

MARIETTA AUER

Der privatrechtliche
Diskurs der Moderne

Mohr Siebeck

Marietta Auer
Der privatrechtliche Diskurs der Moderne



Marietta Auer

Der privatrechtliche Diskurs der Moderne

Mohr Siebeck

Marietta Auer, geboren 1972; Studium der Rechtswissenschaft und der Philosophie in München und Harvard; 2003 Promotion; 2012 S. J. D. (Harvard) und Habilitation in München; seit 2013 o. Professorin für Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Gießen.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

e-ISBN PDF 978-3-16-153641-0
ISBN 978-3-16-152573-5

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die zunehmende Überlagerung des Privatrechts durch „materiale“ Wertungen wird inzwischen auch von Kritikern meist als Tatsache anerkannt. Dennoch scheint dies der Tragfähigkeit und theoretischen Konjunktur des normativ geschlossenen Privatrechtsmodells einer staatsfernen „Privatrechtsgesellschaft“ keinerlei Abbruch zu tun. Die vorliegende Abhandlung geht der Frage nach, wie sich dieses auf den ersten Blick paradoxe Phänomen erklären lässt. Der Schlüssel zu einer Antwort liegt in der Ideengeschichte der Moderne seit der Wende zur Neuzeit.

Die Abhandlung hat der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Sommersemester 2012 als Habilitationsschrift vorgelegen. Zu ihrer Entstehung haben viele Münchener und Gießener Kollegen, Mitarbeiter und Freunde beigetragen, denen mein ausdrücklicher Dank gilt. Hervorgehoben sei an dieser Stelle mein verehrter Lehrer Claus-Wilhelm Canaris, dessen fachliches wie persönliches Vorbild mir immer Ansporn und Leitbild sein wird. Ihm sei dieses Buch in Dankbarkeit gewidmet. Besonderen Dank schulde ich auch Horst Eidenmüller für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, Duncan Kennedy für erneut zahlreiche Anregungen im Rahmen meines S.J.D.-Studiums an der Harvard Law School, Jürgen Habermas und Armin Nassehi für die freundliche Gestattung der Titelanleihe „Diskurs der Moderne“, Florian Breimesser für vielfältigen Austausch und Unterstützung bei der Materialsuche sowie Dieter Simon und den Teilnehmern seines im Sommersemester 2013 an der Humboldt-Universität zu Berlin veranstalteten Seminars über das vorliegende Buch, dem ich wesentliche Impulse für die Fertigstellung der endgültigen Fassung verdanke. Zu danken habe ich schließlich der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die großzügige Unterstützung der Drucklegung sowie Franz-Peter Gillig und dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme des Werks in das Verlagsprogramm.

Gießen, im April 2014

Marietta Auer

Die Schöpfung der bürgerlichen Gesellschaft gehört
übrigens der modernen Welt an, welche allen Bestim-
mungen der Idee erst ihr Recht widerfahren lässt.

Hegel 1821/1986, Zusatz zu § 182.

Inhalt

Einführung	1
<i>Erster Teil: Privatrecht, Diskurs, Moderne</i>	11
§1 Die erste Moderne: Die Wende zum Subjekt	13
I. Die Entdeckung der Person	15
II. Von der Pflicht zum subjektiven Recht	22
III. Die Trennung von Staat und Gesellschaft	29
IV. Die Integration des modernen Privatrechtssystems	43
§2 Die zweite Moderne I: Reflexivität als Dekonstruktion	46
I. Dezentrierung des Subjekts	48
II. Dekonstruktion des subjektiven Rechts	55
III. Einbruch des Öffentlichen in das Privatrecht	63
§3 Die zweite Moderne II: Reflexivität als negative Dialektik	74
I. Immanente Selbstgefährdung	75
II. Immanente Gegenmoderne	83
Zusammenfassung	88
<i>Zweiter Teil: Das Eigentum der Moderne</i>	91
§4 Integration des modernen Eigentumsbegriffs: Dinglichkeit und Freiheit	93
I. Das Problem der Dinglichkeit	94
II. „Enger“ und „weiter“ Eigentumsbegriff	100
III. Geistiges Eigentum und Persönlichkeitsrecht	106
IV. Kern-Peripherie-Struktur und institutionelle Absicherung	111
§5 Dekonstruktion des Eigentums: Bündeltheorie und Sozialbindung	120
I. Eigentum als „Rechtebündel“	120
II. Beispiel: Das Recht am Gewerbebetrieb	126
III. Einbruch des öffentlichen Rechts und Sozialbindung	130
IV. Beispiel: Nassauskiesung	138

§6 Dialektik des Eigentums: Selbstlimitierung und Paternalismus . . .	143
I. „Tragödie der Allmende“ und Dialektik der Propertisierung . .	144
II. Geistiges Eigentum: Überprotektion und Gemeinfreiheit	152
III. Paternalismus, Rekollektivierung und Gegenmoderne	158
Zusammenfassung	163
Ausblick: Strukturüberlegungen zu einem künftigen Privatrecht	165
Literatur	169
Sachverzeichnis	193

Einführung

Die Geschichte des Privatrechts ist eine Geschichte von Aufstieg und Fall. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man einigen in der Privatrechtstheorie bis heute vertretenen Meistererzählungen Glauben schenkt. Paradigmatisch für den deutschsprachigen Rechtskreis steht insoweit vor allem Franz Wieackers eindrucksvolle Deutung der neueren Privatrechtsgeschichte, wonach das formal-individualistische Privatrechtsverständnis des klassischen Liberalismus im neunzehnten Jahrhundert seine höchste Blüte erreicht, zugleich aber schon überschritten hatte.¹ Unter dem Druck der „sozialen Frage“ sei spätestens seit den ersten Jahrzehnten des zwanzigsten Jahrhunderts ein Systemwechsel eingetreten, durch den „die formale Freiheitsethik, die der deutschen Privatrechtsordnung zugrundelag, in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt wurde.“² Diese inzwischen notorische Letzte Ölung des Privatrechts mittels sozialistischen Tropfens gehört seitdem zu den wohl meistdiskutierten Topoi der Theorie, Dogmatik und Geschichte des Privatrechts.³ So sehr die vielbeschworene „Materialisierung“ privatrechtlicher Wertmaßstäbe auf der einen Seite begrüßt wird, so vielfältig tönen jedoch auf der anderen Seite die Klagen über ihr unaufhaltsames Fortschreiten, wobei selbst die Kritiker die scheinbar unabweisbare Tatsache der zunehmenden Überlagerung des Privatrechts durch materiale, oft konstitutionell oder supranational fundierte Wer-

¹ *Wieacker* 1953, S. 4ff., insbes. 16ff.; *Wieacker* 1960/1974, S. 36ff.; *Wieacker* ²1967, S. 539ff., 543ff. Wieackers berühmte Charakterisierung des BGB als „spätgeborenes Kind des klassischen Liberalismus“ (*Wieacker* 1953, S. 9, 16) besitzt Entsprechungen in weiteren Leittexten der 1930er bis 1960er Jahre, deren Geschichtsbild die bis vor kurzem herrschende Sichtweise der neueren Privatrechtsgeschichte prägte; vgl. *Larenz* ⁶1991, S. 19ff.; *Boehmer* 1950, § 1 IV, S. 11; *Boehmer* ²1965, § 13, S. 83ff.; *Wilhelm* 1958, S. 68ff.; zum Ganzen *HKK-Rückert* 2003, vor § 1 Rz. 93ff. Parallel gelagerte Theorien finden sich auch im angloamerikanischen Rechtsdenken, wo die Metaphern vom „Rise and Fall“ oder auch „Death“ (of contract, of property usw.) zum geschichtsphilosophischen Standardrepertoire gehören; vgl. *Kennedy* 1975/2006, *Atiyah* 1979; *Gilmore* 1974; *Grey* 1980, S. 77.

² *Wieacker* 1953, S. 18.

³ Das geflügelte Wort vom „Tropfen sozialistischen Öles“, der „unser Privatrecht durchsickern“ müsse, stammt auf der Grundlage einiger Vorläufer bekanntlich von Otto v. Gierke; vgl. *Gierke* 1889/1948, S. 10; dazu *Wieacker* ²1967, S. 470 Fn. 7; *C. Becker* 1995, S. 264ff.; *Repgen* 2000, S. 406ff.; *Schröder* 2001, S. 7ff. Heute wird Gierkes Metapher meist in kritischer Absicht umgekehrt und zum Anlass für originelle Sprachbilder rund um die „Ölpest“ oder „Ölverschmutzung“ im gegenwärtigen Privatrecht genommen; vgl. etwa *Isensee* 1999, S. 505; *Bungeroth* 1999, S. 280f.; dazu auch *Canaris* 2000, S. 292.

tungen meist nicht mehr in Zweifel ziehen.⁴ Damit scheinen die Grenzen zwischen „öffentlich“ und „privat“ zunehmend zu verschwimmen. Thesen wie die der Konvergenz von öffentlichem Recht und Privatrecht oder gar der Subordination des letzteren unter den Primat des Öffentlichen werden nicht mehr nur von Rechtspositivisten, Rechtsrealisten oder Sozialkonstruktivisten, sondern allgemein diskutiert.⁵

Umso bemerkenswerter muss es unter diesen Umständen erscheinen, dass der Begriff des Privatrechts anscheinend dennoch keinerlei Tendenz zeigt, aus den in- und ausländischen Theorie- und Dogmatikdiskursen verdrängt zu werden. Im Gegenteil: Völlig unbeeindruckt durch jede seine Grundlagen in Frage stellende Theorie gehört „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,⁶ und je unumstrittener die Einsicht seiner Überlagerung durch den Bereich des „Öffentlichen“, desto hartnäckiger hält sich paradoxerweise zugleich die Vorstellung eines privatrechtlichen Kernbereichs, dem rechtssystemübergreifend

⁴ Repräsentativ für diese wohl herrschende Ansicht, die einerseits an der Wertungseinheit des Privatrechts festhält, andererseits jedoch die Notwendigkeit flankierender materialer oder distributiver Kriterien anerkennt, sind im deutschsprachigen Rechtsdenken die Ansichten von Canaris und Bydlinski; vgl. *Canaris* 1997, S. 35 ff., 44 ff., 51 ff.; *Canaris* 2000, S. 275 ff., 287 ff.; *Bydlinski* 1994a, S. 60 ff., *Bydlinski* 1994b, S. 330 ff. Pointierte Kritik an der fortschreitenden Materialisierung und Konstitutionalisierung des Privatrechts findet sich dagegen bei *Zöllner* 1988a, S. 85 ff., *Zöllner* 1988b, S. 331 ff.; *Zöllner* 1996, S. 17 ff.; *Zöllner* 2007, S. 61 ff.; *Reuter* 1989, S. 199 ff.; *Diederichsen* 1995, S. 44 ff., 66 ff., 70 ff.; *Isensee* 1999, S. 485 ff.; *Lobinger* 1999, S. 3 ff.; *Picker* 2007, S. 219 ff. Am anderen Ende des Spektrums stehen Ansichten, die eine Materialisierung des Privatrechts auf teils verfassungs- und europarechtlicher, teils sozialkritisch-rechtsrealistischer Basis ausdrücklich begrüßen; so *Raiser* 1971, S. 7 ff.; *Wiethölter* 1986, S. 221 ff.; *Brüggemeier/Hart* 1987; *Neuner* 1999, S. 219 ff.; aus dem Kontext des amerikanischen Critical Legal Studies Movement vergleichbar *Kennedy* 1976, S. 1685 ff.; *Kennedy* 1982a, S. 563 ff.; zusammenfassend *Auer* 2005, S. 22 ff. m. w. N.

⁵ Dabei lässt sich die „Überlagerung“ beider Materien ganz unterschiedlich, etwa als Kooperation, Konflikt oder wechselseitige Verdrängung deuten. Naheliegend ist zunächst die Diagnose zunehmender „Gemengelage“ im Sinne der vorstehenden Fußnote; so *Habermas* 1961/1990, S. 225 ff.; *Bydlinski* 1994b, S. 330. Theoretisch anspruchsvoller ist die Konstruktion „wechselseitiger Auffangordnungen“ bzw. eines „differenzierten Gemeinrechts“; dazu *Bullinger* 1968, S. 75 ff. sowie die Beiträge in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* 1996, insbesondere *Schmidt-Aßmann* 1996, S. 8 ff.; ähnlich auch *Burgi*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* ²2012, § 18 Rz. 34 ff., S. 1274 ff. Am weitesten gehen schließlich Ansätze, die die Tragfähigkeit der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht vollständig ablehnen; so bereits *Kelsen* 1934, S. 109 ff.; *Kelsen* ²1960a, S. 284 ff. gegen *Radbruch* ³1932/1993, S. 358 ff.; aus kritisch-rechtsrealistischer Perspektive *Hale* 1923, S. 470 ff.; *Kennedy* 1982b, S. 1349 ff.; dazu auch *Michaels/Jansen* 2008, S. 83 ff. Kritisch wird die Unterscheidung auch aus rechtshistorischer Sicht beurteilt; so von *Bullinger* 1968, S. 13 ff., 75 f.; *Bullinger* 1991, S. 69 ff.; *Bullinger* 1996, S. 239 ff.; *Gagnér* 1967, S. 23 ff.; *Grimm* 1972, S. 224 ff.; *Stolleis* 1996, S. 41 ff.

⁶ Zu den erheblichen Konsequenzen dieser nur scheinbar rein „formalen“ Gliederungs- und Lehrordnungsfunktion der Unterscheidung aber *Wieacker* ²1967, S. 53 ff.

Materien wie Vertrags-, Delikts- und Sachenrecht angehören,⁷ die durch übergreifende Wertungen und Leitprinzipien wie Privatautonomie und Vorrang des dispositiven Rechts gekennzeichnet werden.⁸ Mehr noch: Der klassisch-liberale Standpunkt, dass in der Möglichkeit privatautonomer, staatsferner Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen nach Markt- und Wettbewerbsgesetzen die entscheidende und durch keinerlei öffentliche Gestaltung surrogierbare Quelle gesellschaftlicher Dynamik liege, hat sich jedenfalls bis dato als das gesellschaftstheoretisch deutlich wirkmächtigere Konzept erwiesen als die staatspaternalistische Theoriekonkurrenz.⁹ Die Diskussion um die „Privatrechtsgesellschaft“ als nichtreduzierbare Essenz jeder freiheitlichen Gesellschaftsordnung befruchtet den privatrechtstheoretischen Diskurs jedenfalls bis heute.¹⁰

Was gilt also: Das Privatrecht ist tot – lang lebe die Privatrechtsgesellschaft? Betrachtet man den soeben geschilderten Diskussionsbefund, fällt seine innere Widersprüchlichkeit auf den ersten Blick ins Auge. Diese lässt sich auch nicht einfach dadurch beseitigen, dass man beide Diskursstränge gegeneinander ausspielt und sich dann für eine Richtung entscheidet oder einen Mittelweg wählt. Vielmehr liegt das Problem tiefer, als es die übliche Frage nach dem „liberalen“ oder „sozialen“ Charakter des Privatrechts erlauben lässt.¹¹ Denn einerseits weckt die Hartnäckigkeit liberaler Privatrechtsvorstellungen in der gegenwärtigen Diskussion Zweifel an der klassisch-ideologiekritischen These, die normative Einheit des liberalen Privatrechts sei im zwanzigsten Jahrhundert wirksam widerlegt worden.¹² Andererseits lässt sich diese normative Einheit aber auch

⁷ Zum Privatrechtsbegriff im Common Law *Gordley* 2006, S. 3; *Lucy* 2007, S. 12; *Michaels/Jansen* 2008, S. 73.

⁸ Zum Systemgedanken im deutschsprachigen Privatrechtsdenken *Canaris* ²1983, S. 40 ff.; zum Prinzipiengehalt des Privatrechts *Canaris* 1993a, S. 873 ff.; *Canaris* 1997, S. 35 ff., 44 ff.; *Bydlinski* ²1991, S. 357 ff.; *Bydlinski* 1994a, S. 59 ff.; *Bydlinski* 1994b, S. 340 ff.; aus jüngerer Zeit *Riesenhuber* 2007b, S. 4 ff.; *Grigoleit* 2008, S. 53 ff. In einzelnen Privatrechtsbereichen wie dem philosophisch affinen Vertragsrecht sind seit einiger Zeit verstärkte Bestrebungen zu einer umfassenden prinzipiellen Bearbeitung erkennbar; vgl. *Unberath* 2007, S. 6 ff.; *Weller* 2008, S. 26 ff., 560 ff. Im angloamerikanischen Rechtsdenken, in dem die Selbständigkeit der Rechtstheorie gegenüber der Rechtsdogmatik stärker ausgeprägt ist, existieren derartige Bemühungen auf z. T. explizit philosophischer Grundlage schon länger; vgl. *Fried* 1981, S. 7 ff.; *Weinrib* 1995, S. 1 ff., 204 ff.; *Gordley* 2006, 7 ff.; *Lucy* 2007, S. 12 ff.

⁹ Zur Privatrechtsentstehung durch „spontane Ordnung“ (bzw. Autopoiesis) in einer auf Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“ basierenden Gesellschaft grundlegend *Popper* 1945/⁸2003, Bd. 1, S. X ff.; v. *Hayek* 2003, S. XVI, 39 ff., 135 ff., 373 ff.; v. *Hayek* ⁴2005, S. 314 ff. Dazu *Bydlinski* 1994a, S. 3 ff., 62 ff.; *Canaris* 1993a, S. 874 ff., 880 f.; *Canaris* 1997, S. 66 f.; *Riesenhuber* 2007b, S. 11 ff.; *Vanberg* 2007, S. 138 ff.

¹⁰ Grundlegend *Böhm* 1966, S. 75 ff.; dazu v. *Hayek* 2003, S. 181; *Habermas* 1992a, S. 484; *Canaris* 1993a, S. 874 ff.; *Bydlinski* 1994a, S. 62 ff.; *Zöllner* 1996, S. 20 ff.; *Isensee* 1999, S. 492 f. sowie aus jüngerer Zeit die Beiträge in *Riesenhuber* 2007a, insbesondere *Riesenhuber* 2007b, S. 3 ff.; *Mestmäcker* 2007, S. 38 ff.; *Zöllner* 2007, S. 58 ff.; *Vanberg* 2007, S. 131 ff.

¹¹ So aber *Habermas* 1992a, S. 468 ff., insbes. 482 ff.; zur Kritik HKK-*Rückert* 2003, vor § 1 Rz. 79; *Canaris* 2000, S. 289 ff.; *Bachmann* 2006, S. 73.

¹² Diese Position ist seit der Entstehung kritischer Rechtstheorien im späten neunzehnten

nicht mehr einfach als gegeben erweisen, da die erprobten Gegenargumente inzwischen zu viel Gewicht besitzen. Es käme einem Anachronismus gleich, die Erkenntnisse der Rechtstheoretiker und -dogmatiker, die sich seit Mitte des neunzehnten Jahrhunderts intensiv mit der Relativierung der Glaubenssätze des liberalen Privatrechtsmodells befasst haben, in einer heutigen Rechtstheorie außerachtzulassen.¹³ Es ist nach hier vertretener Auffassung unmöglich, zum Stand der Moralphilosophie des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts zurückzukehren und das Privatrecht etwa mit Locke und Kant widerspruchsfrei aus der individuellen Freiheit des Menschen herleiten zu wollen, und dies nicht etwa, weil dem wesentliche moraltheoretische Fortschritte in der Zwischenzeit entgegenstünden, sondern vielmehr, weil hinter den Transformationslegenden des Privatrechts seit dem neunzehnten Jahrhundert eine Einsicht verborgen liegt, hinter die eine zeitgemäße Rechtstheorie nicht zurückfallen darf.

Worin besteht nun aber diese Einsicht? Sicher scheint zunächst nur zu sein, dass etwa Wieackers Theorie vom privatrechtlichen Systemwandel nicht mehr beim Wort genommen werden darf. Zuviel spricht schon aus rechtshistorischer Sicht gegen die Richtigkeit dieser These, seitdem sich die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass das liberale Privatrechtsmodell schon im neunzehnten Jahrhundert niemals in seiner Reinform verwirklicht, sondern stets von materialen, sozialen, antiformalistischen Qualifikationen flankiert war.¹⁴ Die Wahrheit muss also komplexer sein. Offensichtlich hat sich seit dem achtzehnten Jahrhundert ein Wandel in unseren Anschauungen über Privatrecht vollzogen, der jedoch *nicht* in der normativen oder empirischen Widerlegung des liberalen Privatrechtsmodells durch entgegenstehende Entwicklungen in Rechtsdogmatik, Geschichte, Philosophie oder Ökonomie liegt. Ziel der vorliegenden Abhandlung ist es, diesen Wandel jenseits der Attribute „liberal“ oder „sozial“ zu verorten und damit eine theoretische Statusbeschreibung des gegenwärtigen Privatrechts zu ermöglichen, die methodische oder inhaltliche Verkürzungen vermeidet,

und frühen zwanzigsten Jahrhundert (soziologische Rechtsschule, Interessenjurisprudenz, Freirechtsschule, Rechtsrealismus) immer wieder vertreten worden; zusammenfassend Kennedy 1997, S. 82ff.; Auer 2005, S. 22ff. Hier geht es darum, sie mit der *sozialen Tatsache* des Fortbestands des liberalen Privatrechtsmodells zu konfrontieren.

¹³ Jedenfalls zu kurz greifen nach hier vertretener Ansicht daher normative Privatrechtstheorien, die diese Kritik schlicht aus ihrem Blickwinkel ausklammern. Explizit in diesem Sinne Weinrib 1995, S. 5ff.; aus dem jüngeren deutschsprachigen Schrifttum vergleichbar Unberath 2007, S. 1ff. Ähnlich wie hier auch Habermas 1992a, S. 79, wonach der jüngere juristisch-philosophische Diskurs „an Theoreme des 17. und 18. Jahrhunderts so ungeniert anknüpft, als brauche man von der sozialwissenschaftlichen Entzauberung des Rechts keine Notiz zu nehmen.“

¹⁴ Dass es sich bei der angeblich unbeschränkten Freiheit um einen „Mythos“ handelte, darf heute als gesicherter Diskussionsstand gelten; vgl. Repgen 2000, S. 410ff.; Hofer 2001, S. 1ff., 275ff. m. w. N.; HKK-Rückert 2003, vor § 1 Rz. 93ff. Zur parallelen Revision der mit dem neunzehnten Jahrhundert assoziierten Mythen der strengen Richterbindung und der Begriffsjurisprudenz nur Ogorek 1986, S. 4ff.; Haferkamp 2004, S. 2ff., 443ff.

und zwar die ahistorische Ausblendung von Wieackers Verfallsdiagnose durch Rückschritt zu einem normativ geschlossenen Privatrechtssystem ebenso wie die fatale Selbstüberschätzung der kritischen Rechtstheorie, sich der fortbestehenden Wirksamkeit des liberalen Privatrechtsmodells durch schlichte Widerlegung seiner theoretischen Grundlagen entledigen zu können.

Das vorliegende Buch hält die theoretische Begründbarkeit oder Widerlegbarkeit bestimmter Privatrechtsmodelle als solche nicht für entscheidend. Ziel der folgenden Ausführungen ist es vielmehr, das normative Selbstverständnis des Privatrechts, eine selbstrechtfertigende Ordnung des freiverantwortlichen Rechtsverkehrs unter Gleichen zu schaffen, *als soziale Praxis* ernst zu nehmen und zu fragen, warum und unter welchen Voraussetzungen gerade dieser normative Anspruch ebenso wie die dagegen gerichtete Kritik *praktisch* wirksam werden konnten und dies bis in die Gegenwart hinein gleichermaßen sind. Diese Abhandlung erfordert damit einen Blickwechsel gegenüber den herkömmlichen Fragestellungen der kritischen Privatrechtstheorie und normativen Rechtsethik. Gefragt wird nicht: Ist die normative Einheit des Privatrechts begründbar? Sondern vielmehr: Weshalb ist die Annahme normativer Einheit des Privatrechts offenbar ganz unabhängig von ihrer normativen Begründbarkeit faktisch *wirksam*? Welcher Problemzumahung, welchem gesellschaftlichen Rechtfertigungsbedarf begegnet das Rechtsdenken mittels der Konstruktion eines normativ einheitlichen Privatrechts? Wie ist die faktische Kraft des Normativen zu erklären, die das liberale Privatrechtsmodell bis in die Gegenwart hinein gegen stets erneuerte Kritik immunisiert?¹⁵

Fragen wie die soeben gestellten lassen sich nur aus einer im Grundansatz rechtssoziologischen Perspektive beantworten, die den *empirischen* Befund des modernen Privatrechtsdiskurses sowohl in seinen affirmativen als auch in seinen kritischen Tendenzen als Antwort auf eine bestimmte gesellschaftliche *Problemlage* begreift.¹⁶ Im Folgenden soll die These begründet werden, dass diese Problemlage eng mit dem Wandel zur *Moderne* verbunden ist, der sich in den westlichen Gesellschaften spätestens seit dem siebzehnten Jahrhundert vollzogen hat.¹⁷ Es ist nicht leicht zu bestimmen, worin dieser fundamentale Wandel

¹⁵ Beispielhaft zu einem solchen soziologischen Perspektivwechsel von normativer Begründbarkeit hin zu sozialer Praxis *Nassehi* 2006, S. 25ff., 47ff.; *Nassehi* 2009, S. 33.

¹⁶ Ähnlich *Nassehi* 2006, S. 25, 48; im Ansatz auch *Nassehi* 2003, S. 127, 145.

¹⁷ Ein umfassender Überblick über die fast unübersehbare – historische, philosophische, kulturwissenschaftliche, soziologische – Literatur zur Moderne muss an dieser Stelle unterbleiben. Nachstehend seien zunächst nur die Hauptreferenzen genannt, an denen sich die hier zugrundegelegte Interpretation des Modernebegriffs – als soziale Systemstruktur in untrennbarem Bezug zur westlichen Aufklärung einschließlich ihrer Dialektik – orientiert: *Habermas* 1988; *Habermas* ²1992b; *Luhmann* 1992a; *Nassehi* 2003; *Nassehi* 2006; *Latour* 2008. Außer Betracht bleiben dagegen entwicklungspolitisch motivierte Modernisierungsbegriffe, zu denen die seit etwa 1950 geopolitisch dominierende Annahme globaler kultureller Konvergenz auf der Grundlage westlicher Modernevorstellungen gehört, ebenso wie Shmuel N. Eisenstadts kritisches Gegenkonzept der „multiple modernities“; vgl. *Eisenstadt* 2000, S. 1 ff.;

im Einzelnen lag. Im vorliegenden Zusammenhang sollen jedoch zwei Aspekte hervorgehoben werden: Zum einen eine affirmative Dimension, im Folgenden auch als „erste Moderne“ bezeichnet,¹⁸ die im Rationalitätsanspruch der europäischen Aufklärung paradigmatisch verkörpert ist und spätestens seit dem siebzehnten Jahrhundert zum Durchbruch gelangte. Zu den deutlichsten Kennzeichen dieser aufklärerischen Moderne zählen die Hinwendung zum willensbegabten Subjekt, also zu einem methodischen und normativen Individualismus, der in den zeitgenössischen Schriften von Hobbes und Locke bis zu Kant und Adam Smith breiten Ausdruck findet, sowie zur rationalen Durchdringung aller Lebensbereiche, die nach dem Zusammenbruch der mittelalterlich-kosmologischen Weltordnung schließlich zur immer weitergehenden Säkularisierung, Enttraditionalisierung und funktionalen Ausdifferenzierung einzelner gesellschaftlicher Teilsysteme führte.¹⁹

Zum anderen umfasste die Selbstreflexion der Moderne jedoch von Anfang an auch die Grenzen und Aporien ihres eigenen Legitimationsdiskurses, die hier unter Adaption einer anderweitig verbreiteten Begriffsbildung auch als „zweite“ oder „reflexive Moderne“ bezeichnet werden sollen.²⁰ In Abwesenheit eines allgemeinverbindlichen, materiellen Maßstabs, der als Korrektiv des individuellen Willens hätte dienen können, erschloss sich spätestens ab dem achtzehnten Jahrhundert die Erfahrung der Gestaltbarkeit und damit auch der potentiellen Beliebigkeit der Gesellschaftsordnung. Die Frage nach dem Zusammenhalt der bürgerlichen Gesellschaft avancierte zum normativen Grundproblem der Rechts- und Sozialphilosophie und wurde spätestens im neunzehnten Jahrhundert als Dilemma erkannt. Seit Rousseau und Hegel gehört es zu den Gemeinplätzen der Modernisierungskritik, dass die moderne Gesellschaft eine immanente Dynamik entfaltet, die zu Desintegration und Verelendung führt und schließlich auch vor ihren eigenen Voraussetzungen nicht halt macht.²¹ Individualisierung, Rationalisierung und Differenzierung werden bei zunehmender Desintegration der Gesellschaft selbst zum gesellschaftlichen Problem, dem

Eisenstadt 2006, S. 9ff., 277ff.; *Eisenstadt/Schluchter* 1998, S. 2ff.; *Wittrock* 1998, S. 19ff.; *Wittrock* 2000, S. 31 ff. Vgl. zur Vielschichtigkeit soziologischer Modernisierungstheorien ferner die Beiträge in *Zapf*³1971 sowie *Wehler* 1975, S. 11 ff.; *M. R. Lepsius* 1977, S. 10 ff.; *Scheuch* 1991, S. 109ff.; *Berger* 1996a, S. 10; *Berger* 1996b, S. 45ff.; *Zapf* 1975, S. 215ff.; *Zapf* 1996, S. 63ff.; *Luhmann* 1998, Bd. 2, S. 1082ff.

¹⁸ Die – aus der Architekturtheorie geläufige – Unterscheidung zwischen „erster“ und „zweiter“ Moderne wird von Teilen des soziologischen Schrifttums im Sinne der noch näher zu erläuternden Differenzierung zwischen „einfacher“ und „reflexiver“ Modernisierung gedeutet. Vgl. *Beck* 1986, S. 14 ff.; *Beck* 1991, S. 40ff.; *Giddens* 1996a, S. 52ff. sowie die Beiträge in *Beck/Giddens/Lash* 1996 und *Beck/Bonß* 2001.

¹⁹ Zu diesen Grundbeobachtungen der Moderne *Zapf* 1975, S. 215ff.; *Wehler* 1975, S. 14 ff.; *Luhmann* 1992a, S. 51 ff.; *Blumenberg*³1997, S. 11 ff.; *Nassehi* 2003, S. 129ff., 146 ff.

²⁰ Siehe bereits vorstehend Fn. 18. Speziell zur zweiten Moderne *Beck* 1986, S. 14 ff., 25 ff.; *Beck* 1991, S. 40ff. sowie die Beiträge in *Beck/Giddens/Lash* 1996 und *Beck/Bonß* 2001.

²¹ *Rousseau* 1755/1964, Teil 2, S. 164 ff.; *Hegel* 1821/1986, §§ 243 ff., S. 389 ff.

nicht durch weitere Individualisierung, Rationalisierung und Differenzierung bezukommen ist.²² Fortgesetzte Modernisierung tendiert zur Selbstlimitierung und Selbstaufhebung. Das Ergebnis dieser beiden gegenläufigen Tendenzen ist unsere heutige Lebenswelt, geprägt von der Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen, von Aufklärung und immanenter Gegenaufklärung, von Rationalität und gleichzeitiger Verweisung auf Traditionsreservate, von Individualisierung und ständigem Rekurs auf alte und neue Formen der Vergemeinschaftung, von Affirmation und Kritik auf derselben intellektuellen Grundlage.²³

Wie spiegelt sich diese Ambivalenz der Moderne in privatrechtlichen Diskurszusammenhängen wider? Was folgt daraus für gegenwärtige Probleme und Aporien des Privatrechtsdenkens? Ziel der vorliegenden Abhandlung ist es, auf diese Fragen vor dem Hintergrund der philosophisch-soziologischen Reflexion der Moderne eine Antwort zu geben. Dabei liegt einerseits die Affinität zwischen dem normativen Individualismus der aufgeklärten, affirmativen „ersten Moderne“ und dem privatautonomen Wertungskern des gegenwärtigen Privatrechts auf der Hand. Seit Beginn der Neuzeit begreift sich das Individuum als für sich selbst regelsetzend und für seine Lebensgestaltung selbst verantwortlich; das Privatrecht gibt ihm hierzu die normativen Mittel an die Hand. Das Privatrecht enthält damit die paradigmatische Antwort des Rechts auf die typische Legitimationsstruktur der Moderne: *Privatrechtsentstehung ist Selbstvergewisserung der Moderne*. Auf der anderen Seite wirken jedoch auch die spezifischen Legitimationsdefizite und Aporien der Moderne in das Privatrecht ein und prägen dessen Diskurs durch keineswegs nur marginale Einsprengel antimodernen, nichtindividualistischen Gedankenguts, also Elemente einer „zweiten Moderne“, ohne die das Gesamtsystem nicht tragfähig wäre und die es dennoch um seiner Einheit willen nicht offen akzeptieren kann. Dem Nachweis dieser unausweichlichen Instabilität der normativen Einheit des modernen Privatrechts ist das Hauptaugenmerk dieser Untersuchung gewidmet. Ihr Ziel ist erreicht, wenn es gelingt, nicht nur die allgemein bekannten „Materialisierungserscheinungen“ im Privatrecht aufzuzählen, sondern die weit darüber hinausreichenden Tiefenstrukturen seiner ambivalenten Modernität herauszuarbeiten und in ihrer Dynamik als systemimmanent zu erweisen.

Die folgenden Ausführungen sind in zwei Hauptteile gegliedert, die der Theorie und Reflexion der Moderne sowie deren konkreten Ausprägungen im modernen Eigentumsdenken gewidmet sind. Ein abschließender Ausblick dient dem ergänzenden Blick auf künftige Strukturen eines sich immer weiter moder-

²² Beck 1996a, S. 39ff., insbes. 46; Giddens 1996b, S. 115 ff.; Beck/Bonß/Lau 2001, S. 22ff., 31 ff.; Nassehi 2003, S. 172 ff.

²³ Diese Ambivalenz bildet ein Grundmotiv der soziologischen Modernetheorie. Grundlegend Horkheimer/Adorno 1944/1988, S. 9ff.; weiterführend Beck 1986, S. 13 ff., 25 ff.; insbes. 310; Habermas 1988, S. 130ff.; Nassehi 2003, S. 129ff.; insbes. 134 („Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen“); Nassehi 2006, S. 357ff.; Latour 2008, S. 67ff.

nisierenden Privatrechts. Im Zentrum des ersten Teils der Abhandlung stehen zunächst die Begriffe der „ersten“ und „zweiten Moderne“. Dabei gilt es, diejenigen Aspekte der philosophisch-soziologischen Moderne herauszuarbeiten, die sich möglichst unabhängig vom gewählten Blickwinkel oder theoretischen Ausgangspunkt als gesamtgesellschaftliche Strukturverschiebungen darstellen lassen und damit auch für die Entwicklung des Rechts relevant sind. Selbst ein solcher Minimalbegriff der Moderne kann im Folgenden jedoch nicht einfach auf das Recht „angewandt“ werden, da dessen autonome Diskursstruktur ein solches Vorgehen verbietet. Ziel der folgenden Ausführungen ist es vielmehr, anhand der rechtshistorischen und rechtstheoretischen Quellenlage zu einem Begriff der Moderne im *Recht*, und zwar spezifisch im Privatrecht zu gelangen.

Auf dieser Grundlage befasst sich der zweite Teil der Abhandlung mit konkreten rechtlichen Konsequenzen der zweiseitigen Moderne und entfaltet diese anhand eines exemplarischen privatrechtlichen Systembegriffs: des Eigentums. Anhand der Dogmatik und Theorie des Eigentums bzw. des dinglich-absoluten Rechts soll die Entstehung des modernen Privatrechtssystems nachgezeichnet und mit dem Phänomen gesellschaftlicher Modernisierung samt ihrer Aporien in Bezug gesetzt werden. Die Wahl des Eigentumsbegriffs als Ausgangspunkt ist dabei nicht zufällig. Denn zu den Grundelementen, die sämtlichen privatrechtlichen Systementwürfen unabhängig von ihrer konkreten Genese und Rechtsfamilienzugehörigkeit angehören, zählt neben dem Personen- und Obligationenrecht namentlich das Sachenrecht mit seiner Zentralkategorie des Eigentums. Auch im neuzeitlichen Vernunftrecht spielt das Eigentum als Inbegriff des absoluten subjektiven Privatrechts eine wesentliche Rolle. Dabei ist der Übergang vom klassischen Sacheigentum zu zunehmend entmaterialisierten, personalisierten subjektiven Rechtsformen des geistigen Eigentums und Persönlichkeitsrechts fließend und offenbart, wie sich zeigen wird, gerade anhand seiner Zwischenglieder die Aporien des modernen Rechtsdenkens. Dieser zweite Hauptteil der Untersuchung will damit mehr sein als eine rechtstheoretische Analyse des Eigentumsdenkens der Neuzeit. Er zielt vielmehr auf eine exemplarische Strukturgeschichte der Moderne im Privatrechtsdenken, auf deren Grundlage der gegenwärtige Stand des Privatrechtsdenkens mit seinen typischen Legitimationsmustern und Aporien erst verständlich wird.

In welche Richtung bewegt sich das moderne Privatrechtsdenken darüber hinaus insgesamt? Auf diese Frage versucht der abschließende Ausblick im Lichte zunehmender Globalisierung, aber auch Reprivatisierung des Privatrechts Antworten zu finden. Was bleibt etwa von der Vorstellung eines vom Staat gesetzten und dem Bereich des Öffentlichen entgegengesetzten Privatrechts unter den Bedingungen der Internationalisierung, Pluralisierung und Privatisierung der Privatrechtssetzung? Lässt sich etwa der Ausnahmecharakter der Vertrauens- und Risikohaftung auch dann noch aufrechterhalten, wenn deren Wertungen faktisch längst die Rechtsanwendung im privatautonomen Vertrags- und Haf-

tungsrecht dominieren? Kann es überhaupt so etwas wie ein funktionales Privatrecht in einer dysfunktionalen Gesellschaft geben?²⁴ Abschließende Antworten auf diese und ähnliche Fragen können im Folgenden nicht gegeben werden. Doch viel ist schon gewonnen, wenn sich der privatrechtliche Diskurs der Moderne der erheblichen, fortdauernden Dynamik seiner gesellschaftlichen Grundlagen bewusst wird. Das vorliegende Buch versteht sich in diesem Sinne als Wegweiser.

²⁴ Kritisch aus vergleichend-rechtsanthropologischer Perspektive *Riles* 2008, S.201 ff.; dazu *Auer* 2008d, S.210 ff.

Privatrecht, Diskurs, Moderne

Die Frage, was die Gesellschaft im Innersten zusammenhält, wie soziale Ordnung möglich ist und wie sich ihr bemerkenswertes Beharrungsvermögen selbst in Anbetracht der vorauszusetzenden Handlungsfreiheit jedes einzelnen an ihr beteiligten Individuums erklären lässt, bildet das Grundproblem der Soziologie.¹ Gegenstand des vorliegenden Kapitels ist dieses Problem insoweit, als auch der Begriff der Moderne einen solchen sozialen Tatbestand bezeichnet, nämlich einen alle gesellschaftlichen Bereiche ergreifenden Epochenwandel, der seit dem späten Mittelalter einsetzte und spätestens seit der frühen Neuzeit als umfassender gesellschaftlicher Strukturwandel fühlbar wurde.² Dieser Wandel zur Moderne hat seitdem eine Fülle von Reflexionsversuchen hervorgebracht.

Tatsächlich sind die Begriffe „modern“, „Moderne“ und „Modernisierung“ in ihrer heutigen Begriffsverwendung selbst Ausdruck eines Wandels hin zu etwas fundamental Neuem. Seit etwa 1650 gewann das seit der Spätantike gebräuchliche Attribut *modernus* eine spezifische kulturwissenschaftliche Bedeutung, die die bis dato gültigen geschichtsphilosophischen Weltbilder – die christlich-mittelalterliche Sicht der Nachantike als Verfallsgeschichte ebenso wie das zyklische, auf das uneinholbare Vorbild der Antike rekurrierende Geschichtsbild der Renaissance – transzendierte.³ Erstmals schien es möglich, dass die gewaltigen Fortschritte der Naturwissenschaften seit Kopernikus und Descartes im Bereich der Künste, des Kulturellen und des Sozialen eine Entsprechung besitzen könnten.⁴ So auch im Rechtsdenken: Ab 1690 erschien das At-

¹ Dies ist natürlich nur eine Möglichkeit, den Gegenstand der Soziologie bzw. den für sie charakteristischen „soziologischen Blickwinkel“ zu umschreiben. Vgl. Wagner 1993b, S. 1; Nassehi 2006, S. 25 ff.

² Im Folgenden werden bewusst beide hier angedeuteten Dimensionen des Modernebegriffs – als Epochenwandel ebenso wie als Strukturwandel, d.i. als Geschichtsmodell der „großen Transformation“ hin zur Industriegesellschaft einerseits sowie als Analysemodell gesellschaftlicher Binnenstrukturen andererseits – in Bezug genommen. Beide Dimensionen stellen oft untrennbare Bestandteile der soziologisch-historischen Modernisierungsdebatte dar. Dazu Berger 1996a, S. 10; Koselleck, in: Brunner/Conze/Koselleck 1972, Bd. 1, S. XIV ff. (Einleitung); Habermas 1988, S. 9 f., 13 ff.

³ Dazu Gumbrecht, in: Brunner/Conze/Koselleck 1978, Bd. 4, S. 96 ff., 99 ff. (Modern, Modernität, Moderne); Habermas 1988, S. 9 ff., insbes. 18 ff.; Nassehi 2003, S. 132 ff.

⁴ Eine der frühesten Debatten über den kulturtheoretischen Modernebegriff, die seit 1687 innerhalb der Académie Française geführte „Querelle des Anciens et des Modernes“, endete mit dem Ergebnis, dass dem unbestreitbaren Vorrang der zeitgenössischen Wissenschaft im