Auf Umwegen: Zum Privatrecht als Gesellschaftsverfassung

von *Gunther Teubner*, Frankfurt am Main*

Übersicht

I. Göttingen: Ungewissheiten
II. Tübingen: Ambivalenz der Privatrechtsdogmatik
III. Berkeley: Soziologische Jurisprudenz
IV. Bremen: Alternative Dogmatik
V. Florenz: Recht als autopoietisches System
VI. London: Globale Bukowina
VII. Frankfurt: Privatrecht als Gesellschaftsverfassung
VIII. Nach den Umwegen: Mein Ausblick auf Entwicklungschancen

Mein Lebensweg verlief durchaus nicht auf geradlinigen privatrechtlichen Pfaden, eher auf vielfältigen Umwegen. Statt Berufungsschritten auf deutsche Rechtsfakultäten waren es Suchbewegungen, Irrungen und Wirrungen, ja Fluchtbewegungen und zugleich Befreiungserlebnisse. Insgesamt: Auswanderung aus Deutschland ebenso wie aus der Jurisprudenz und schließlich Rückkehr. Im Rückblick sehe ich es als eine Suche nach der Identität im Fremden, eine Suche nach der Identität des Privatrechts in fremden Rechtsordnungen wie in fremden Disziplinen. Privatrecht als Gesellschaftsverfassung, genauer: als Rechtsverfassung der Selbstorganisation einer Vielfalt von sozialen Systemen – dieses Verständnis steht am Ende dieser Umwege, deren Stationen ich hier nachzeichnen will.

I. Göttingen: Ungewissheiten

Nur zögerlich entschied ich mich, Rechtswissenschaft zu studieren. Das Versagen der Vätergeneration im Nationalsozialismus machte mich misstrauisch gegenüber dem politischen Opportunismus des Rechtsbetriebs. Deswegen wollte ich unbedingt gleichzeitig Philosophie und Soziologie studieren, um die gesellschaftliche Wirklichkeit und ihre normativen Grundlagen besser zu verstehen. Bald merkte ich, dass sich ein solches studium generale nicht verwirklichen ließ und konzentrierte mich zuerst auf die Rechtswissenschaft, um später in Berkeley Rechtssoziologie zu studieren.

* Professor em. für Privatrecht und Rechtssoziologie, Fachbereich Rechtswissenschaft, Goethe-Universität Frankfurt. Email: G.Teubner@jur.uni-frankfurt.de. Webseite: https://www.jura.uni-frankfurt.de/42825790/Publikationsliste (25.4.2022). Dort sind die in den folgenden Fußnoten angeführten Artikel zum Herunterladen verfügbar.

Satzspiegelhöhe: 183mm
Höhe der ges. Fahne 2058mm

II. Tübingen: Ambivalenz der Privatrechtsdogmatik

Zunächst aber faszinierte mich die hochgetriebene Dogmatik des Privatrechts, wie sie Joachim Gernhuber in rhetorisch brillanten Vorlesungen geradezu zelebrierte. Tübingen war damals die Hochburg der zivilistischen Nachkriegsdogmatik, die auf die kollektivistischen Verirrungen des nationalsozialistischen Privatrechts reagierte, indem sie wieder auf die traditionelle Privatautonomie des Individuums zurückgriff und sich damit begnügte, am Begriffs-, Normen- und Prinzipiengebäude des überkommenen Privatrechts weiterzubauen. In diesem Zusammenhang akzeptierte ich das Verständnis der synallagmatischen Verträge als gegenüber der Gesellschaft autonomen Strukturen und Prozesse und interpretierte in einer streng dogmatischen Monographie Probleme der gegenseitigen Vertragsuntreue als Eskalationsstufen von Vertragszweckstörungen, um dies in detaillierten Normierungen kleinzuarbeiten.[1]

Doch nagende Zweifel an der Angemessenheit solch kristalliner Normstrukturen brachten mich bald dazu, mich stärker an den in die Gesellschaft ausgreifenden Rechtskonzepten von Josef Esser und Ludwig Raiser zu orientieren. An Essers Theorie der Rechtsprinzipien, die, lange vor Ronald Dworkin entworfen, auf gesellschaftliche Konventionen, Standards und Direktiven verweisen, faszinierte mich der hermeneutische Zirkel zwischen gesellschaftlichen Vorverständnissen und Rechtsnormen. Ebenso nahm ich Raisers institutionelle Umdeutung subjektiver Rechte, in der gesellschaftliche Institutionen und Rechtsnormen miteinander verschränkt erscheinen, mit großem Interesse auf. Beide regten mich in meiner Doktorarbeit dazu an, in den privatrechtlichen Generalklauseln die Referenzen auf gesellschaftliche Institutionen näher zu untersuchen, die von der Rezeption sozialer Normen bis hin zu richterlicher Normsetzung in Auseinandersetzung mit öffentlichen Meinungsbildungsprozessen reichen.[2] Doch dauerte es wiederum nicht lange, bis mir auch solche bloßen Ausblicke aus dem geschlossenen Dogmatikgebäude heraus auf die Gesellschaft nicht mehr ausreichten.

III. Berkeley: Soziologische Jurisprudenz

Die entfesselte Diskussionskultur im unruhigen Berkeley, California empfand ich als Befreiung von dem deutschen Forschungsstil in Einsamkeit und Freiheit. Als größere Befreiung noch erschien mir Philip Selznicks Version soziologischer Jurisprudenz, in der Fragen des Vertrags- und Gesellschafts-

[1] Gunther Teubner, Gegenseitige Vertragsuntreue: Rechtsprechung und Dogmatik zum Ausschluß von Rechten nach eigenem Vertragsbruch, 1975.

[2] Gunther Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, 1970.

Satzspiegelhöhe: 183mm
Höhe der ges. Fahne 2058mm

rechts immer erst im Anschluss an eine systematische institutional analysis der gesellschaftlichen Phänomene beantwortet werden können. Diese Analyse ist keineswegs auf Rechtstatsachenforschung begrenzt, sondern setzt sich intensiv mit normativen Interpretationen der Institutionen auseinander, nun aber im Bezug der conceptual readiness des Rechtssystems zu gesellschaftlichen opportunity structures. In diesem Rahmen beschäftigte ich mich besonders mit der organisationssoziologischen contingency theory, wonach externe Umweltbedingungen die Binnenstruktur der Organisationen bestimmen. Dies sollte dann zur Leitperspektive meiner Habilitationsschrift werden, wonach private Verbände, wenn sie öffentliche Funktionen im politischen System übernehmen, ihre rechtlichen Binnenstrukturen grundlegend ändern müssen.[3] Die Aufgabe des Privatrechts besteht dann darin, die Verbandsverfassung in Richtung von organisationsinterner Demokratie in einem ungleich größeren Maße auszuformen als es die rudimentären Regelungen des Vereinsrechts bisher vermochten.

IV. Bremen: Alternative Dogmatik

Mein Gang nach Bremen, den ein Tübinger Professor mit „Herr Teubner, wollen Sie sich kaputtmachen?“ kommentierte, führte mich in heiße politische Debatten mit den besten juristischen Köpfen der 68er-Generation, unter anderen mit Ulrich Preuss, Karl-Heinz Ladeur, Christian Joerges und Gert Brüggemeier. Am Bremer Modell der Juristenausbildung beteiligte ich mich gern an der engen Verzahnung von Universitätsausbildung und der Gerichtspraxis, an einer Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Aspekte und an der vertieften Projektarbeit in den letzten Semestern, alles Dinge, die später auch partiell in der deutschen Juristenausbildung eingeführt wurden. In meiner Mitarbeit am Alternativkommentar zum BGB lernte ich bald, zwischen zwei Arten alternativer Dogmatik zu unterscheiden. Die Parteilichkeit zugunsten von gesellschaftlichen Partialinteressen, wie sie manche Kollegen vertraten, empfand ich als eine falsche Politisierung des Privatrechts. Demgegenüber versuchte ich, eine gesamtgesellschaftliche Sicht auf das Privatrecht zu gewinnen, indem ich in der Kommentierung der Generalklausel des § 242 BGB die Auseinandersetzung des Privatrechts mit drei gesellschaftlichen Institutionen – Interaktionsmoral, Markt/Organisation, Funktionssysteme – in der Auslegung von Rechtsnormen umsetzte.[4] Allerdings geriet ich als Anhänger der als reaktionär deklarierten Systemtheorie Luhmanns sehr bald in politische Turbulenzen, denen ich mit einer Flucht nach Florenz schließlich entkam.

---

[3] Gunther Teubner, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung: Rechtsmodelle für politisch relevante Verbände, 1978.

[4] Gunther Teubner, Die Generalklausel von "Treu und Glauben", in Rudolf Wassermann, Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II, 1980, S. 32.

Satzspiegelhöhe: 183mm
Höhe der ges. Fahne 2058mm

V. Florenz: Recht als autopoietisches System

Die dreizehn Jahre am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz erlebte ich als die glücklichste Zeit meines beruflichen Lebens. Gegenüber der schwerblütigen deutschen Geistesart fand ich die italienische Helligkeit und Lebendigkeit des Denkens, die zugleich von solider historischer Bildung getragen ist, äußerst anziehend. Das Privileg, mit einer international und interdisziplinär besetzten Gruppe von Kollegen und Doktoranden zusammenzuarbeiten, war für mich mit der Herausforderung verbunden, für die europäische Privatrechtstheorie einen Beitrag aus der deutschen Wissenschaftstradition zu liefern. Dafür musste meine bisherige Konzentration auf bloße Kontaktzonen von Jurisprudenz und Soziologie, an denen punktuelle Einbruchstellen für sozialwissenschaftliche Analysen zu finden waren, tiefergelegt werden. Für mich stand fest, dass nur die Systemtheorie Niklas Luhmanns, des wohl bedeutendsten Sozialtheoretikers unserer Zeit, die Grundlage für eine erneuerte Privatrechtstheorie abgeben konnte. In kontroversen Diskussionen mit Kollegen, die aus der französischen, englischen und italienischen Rechtstradition herkamen, musste ich mir freilich manche Abkühlung deutscher Theorieerhitzungen gefallen lassen.

Das Recht als autopoietisches System zu verstehen, bedeutete für mich erstens, mich vom herkömmlichen Systembegriff des Privatrechts (einschließlich des „beweglichen Systems"), der das Rechtssystem als Begriffs- und Normensystem und das Privatrecht als ein System subjektiver Rechte versteht, zu verabschieden.[5] Nicht Rechtsnormen bilden, wie im herkömmlichen Verständnis, die Elemente des Rechtssystems, sondern die – von gesellschaftlichen Konflikten provozierten – Rechtsakte (richterliche Entscheidungen, Gesetzgebungsakte und besonders Verträge). Erst ein solcher temporalisierter System/Umwelt-Begriff machte mir die hohe Eigendynamik privatrechtlicher Entwicklungen und zugleich ihre starke Abhängigkeit von den Wandlungen ihrer gesellschaftlichen Umwelten verständlich. Zweitens begründete für mich die soziologische Autopoiese-Theorie eine eigensinnige Autonomie der Rechtsdogmatik, deren Öffnung gegenüber den Sozialwissenschaften zwar möglich ist, aber nur auf der Basis ihrer operativen Schließung. Trotz meiner Sympathien für die Einheit der Sozialwissenschaften musste ich einräumen, dass Soziologie oder Ökonomie die Rechtswissenschaft nicht unmittelbar mit ihrem Wissen beliefern können, sondern nur externe Impulse zu geben vermögen, auf welche die Dogmatik dann mit eigenen begrifflichen Mitteln reagiert. Und drittens veranlasste mich die Sicht auf ein Recht, das sich als ein autopoietisches System in einer Welt von autopoietischen Systemen bewegt, alle meine Fantasien von wirksamer Gesellschaftsregulierung durch privatrechtliche Normen zugunsten von voraussetzungsreicheren Irri-

[5] Gunther Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989.

tationen gesellschaftlicher Selbstregulierung aufzugeben. Mit dem Konzept des reflexiven Rechts versuchte ich damals zu erfassen, wie das Privatrecht trotz dieser Distanz zwischen Recht und Gesellschaft auf die neuartige Aufgabe einer Irritationsgestaltung eingestellt werden kann.[6]

Immer stärker entfernte ich mich davon, das Privatrecht als eine auf ökonomischer Rationalität beruhende Normenordnung zu verstehen, wie es sowohl die im Zivilrecht weithin akzeptierte Theorie der „Privatrechtsgesellschaft" als auch die neuere Rechtsökonomik voraussetzen. Privatrecht kann nicht von den normativen Prämissen eines einzigen gesellschaftlichen Teilsystems her gedacht werden, sondern ist als das Recht der gesamten, in sich vielfach differenzierten Zivilgesellschaft zu verstehen. Ich verstand nun Privatrecht als das Recht einer Vielfalt von selbstorganisierenden Sozialsystemen, deren je eigensinnige Rationalitäten es zu beachten – und diese gerade gegen eine heute übermächtige Ökonomisierung zu schützen hat. Als einen solchen Schutz der Integrität gesellschaftlicher Institutionen interpretierte ich damals das bahnbrechende Bürgschaftsurteil des Bundesverfassungsgerichts.[7] Gegenüber der darin verborgenen brisanten Problematik erschien mir die paternalistische Einzelfallkorrektur von Vertragsungleichgewichten geradezu hausbacken. In den Familienbürgschaften sah ich vielmehr ein Privatrechtsproblem ersten Ranges, nämlich die Frage, ob und in welchem Ausmaß Konflikte zwischen gesellschaftlichen Handlungsbereichen – im Bürgschaftsfall ein Konflikt zwischen ökonomischer Rationalität und familialer Solidarität – als Frage des institutionellen Grundrechtsschutzes zu juridifizieren sind. Die „Kolonisierung der Lebenswelt", hier: der Familie, durch wirtschaftlich rationales Handeln, verstand ich als einen Fall der „Drittwirkung" des Grundrechtes von Art. 6 GG, auf den mit privatrechtlichen Sanktionen (§ 138 BGB) zu reagieren ist. Das so verstandene Bürgschaftsurteil war für mich ein Präzedenzfall für andere Kollisionen zwischen gesellschaftlichen Handlungssphären, die für die heutige Gesellschaft zunehmend in ihren destruktiven Aspekten erkennbar werden und auf die das Privatrecht Antworten finden muss.

Eher frustrierend dagegen verliefen meine damaligen Ausflüge in das Gesellschafts- und Konzernrecht. Meine Versuche, in der Hochzeit der Deregulierung der 80er Jahre ein pluralistisches Rechtsverständnis des Unternehmensinteresses oder gar eine rechtlich abgestützte corporate social responsibility auf ein systemtheoretisches Fundament zu setzen,[8] stießen bei den deutschen Gesellschaftsrechtlern auf eisiges Schweigen. Die amerikanischen

[6] Gunther Teubner, Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, ARSP 68 (1982), 13 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie).

[7] Gunther Teubner, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff.), KritV 2000, 388 (Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft).

[8] Gunther Teubner, „Corporate Responsibility" als Problem der Unternehmensverfassung, ZGR 1983, 34 (Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht); Gunther Teubner, Unternehmensinteresse – das gesellschaftliche Interesse des Unternehmens „an sich"?, ZHR 1985, 470 (Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht).

Satzspiegelhöhe: 183mm
Höhe der ges. Fahne 2058mm

Kollegen reagierten mit ironischen Kommentaren: „The sole social responsibility of business is to make profit." Auch das Europarecht, das sich heute – nach den Schocks der Finanzkrise – als Vorreiter von corporate social responsibility versteht, stand damals, wohl unter dem Einfluss britischer neoliberaler policies, einer rechtlich zu sichernden Gemeinwohlverantwortung von Unternehmen distanziert, wenn nicht feindselig gegenüber. Nicht viel besser erging es mir, als ich den Konzern in ein polykorporatives Netzwerk, in eine „vielköpfige Hydra" uminterpretieren wollte und entsprechend die Konzernhaftungsregeln drastisch auszuweiten vorschlug.[9] „Freischwebende Konstruktion" war noch der wohlwollendste Kommentar, der eigentlich besagte: „rechtswidrig". Damals war es Konsens, dass sich das Gesellschaftsrecht der angeblich überlegenen Rationalität der Kapitalmärkte zu öffnen hat und nicht etwa „konstruktivistisch" intervenieren sollte, um die Autonomie pluralistisch verfasster Organisationen zu schützen, wie ich es mir damals vorstellte.

VI. London: Globale Bukowina

Vom Florentiner Elfenbeinturm zur stärker weltzugewandten London School of Economics für fünf Jahre zu wechseln war mit manchen Herausforderungen verbunden. Dass ich als deutscher Jurist auf den Otto-Kahn-Freund-Chair for Comparative Law berufen werden sollte, wurde in der Londoner Jewish Community durchaus kontrovers diskutiert, letztlich aber doch akzeptiert. Kahn-Freunds privatrechtliche, rechtsvergleichende und rechtstheoretische Studien, die im englischen Recht sehr einflussreich geworden sind, empfand ich als Vorbild für meine Arbeit. In der Lehre versuchte ich, den Studenten englisches Vertragsrecht systematisiert mit deutscher Dogmatik und Falllösungstechnik beizubringen. Für diese Orientierungshilfen im Chaos des case law waren die international zusammengewürfelten Studenten nicht undankbar. In der Rechtswissenschaft fand ich mich neuartigen Problemen des Privatrechts ausgesetzt, welche die in London besonders spürbaren Schockwellen der Globalisierung verursacht hatten. Der davon ausgelöste Normierungsbedarf zwang globalisierte Teilsysteme der Gesellschaft dazu, ihr autonomes Recht ohne Staat zu setzen, das primär in privatrechtlichen Formen gebildet wurde. Mit dem von Eugen Ehrlich inspirierten Begriff der Globalen Bukowina versuchte ich, gegen zwei im Privatrecht tiefsitzende Tabus anzuschreiben, die festlegten, dass ein a-nationales Recht denkunmöglich sei und dass private ordering kein genuines Recht setzen könne.[10] Lex mercatoria, lex finanziaria, lex constructionis, lex sportiva

[9] Gunther Teubner, Die ‚Politik des Gesetzes' im Recht der Konzernhaftung: Plädoyer für einen sektoralen Konzerndurchgriff, FS Steindorff, 1990, S. 261.

[10] Gunther Teubner, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, RJ 1996, 255 (Rechtshistorisches Journal).

und lex digitalis waren für mich die autonomen privatrechtlichen Institutionen im transnationalen Bereich, deren genuine Rechtssetzungen ich mit einer erneuerten Theorie des Rechtspluralismus zu begründen suchte. Rechtspraktisch beschäftigten mich die Kollisionen transnationaler Rechtsregimes mit den Rechten der Staatenwelt, was die Problemstellungen des internationalen Privatrechts erheblich ausweitete. Nicht mehr nur Kollisionen zwischen nationalstaatlichen Rechtsordnungen, sondern deren Kollisionen mit transnationalen Regime-Rechten und deren Kollisionen untereinander waren nun rechtlich zu bewältigen.[11] Mich verblüffte, wie mit britischer coolness meine Kollegen offen und neugierig auf meine doch eher kontinentaleuropäisch kontaminierten Vorschläge reagierten.

VII. Frankfurt: Privatrecht als Gesellschaftsverfassung

Jetzt, nach meiner zweifachen Rückkehr, nach Deutschland und in die Privatrechtsdogmatik, lasse ich mich zunehmend vom Frankfurter genius loci inspirieren. Hugo Sinzheimer, Franz Böhm und Rudolf Wiethölter, die Entdecker zahlreicher nicht-staatlicher Wirtschafts- und Sozialverfassungen – ihre Ideen versuche ich nun zu einem gesellschaftlichen Konstitutionalismus, dem privatrechtlichen Seitenstück zum staatlichen Konstitutionalismus, zu verallgemeinern und ihn zugleich mit Theorien des transnationalen Rechtspluralismus zu verbinden.[12] Denn nach der Revolution der funktionalen Differenzierung, der Bildung der Organisationsgesellschaft und der Transnationalisierung gesellschaftlicher Teilsysteme scheint mir die aktuelle Herausforderung des Privatrechts darin zu bestehen, genuine Verfassungsnormen für die neuen intermediären Gewalten, die sich zwischen Staat und Individuen geschoben haben (Funktionssysteme, formale Organisationen, transnationale Regimes), zu entwickeln. Limitierung gesellschaftlicher Macht durch privatrechtliche Normen sehe ich dabei als die wichtigste Aufgabe. Denn es wird nicht genügen, in den zahlreichen gesellschaftlichen Institutionen die Dynamik gesellschaftlicher Selbstregulierung mit Hilfe privatrechtlicher Ermächtigungen nur freizusetzen. Die destruktiven Auswirkungen dieser Dynamik zugleich wirksam zu begrenzen, dürfte demgegenüber die schwierigere Aufgabe des Privatrechts sein.[13] In den nicht-staatlichen Institutionen, den neuen Machtzentren der Gesellschaft, muss Privatrecht die normativen Bedingungen für Grundrechte, Rechtsstaatlichkeit, demokratische

[11] Gunther Teubner/Andreas Fischer-Lescano, Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006.

[12] Gunther Teubner, Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, 2012.

[13] Ein Beispiel ist die Limitierung von Netzwerkrisiken durch privatrechtliche Normen: Gunther Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht, 2004.

Satzspiegelhöhe: 183mm
Höhe der ges. Fahne 2058mm

Partizipation und heute zunehmend für ökologische Sensibilität setzen. Angesichts eines sich weltweit erneuernden radikalen Nationalismus, in dem sich eine politische Totalisierung der Gesellschaft manifestiert, dürfte die Aktualität dieser Aufgabe noch dringlicher werden.

Digitalverfassung – dies ist eines der konkreten Themen, mit denen ich mich in Frankfurt beschäftige.[14] Ich finde es bemerkenswert, dass es fast ausschließlich privatrechtliche Normierungen sind, welche die Online-Welt des Internets, der sozio-digitalen Netzwerke (Facebook & Co.) und der digitalen Plattformen (Amazon, ebay & Co.) konstituieren. Hier verbindet sich gesellschaftliche Macht mit der undurchschaubaren Dynamik einer neuen Technologie, deren destruktive Folgen auch mit privatrechtlichen Mitteln zu limitieren sind. Die trianguläre Konstitutionalisierung des digitalen Raums, also die Arbeitsteilung zwischen Selbstkonstitutionalisierung der neuen digitalen Institutionen, den Verfassungsinterventionen der Staatenwelt und den verfassungsrechtlichen Kontrollen des private ordering durch die Zivilgerichte – dies auszutarieren dürfte die praktische und theoretische Aufgabe des gesellschaftlichen Konstitutionalismus sein.

Und an dieser Stelle vermute ich auch den Beitrag, den das Haftungsrecht zu einer sich herausbildenden Digitalverfassung leisten kann. Sicherlich geht es auch darum, eine Optimierung von Sorgfaltsstandards und Aktivitätsniveaus, welche die algorithmischen Aktivitäten zu steuern versucht, anzustreben. Doch sind mit rechtsökonomischen Argumenten die konstitutionellen Ansprüche an Digitalität nicht erschöpft. Denn in der rekursiven Dynamik Technologie/Sozialinstitutionen/Haftungsrecht vollzieht sich eine wechselseitige Konstituierung von Rechtsnormen, Rechtssubjekten und sozialen Institutionen.Ja, das Auftreten von autonomen Algorithmen als neuartige Quasi-Subjekte stellt das Privatrecht vor eine Verfassungsfrage erster Ordnung, auf die es womöglich mit der rechtlichen Personifizierung von isoliert agierenden Algorithmen sowie von Mensch-Algorithmus-Assoziationen samt deren haftungsrechtlichen Konsequenzen reagieren sollte.[15] Diese Entwicklung vollzieht sich weder nur technikdeterminiert noch ökonomiedeterminiert, sondern hängt zugleich von vielfältigen normativen Entscheidungen über die gesellschaftliche Verantwortung von digitalen Technologien ab. Sofern in dem nur scheinbar technischen Haftungsrecht über die Bekämpfung von Verantwortungsdefiziten, über Chancen und Gefahren der Personifizierung algorithmischer Prozesse, über die Sorgfaltsmaßstäbe für algorithmische Entscheidungen, über die Schutzwürdigkeit von durch digitale Fehlentscheidungen gefährdeten individuellen Rechtspositionen, über das Ausmaß von Entschädigungsleistungen und über die notwendige Re-programmierung von

[14] Gunther Teubner/Angelo Jr Golia, Digital Constitution: On the Transformative Potential of Societal Constitutionalism, Symposium: Indiana Journal of Global Legal Studies, im Erscheinen 2022.

[15] Gunther Teubner/Anna Beckers, Three Liability Regimes for Artificial Intelligence: Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds, 2021.

Satzspiegelhöhe: 183mm
Höhe der ges. Fahne 2058mm

risikobehafteten Algorithmen gestritten und entschieden wird, leistet das Haftungsrecht einen nicht unbeträchtlichen Teilbeitrag zu einer sich gerade entwickelnden Digitalverfassung.

VIII. Nach den Umwegen: Mein Ausblick auf Entwicklungschancen

Auf diesen Lebens(um)wegen also habe ich mich in den wenig transparenten Wandlungen des Privatrechts zurechtzufinden gesucht. Diese Wandlungen laufen faktisch massiv ab, bedürfen aber für die Zukunft des Privatrechts normativer Impulse. Ich persönlich vermute sie in seiner konstitutionellen Orientierung. Aber was könnte das für die folgenden vier Wandlungsprozesse bedeuten?

Die Europäisierung des Privatrechts hat zumindest in den letzten fünfzig Jahren tiefgreifende Änderungen ausgelöst. Besonders die rechtsvergleichende Methode gab nicht nur als Analyse, sondern auch als heimliche Rechtsquelle, vielfältige Anstöße zur Rechtsvereinheitlichung. Doch glaube ich, dass die Paradoxien der unitas multiplex europaea dazu anregen müssten, europäisches Privatrecht nicht als umfassende Rechtsvereinheitlichung, sondern als punktuelle konstitutionelle Interventionen in neuralgischen Zonen auszuformen. Respekt für rechtskulturelle Differenzen ebenso wie die Rücksicht auf die innereuropäischen varieties of capitalism[16] sollten dazu anregen, eine Art föderale Verfassung europäischer Privatrechtsordnungen zu etablieren. Dies dürfte auch die kontroverse „battle of the courts“, den Streit zwischen den selbstbewussten Hütern der europäischen Verfassung in Luxemburg und Straßburg einerseits mit den ebenso selbstbewussten Hütern der Nationalverfassungen in Karlsruhe, Rom, Warschau und Budapest andererseits entschärfen. Ich persönlich würde mich klar gegen einen Vorrang der nationalen Verfassungen aussprechen, aber auch nicht für einen unbedingten Vorrang der europäischen Verfassung plädieren, sondern für eine Heterarchie der Verfassungsgerichte, die ein Letztentscheidungsrecht des EuGH vorsieht, so weit wie es für den Erhalt einer föderativen Ordnung notwendig ist. Ihre Erweiterung findet die Europäisierung in der Internationalisierung des Privatrechts, die sich freilich heute gegenüber Tendenzen zu nationalstaatlicher Abschottung behaupten muss, aber dies womöglich nur im Geltungsbereich der eher universalistisch ausgerichteten „westlichen“ Rechtsordnungen tun kann. Hier stehen die schon angesprochenen privaten transnationalen Regimes im Vordergrund, zu deren Verfassung neben internationalen Streitschlichtungs-

[16] Zu beiden Aspekten Gunther Teubner, Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes, in Günter Dux/Frank Welz, Moral und Recht im Diskurs der Moderne: Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung, 2001, S. 351.

Satzspiegelhöhe: 183mm
Höhe der ges. Fahne 2058mm

instanzen gerade auch nationalstaatliche Zivilgerichte wichtige Impulse geben können.

Die Materialisierung des Privatrechts ist seit Max Weber, der vor dem Einbruch materialer Tendenzen in die formale Rationalität des modernen Rechts warnte, und seit Franz Wieacker, der sie in die Privatrechtsgeschichte der Neuzeit einordnete und sie befürwortete, als die zweite große Wandlung des Privatrechts bewusst geworden. Praktisch wirksam wurde sie als sozialstaatliche Transformation des liberalen Privatrechts, die besonders Arbeitsrecht, Verbraucherrecht und Sozialrecht, aber auch die Kernbereiche des Zivilrechts beeinflusste. Ich kann mir vorstellen, dass das Privatrecht über die hier involvierten Sozialrisiken hinaus in Zukunft andere gesellschaftliche Risiken stärker in den Blick nimmt, allen voran die dramatischen ökologischen Gefährdungen. Eine so als Ökologisierung verstandene Materialisierung dürfte auch die Grundlagen der Rechtsfindung, über Rudolph von Jherings Zweckorientierung und Philipp Hecks Interessenjurisprudenz hinaus, die heute dominierende Wertungsjurisprudenz verändern. Für vergeblich halte ich die Suche nach einer wertphilosophischen Orientierung, eher müsste sich eine rechtsinterne Reflexionspolitik an der Reflexionspolitik der anderen gesellschaftlichen Subsysteme orientieren, diese freilich auch korrigieren. Dass in diesem Zusammenhang die Abwägungsmethoden die traditionellen Subsumtions- und Auslegungsmethoden überlagert, wenn nicht abgelöst haben, ist heute Konsens. Ich würde mir allerdings vorstellen, dass dies sich nicht auf die bloße Interessenabwägung privater Akteure beschränkt, auch nicht nur auf den Ausgleich von Gruppeninteressen, sondern dass eine Abwägung zwischen unterschiedlichen gesellschaftlichen Rationalitäten im Vordergrund steht. Letztlich führt dies hin auf ein Verständnis von privatrechtlicher Gerechtigkeit, die über gleichheitsorientierte Konsistenz hinausgeht, die sich auch nicht nur responsiv auf die Kontingenzen von Umweltanforderungen einlässt, sondern die auf eine Selbsttranszendierung des Rechts hinausläuft. Wie es in den Entscheidungsnöten der hard cases oder in den Paradoxien des Rechtsmissbrauchs deutlich wird, überschreitet ein solches Gerechtigkeitsverständnis die Grenzen des Rechts, um nach solchen Grenzerfahrungen mit neuen Intuitionen in das Recht zurückzukehren.[17]

Die Pluralisierung des Privatrechts ist ein weiterer Wandlungsprozess, der zwar schon weit fortgeschritten, aber dennoch hochkontrovers geblieben ist. Die Herausbildung der großen Sonderprivatrechte, die Autonomisierung von privatrechtlichen Rechtsgebieten durch eigene Wertungen und Begrifflichkeiten, die explosionsartige Zunahme neuartiger Vertragstypen und die bereichsspezifischen Differenzierungen des Deliktsrecht werden häufig als eine Verfallsgeschichte des Privatrechts kritisiert. Mir scheinen jedoch die Ver-

[17] Gunther Teubner, Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, in Gunther Teubner, Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit, 2008, S. 9.

Satzspiegelhöhe: 183mm
Höhe der ges. Fahne 2058mm

suche, gegen diese Zersplitterungen die Einheit des Privatrechts wiederherstellen zu wollen, vergeblich. Man sollte die privatrechtlichen Fragmentierungen eher im historischen Kontext verstehen, dass nämlich das Recht auf externe gesellschaftliche Differenzierungsprozesse mit internen Differenzierungen reagiert, zwar nicht als Eins-zu-Eins-Spiegelungen, aber als durch gesellschaftliche Irritationen ausgelöste rechtliche Strukturänderungen. Die Einheit des Privatrechts ließe sich eher dadurch herstellen, dass man das Privatrecht nicht nur als Sachrecht, sondern zugleich als Kollisionsrecht versteht, das die Normen- und Prinzipienkollisionen der unterschiedlichen Sonderprivatrechte, der verschiedenen Rechtsgebiete, aber besonders auch der vielfältigen Systeme des private ordering zu bearbeiten sucht. In diesem Sinne wäre etwa der Vertrag nicht bloß als synallagmatische Leistungsbeziehung zwischen zwei Parteien zu verstehen, sondern als eine punktuelle Vermittlung zwischen gesellschaftlichen „Vertragswelten".[18] Der Vertrag wäre dann zu verstehen als ein Raum der Kompatibilität zwischen der Sozialbeziehung des relational contracting, ökonomischer Transaktion, gesellschaftlicher Produktionsvereinbarung, politischem Regulierungsobjekt und rechtlicher Verpflichtungsbeziehung. Die Konflikte zwischen diesen „Vertragswelten" zu lösen und gegen Überwältigungen auszubalancieren, wäre Aufgabe eines institutionell verstandenen Vertragsrechts. Freilich müsste es sich stärker interdisziplinär ausrichten, nicht einseitig nur in Richtung Rechtssoziologie, Rechtsökonomik oder Rechtspolitologie etc, sondern müsste die gesuchte Balance gemäß dem Konzept der Transversalität herzustellen suchen.[19]

Die Konstitutionalisierung des Privatrechts schließlich dürfte der Königsweg sein, auf den die Pfade der anderen Wandlungsprozesse zulaufen könnten. Heute wird diese Konstitutionalisierung in der Weise praktiziert, dass das Grundgesetz über seinen grundlegenden normativen Orientierungen, besonders über die Grundrechte, das Privatrecht umgestaltet. Für mich aber sollte Konstitutionalisierung eine zusätzliche Bedeutung annehmen. Danach empfängt das Privatrecht seine Vorgaben nicht ausschließlich von der politischen Staatsverfassung, sondern ebenso von den unterschiedlichen Eigenverfassungen gesellschaftlicher Teilordnungen, von der Verfassung der Wirtschaft, der Wissenschaft und Technologie, der Erziehung, der Massenmedien, des Gesundheitswesens, der digitalen Welt. In diesem Sinne wäre die Drittwirkung der Grundrechte weiterzudenken, nicht nur als Schutz der Individuen vor gesellschaftlicher Macht in den verschiedenen Teilsystemen, sondern zugleich als Schutz fragiler gesellschaftlicher Institutionen (etwa Kunst und Wissenschaft) gegen ihre Überwältigung durch expansive Sozialsysteme.[20]Übergrei-

---

[18] Gunther Teubner, Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes, RJ 1998, 234.

[19] Gunther Teubner, Rechtswissenschaft und -praxis im Kontext der Sozialtheorie, in Stefan Grundmann/Jan Thiessen, Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich: Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und -praxis, 2015, S. 145.

fendes Prinzip der Privatrechtsverfassung bleibt die Privatautonomie, die auch weiterhin als Selbstbestimmung der Individuen in vielfältigen Vertragsordnungen zu verstehen ist, die aber in Zukunft zusätzliche Dimensionen in sich aufnehmen sollte. Privatautonomie ist zugleich als Sozialautonomie zu verstehen, genauer: als Freiheit der Selbstorganisation einer Vielfalt von sozialen Systemen. Es ginge um privatrechtliche Autonomiegarantien ebenso wie um Hilfe zur Selbsthilfe gegen destruktive Tendenzen. Die Eigennormativität gesellschaftlicher Teilsysteme konstitutionell abzusichern und zugleich deren Expansionstendenzen zu limitieren, so sehe ich die Zukunftsaufgabe des Privatrechts als Gesellschaftsverfassung.

[20] Gunther Teubner/Isabell Hensel, Matrix Reloaded: Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias, KJ 2014, 150 (Kritische Justiz).

Satzspiegelhöhe: 183mm
Höhe der ges. Fahne 2058mm