

all actors in any research space interested in the science policy in the EU and the transformation of the European research / science space.

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

Rezensiert von
Helmut Goerlich, Leipzig

Die Münchner Habilitationsschrift entstand bei Claus-Wilhelm Canaris. Die Autorin ist inzwischen Professorin für Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Gießen. Sie war länger zurück mit ihrer sozusagen außerordentlichen Dissertation hervorgetreten¹ und hat größere Vorstudien der nun vorgelegten Arbeit vor einigen Jahren veröffentlicht.² Diese Vorstudien nehmen die Arbeit nicht vorweg, zeigen vielmehr, dass gerade eine knappe und konzise Schrift angewiesen sein kann auf intensive Vorarbeiten, soll sie überhaupt diese Strenge und Stringenz erreichen können. Das Buch ruht daher auf handfesten Ecksteinen aus Rechtsphilosophie und -geschichte, die sein Anliegen ermöglichen, nämlich ein besseres Verständnis dessen, was im Privatrecht geschieht, um sich orientieren und neu justieren zu können. Unsere Moderne, wie sie der Titel voraussetzt, ist geprägt von Begriffen und Rechtsverständnissen sowie Bildern vom Menschen und der ihn umgebenden Natur, wie sie die frühe Neuzeit

verstanden hat und wir sie hintergründig meist unverändert verstehen. Das Buch sucht nun in einer aufklärerischen Absicht zu erhellen, dass die inzwischen sich deutlich abzeichnenden Grenzen verfügbarer Güter und Gegenstände auch dem Recht der Moderne Grenzen setzen, die seiner Legitimation im Individuum, in dessen Rechtsstellung als Person und Anknüpfungspunkt subjektiver Rechte mit absolutem Charakter widersprechen. Diesem personal-individualistischen Kontext entsprach wohl schon immer ein objektiver Rechtsgüterschutz, mit dem das Individuum in seiner Stellung etwa als Teil einer Familie im Sinne eines objektiv-rechtlich gesicherten Personenverbandes zur Wahrung bestimmter rechtlich anerkannter Zwecke konfrontiert ist, wobei die Doktrinen des Zivilrechts nach Kant, die die Familie nicht mehr vertraglich zu begründen suchen, zur Geltung kommen. Mit einer an Kant und insbesondere Hegel, den man manchmal als den besten Interpreten Kants sehen kann, anschließenden Aufhellung der Grenzen der bürgerlichen Gesellschaft, die sich aber auch schon in Lockes Hinweis zur Knappheit dessen, was durch Arbeit angeeignet werden kann, findet, zeigt die Autorin, dass die moderne Legitimation von Recht in Person und Eigentum immer auch eine Gegenbewegung auslöst. Diese gegenläufige Bewegung lässt die Moderne auf halbem Wege stehen, sei es, dass das Privatrecht selbst objektive Grenzen setzt, wie etwa eine Vertrauens- oder eine Gefährdungshaftung sie ergeben, sei es, dass das öffentliche Recht sozusagen paternalistische Grenzen zieht. Dies mag durch eine Rechtsprechung im Zivilrecht selbst oder durch besondere Gesetzgebung geschehen, die die Vertragsfrei-

heit umhegt. Hinzu kommen schließlich mehr und mehr nicht nur sozial motivierte Regeln zum Schutz von Minderjährigen und Geschäftsunfähigen, sondern auch etwa den Markt prägende und steuernde Regulierungen, handels- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungen, sozial- und sozialversicherungsrechtliche Verpflichtungen. Es können sich derlei Grenzen aber auch schon verfassungsrechtlich ergeben, wie sich insbesondere in der Eigentumsjudikatur zu Art. 14 Abs. 1 GG festmachen lässt. Diese Judikatur integriert den Schutz von verfassungsrechtlich fassbar durch Gesetz oder die Verfassung selbst anerkannten Gütern in die Bestimmung der Reichweite der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie und verpflichtet nicht nur, konstituiert vielmehr den Gehalt von Eigentum. Da allerdings der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff offen ist, setzt dies der Schaffung neuer Eigentumsrechte keine Grenzen, ebenso wenig wie der dem Sachenrecht selbst entstammende Grundsatz des *numerus clausus* solcher Rechte. Daher ist in der Moderne der Eroberung der Welt eine diffuse Rechtsentwicklung möglich, der erst die „Gegenmoderne“, die an Knappheit und anderes als die Ausschöpfung aller – vermeintlich unbegrenzten – Möglichkeiten erinnert, mit gemeinwohlorientierten Maßstäben entgegentritt. Die Beobachtungen Hegels zu den Folgen eines Ausgreifens über die gegebenen Möglichkeiten hinaus findet man erinnert; sie lösen den Konflikt nicht ökonomisierend auf, halten ihn vielmehr als rechtlich relevante Folge des Lebens der bürgerlichen Gesellschaft fest.

Der Gang der Untersuchung fügt zwei Teile zusammen: Zunächst geht es um Privatrecht, Diskurs und Moderne und dann

um das Eigentum der Moderne. Der erste Teil setzt ein mit der „ersten Moderne“, mit der Wende zum Subjekt. Hier geht es um die Individualisierung des Rechts in einer Fixierung auf das Subjekt als Rechtsträger. Das führt zur Entdeckung der Person und dann auf den Weg von der Pflicht zum subjektiven Recht, was die Trennung von Staat und Gesellschaft erfordert und alsdann unabhängig von einem bestimmten philosophischen System ein individualistisches Privatrechtsverständnis etabliert. Dem tritt der nächste Abschnitt des ersten Teils im Gewand einer ersten Reflexion im Sinne einer „zweiten Moderne“ entgegen, die eine Dekonstruktion zum Gegenstand hat. Das Subjekt verliert seine zentrale Rolle, indem es nicht etwa bei dem Weg des Krieges aller gegen alle bleibt, sondern zu Regeln kommt, die diesen abwenden. Dazu gehört die soziale Bindung des Rechts, die es verbindlich macht, mithin Regeln. Ins gleiche Horn stößt dann eine Dekonstruktion des subjektiven Rechts, die zeigt, dass Freiheit nicht notwendig in subjektive Rechte umschlägt. Dabei rekurriert die Arbeit nicht etwa auf eine Kritik vorstaatlichen Rechts und aus ihm fließender Rechte, sondern auch auf den relativen Charakter von Pflicht, Freiheit, Recht und Nicht-Recht, die zeigt, dass aus bloßer Freiheit ein pflichtenbewehrtes Recht keineswegs folgt, es also ein Fehlschluss wäre, subjektive Rechte aus einem Freiheitsbegriff abzuleiten; das gelingt nur scheinbar, nämlich dann, wenn das Freiheitsverständnis selbst schon normativ dahin aufgeladen wird. Es bleibt aber bei der Dominanz des Bildes eines subjektiven Freiheitsrechts als Autonomiesphäre, wie sie seit Kant und Savigny besteht. Dort liegt auch der Wert der zugehörigen Willentheorie, gegen die

sich eine utilitaristische Orientierung an Interessen, deren Zuordnung und Konstruktion, nicht durchsetzen kann. Daher bleibt es bei der Orientierung an der Autonomie, die allerdings auf Grenzen stoßen muss. Das führt auch zum „Einbruch“ des öffentlichen Rechts in das Privatrecht, gewissermaßen als Ausdruck eines unvermeidlichen Rechtspluralismus, nämlich dem von Privatrecht und öffentlichem Recht nebeneinander, zumal ersteres ohne Staat nicht sein kann und mithin diesen Einbruch hinzunehmen hat. Im letzten Abschnitt des ersten Teils verhandelt die Schrift dann die negative Dialektik als Ergebnis der Reflexivität in der zweiten Moderne, nämlich einerseits die immanente Selbstgefährdung des Privatrechts, die darin liegt, dass das Privatrechtsmodell notwendig keine Grenzen kennt, also auch hinnimmt, dass die von ihm inszenierte Erwerbsgesellschaft in Schieflagen gerät, Ausgeschlossene, also soziale Gruppen, die nicht teilnehmen können, hervorbringt, die Ressourcen mehr als ausreizt und darüber hinaus auch das Subjekt in seinen Rechten aushöhlt, indem Eigentum durch Anteile, freie Verfügungsmacht durch verantwortliche Leitung in Funktionsträgerschaft etwa eines Managers und so fort ersetzt wird, also letztlich die Risiken der Rechtswahrnehmung mit einem Wandel der subjektiven Rechte einhergehen. Reichtums- und Risikoverteilung geraten aus den Fugen. Zudem baut sich eine immanente „Gegenmoderne“ des Privatrechts im Familienrecht auf, das ganz andere und vor allem objektive Güter und Werte setzt und die Person nicht in selbstherrlicher Autonomie freier Willensakte versteht. Der zweite Teil verdeutlicht den Gedankengang am Eigentum der Moderne,

dessen Grenzen mehr und mehr Teil seines Inhalts werden, bezieht man sie auf das nicht mehr zu leugnende Faktum der Begrenztheit des Zugriffs auf die Natur, die Allmende und auch so genanntes Humankapital. Zwar wird dies nicht an den Arbeiten des zu früh verstorbenen zuletzt Augsburgsburger Kollegen Dieter Suhr zum Eigentum³ dargestellt und ebenso wenig an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Mitbestimmung vom 1. März 1979,⁴ die Suhr, dessen Arbeiten ihrerseits auch auf Hegel fußen, teilweise rezipiert hat. Aber der wenige Jahre später ergangene Nassauskiesungs-Beschluss vom 15. Juli 1981⁵ dient im hier anzuzeigenden Buch als klassisches Beispiel zur Erläuterung der Lage. Erforderlich wird eine Integration von „Beschränkungen“ des Eigentumsverständnisses, die bei näherer Betrachtung schon den Inhalt des Eigentums betreffen, also nicht als Grenzen, sondern als Inhaltsbestimmungen zu verstehen sind. Der Weg dieser Sicht wird nicht nur ausgeleuchtet im Licht einer Integration des Eigentumsbegriffs unter Dinglichkeit und Freiheit über die Probleme der Dinglichkeit, einen „engen“ und einen „weiten“ Eigentumsbegriff, geistiges Eigentum und Persönlichkeitsrecht sowie eine „Kern“- und „Peripherie“-Struktur samt institutioneller Absicherung, sondern auch über eine Dekonstruktion des Eigentums in seiner Auflösung in Bündeltheorien und Sozialbindungen, sei es als „Rechtsbündel“ – exemplarisch sichtbar am Recht am Gewerbebetrieb – sowie über den „Einbruch“ des öffentlichen Rechts und der Sozialbindung – wie das eben der Fall der Nassauskiesung anschaulich macht.⁶ Diese Wege lassen ihre Spuren in der Dialektik des Eigentums zwischen Selbstlimitierung

und Paternalismus, angesichts der „Tragödie der Allmende“, die knapp wird, und einer Dialektik der „Propertisierung“, auch des „geistigen Eigentums“, zwischen einer Überprotektion und der Gemeinfreiheit, was eben die Gefahren eines Paternalismus, einer Rekollektivierung und einer „Gegenmoderne“ mit sich bringt. Dabei geht die knappe Schrift – quasi als Programmschrift – allerdings kaum auf Irrwege ein, die die jüngere Rechtsgeschichte in Deutschland zeigt, sei es in der nationalsozialistischen, sei es in einer staatssozialistischen Variante. Das darzustellen kann nicht Aufgabe eines Programms sein; und nicht alle Habilitationsschriften müssen mehr – oder eigentlich weniger – als dies sein, nämlich fleißige, systematische, nahezu vollständige Fundgruben der Vorgeschichten oder Nebenwege ihres Gegenstandes, die sich unverkennbar als Irrwege erwiesen haben.⁷ Auch ist es nicht Sache einer Programmschrift, mit den Vorvätern abzurechnen, die solche Irrwege gegangen sind und dabei vielleicht mehr als eine unglückliche Rolle eben sehr ehrgeiziger und von daher verstrickter junger Leute eingenommen haben, die Helden zu werden nicht geboren und so auch nicht angetreten waren.⁸

Gesteht man also zu, dass Programmschriften als Habilitationsschriften zwar selten möglich, aber dann doch erwünscht sind, wenn sie etwas zu sagen haben, muss man einräumen, dass juristische Argumentationsfolgen in die Gedankengänge der zeitgenössischen Philosophie und ihre Sprache von Jürgen Habermas bis Armin Nassehi umgegossen werden dürfen, und zwar gerade, um Standort und Leistung juristischer Begriffe zu erschließen. Das macht anschlussfähig und findet man hier

zugleich zurückgeführt auf die schlichte Sprache einer Wertungs- und Interessenjurisprudenz, die mit den Problemen so, wie sie anfallen, umgeht, allerdings ohne auf ihre Tiefenschichten eines mit ihrer Praxis verbundenen Wandels des Rechts vorzustoßen oder gar einzugehen. Kurz: Wenn all dies zulässig ist, dann ist eine solche Schrift, wie sie Marietta Auer hier vorgelegt hat, mehr als wünschenswert, erweist sie sich doch als notwendig, um den „Geist unserer Zeit“ in unserem Fach zu erfassen, auf den Begriff zu bringen und auch über die einzelnen Disziplinen des Fachs in eine Zusammenschau zu stellen, die weitere Horizonte zu erschließen vermag, also nicht in Retrospektiven verharret oder in ihrem eigenen Material, das sorgsam zusammengetragen und systematisiert dargereicht wird, erstickt. Dass Privatrechtstheorie im Sinne dieses Programms an der Zeit ist, zeigen andere, solchen Gefahren eher nahe, eben erscheinende Titel.⁹

Am Ende hält die Arbeit ihre Ergebnisse auch in einem Ausblick fest. Sie zeigen den Fortbestand des Autonomieprinzips bei gleichzeitigem Fortschreiten seiner Durchbrechung. Und dies, obwohl das Prinzip der Subjektivität als normgebender Maßstab unzulänglich wird; einer Subjektivität nämlich, die normativ unausweichlich ist, obwohl eine Selbstvergewisserung der Moderne sie fragwürdig macht, eben weil klassische Figuren des Privatrechts mehr und mehr begleitet werden von Trabanten, die sie gefährden, sei es ein selbstständiges Vertrauensprinzip neben der Vertragshaftung, seien es Ausweitungen von Risiko- und Gefährdungshaftungstatbeständen zu Lasten der hergebrachten, auf Verschulden basierenden Deliktshaftung. Ebenso finden sich Sinnverschiebungen analog zum Ei-

gentumsbegriff in einem numerus clausus der Gefährdungshaftungstatbestände, etwa in einer de-facto-Risikohaftung in Fällen fahrlässiger Verletzung von Verkehrssicherheitspflichten. Und sachenrechtlich zeigt sich die Entwicklung neben doch noch systemkonformen Instrumenten wie Anwartschaftsrechten am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als systemwidrige Erscheinung. Heute kommen weitere Aspekte von Gewicht hinzu: Nach einer Relativierung der Rolle des Nationalstaats folgt für das Privatrecht eine weitere Pluralisierung des Rechts über das heimatische öffentliche Recht in einer Zeit der Europäisierung, der Globalisierung und teilweise auch Reprivatisierung zwischen-, über- und außerstaatliche Akteure, deren Aktionen die autonomiebasierte und staatskomplementäre Legitimation des Privatrechts in der „Privatrechtsgesellschaft“ ihrer institutionellen Grundlage entziehen. Dass all dies das Privatrecht mit Hilfe profunder Studien seiner Grundlagen und des Rechts überhaupt sich erschließt, kann mithin nur mit aller Deutlichkeit begrüßt werden. Die Schrift sollte aufgegriffen, fortgesponnen und fruchtbar gemacht werden, um zu einem tieferen Verständnis der Rechtsentwicklung zu gelangen. Sie ist eine außerordentliche, die Wissenschaft weiterführende Leistung und sollte über das Privatrecht und die Rechtsphilosophie hinaus anerkannt und wirksam werden.

Anmerkungen

- 1 Vgl. M. Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen 2005; dieses Buch wurde als eines der besten juristischen Bücher seines Jahres ausgezeichnet.
- 2 Z. B. M. Auer, *Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant. Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds*, in: *AcP* 208 (2008), S. 584 ff.
- 3 Vgl. D. Suhr, *Eigentumsinstitut und Aktiengentum*, Diss. iur. Hamburg 1966; bis hin zu ders., *Mitbestimmungsgesetz als Verwirklichung verfassungs- und privatrechtlicher Freiheit*, *NJW* 1978, S. 2361 ff.; ders., *Eine grundrechtsdogmatisch aufschlussreiche Zwangsversteigerung wegen vermögenswerter Rechte*, *NJW* 1979, S. 145 f.
- 4 *BVerfGE* 50, 290 (339 ff.).
- 5 *BVerfGE* 58, 300 (317 ff.).
- 6 Die Schrift sieht, dass sie dabei Beobachtungen und Gedankengänge entfaltet, wie sie in dieser Zeitschrift in der Perspektive eines größeren Forschungszusammenhangs artikuliert worden sind, vgl. H. Siegrist, *Die Propertisierung von Gesellschaft und Kultur. Konstruktion und Institutionalisierung des Eigentums in der Moderne*, in: ders. (Hrsg.), *Entgrenzung des Eigentums in modernen Gesellschaften und Rechtskulturen*, in: *Comparativ* 16 (2007), S. 9 ff.; vgl. das *Echo bei Auer*, S. 119, Fn. 124.
- 7 Dieser Irrtum liegt wohl der Rezensionsschrift B. Rüthers', *Diskurs als Motor juristischen Erkenntnisfortschritts*, *JZ* 2015, S. 240 ff. zugrunde, die gewissermaßen auch eine Fortsetzung von Auseinandersetzungen um K. Larenz und auch teils F. Wieacker als nach 1933 etablierte Vorväter in neuem Gewand darstellt. Dieser Streit gerade auch mit C.-W. Canaris als Schüler von Larenz, gehört indes auf ein ganz anderes Blatt.
- 8 Die Untersuchung, die sich ja nun nicht von den gewiss immer schon und wieder unausbleiblich gegenwärtigen Lasten der Vorväter erdrücken lassen darf, enthält die sachlich erforderlichen Bemerkungen zu derlei, vgl. Auer, S. 21 und 99 mit den zugehörigen Fußnoten; und wer genauer liest, wird auch sehen, dass sich die Schülerin auch ihrem Lehrer gegenüber keineswegs unkritisch, wenn auch immer in angemessener Form verhält.
- 9 Vgl. umfangreich und beworben unter der im Buchtitel nicht enthaltenen Überschrift „Die philosophische Grundlage des Privatrechts“: F. Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag*, *Neue Schriften zum Zivilrecht* Bd. 3, 2015; sowie den zweibändigen, mehr als 2000 Seiten umfassenden, den großen Rechtsordnungen in Europa und USA gewidmeten Reader, also Quellen- und Lesebuch, *Privatrechtstheorie*, hrsg. und verfasst von S. Grundmann, H.-W. Micklitz und M. Renner, 2015.