den Rezensierten abschließend Gelegenheit zur Replik gaben. Auf diese Weise besprochen wurden „Der privatrechtliche Diskurs der Moderne“<sup>3</sup> von Auer, „Gerechtigkeit unter freien Gleichen“<sup>4</sup> von Rödl sowie „Zugangsregeln“<sup>5</sup> von Wielsch. Anhand der ausgewählten Monographien, so Jansen und Grünberger, ließe sich exemplarisch eine gewisse Bandbreite an Zugängen und die Vielfältigkeit der aktuellen Forschung in der Rechtstheorie abilden. Der Wunsch der Veranstalter nach expliziter Kritik<sup>6</sup> anstatt eines „das ist vertretbar“ ging in Erfüllung.

### B. Auer: Erste und Zweite Moderne

Den ersten Beratungsgegenstand bildete die Habilitation von Auer. Ihre Hauptthese lautet, dass das Privatrecht durch die Ideen zweier Modernen geprägt ist. Danach wird das Privatrecht durch eine Fokussierung auf einen normativen Individualismus definiert, der maßgeblich in der Zeit der Ersten Moderne entwickelt wurde,<sup>7</sup> und eine stetige Selbstreflexion über die Grenzen dieses Individualismus, deren Aufkommen in die Zweite Moderne fällt.<sup>8</sup>

*Haferkamp*, Universität zu Köln, näherte sich Auers Schrift aus der Perspektive der Rechtsgeschichte. Er betonte, dass es sich bei Auers „Der privatrechtliche Diskurs der Moderne“ um eine große Privatrechtserzählung handele, die sich insbesondere in Abgrenzung zu der immer noch sehr einflussreichen Narrative *Wieackers* vom Privatrecht als Sozialmodell<sup>9</sup> verstanden wissen möchte. Er würdigte, dass sich Auer an einen eigenen Entwurf einer ideengeschichtlichen Aufarbeitung des heutigen Privatrechts gewagt habe. Gleichzeitig stellte er die Schwierigkeiten heraus, die mit jeder Ideengeschichte einhergingen. Meist sei die Realität komplexer, als in einer Großerzählung abgebildet werden könne. Damit sprach er einen Zielkonflikt rechtshistorischer Forschung an. Einerseits bedürfe es eines aufwendigen Quellenstudiums, um eine realitätsnahe Wirkungsgeschichte nachzeichnen zu können. Andererseits liefen rechtshistorische Arbeiten Gefahr, sich in Detailanalysen zu verlieren. Außerdem gab er zu bedenken, dass ideengeschichtliche Erzählungen dazu neigten, Entwicklungen als logisch zwingend darzustellen, die wohlmöglich nur die

3 M. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tübingen 2014.

4 F. Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, Baden-Baden 2015.

5 D. Wielsch, *Zugangsregeln*, Tübingen 2008.

6 Kritisch ist in diesem Zusammenhang nicht als bemängelnd oder beanstandend zu verstehen, sondern wird im Sinne der κρίτική [τέχνη], der Kunst des Urteils, gebraucht, die nicht mit einer negativen Wertung gleichzusetzen ist.

7 Auer, *Diskurs* (Fn. 3), S. 13 ff.

8 Auer, *Diskurs* (Fn. 3), S. 46 ff.

9 F. Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953, S. 17 ff.; *ebd.*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 546 ff.

Realisierung einer der vielen denkbaren Möglichkeiten des Geschichtsverlaufs seien.

Anschließend wandte sich *Hosemann*, MPI Hamburg, aus historisch-vergleichender Perspektive der Schrift von *Auer* zu. Er räumte ein, dass *Auer* keinen rechtshistorischen Vergleich intendiert habe und sich damit auch eine Kritik dahingehend, wie ein solcher Vergleich umgesetzt worden sei, eigentlich verbiete. Gleichwohl habe er rechthistorisch-vergleichende Anleihen in dem Buch ausfindig gemacht, denen er in seinem Beitrag weiter nachgehen wolle. *Hosemann* bezog sich dabei auf eine Passage in *Auers* Buch, nach der das „Privatrecht“ – *ius privatum, private law, droit privé* – als Gegenbegriff zum „öffentlichen Recht“ – *ius publicum, public law, droit public* – bis heute zu den Grundkategorien der Anordnung des Rechtsstoffs<sup>10</sup> gehöre. Demgegenüber vertrat *Hosemann* die These, dass der Begriff des *private law* im common law erst im 20. Jahrhundert zu einem eigenständigen geworden sei. Zu Zeiten, in denen die Ideen des *classical legal thought* vorherrschend gewesen seien, habe es zwar auch in den Rechtsordnungen des common law die Vorstellung einer dem Staat entzogenen Sphäre gegeben und sei Privatautonomie betont worden, doch habe dies nicht zu einer Ausbildung des *private law* als festem Terminus geführt. Daran anknüpfend stellte er die Frage, welche Erkenntnisse sich aus dem Vergleich der Situation in Deutschland, in der der Begriff des Privatrechts seit langem der Kategorisierung des Rechts dient, und der Lage im common law, in der er sich erst später durchgesetzt hat, ziehen ließe.

*Lepsius*, Universität Bayreuth, erörterte *Auers* Monographie aus der Perspektive des öffentlichen Rechts. Er räumte ein, dass die von *Auer* verfolgte Frage, was das Privatrecht ausmache, gleichermaßen für das öffentliche Recht von Bedeutung sei, weil sich letzteres auch durch seine Abgrenzung zum Privatrecht definiere. Aus seiner „Außensicht“ des Öffentlichrechtlers sei der Eindruck entstanden, dass die Teilgebiete des Privatrechts durch die Idee der autonomen Rechtserzeugung zusammengehalten würden, wobei diese Idee bisweilen aber überspannt würde. Interessanter als privatrechtliche Erzählungen, die maßgeblich auf Individualismus oder Autonomie als Leitideen abstellten, fände er allerdings Darstellungen, die sich mit der Vielfalt der Einflüsse auf das Privatrecht auseinandersetzen.

Schließlich nahm *Calliess*, Universität Bremen, aus der Perspektive der Rechtssociologie Stellung. Er teilte *Auers* These, dass dem Privatrecht eine „selbstimmunisierende“ Tendenz innewohne, mit der es sich gegen andere Rechtsgebiete abgrenze und von denen unterscheidbar hielte. Dies nahm er zum Ausgangspunkt für Beobachtungen über den Zustand der Privatrechtswissenschaft der letzten Jahrzehnte. Die von *Auer* diskutierte Frage des (begrenzten) Einflusses eines Individualis-

10 *Auer*, Diskurs (Fn. 3), S. 2 (Hervorhebungen im Original).

mus auf das Privatrecht sei noch in den 1970er- und 1980er-Jahren als ideologischer Grabenkampf geführt worden. Auch wenn dies inzwischen zurückliege, leiste *Auers* Werk einen Beitrag dazu, den Diskurs über diese Thematik zu entideologisieren und mit Erkenntnissen über die Ideenentwicklung in der Moderne zu versachlichen. *Calliess* wies allerdings auch darauf hin, dass *Auers* Einschätzung, es gebe einen unveränderten, individualistischen Kerngehalt im Privatrecht, in Spannung zu rechtssoziologischen Erkenntnissen stehe. Demnach unterliege jede Konzeption einer Entwicklung. Mit dieser Bemerkung brachte er zum Ausdruck, dass Institutionen und Begriffe einem stetigen Wandel unterliegen und Individualismus heute nicht mit Individualismus gestern gleichgesetzt werden kann.

### C. Rödl: Gerechtigkeit unter freien Gleichen

Geht es *Auer* um die Auseinandersetzung mit der „großen Erzählung“ des Privatrechts, hat es sich *Rödl* zur Aufgabe gemacht zu untersuchen, ob sich das deutsche Privatrecht „ausschließlich durch Gründe, die sich aus der Idee ausgleichender Gerechtigkeit speisen“,<sup>11</sup> erklären lässt. Er geht der Frage nach, inwieweit eine monistische Rechtfertigung – in Abkehr zu pluralistischen Rechtfertigungen, die z.B. neben Gerechtigkeit auf Effizienz abstellen – das bestehende Privatrecht begründen kann. Wie der Untertitel der Monographie „Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag“ andeutet, analysiert *Rödl* diese drei Rechtsgebiete aus seiner streng monistischen Sichtweise.

Zum Auftakt ging *Lomfeld*, Freie Universität Berlin, auf *Rödls* Definition einer normativen Rechtstheorie ein. Demnach sei Recht Teil einer Rechtfertigungspraxis, bei der staatlicher Zwang nur ausgeübt werden dürfe, wenn gute Gründe dafür sprächen.<sup>12</sup> Rechtstheorie wiederum sei die Rekonstruktion der Rechtfertigungen des geltenden Rechts.<sup>13</sup> *Lomfeld* leitete daraus ab, dass der Maßstab von *Rödls* Untersuchung die Kohärenz des Rechts sein müsse. Dann aber stelle sich die Frage, wie *Rödls* Theorie auf den Erlass einer inkohärenten Norm durch den Gesetzgeber reagieren würde. Des Weiteren nahm *Lomfeld* auf den von *Rödl* verwandten Begriff der ausgleichenden Gerechtigkeit<sup>14</sup> Bezug. Nach seiner Auffassung ließe sich die ausgleichende Gerechtigkeit nicht ohne die verteilende Gerechtigkeit denken, da sie auf eine Bezugsgröße angewiesen sei.

11 *Rödl*, Gerechtigkeit (Fn. 4), S. 59.

12 *S. Rödl*, Gerechtigkeit (Fn. 4), S. 31.

13 *S. Rödl*, Gerechtigkeit (Fn. 4), S. 36. *Rödl* erwähnt, dass es zwei Spielarten der Rechtsphilosophie gibt, nämlich die normative und die vernunftrechtliche. Die normative nimmt das geltende Recht als ihren „konstitutiven Ausgangspunkt“ (S. 36), während die vernunftrechtliche an solche Beschränkungen nicht gebunden ist. Für die Zwecke seiner Untersuchung bedient sich *Rödl* einer normativen Rechtsphilosophie.

14 *Rödl*, Gerechtigkeit (Fn. 4), S. 56 f.

Auch *Arnold*, Universität Graz, betonte die Zusammenhänge zwischen ausgleichender und verteilender Gerechtigkeit. Es gebe ganze Teilbereiche des Privatrechts, wie etwa das Verbraucherrecht, die sich besser als regulative Instrumentarien verstehen ließen denn als Ausdruck verteilender Gerechtigkeit. Eine monistische Rechtfertigung greife daher zu kurz.<sup>15</sup> Außerdem fragte *Arnold*, wie die Rationalität des Rechts in privatrechtlichen Diskursen gesichert werden könne. Die abstrakten Normen des Privatrechts erführen erst im Diskurs ihre notwendige Konkretisierung. Konkrete Rechtsinhalte entstünden erst durch den Begründungzwang, warum sich ein bestimmter Sachverhalt unter eine Norm subsumieren lasse. Damit sei Privatrecht logisch ex ante weder bestimmt noch begründbar, sondern nur bestimmbar.

*Kähler*, Universität Bremen, fragte, ähnlich wie vor ihm *Lomfeld*, nach der Bedeutung von „Kohärenz“ für das Recht. Schließlich könnte inkohärentes Recht durchaus manchmal das überzeugendere Recht sein. Nicht nur Inkohärenz habe etwas für sich, sondern auch die ethische Unbestimmtheit des Rechts. Er stützte sich dabei auf *Sunsteins* Konzept des „incompletely theorized agreement“<sup>16</sup> und trat dafür ein, dass abstrakt und offen gehaltene Rechtsbegriffe dem Recht zu Akzeptanz verhelfen können. Dies gelänge Theorien, die sich selbst auf einen rechtsethischen Minimalismus beschränken, leichter. Abschließend äußerte er seine Sympathie für *Rödls* Abwägungskritik.<sup>17</sup> Gleichwohl bleibe es Aufgabe der Privatrechtswissenschaft, auf genuin privatrechtliche Instrumente als Mittel zur Konfliktlösung hinzuweisen, bevor man sich auf Abwägungen zurückziehe.

*Zumbansen*, King’s College London, erläuterte eingangs, dass der Gedanke, das Privatrecht anhand der Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit zu erklären, in den USA großen Zuspruch gefunden habe.<sup>18</sup> Wie *Rödl* dargelegt habe, seien die Arbeiten von *Weinrib*<sup>19</sup> und *Ripstein*<sup>20</sup> hierfür besonders bedeutend gewesen. Dies führte *Zumbansen* zu der Frage, wie sich der US-amerikanische Diskurs auf die Situation des deutschen Privatrechts übertragen lasse und worauf bei einem Transfer von rechtstheoretischen Konzepten von einer Rechtsordnung auf eine andere zu achten sei. Insgesamt plädierte er für eine stärkere Kontextualisierung des deutschen Privatrechts sowie der deutschen Privatrechtstheorie. Es sei gerade für die Rechtstheorie vielversprechend, die sozialen und politischen Entstehungsbedingungen des

15 S. *Arnold*, Vertrag und Verteilung: Die iustitia distributiva im Vertragsrecht, Tübingen 2014.

16 C. *Sunstein*, Imcompletely Theorized Agreements, 108 Harvard Law Review 1995, S. 1733.

17 Für *Rödls* Abwägungskritik, s. etwa *Rödl*, Gerechtigkeit (Fn. 4), S. 378.

18 Diesen Aspekt hatten die anderen Referenten zu *Rödls* Habilitation ebenfalls in ihren Anmerkungen erwähnt.

19 E. *Weinrib*, The Idea of Private Law, Oxford: Oxford University Press, 2012; *ebd.*, Corrective Justice, Oxford: Oxford University Press 2012.

20 A. *Ripstein*, Force and Freedom: Kant’s Legal and Political Philosophy, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 2009.

Rechts sowie der eigenen Thesen einzubeziehen. Derzeit käme dieser Aspekt in der deutschen Rechtstheorie oftmals zu kurz.

#### D. Wielisch: Systemtheorie und Wissensgesellschaft

Die dritte auf der Tagung besprochene Habilitation war die bereits 2008 erschienene Monographie „Zugangsregeln“ von *Wielisch*. In der Schrift analysiert *Wielisch* das Immaterialgüterrecht aus der Perspektive einer normativ gewendeten Systemtheorie.<sup>21</sup> Er plädiert für ein Immaterialgüterrecht, das dem Schutz der Ausschließungsrechte von Wissenseigentümern und dem Informationsverlangen potentieller Nutzer dieses Wissens Gleichrang einräumt.<sup>22</sup> Dabei definiert er Zugangsregeln „als jene geforderte Ergänzung des Immaterialgütterschutzes im Recht, durch die es zur Abstimmung von Ausschließlichkeitsrechten und Nutzungsfreiheit kommt“.<sup>23</sup>

Aus der Perspektive der Rechtsgeschichte beobachtete *Seinecke*, Universität Frankfurt, dass sich seit der Publikation von *Wielisch* ein Wandel in der generellen Einstellung zu geistigem Eigentum erkennen ließe. Sei es damals in erster Linie um die Möglichkeiten des „freien Netzes“ gegangen, stünde nun mit Bezahl-Apps und kostenorientierter Netznutzung eine Rematerialisierung von Immaterialgüterrechten im Vordergrund. Bemerkenswert sei ferner der bei *Wielisch* durchgehend spürbare Fortschrittspositivismus. *Wielisch* bewerte die Entstehung neuer Medien und damit die wachsende Relevanz immaterieller Güter als durchweg positiv. Dies veranlasste *Seinecke* zu der Frage, ob nicht fortschrittskritische Überlegungen die theoretische Befassung mit dem Immaterialgüterrecht bereichern würden.

*Röthel*, Bucerius Law School Hamburg, analysierte *Wielisch*' Schrift aus der Perspektive der Rechtsdogmatik. Sie bezweifelte, ob für die Rechtsdogmatik bei der weiteren Ordnung und systematischen Bewältigung des Immaterialgüterrechts mit dem Begriff der „Zugangsregeln“ viel gewonnen sei. Zudem stellte sie die von *Wielisch* hervorgehobene Unterschiedlichkeit von Immaterialgütern und körperlichen Gegenständen in Frage. *Wielisch* ginge davon aus, dass Immaterialgüter speziell seien, weil das in ihnen gespeicherte Wissen seine volle Wirkung im Austausch zwischen Personen entfalte. Aber auch körperliche Gegenstände, wie Kulturgüter oder Telekommunikationsnetze, würden sich durch ihre Relationalität auszeichnen. Schließlich ging sie auf *Wielisch*s Forderung ein, die Rechtswissenschaft müsse sich öffnen für eine generelle Berücksichtigung von „Systembeziehungen“ und ins-

21 Die Systemtheorie, wie sie von *Luhmann* entwickelt wurde, enthält an sich keine normativen Aussagen, s. N. *Luhmann*, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie, 1987, S. 83 ff. Viele Autoren, die auf Luhmanns Arbeiten aufbauen, wandeln die Theorie aber so ab, dass sie normativ aufgeladen wird.

22 *Wielisch*, Zugangsregeln (Fn. 5), S. 7.

23 *Wielisch*, Zugangsregeln (Fn. 5), S. 9.

gesamt nach den „Umweltbedingungen“ der subjektiven Rechte und ihrer Ausübung fragen. Dies leitete *Röthel* zu der Frage, ob die Rechtswissenschaft eine solch umfassende Aufgabe realistischer Weise überhaupt leisten könne.

Aus systemtheoretischer Perspektive überlegte anschließend *Augsberg*, Universität Kiel, inwiefern die Systemtheorie von ihren eigenen Annahmen hinsichtlich der Entstehung und Teilung von Wissen eingeholt würde. Wenn sich Kreativität dadurch auszeichne, dass eine einzelne Person Gedanken oder Gegenstände neu kombiniert, könne man dann ernsthaft behaupten, dass sich die Schaffung neuen Wissens auf einen kommunikativen Prozess reduzieren ließe? Außerdem hob *Augsberg* hervor, dass *Wielsch* – ganz in der Tradition der Systemtheorie – die Koppelung verschiedener Systeme (Recht, Wissenschaft, Kunst etc.) bei seiner Analyse des Immaterialgüterrechts in den Vordergrund gestellt habe. Dabei sei *Wielsch* allerdings auch über *Luhmanns* Systemverständnis hinausgegangen, indem er dem kognitiven Prozess eine wichtige Rolle in seiner Betrachtung zugewiesen habe.

Den Abschluss bildeten die rechtsvergleichenden Überlegungen von *Michaels*, Duke University. Er reflektierte über die Gründe, weshalb die Systemtheorie in den USA kaum aufgenommen worden ist. Zwar erfreuten sich die aus Deutschland kommenden Systemerzählungen einer gewissen Bewunderung, würden aber zumeist als zu komplex und abgeschlossen wahrgenommen, ganz im Gegensatz zur ökonomischen Analyse des Rechts. Zu *Wielschs* Kritik an der ökonomischen Analyse<sup>24</sup> entgegnete er, dass sie sehr viel mehr abbilden könne, als *Wielsch* es ihr zutraue. Vor allem aber vermisste *Michaels* bei *Wielsch* genauso wie bei *Rödl* und *Auer* eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Globalisierung. Moderne Privatrechtstheorie dürfe das Phänomen aber nicht ignorieren, sondern müsse sich vielmehr intensiv mit ihm auseinandersetzen.

## E. Ausblick

*Michaels* Diskussionsbeitrag steht exemplarisch für die Art und Weise, in der in Münster über Privatrechtstheorie gesprochen wurde. Auf der einen Seite setzten sich die Teilnehmer detailliert mit den Thesen der ausgewählten Habilitationen auseinander. Auf der anderen Seite bildeten diese Bemerkungen nur den Ausgangspunkt für umfassendere Reflektionen über den Zustand des Rechtsgebiets.

Die Tagung verwirklichte das von den Veranstaltern verfolgte Anliegen einer Selbstvergewisserung der Privatrechtstheorie. Wichtiger noch, sie erreichte auch das selbstgesteckte Ziel, Experten der Rechtstheorie und Rechtswissenschaftler, die zwar rechtstheoretisch interessiert sind, deren Forschungsschwerpunkte aber in anderen Gebieten liegen, miteinander ins Gespräch zu bringen. Damit dieser Aus-

24 *Wielsch*, Zugangsregeln (Fn. 5), S. 13 ff.

tausch weiterentwickelt wird, sollen die in Münster formulierten Kritiken zeitnah einer größeren Öffentlichkeit in einem Tagungsband zugänglich gemacht werden, und auch eine Fortsetzung des Gesprächs ist geplant.