Der Zerfall des Privatrechts

Posted on 2. März 2022 by Klaus F. Röhl

Es gibt nicht länger das eine Privatrecht. Das Privatrecht ist zerfallen in ein Privatrecht für Individuen und ein Geschäftsrecht für Organisationen, insbesondere für die Wirtschaft.[1]

Mit dem Privatrecht verbindet sich die Hoffnung, es könne den Bürgern einen geschützten Raum zur freien Entfaltung ihrer Persönlichkeit, ihrer Fähigkeiten und ihrer Schaffenskraft bieten. Kritisch wird dem Privatrecht deshalb die Konditionierung der Menschen zu egoistischen Individuen oder eine Aufforderung zur Selbstoptimierung vorgehalten. Das Privatrecht bildet zugleich die Basis des Wirtschaftssystems und muss sich deshalb mit der seit *Karl Marx* andauernden Kapitalismuskritik auseinandersetzen. Nicht zuletzt wird dem Privatrecht vorgehalten, dass es keine Antwort auf Globalisierung und Digitalisierung, auf die Entgrenzung von Natur und Technik sowie auf die Zerstörung von Umwelt und Weltklima habe. Damit steht das Privatrecht unter einem Rechtfertigungszwang, der eine spezifische Theoriediskussion zur Folge hat.

Zeitweise hatte man den Eindruck, als ob das Privatrecht von Sozialkritik und öffentlichem Recht erdrückt würde. Doch dann gab es eine Renaissance der Privatrechtstheorie, erkennbar an einer Flut von einschlägigen Monographien[2] und an den Zivilrechtslehrertagungen von 2015 und 2017[3] .

Den Kern des Privatrechts bildet die Privatautonomie nach Maßgabe der Willenstheorie: *Stat pro ratione voluntas*. Der Wille = individuelle Selbstbestimmung entscheidet, ohne an Kriterien von Rationalität, Moralität oder Gerechtigkeit gebunden zu sein. Soweit die Privatautonomie reicht, ist die Frage nach der Gerechtigkeit gegenstandslos. Die Privatautonomie leidet anscheinend unter Schwindsucht, so dass selbst die Inhaberin eines Privatrechtslehrstuhls[4] von einem »mystifizierenden Leuchtfeuer« spricht. Aber die Diagnose ist nicht ganz einfach.

In der jungen Bundesrepublik war zunächst eine ordoliberale Privatrechtstheorie bestimmend, die mit den Namen *August von Hayek*, *Franz Böhm*, *Walter Eucken*, *Walter Hallstein*, *Alexander Rüstow* und *Ernst Joachim Mestmäcker* verbunden war. Aber bald wurde, oft unter marxistischen Vorzeichen und mit Beteiligung der

Rechtssoziologie, die soziale Frage wieder aufgenommen. Etwa bis zu Jahrtausendwende lag der Schwerpunkt der Kritik am Privatrecht bei den Auswirkungen der Ungleichheit der Akteure auf den Zugang zu privatrechtlich verfügbaren Leistungen und bei der Unausgewogenheit von Transaktionen. Ergebnisse zeigen sich im Verbraucherrecht und im Arbeitsrecht. Die folgenden zwei Jahrzehnte waren durch die Ausrichtung des Privatrechts auf den Kampf gegen Diskriminierungen bestimmt. Heute liegt der Schwerpunkt bei der Einforderung von Nachhaltigkeit und sozialer Verantwortung.

Kritisiert wurde und wird das Fehlen einer sozialen Verantwortung der Privatrechtssubjekte. Auf solche Kritik hat das Recht insoweit reagiert, als es jedenfalls bei wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen »Compliance« einfordert. Compliance hat zwei Gesichter. Das eine zeigt sich als gesellschaftliche Verantwortung (CSR = Corporate Social Responsability), das andere in Organisationsanforderungen, die das Recht an Unternehmen stellt und deren Verletzung haftungsrechtliche, ordnungsrechtliche und für die beteiligten Personen auch strafrechtliche Folgen haben kann (Compliance i. e. S.).

§ 289b, 289c sowie §§315b, 315c HGB schreiben daher Kapitalgesellschaften und Konzernen mit mehr als 500 Mitarbeitern vor, eine sogenannte »nichtfinanzielle« Erklärung abzugeben. Darin muss Auskunft gegeben werden über Maßnahmen zum Umweltschutz, zum Arbeitnehmerschutz, zum sozialen Engagement, zur Achtung der Menschenrechte und zur Bekämpfung von Korruption und Bestechung. In der Erklärung ist ebenfalls anzugeben, bis zu welcher Tiefe Lieferanten und Subunternehmer in den Bericht einbezogen werden. Damit wurde 2016 die Corporate Social Responsibility-Richtlinie (2014/95/EU = CSR) umgesetzt. Nach dem Entwurf einer CSR-Richtlinie der EU sollen von 2023 an auch Unternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitern Rechenschaft darüber ablegen, wie klimaschonend, umweltfreundlich und sozialverträglich sie wirtschaften und wie gut ihre internen Kontrollen funktionieren. Dazwischen steht das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz. Aber damit nicht genug. Der beinahe unendliche Komplex öffentlich-rechtlicher Regulierung trifft in erster Linie die Organisationen als Privatrechtssubjekte. Den Privatmann interessiert insoweit nicht viel mehr als die Landesbauordnung und ein paar Umweltvorschriften, wenn er ein Haus bauen oder modernisieren will.

Die rechtlichen Vorkehrungen zur Gewährleistung von Nachhaltigkeit und sozialer Verantwortung treffen die einzelnen Bürger bisher nur indirekt und als moralischer Appell. Eingeschränkt ist die Autonomie des Wirtschaftens, aber nicht die autonome

Gestaltung der privaten Lebensführung. Hier darf man sogar diskriminieren. Ein privater Vermieter darf auch gleichgeschlechtliche Paare ablehnen. Man muss nicht zum Arzt gehen, wenn man eine Ärztin bevorzugt, und man darf den tätowierten Friseur meiden. Für die private Lebensführung ist die Selbstbestimmung sogar erweitert, indem etwa mit der Selbstbestimmung über das Lebensende, mit reproduktiver Selbstbestimmung oder mit der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare neue Möglichkeiten eröffnet wurden. So betrachtet ist das Privatrecht zweigeteilt in ein Privatrecht für Individuen und ein anderes für Organisationen, insbesondere für die Organisationen der Wirtschaft.

Im Privatrecht für Private hat die Selbstbestimmung eine historisch bisher einmalige Ausdehnung erreicht. Zwar redet alle Welt von der »Dekonstruktion des Subjekts«, und die Privatrechtstheorie setzt dem Gerede wenig entgegen, obwohl die subjektiv-rechtliche Struktur des gesamten Rechts, auch des öffentlichen, am Subjektbegriff hängt. Aber die »Dekonstruktion des Subjekts« fällt wohl doch nicht so grundstürzend aus, wenn am Ende aus der Möglichkeit von Selbstbestimmung und Wahlfreiheit die »Regierung des Selbst« wird.

Tiefgreifender ist der Wandel des Privatrechts der Organisationen. Dieses Recht setzt sich aus zwei großen Blöcken zusammen. Der eine bestimmt die Begegnung zwischen Individuen und Organisationen und beschränkt die Privatautonomie zu Lasten organisierter Akteure. Den anderen Block bildet die Wirtschaftsverfassung. Dazu gehören vor allem das Handelsrecht, das Gesellschafts- und das Wettbewerbsrecht. Für das Privatrecht der Organisationen hat Privatautonomie nicht den engen Bezug zu Freiheit und Selbstbestimmung, sondern sie hat funktionale Bedeutung, weil und soweit sie die materielle Basis für das Marktgeschehen liefert. Insoweit erhält die Privatrechtstheorie die Unterstützung von der ökonomischen Analyse des Rechts. Auch das alte Theorem *Friedrich von Hayeks*, wonach Privatautonomie das über die Gesellschaft verteilte Wissen mobilisiert, hat noch nicht ausgedient.

Die Trennung zwischen dem privaten Privatrecht und dem Privatrecht der Organisationen ist alles andere als sauber. Sie ist hauptsächlich im Schuldrecht institutionalisiert. Beide Bereiche greifen auf ein gemeinsames Sachenrecht und Immaterialgüterrecht zurück. Sie teilen auch die gesetzlichen Schuldverhältnisse insbesondere aus Delikten. Eine Schnittstelle ist die Berufsausübung. Dennoch bleiben die Schwerpunkte so deutlich, dass die Differenzierung die Aufgaben der Privatrechtstheorie erleichtert. Das gilt sowohl für die Funktionsbeschreibung von Privatautonomie als auch für deren Legitimierung.

[1] Ich habe bei weitem nicht alles gelesen, was in den folgenden Fußnoten angeführt wird. Vermutlich gilt auch hier, dass gründliche Lektüre vor Innovationen schützt, dass also meine These längst irgendwo zu finden ist.

[2] Beinahe im Jahresrhythmus ist ein Dutzend einschlägiger Habilitationsschriften zum Thema entstanden: *Stefan Arnold*, Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht, 2014; *Marietta Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014; *Tim Florstedt*, Recht als Symmetrie 2015; *Michael Grünberger*, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, 2013; *Alexander Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016; *Bernhard Jakl*, Handlungshoheit. Die normative Struktur der bestehenden Dogmatik und ihrer Materialisierung im deutschen und europäischen Schuldvertragsrecht 2019; *Oliver Mörsdorf*, Ungleichbehandlung als Norm 2018; *Markus Rehberg*, Das Rechtfertigungsprinzip. Eine Vertragstheorie, 2014; *Florian Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen 2015; *Jürgen Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997; *Matthias Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019; *Dan Wielsch*, Zugangsregeln, 2008.

[3] Die Tagungen der Zivilrechtslehrer sind in Sonderausgaben des AcP 216, 2016 und 218, 2018 dokumentiert. Aus einer weiteren Tagung, auf der die Monographien von *Dan Wielsch* (2008), *Marietta Auer* (2014) und *Florian Rödl* (2015) diskutiert wurden, ist der von *Grünberger* und *Jansen* hg. Band »Privatrechtstheorie heute« (2017) entstanden. Über die Tagung berichtet *Johanna Croon-Gestefeld*, Privatrechtstheorie heute, RW 7, 2016, 303-310. 2019 tagten die Deutschen Staatsrechtsleher mit dem Generaltheme »Öffentliches und Privatrecht« (VVDSt Bd. 79, 2020).

[4] *Anne Röthel*, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtfeuer, in: Christian Bumke/Anne Röthel (Hg.), Autonomie im Recht, 2017, 91-116 [Erwiderung von *Karl Riesenhuber*, Privatautonomie – Rechtsprinzip oder mystifizierendes »Leuchtfeuer«, ZfPW 2018, 352-368]

Ähnliche Themen

- Aktenzeichen XY-unbequem als Schnittstelle zwischen Bürger und Bürokratie
- Digitalisierung verstärkt die strukturelle Differenz zwischen Individuum und Organisation und erschwert den Zugang zum Recht