TIM FLORSTEDT

Recht als Symmetrie

Jus Privatum
198

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 198

Tim Florstedt

Recht als Symmetrie

Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Privatrechts

Mohr Siebeck

Tim Florstedt, geboren 1974; Studium der Rechtswissenschaften in Münster und Kiel; Promotion 2005; Habilitation 2013; seit 2013 Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

e-ISBN PDF 978-3-16-154183-4
ISBN 978-3-16-153223-8
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2015 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 Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Unter dem Titel „Recht als Symmetrie“ lassen sich in allen Rechtskreisen der Welt wiederkehrende Symmetriemuster beobachten, nach denen Vor- und Nachteile an etwas Äußerem unter den Rechtssubjekten verteilt werden. Überfluss und Häufigkeit solcher symmetrischen Ordnungen sind auch im deutschen Privatrecht gut nachzuvollziehen: bei den institutionellen Zuständigkeitsformen (Eigentum, Stellvertretung), den Prinzipien gesetzlicher Risikoverteilung (Gefährdungs- und Leutehaftung), den modernen Versionsformen (Gläubigeranfechtung) oder bei vertragsrechtlichen Umsatz- oder Abwicklungsprogrammen. Das vorgelegte Buch enthält die erste geschlossene Betrachtung des Symmetrischen im Zivilrecht.

Eine solche Symmetrietheorie beschreibt die innere Harmonie der auf subjektiven Rechten aufbauenden Institutionen. Das subjektive Recht hat seit zweihundert Jahren eine schubweise Abmagerung bis hin zu einer verblassten, nur noch logisch-analysierbaren Schutzhülle hinter sich. Die rechts-systematisch angelegte Arbeit ist ein Versuch der Umkehr einer Entwicklungsrichtung, die bei Kant ansetzt, im Neukantianismus von Kelsen bis Bucher ihren Höhepunkt findet und bis zur Stunde unseren Blick von dem materialen Gehalt subjektiver Rechte ablenkt – im Innern subjektiver Rechte hat man sich Zielpunkte symmetrischer Verknüpfungen vorzustellen.

Ich habe viele persönliche und fachliche Gründe, meinen akademischen Lehrern, Theodor Baums und Karsten Schmidt, meine Dankbarkeit und Verehrung auszusprechen. Sie haben mit ihren großen systematischen und ordnungspolitischen Werken meinen Entwicklungsweg ermöglicht und geprägt. Mit dem Dank an sie verbinde ich den besonderen Dank an alle, die das Entstehen der Arbeit durch ihre unermüdliche Hilfe unterstützt haben. Die Arbeit wurde als Frankfurter Habilitationsschrift von Theodor Baums und Katja Langenbucher begutachtet. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat den Druck des Buches durch eine erhebliche Bezuschussung gefördert.

Wiesbaden, im November 2015 Tim Florstedt

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Einleitung 1

I. Vorläufige Phänomenologie der symmetrischen Ordnungswirksamkeit im Privatrecht 2
II. Die Symmetrie in einer auf subjektiven Rechten aufbauenden Privatrechtsordnung – Theoretische Standortbestimmung . . . 9
1. Genealogie des subjektivrechtlichen Paradigmas 10
a. Die humanistische Ius-Semantik als Ausgangslage vor der Aufwertung der subjektiven Rechte 10
b. Vom Übergang von der norma agendi zur facultas agendi im Naturrecht der Neuzeit bis zum Primat des subjektivrechtlichen Paradigmas 13
c. Perpetuierung des wertverlorenen subjektivrechtlichen Paradigmas trotz Dekonstruktion der Willenslehren nach 1870 17
d. Perpetuierung des wertverlorenen subjektivrechtlichen Paradigmas durch Formallogik und Schuldrechtsdogmatik nach 1945 20
2. Die anti-symmetrische Tendenz der subjektivrechtlichen Theorie – Von der dreifachen Problemverkürzung durch das subjektivrechtliche Paradigma als einem natur- und vernunftrechtlichen Erbe 23
a. Die Theorien der Befugnis als heimliche Abstraktion der Eigentumslehre 24
b. Die Vergessenheit der Pflicht 27
c. Die Theorielücke bei Befugnissen am Verhalten anderer 29
3. Entgrenzung des subjektiven Rechts für und durch eine Symmetrietheorie 32
III. Grundannahmen zum Symmetriesatz 33
1. Die Symmetrieglieder: objektbezogene Vorteile und Nachteile 34

2. Die Symmetrieobjekte: Ding, Verhalten, Person 34
3. Die Symmetrierelation: Konzentration und Komplementarität 36
IV. Der Ausblick auf eine juristische Symmetrielehre 38
1. Eine symmetrische Theorie als Teil der subjektivrechtlichen Theorienfamilie 39
2. Wider die formorientierte Denkungsart – Zur Paradoxie der relativen Berechtigung 42
3. Der Symmetriesatz als Sollensbefehl 44
4. Umkehr der Verhältnisse: vom Perzeptionsmittel zum Primärphänomen 46

Erster Hauptteil. Die statische Verteilungsordnung 49

Erster Abschnitt. Grundformen privatrechtlicher Rechtszuständigkeiten 51

§ 1 Privatrechtliche Verteilung durch formale und materiale Befugnistypen 52
I. Die formale Rechtszuständigkeit 53
1. Verkehrsbedürfnisse als Formkraft im deutschen Vermögensrecht 53
2. Die Abschirmungswirkung der formgefassten Rechtszuständigkeit – Eine Fortsetzung 55
3. Die rechtssichernde Funktion von formalen Zuständigkeitstypen 58
II. Die Fixierung der subjektivrechtlichen Vermögensbefugnis in der Form – Rückbezug 61
III. Durchbrechung der Formenordnung durch materiale Symmetriebildung 63
IV. Plan der Darstellung 64

Zweiter Abschnitt. Die formale Rechtszuständigkeit 65

Erster Unterabschnitt. Die formale Rechtszuständigkeit für Dinge . . . 66

§ 2 Eigentum als Konzentration und Komplementarität 67
I. Eigentum als Konzentration: lucrum sentit dominus – casum sentit dominus 68

1. Der Konnex von lucrum und casum als freiheitsfunktionales Axiom bei der Handlung 70
2. Derselbe Konnex als freiheitsfunktionales Axiom beim äußeren Mein 71
II. Eigentum als Komplementarität im Vindikationsfolgenrecht: actiones directae – actiones contrariae 73
1. Zur spezifischen Komplementarität und heterochiralen Verteilung 73
2. Zwischenbemerkung zur Dogmatik des Vindikationsfolgenrechts 75
3. Die Verschlüsselung der Symmetrik im Lauf der Dogmenentwicklung 76
4. Einzelne Symmetriezwänge und Symmetrieursachen 79
a. Der Symmetriedruck der Nutzungsobliegenheit: accessorisches commodum – periculum 80
b. Der Symmetriedruck der Gefahrbelastung: periculum – commodum 82

Zweiter Unterabschnitt. Die formale Rechtszuständigkeit für Verhalten und Person 87

§ 3 Die Wirkungszuständigkeit bei stellvertretendem Handeln 89
I. Die durch das Primat der Willenslehren gehemmte Entwicklung des Instituts der direkten Stellvertretung 89
II. Das Verteilungsprinzip von Anrechnung und Ausschließung 91
§ 4 Die Organschaft als notwendige Zuständigkeitsform 93
I. Die Negation des Organs als Anrechnung positiver Handlungsfolgen 93
II. Die Wirkungszuweisung durch die strikte Organhaftung und ihre symmetrietopische Rechtfertigung 96
1. Bedeutung der juristischen Konstruktionen 97
2. Konsens über einen symmetrietopischen Kern 98
3. Die Organmetapher und die freiheitsaxiomatische Verbindung von lucrum und casum 99
§ 5 Die negotiorum gestio als fiktive Wirkungszuständigkeit 101
I. Vorbemerkung zu den Gestionstypen im System bürgerlich-rechtlicher Geschäftsführung 102
II. Das Gestionsverhältnis als Konzentration und Komplementarität 105
III. Die negotiorum gestio als fingierte Rechtszuständigkeit am Verhalten für andere 107

1. Die drei Hauptkonzeptionen der negotiorum gestio in ihrer Entwicklung 108
2. Deutungsversuche zur modernen negotiorum gestio in der Lehre 109
3. Die fiktive Rechtszuständigkeit an den Handlungsfolgen . . 110

Dritter Abschnitt. Durchbrechung der formalen Verteilungsordnung 113

§ 6 Einbruchstellen für materiale Symmetrien in die formale Verteilungsordnung 114
I. Wesentliche Theorieentwürfe zur Entformalisierung der Verteilungsordnung 114
II. Die Semantik der relativen Befugnis als Abstraktionsproblem 118
III. Die binäre Kodierung der materialen Symmetrieklassen – Theoretische Grundlegung 120
IV. Wesentliche Einbruchstellen für materiale Symmetrien in die formale Verteilungsordnung 124

Erster Unterabschnitt. Der Schutz relativer Rechte im Schadens- und Vollstreckungsrecht 125

§ 7 Der Schutz relativer Positionen durch das Institut der Schadensliquidation für Dritte 126
I. Bestandsaufnahme zum liquidationsrechtlichen Drittschutz . 126
1. Vorbemerkung zum Ordnungsrahmen 127
2. Genealogie des liquidationsrechtlichen Drittschutzes 128
3. Typologie des liquidationsrechtlichen Drittschutzes 131
4. Topik des liquidationsrechtlichen Drittschutzes 134
II. Geltungsgrund der Liquidationsbefugnis 137
1. Die Verteilungsrelevanz des Dinganspruchs 138
2. Ausgleichsgrund und Drittschutz 141
3. Vorteilszuweisung an den Gefahrträger 143
III. Die Drittschadensliquidation als materiales Symmetrieverhältnis 145
1. Das kulpose Handeln des Schädigers als Wertungsmoment 146
2. Frustrierung des Vermögensopfers oder Entwertung einer unentgeltlichen Zuwendung für den Dritten 147
3. Die hypothetische Asymmetrie zwischen Opfer und Entlastung im Rückbezug zur Formteleologie 149
4. Zur Figuration der relativen Liquidationsbefugnis 151

§ 8 Die Beständigkeit relativer Rechte gegen Gläubigerzugriffe 153
I. Bestandsaufnahme zum vollstreckungsrechtlichen Drittschutz 153
1. Genealogie des vollstreckungsrechtlichen Drittschutzes . . 154
2. Typologie des exekutionsrechtlichen Drittschutzes 156
3. Topik des Drittschutzes bei Gläubigerzugriffen 157
II. Die Axiologie der Bestandsfestigkeit obligatorischer Positionen 160
1. Doppelsträngigkeit des Treugeberprivilegs 161
2. Treuhandkriterien und Treuhandparadox 162
III. Das Privileg als verschlüsseltes materiales Symmetrieverhältnis zwischen Drittbetroffenen und Gläubiger 164
1. Die hypothetische Asymmetrie zwischen Gläubigervorteil durch drittwirksame Exekution und exekutionsbewirktem Drittnachteil 166
2. Der unwiederbringliche Drittnachteil im historischen Rückblick 169
3. Wider die Abstraktionstendenz des relativen Eigens zur tripolaren Symmetriefigur 172
4. Das Rechtfertigungsdefizit bei einer hypothetischen Asymmetrie 173

Zweiter Unterabschnitt. Die Schwächung der formalen Rechtszuständigkeit 176

§ 9 Prinzipien der kondiktions- und haftungsrechtlichen Version . . . 177
I. Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs 178
1. Entstehung und historische Begründung der Versionsprinzipien von 1900 178
2. Wirkungsbeispiele aus der Rechtsprechung 180
II. Schwäche des unredlichen Erwerbs 181
III. Die Prinzipien der Schwächung formaler Rechtszuständigkeit als Symmetriesätze 182
§ 10 Die Unbeständigkeit unredlichen oder unentgeltlichen Erwerbs bei Gläubigeranfechtung – Fortsetzung und Rückbezug 183
I. Die Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs 183
II. Die Schwäche des unredlichen Erwerbs 184
III. Die Prinzipien der Schwächung formaler Rechtszuständigkeit als Symmetriesätze – Zusammenfassung zu materialen Symmetrien 185

Dritter Unterabschnitt. Symmetrische Risikobelastung im privaten Haftungsrecht 187

§ 11 Symmetriegerechte Wagnisumschichtung durch objektive Haftung für stoffliche Gefahrenquellen 190
I. Die Begründungen für Wagnisabwälzung durch objektive Haftung 192
1. Sprachlich begründete Scheinunterschiede 196
2. Sprachliche Überprüfung der Meinungsdifferenz 199
3. Zum untergründigen Konflikt zwischen Effizienzkalkül und Symmetriegerechtigkeit 201
II. Die Erkennbarkeit der materialen Symmetrie an der Umbruchstelle vom Prinzip zur Regel 205
1. Das preußische Eisenbahngesetz und das Haftpflichtgesetz 205
2. Elemente objektiver Haftung im Bürgerlichen Gesetzbuch 206
3. Die Haftung für Kraftfahrzeuge und Flugzeuge 210
4. Die Haftung für Kernanlagen und Gentechnik 211
5. Sozialer Opferschutz und Nutznießungsgedanke als zentrale Topoi 212
III. Die symmetriewirksame Konturierung der Haftungstatbestände 213
§ 12 Elemente symmetriegerechter Wagnisverteilung bei der Verschuldenshaftung 217
I. Bestandsaufnehmende Stoffbegrenzung 217
II. Symmetrietopische Begründung von Verkehrspflichten 219
1. Gesetzliche Wurzeln der Verkehrspflichten 219
2. Symmetrietopische Kriterien der Pflichtbegründung 220
III. Ansätze zu einer Wirkungsanalyse symmetrierechtlicher Haftungselemente in der Judikatur 221
§ 13 Die Wagnisumschichtung durch deliktische Einstandspflichten für Leute und Gehilfen 224
I. Bestandsüberblick über die Mittel der verhaltensbezogenen Wagnisabwälzung 224
II. Symmetrietopische Rechtfertigung der Gehilfen- und Leutehaftung 225
III. Wirkungsanalyse symmetrierechtlicher Haftungselemente in der Judikatur 227

Vierter Unterabschnitt. Die symmetrische Risikoentlastung von Aufwendungen und Opfern 230

§ 14 Die gestionsrechtliche Entlastung 231
I. Vorbemerkung zur Bestimmung der gestionsrechtlichen Fremdheit durch Rechts- und Interessenkreise 231
II. Die wahren Sinn- und Wertkriterien für die gestionsrechtliche Wagnisverteilung 232
1. Zur Figur des „mittelbaren Interesses“ 232
2. Heimliche Wagniszuweisung auch im Gestionsrecht 234
3. Die gestionsrechtliche Enthaftung bei Aufwendungen für Leute und Arbeitnehmer 236

Zweiter Hauptteil. Die dynamische Verteilungsordnung 239

Erster Abschnitt. Die symmetrische Ordnung in den normativen Vertragstypen und ihren Ergänzungen 241

§ 15 Der Kauf als Wechsel der symmetrischen Zuständigkeit 243
I. Kaufrechtliche Konzentration von ›Gefahr, Nutzen, Lasten‹ zur synthetischen Einheit bei der Übergabe 244
1. Erste Verbindungslinie: Faktischer Zugriff – Gefahr, § 446 S. 1 245
2. Zweite Verbindungslinie: Nutzen – Lasten 247
3. Dritte Verbindungslinie: die Verknotung zur synthetischen Einheit 248
II. Der Rechtfertigungsdruck auf asymmetrische Verteilungen . . 251
1. Der Rechtfertigungsdruck für asymmetrische Gefahrabwälzung beim Versendungskauf 253
2. Die Vermeidung asymmetrischer Verteilungsmuster bei Lücken in Gesetz oder Vertrag 256
§ 16 Verträge auf Arbeit als Zuständigkeit an den Arbeitsergebnissen gegen Risikoübernahme 259
I. Das Prinzip von Anrechnung und Ausschließung am positiven Arbeitsergebnis 259
1. Die vertragsbegründete Zuständigkeit des Arbeitgebers hinsichtlich der (positiven) Arbeitsergebnisse 260
2. Die Gründe der Anrechnung positiver Arbeitsfolgen 261

II. Die Grundarten dienst- und arbeitsvertraglicher Nachteilsabnahme für Arbeitnehmer als Komplement 264
1. Die dienstvertragliche Verteilung des Substratrisikos gegen die arbeitsvertragliche Überwälzung von Betriebsrisiken beim Lohn ohne Arbeit 264
2. Nachteilsabnahme bei Aufwendungen und Schäden sowie Haftungsprivilegien bei abhängiger Arbeit 267
III. Die dienst- und arbeitsvertragliche Verteilungstypik aus symmetrierechtlicher Sicht 269
1. Symmetrische Formung des arbeitsvertraglichen Zuweisungsprogramms durch Anrechnung positiver und negativer Arbeitsfolgen 269
2. Die symmetrische Deutung von Seite und Sphäre im dienst- und arbeitsvertraglichen Leistungsstörungsrecht 270

Zweiter Abschnitt. Die Restitutionsordnung für den gescheiterten Vertrag 273

§ 17 Der Liquidationsplan bei Rücktritt und Widerruf 274
I. Die Verteilungsschlüssel im alten und reformierten Recht – Stoffübersicht 275
1. Kontrastierung von Grundzügen und Grundgedanken des alten und neuen Rechts 275
2. Kontrastierung von altem und neuem Verteilungsschlüssel 278
II. Rehabilitierung der symmetrischen Verteilungsidee 278
1. Der reformierte Wertekanon: Pflichtwidrigkeit, Vertrauen, Verbraucherschutz 280
2. Der symmetrische Verteilungsgedanke als Gegenkonzeption 282
III. Beispiele für Symmetriedruck oder Symmetriezwang im reformierten Recht 285
1. Der Rechtfertigungszwang für asymmetrische Verteilungen am Beispiel des § 357 Abs. 3 Nr. 3 285
2. Die synthetische Einheit als Auslegungshilfe im pluralistischen Verteilungssystem beim Begriff der Ingebrauchnahme in § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 2. HS. 288

Schlussteil. Allgemeine Symmetrielehre 291

§ 18 Die subjektivrechtliche Befugnis an etwas Äußerem (Ding, Verhalten, Person) als heterochirale Symmetrie 292
I. Das Primat der Verteilung von Vorteilen und Nachteilen durch heterochirale Formtypen 293
1. Die heterochirale Formtypik in der statischen Verteilungsordnung 293
2. Die heterochirale Formtypik in der dynamischen Verteilungsordnung 295
3. Heterochiralität als Harmonie der Form 296
II. Die materiale Symmetrie als binäres Verteilungsverhältnis, das auf die formale Verteilungsordnung bezogen bleibt 297
1. Die materialen Symmetriebildungen in der Güter- und Erwerbsordnung 297
2. Die materialen Symmetriebildungen in der Haftungsordnung 298
3. Die Logik des materialen Symmetrieschlusses 299
III. Die Antinomie von formaler und materialer Symmetrie als Abstraktionsproblem, ihre Auflösbarkeit nur durch Annahme eines chiralen Zentrums einer kohärentiell zu denkenden subjektivrechtlichen Befugnis 300
IV. Folgerung für den Subjektbezug des subjektiven Rechts 302
§ 19 Die Entschlüsselung der Theoriefiguren für materiale Befugnisse (wirtschaftliches Eigentum, Treuhand) 304
§ 20 Symmetrie als konsensualer und kohärentieller Sollensbefehl 307
I. Symmetrie als konsensuales und kohärentielles Sollen in der bürgerlichrechtlichen Verteilungsordnung 307
II. Die zweifache dialektische Spannung des symmetrischen Sollens 310
III. Keine Auflösung der dialektischen Spannung durch Abstraktionssteigerung eines prinzipiellen oder wertgebundenen Sollens 311
§ 21 Umkehr der Verhältnisse: Symmetrie als Primärphänomen des Rechts 313

Literaturverzeichnis 317

Sachregister 349

Einleitung

In den drei großen Theorieentwürfen eines subjektiven Rechts, dem naturrechtlich-aufklärerischen, dem kantisch-savigny'schen und dem neukantisch-reinen, ist die Symmetrie der am meisten übersehene Inhalt von Recht. „Gerechtigkeit", schreibt der Moralphilosoph *Spaemann*, „ist die Anerkennung einer fundamentalen Symmetrie in den Beziehungen von Menschen, und zwar dort, wo es um die Verteilung knapper Güter geht"[1]. Wenn dieser Satz zutrifft, gibt es auch für Erkenntnisse zu privatrechtlicher Gerechtigkeit kaum einen Analyseansatz, der sich dringlicher anböte, kaum eine Fragestellung, die mehr Gewinn verspräche, als die einer juridischen Symmetrieforschung. Könnte es sein, dass die aufklärerischen, verkehrsgläubigen und sozialen Prinzipienschichten der letzten zwei Jahrhunderte, so wie sie Schule und Forschung erkannt haben, noch eine tiefere, eine von symmetrischen Ordnungen bestimmte Ebene verbergen? Lässt man sich einen Augenblick auf die Vermutung ein, es gebe auch im Bereich des zivilrechtlichen Wertesystems einen solchen verbindlichen Satz, so ist schon bloß phänomenologisch die Feststellung unausweichlich, dass in schier unzählbaren singulären Regelungslösungen Vorteile und Nachteile nach analogen Paarungs- und Verteilungsmustern zugeordnet werden, während der juristischen Forschung eine Theorie für diese Phänomene fehlt.

Es ist schwer anzugeben, was Symmetrie ist, aber es lässt sich vermuten, warum das Symmetrische in der Jurisprudenz kaum bekannt ist: Es ist eine fraglose Selbstverständlichkeit, die erst zur Reflektiertheit kommt, wo die Pole der symmetrischen Verteilungsellipse längst schon zu weit auseinander liegen und die Asymmetrie als Problem im juristischen Fachbezug wahrgenommen und bearbeitet wird. „Die für uns wichtigsten Aspekte der Dinge sind durch ihre Einfachheit und Alltäglichkeit verborgen. (Man kann es nicht bemerken, – weil man es immer vor Augen hat.) Die eigentlichen Grundlagen seiner Forschung fallen dem Menschen gar nicht auf"[2]. Zu erkennen, dass Symmetrisches im Recht *ist*, verlangt gar keine große kognitive Leistung, sondern ist eher trivial. Aber das Symmetrische ist axiologisch fundamental und in dieser Qualität unzureichend erkannt und verstanden.

---

[1] *Spaemann*, Moralische Grundbegriffe, S. 50.
[2] *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen I, S. 43, Nr. 129.

Aus dem Blickwinkel eines fachentgrenzten Forschungsansatzes, der so weit wie möglich aus den vorhandenen Einsichten gewinnt, wird die Rechtswissenschaft bereichert, vor allem um einen in den empirischen Wissenschaften gefestigten, symmetrischen Denkansatz. Dort ist Symmetrieforschung längst über ihre Anfänge in Physik und Quantenchemie hinausgewachsen: Die Entdeckung der Wellenfunktion von Molekülen in der Gruppentheorie, die Relativitätstheorie in der Physik oder unlängst der Nachweis einer fünfzähligen Drehsymmetrie als ein zuvor für undenkbar gehaltenes Beugungsmuster von Kristallen sind nur wenige bekannte Beispiele[3]. Es geht der naturwissenschaftlichen und mathematischen Forschung auch längst nicht mehr um abseitige Fachfragen, sondern um Grundlagenwissen, welches auf das Innerste der Welt, das Verhältnis von Materie zu Molekül, von Raum zu Zeit, bezogen ist.

Die Denkungsart wurde mit der Relativitätstheorie populär und im Ineinanderspielen von gegenintuitiv erwogener Symmetrik und Öffnung des Blickfeldes hat sie als Forschungsansatz viele Fächer, die Architektur oder Anthropologie, die Zoologie oder Soziologie, begünstigt[4]. Man kann natürlich kritisch fragen, ob die Denkungsart darin schon überbewertet ist. Das Recht darf das nicht einfach ignorieren, um bei der deduktiven Denkungsart, bei Systemen in Wurzelform, stehen bleiben zu können. Im Mittelpunkt der Arbeit werden deswegen symmetrische Phänomene im Privatrecht stehen. Es wird nach einem Symmetriesatz als einem Axiom des Privatrechts gesucht, nach dem rechtliche Vorteile und Nachteile auf einer Linie zur Konvergenz gebracht werden. Sie hat zur Aufgabe, die Ordnungswirksamkeit eines solchen Satzes zu beweisen und die Konvergenzlinie zu bestimmen.

I. Vorläufige Phänomenologie der symmetrischen Ordnungswirksamkeit im Privatrecht

Der Leser von ›Recht als Symmetrie‹ wird dem Recht einen Begriff, der Symmetrie aber nur vage Anschauungen, bezogen auf singuläre Rechtsphänomene aus seiner Lebenswelt, zuordnen können. Auch entspricht es einer dialogtheoretischen Grundforderung, die Analyse mit einer klaren Begrifflichkeit von Symmetrie einzuleiten. Aber leicht ist die Anstrengung, den Begriff in diesem frühen Stadium zu entwickeln, auch vergeblich und nutzlos. Es wären Analyseer-

[3] Besonders charakteristisch ist die Entdeckung des Quasikristalls durch Shechtman, der für diese Leistung im Jahr 2011 den Nobelpreis für Chemie erhielt, s. zu dieser Entdeckung *Tritt*, Semiconductors and semimetals, S. 78 und aus der fachübergreifenden Literatur *Kempf*, Symmetrie, S. 269; *Stakhov/Stakhov/Olsen*, The mathematics of harmony, S. 169.

[4] Fachübergreifende Übersichten aus einem inzwischen umfangreichen Angebot etwa bei *Steward*, Die Macht der Symmetrie, 2008; *Tarassow*, Strukturprinzipien, 1999, sowie die zuvor Genannten.

gebnisse voranzustellen und in der Folge würden komplexe und neu betrachtete Symmetriephänomene leicht verkürzt, weil die Analyse nur danach ausgerichtet wäre, den einmal propagierten Symmetriebegriff zu verifizieren. So ist eine exaktere Definition einem späteren Abschnitt vorbehalten. Und doch ist es für den Ertrag einer symmetrie-phänomenologischen Studie ganz offenbar wichtig, den Forschungsgegenstand zu benennen. Die Worte συμμετρία und das lateinische *symmetria* meinten das rechte Maß, die rechte Länge usf., also nicht nur die geometrisch figürliche Erscheinung, sondern eine wechselseitige Entsprechung von Teilen eines Ganzen, das Harmonische schlechthin. Symmetrie hat seiner griechischen und lateinischen Wortbedeutung nach eine im Deutschen schwer nachvollziehbare Zweideutigkeit: die von Gleichmaß und Gerechtigkeit. Man sieht: So wie der Systembegriff leicht ins Unendliche abzugleiten droht, lässt sich vom Wort „Symmetrie" dieselbe Gefahr des Abirrens und Abgleitens befürchten. Symmetrien sind – wie Systeme – zunächst einmal Wahrnehmungsmuster, die helfen, einen ausgedehnten Betrachtungsgegenstand auf ein Wesentliches zu kürzen.

In der Erscheinungsvielfalt der Rechtssymmetrien das Wesentliche zu erkennen, soll durch eine provisorische Symmetrietypologie des Rechts vorbereitet werden, deren Aufbau sich am Grad ihres juristischen Geltungsanspruchs, von der Rhetorik zum Rechtsprinzip, leiten lässt.

Erstens: die spontane *rhetorische Symmetrie*. Es ist bereits bemerkenswert, wie oft Juristen symmetriebezogene Argumente intuitiv verwenden. Das lässt sich vorerst anhand eines sehr kleinen Ausschnitts aus dem Bereich der sogenannten Gefährdungshaftung zeigen. Es gibt drei hervorzuhebende Stellen:

1. Die Gründe der Gefährdungshaftung sind längst in Formeln wie ›Erlaubnisnutzen gegen Risikoübernahme‹ (*Esser*) erstarrt. Aber wir kennen die Gefährdungshaftung durchaus auch *in statu nascendi*, im Vorfeld der Entstehung des § 25 des preußischen Eisenbahngesetzes von 1838[5]. Damals war die strikte Haftung alles andere als selbstverständlich. Denn die schuldunabhängige Haftung bedeutete für das noch junge Eisenbahngewerbe eine durchaus erklärungsbedürftige Ungleichbehandlung mit Dampfschiffbetrieben, Zuckerraffinerien, Schmieden, die ähnliche Feuergefahren für Menschen und Umwelt mit sich brachten. Eine Haftung ohne Verschulden war im frühen 19. Jahrhundert entsprechend kontrovers, aber es setzte sich eine Überlegung *v. Savignys* durch: „Die Eisenbahn sei von anderen feuergefährlichen Anlagen wesentlich darin verschieden, daß der Gefahr nicht durch polizeiliche Vorkehrungen vorgebeugt werden könne, die Bahn sich auf großen Strecken durch das Land ziehe, die Gefahr eine weit ausgedehntere sei und die benachbarten Grundbesitzer und Einwohner derselben in Folge der zum Vortheil der Eisenbahnen bewirkten

[5] Näher *Baums*, SZ (Germ.) 104 (1987), 277 ff.; *Lenz*, Haftung ohne Verschulden, S. 57 ff.

Expropriation ausgesetzt würden"[6]. Es werden also zwei gegenübergestellte Bestandteile als ein Ungleichgewicht gesehen. Der eine ist der Vorteil der Eisenbahngesellschaft aus der Unternehmung, der andere ein doppelter Nachteil für den Grundbesitzer, der zunächst enteignet wird und dann die Verwüstung seines übrigen Gutes ersatzlos hinnehmen soll. Ersatzlos, denn eine Culpa-Haftung liefe leer: die Feuergefahr der torfbeheizten Bahn war damals nicht beherrschbar.

2. Die berühmte Kritik an dem ersten Entwurf, an der Verfehlung der „sozialen Aufgabe des Privatrechts" (*v. Gierke*) wird für das Deliktsrecht *allein* symmetrietopisch begründet: „Es gibt keine gesellschaftswidrigeren Gedanken, als daß es gestattet sein soll, alle Vortheile aus einem die Mitmenschen gefährdenden Eigenthum zu genießen, ohne das entsprechende Risiko zu tragen"[7]. Die Kritik hatte einen wesentlichen Anteil an der Normierung von Gefährdungstatbeständen im Bürgerlichen Gesetzbuch und mündete später in die dogmatische Zweiteilung des Haftpflichtrechts.

3. Bemerkenswerterweise kehrt das ursprüngliche Argumentationsmuster, das lange vergessen war, gleichsam später noch einmal zurück, und zwar als die strikte Haftung für den Bestand und Betrieb elektrischer Anlagen und Fernleitungen, die bereits der 31. Juristentag (1912) unterstützt hatte[8], im Reichshaftpflichtgesetz von 1943 endlich umgesetzt wurde[9]. Die bisherigen „unbilligen Ergebnisse, daß der Geschädigte seinen Schaden selbst tragen muß" werden in den Materialien anhand eines „Falls, der sich immer wieder ereignet" erläutert: „Ein Bauer, der die Anlage einer Starkstromleitung über seinem Grundstück dulden muss, erleidet dadurch einen Schaden, daß der Draht der Leitung reißt und daß weidendes Vieh mit dem am Boden liegenden oder herabhängenden Draht in Berührung kommt und getötet wird"[10]. Ein Verschulden liege allgemein nicht vor oder sei nicht nachweisbar. Es ist bis zur Stunde nicht aufgefallen, dass sich hier 100 Jahre nach *v. Savigny* die Argumentation wiederholt.

Das sind nur punktuelle Beispiele aus einer schier endlosen Zahl symmetriegestützter Argumentationen. Zwei weitere müssen vorerst genügen: 1. Die allzu bekannte Argumentationsart sei am Beispiel derjenigen eines Bundesrichters erwähnt, nach dem Folgendes auszuschließen ist: „Je wilder er spekuliert, desto besser für den Bereicherungsschuldner, Risiko hat er nicht, er kann nur gewinnen (allgemeiner Rechtsgedanke)"[11]. 2. Die Privilegien für Hinterleute im Konkurs des Vordermanns hatten in Art. 284 des preußischen Entwurfs zu einem

---

[6] Antrag zitiert nach *Lehmann*, Körperverletzung, S. 48; zur Autorschaft *v. Savignys* s. *Baums*, SZ (Germ.) 104 (1987), 277, 278 f.

[7] *v. Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2. Aufl., S. 26.

[8] 31. DJT 1912, Dritter Band, S. 345, 961.

[9] Amtl. Begründung zum Gesetz zur Änderung des Reichshaftpflichtgesetzes, DJ 1943, S. 430.

[10] Wie zuvor.

[11] *Fischer*, Festschrift Zitelmann, S. 32 f.

Handelsrecht einen wichtigen Vorläufer. In der Schlussberatung setzte sich die Einsicht durch, der „sehr ungünstigen Lage" des Kommittenten, der kein Eigentum erwerbe, abzuhelfen: Denn andernfalls würden „ihm nur die Nachteile der Sache übergebürdet, die Vorteile aber vorenthalten"[12].

Zweitens: die gefestigte *topische Symmetrie*. Die symmetrischen Einsichten sind vielfältig als Rechtsparömien erhalten. Das Symmetrische hat sich als Rhetorikmuster – gewissermaßen der Symmetrietopik – etabliert und gefestigt. Vielfalt und zeitliche Konstanz sind sehr beachtlich. ›*Commodum eius esse debet cuius periculum est*‹, das ist der wohl bekannteste Nexus zwischen Vorteil und Gefahr, der so nur in den Inst. 3.23.3 steht[13]. Eine gewissenhafte Darstellung darf die zahllosen ähnlichen Parömien nicht ganz unerwähnt lassen. Eine ebenfalls in den Institutionen aufgenommene Variante ist das *ubi emolumentum, ibi onus*[14]. In Fragmenten bei *Paulus* und *Bonifaz* enthalten ist der erweiterte Korrelationsgedanke ›wer die Last hat, muß auch den Vorteil haben, und umgekehrt‹[15] und bei *Damasus* heißt es *ad quem spectat onus, et emolumentum*[16]. Eine allgemeine Verteilungsregel des Inhalts, dass wer am Gewinn Anteil hat, auch am Verlust zu beteiligen ist, nennt Ulpian: *cuius participavit lucrum, participet et damnum*[17]. Oder kürzer bei *Justinian*: *ubi periculum, ibi lucrum*[18]. Noch eine solche Korrelation von *periculum* und *commodum* im Corpus Iuris zur Anschauung: Der Eigentümer eines Schiffes konnte vom bösgläubigen Besitzer auch das *commodum* in Gestalt eines gar nicht vereinnahmten Frachtlohns fordern. Die Begründung lautet: Denn obwohl der Frachtlohn nicht von Natur aus entstehe, sondern erst erzielt werden müsse, kann er deswegen gefordert werden, weil der Besitzer gegenüber dem Kläger nicht die Gefahr des Schiffes tragen muss[19]. Auch dass derjenige, der andere für sich einsetzt, für Schäden, die diese Dritten zufügen, einzustehen hat, ist bereits bei *Ulpian* erwähnt[20].

Von den späteren Rechtssprichwörtern sind nur einige zu nennen: ›wo der Pflug hingeht, da geht auch der Zehnt hin‹[21], ›wer einsammelt, soll auch aus-

---

[12] ADHGB-Protokolle, S. 1442 f.

[13] Inhaltsgleich *Paulus* Dig. 18.6.7.; ähnl. Dig. 50.17.10. Sowohl die Stelle Inst. 3.23.3. als auch Dig. 18.6.7. beziehen sich auf eine Vorteilszuweisung für denjenigen, der, wie man heute sagt, die Preisgefahr trägt. Bei *Paulus* geht es um ein Grundstück, das durch Anschwemmung größer wird, in der Terminologie *Mommsens* ein sog. accessorisches commodum, s. näher zu den Fragmenten *Harder*, Festschrift Kaser, S. 351 ff., 363 und später im Text.

[14] S. Inst. 1.17 a. E.

[15] *Qui sentit onus, sentire debet commodum, et contra*, so im Liber sextus 5.13.55, *Bonifaz* VIII, s. auch Dig. 50.17.10 (*Paulus*).

[16] *Damasus*, Regulae canonicae, S. 75.

[17] Dig. 17.2.55 a. E. (*Ulpian*).

[18] Wo die Gefahr, da der Gewinn, s. Cod. Just. 6.2.22 § 3.

[19] Dig. 6.1.62.

[20] *ex qua persona quis lucrum capit, ejus factum praestare debet*, s. Dig. 50.17.149 (*Ulpian*).

[21] S. *Grimm/Heusler*, Deutsche Rechtsalterthümer, S. 393.

säen‹[22]; ›wer zäunt, soll auch allein lesen‹, ›wer zäunt, kehret die Äste in seinem Hof‹. Die wichtigste ›wer den guten Tropfen genießt, muss auch den bösen genießen‹ war, wie im gemeinen Recht üblich, Ausdruck für einen allgemeinen Grundsatz der Risikoverteilung[23]. Er galt auch negativ: ›wer den bösen Tropfen hat, genießt auch den guten‹. Der anschauliche Ausdruck stand stets für einen allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken. Man würde den Sprichwörtern also nicht gerecht, wenn man in ihnen nur das Kasuistische sieht.

Die Pandektistik hat die römischen Parömien rezipiert. In zwei grundlegenden Abhandlungen zur Regel *commodum eius esse debet cuius periculum est* durch *Jhering* und *Mommsen* festigte sich eine gemeinrechtliche Doktrin, die weitgehend als allgemeine Regel akzeptiert war[24]: *Mommsen* sagte „wenn durch ein und dasselbe Ereignis auf der einen Seite eine (völlige oder theilweise) Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt, auf der anderen Seite ein *commodum* gewonnen ist, so steht der Anspruch auf das *commodum* demjenigen zu, der in Ansehung dieses bestimmten Ereignisses die Gefahr trägt". Gefahr ist situativ verstanden als „Nachtheil des Ereignisses", also als Rechtsverlust[25].

Man wollte sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts als etwas Neues abgrenzen und erfand in Verdrängung des Alten andere Wendungen. Aber die alten Gedanken schimmern weiter durch. Im Haftungsrecht sind symmetrietopische Muster längst bestimmend[26] und werden als allgemeiner „Zusammenhang von Risiko- und Chancenverteilung" oder gar „anerkanntes Gerechtigkeitspostulat" gedacht[27]. *Ungers* „Eigenes Interesse – eigene Gefahr, fremdes Interesse – fremde Gefahr" wurde bald zum verbreiteten Schlagwort, das seit *Essers*

---

[22] *Freybe*, Züge deutscher Sitte, Band 1, S. 202.

[23] *Hildebrand*, Deutsche Rechtssprichwörter, S. 50, Nr. 71; *Grundmann/Stich/Richey*, Rechtssprichwörter, 1980, S. 61.

[24] *Jhering*, Abhandlungen, S. 1 ff.; *Mommsen*, Erörterungen, passim; s. *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, S. 77 ff., 95; so auch *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, § 264 I.; s. näher *Höhn*, Die Beeinträchtigung von Rechten durch Verfügung, S. 22 f. Allgemein war nach den Arbeiten *Jherings* und *Mommsens* vor allem danach gefragt, ob der Konnex wie in Inst. 3.23.3 und Dig. 18.6.7. – der ein *accessorisches commodum* betraf – auch auf das stellvertretende *commodum* bezogen werden könne, s. dazu aus der modernen Romanistik gegen Jhering und Mommsen vor allem *Harder*, Festschrift Kaser, S. 351 ff.; für eine Einbeziehung des stellvertretenen *commodum* s. *Kaser*, ZRGRA 96 (1979), 115 ff. Auf die weiter gehende Bedeutung der Parömie über diese Fragestellung hinaus weist *Knütel* hin, ZEuP 1994, 264, der in Fn. 85 zu *Mommsen* anmerkt, dieser lege die Parömie zu eng aus.

[25] *Mommsen*, Erörterungen, S. 77; so auch *Jhering*, Abhandlungen, S. 57.

[26] In unterschiedlichen Kontexten s. *Canaris*, RdA 1966, 41, 43; *A. Huber*, Haftung des Geschäftsherrn, S. 49 ff.; *Genius*, AcP 173 (1973), 481; *Honsell*, Festschrift v. Lübtow, S. 485; *v. Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1. Aufl., S. 33; *Steinbach*, Der Ersatz von Vermögensschäden, S. 65 f.; *Müller-Erzbach*, AcP 106 (1910), 309, 367 f.; *Unger*, Jherings Jahrb. 33 (1894), S. 229 ff.; weitere Nachweise bei *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, S. 11 f.; *Fitz*, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse, S. 50 und viele mehr, worauf in § 11 und später zurückzukommen sein wird.

[27] Staudinger/*Reuter*, § 653 Rn. 92.

„Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung" als ungenau gilt, aber auf verschiedene Art vertieft wurde, und bis in die jüngsten Forschungsarbeiten sind symmetrierechtliche Grundgedanken nachweislich[28]. Auch die Parömie ›*cuius periculum eius commodum*‹ wird wieder in der Lehre verwendet, ohne dass eine Begrenzung auf bestimmte Bereiche des Privatrechts erkennbar ist[29].

Drittens: die *regelförmige Symmetrie*. Oft sind solche Topoi längst zur abstrakten Regel angehoben. Einige allgemeine plastische Beispiele: *actiones heredi et in heredem competunt* ist in § 1922, § 1967[30], das *res transit cum onere suo* in der Bindung der Belastungen an das Eigentum nach § 936 oder § 892 enthalten. Die regelförmige Symmetrik lässt sich heute in Gruppen aufteilen. Es wird *erstens* ein Nachteil als Gegenposition zu einem Vorteil in Abzug gebracht, so die Gewinnungskosten (*fructus intelleguntur deductis impensis*), der heutige § 102[31]; es gibt *zweitens* einen evidenten axiologischen Nexus, der aber über ein Gegenrechnen schon hinausgeht: zu denken ist an Zusammenschlüsse von ›Gefahren, Nutzungen, Lasten‹ in kaufrechtlichen (§ 446) oder restitutionsrechtlichen (§ 346 – § 347) Verteilungsprogrammen; es scheint fast schon zu trivial, auch von § 164 zu sprechen, welcher rechtsgeschäftliches Handeln *für und gegen* einen anderen wirken lässt; schließlich sind Rechte und Gegenrechte in Institutionen zusammengefasst, wie es beim Legalverhältnis von Vindikation oder Gestion, etwa im Gegenüber der *actiones directae* (§ 677 – § 682) gegen *actiones contrariae* (§ 683 – § 686) augenfällig wird.

Viertens: die *prinzipielle Symmetrie*. Zuletzt müssen Anzeichen für ein Sollen von prinzipiellem Rang erwähnt werden. Als Sinnbild eines solchen Satzes kann schon das alte Utilitätsprinzip gelten, nach dem die am Schuldverhältnis nicht interessierte Partei nur für *dolus*, die Interessierte auch für *culpa* haftete – der Haftungsmaßstab hing vom Grad des Nutzens ab[32]. Die beiden großen Verfechter des Gedankens ›*cuius periculum eius commodum*‹ fanden die Regel „als so natürlich, daß es einer besonderen Rechtfertigung nicht bedarf"[33]. Im Haftungsrecht ist das Symmetrische längst dem Bereich des bloß Rhetorischen entkommen. Anschaulich ist das schon in den Verhandlungen zum Reichshaftpflichtgesetz gesagt worden: „Das juristische Prinzip, das allein ein solches Gesetz rechtfertigt, ist der Gesichtspunkt: daß es gewisse Gewerbe gibt, wobei

---

[28] Ausf. § 11 bis § 13.

[29] Einige charakteristische Beispiele bei Staudinger/*Gursky*, § 987 Rn. 21 (zur Begrenzung des nach § 987 abzuschöpfenden Gewinns); *Altmeppen*, NZG 2010, 361 (zur Begründung der Verlustausgleichspflicht im Konzern); Staudinger/*Reuter*, § 653 Rn. 92 (zur Vergütung des Maklers bei nichtigem Hauptvertrag); *Leistner/Stang*, WRP 2008, 533, 552 (zur urheberrechtlichen Störerhaftung).

[30] Dig. 5.6.3 § 2 (*Ulpian*) und Dig. 21.1.48 § 5 (*Pomponius*).

[31] Dig. 5.3.36 § 5 a. A. (*Paulus*).

[32] S. etwa *Kübler*, Festgabe v. Gierke, Band 2, S. 234 ff.; *ders.*, ZRG (RA) 38 (1917), 73 ff.

[33] Soweit der Gläubiger die Gefahr trage, *Mommsen*, Erörterungen, S. 123; ähnlich der Ausgangspunkt bei *Jhering*, Abhandlungen, S. 3.

erfahrungsmäßig Unglücksfälle der bezeichneten Art auch durch einen vorsichtigen Betrieb niemals ganz vermieden werden können, daß also der Unternehmer, der ein solches Gewerbe ergreift, um einen Gewinn, einen Vorteil daraus zu ziehen, dieses Moment bei seinem Unternehmen ebenso gut in Anschlag bringen und darauf rechnen müsse, daß solche Fälle eintreten, wie er etwa Beschädigungen an seinen Betriebswerkzeugen und dergleichen mit in die Berechnungen zu ziehen hat"[34]. Bis zur Stunde überwiegen für die Rechtfertigung strikter Haftung die verschiedensten Erklärungsversuche mit symmetrischem Kern. Auch das Einstehenmüssen für Fehler von Organen und Gehilfen wird nahezu streitfrei symmetrietopisch begründet und ist in den Motiven auf allgemeine Rechtsgedanken zurückgeführt, es heißt etwa, dass „der Schuldner, der sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bedient, im eigenen Interesse und folgeweise auf eigene Gefahr handelt"[35]. Schon die Risikohaftung für Leute in Art. 1384 (5) des Code Civil wurde mit der rhetorischen Frage begründet: „N'est-ce pas en effet le service dont le maître profite, qui a produit le mal qu'on le condamme à réparer?"[36].

Es sei ein auch auf dem Gebiete des Rechts geltendes Gebot der Ethik, dass jeder auf eigene Gefahr zu handeln hat und die nachteiligen Folgen, welche aus seinem Unternehmen entstehen, nicht auf schuldlose Dritte abwälzen darf, hat schon *Unger* gesagt[37]. Das Gleichgewicht von Vor- und Nachteilen sei ein „Elementarsatz unserer Rechtsanschauung", „ein ideales Gerechtigkeitspostulat jeder rechtlich verfassten Gemeinschaft" dessen Verwirklichung „schiere Gerechtigkeit" sei (*Picker*)[38]. Vielen Schuldrechtslehrern von Rang gilt der Symmetriegedanke als ein nicht näher beschreibbares Fundamentalprinzip (*Canaris*)[39], als verbindliche Wertmaxime der ausgleichenden Gerechtigkeit (*Bydlinski*)[40], „anerkanntes Gerechtigkeitspostulat"[41], „Grundwahrheit" (*Müller-Erzbach*)[42].

Worauf weist dieser Überfluss an Symmetrietopik in deutschen und fremden, in vergangenen und gelebt-positiven, in strengen und billigen Rechten hin? Die Analogie zwischen den historischen Parömien und den rechtsvitalen Topoi müsste die Prinzipienforschung dazu verleiten, einen übergeordneten Fundamentalsatz genauer zu erwägen und die Bahnen, die zahllose Detailhinweise andeuten, dankbar einzuschlagen. Aber das Naheliegende wurde übersehen.

---

[34] RT-Stenographische Berichte, Anlageband 1, S. 446 (Schulze).

[35] Mot. II, S. 30.

[36] S. *Fenet*, Recueil complet, XIII S. 476 und *Rives-Langes*, JCP 1970 I 2309, S. 24 f., denen dies als Basisgedanke deliktischer Haftungsprinzipen gilt.

[37] *Unger*, Jherings Jahrb. 33 (1894), S. 229.

[38] *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 462.

[39] *Canaris*, JZ 1996, 347; *ders.*, AcP 190 (1990), 410, 440; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl., § 84 I 2 a, S. 605, s. auch *v. Caemmerer*, Festschrift Rabel I, S. 333, 334.

[40] Rechtsgrundsätze, S. 292 f.

[41] Staudinger/*Reuter*, § 653 Rn. 92.

[42] AcP 106 (1910), 309, 310.

Symmetrie ist nicht einmal eine ranghafte Belegnummer in den wenigen und nachlässig geführten Katalogen, welche die Topikforschung selbst nach dem Erfolg der „Topik und Jurisprudenz" *Viewegs* allzu zögerlich aufstellte[43]. Aber warum gibt es so vielfältige Symmetrien in der rhetorischen oder topischen Jurisprudenz fern von Ableitungs- und Überlieferungsbezügen zu allen Zeiten neu und spontan, weil sie einem tieferen Grundsatz entlehnt sind, der sich für neue Ordnungsfragen in Rechtsregeln verwandelt und konkretisiert?

II. Die Symmetrie in einer auf subjektiven Rechten aufbauenden Privatrechtsordnung – Theoretische Standortbestimmung

Die Gewährung eines subjektiven Rechts ist die Grundform der privatrechtlichen Güterzuordnung. Eine Symmetrietheorie, die von allgemeinen juridischen Verteilungssätzen über rechtliche Vorteile und Nachteile handelt, ist offenbar – gewollt oder ungewollt – zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts. Eine symmetrische Verteilungslehre, der eine Standortbestimmung zu diesem dogmatischen Zentralbegriff fehlt, droht bald wieder überlagert und in positivistische Einzelphänomene abgedrängt zu werden. Es geht offenbar über die Kraft der Forschung, die moderne Phänomenologie der subjektiven Rechte – absolute und relative, öffentliche und private, Gefälligkeit und Einwilligung, Anwartschaften und Aneignung, Ansprüche auf Unterlassen und Dulden, Einreden usf. – auf eine exakte Linie hin über eine Substanz von Recht festzulegen[44]. Die folgenden Erwägungen versteigen sich nicht zur Bewältigung einer Einheitserfassung subjektiver Rechte, nicht zur Diskussion und nicht zur lexikalischen Zusammenstellung der großen Theorien des subjektiven Rechts.

Eine Befassung mit dem subjektiven Recht ist aber auch ein notwendiger Übergang: die subjektivrechtliche Theorie als eine Universaltheorie für die Verortung von Vorteilen (und Nachteilen) zwischen Rechtssubjekten, kann vorläufige, für eine symmetrische Denkweise wichtige Anstöße und Ansätze enthalten; ihre aufmerksame Verfolgung kann zu den Grundlagen und Bedingungen einer Symmetrieforschung hinführen. Eine solche theoretische Standortbestimmung wird begreiflicher machen, wie Unbemerktheit und Unsichtbarkeit des Symmetrischen im Recht auf das Primat des subjektivrechtlichen Paradig-

---

[43] Nach der Polarisierung von Problemdenken gegen Systemdenken in der frühen Rezeptionsphase zu *Viewegs* „Topik" von 1953, also bis in die 1960er hinein, setzte eine sachliche Auseinandersetzung über mögliche „Orientierungsmöglichkeiten und Leitfäden" (*Vieweg*, a. a. O., S. 38) gerade nicht ein. Solche Topikkataloge fehlen. Referat zur Topikdiskussion der 1960er Jahre bei *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 596 f. Anm. 48; ausführlich *Launhardt*, Topik und Rhetorische Rechtstheorie, S. 24 ff.

[44] Die Chimäre einer Erfassung aller Rechte durch einen Begriff des „subjektiven Rechts" haben schon *Bekker*, System, (1886) und *Kasper*, Das subjektive Recht, (1969), bloßgestellt.

mas rückführbar sind und sie zeigt, wie symmetrie- und subjektivrechtliche Theorie einander berühren und ergänzen.

1. Genealogie des subjektivrechtlichen Paradigmas

Das Dogma des subjektiven Rechts hat eine anti-symmetrierechtliche Tendenz. Die Tendenz wird in einem dreistufigen dogmengeschichtlichen Abriss klarer, deren Akzente auf den Anfang im Humanismus und Naturrecht, der Blüte im 19. Jahrhundert in deutscher Rechtswissenschaft und Pandektistik und dem Zerfall mit Auflösung in die Einzeldisziplinen, wie er uns im 20. Jahrhundert begegnet, zu legen sind. Kurze Referate der Herrschaftsströmung werden genügen.

a. Die humanistische Ius-Semantik als Ausgangslage vor der Aufwertung der subjektiven Rechte

Die Eingangsbestimmung des Corpus Juris Civilis, das ulpianische *honeste vivere*, *alterum non laedere*, *suum cuique tribuere*! enthält kategorische Befehle. Lebe ehrenhaft, tue niemandem Unrecht, gewährleiste jedem das Seine, *sind* abendländische Rechtsprinzipien. In freiheitlichen Rechtskulturen sind dann Garantien subjektiver Rechte das selbstverständliche Ordnungsmittel, um die Bereiche für Einzelne, Gruppen, Organisationen, Familien zu bestimmen und abzugrenzen, in denen sich autonomes, voluntaristisches Handeln vollziehen kann.

Auch diesen selbstverständlichen Basisannahmen liegt eine gestufte Entwicklung zugrunde. Denn erst die humanistische Logik hat die hierin liegende neuzeitliche Aufwertung des Subjektiven im Recht[45] vorbereitet, als sie dieses Aktionensystem neu ordnete und einen eigenen Ius-Begriff in die Mitte ihrer Systemgebäude stellte[46].

Der Stand der Theorie des subjektiven Rechts ist als eine Entwicklung von dieser Ausgangslage her, der humanistischen Ius-Semantik, am leichtesten, vielleicht allein begreiflich. Hier liegt der Keim des modernen subjektiven Rechts. Die *facultas agendi*, der frühe individuelle Zug von *ius* auf primärer Entwicklungsstufe, ist nur ein Teil im humanistischen Dogmenbau, dessen wahre

[45] *Coing*, Geschichte des Privatrechts, S. 32 ff. Den Naturrechtslehrern der Antike wäre die Hervorhebung individueller Rechte zu ihren weltanschaulichen – der Polis verpflichteten – Prämissen widersprüchlich erschienen, s. *Flückiger*, Geschichte des Naturrechts, S. 186. Und unter der Dominanz des aktionenrechtlichen Denkens im römischen Recht ist die materielle Entsprechung der Klagebefugnis jedenfalls etwas Subsidiäres, weswegen der erbitterte Streit über die Existenz des subjektiven römischen Rechts für uns unfruchtbar ist; einen Überblick geben *Kaser*, Zum Ius-Begriff der Römer, S. 67 ff.; *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, S. 313 ff.

[46] Diese Abkehr war vorbereitet von Duarenus und schon bei Donellus, dessen Schüler, vollendet s. *Vogt*, Duarenus, S. 48 ff.; *Troje*, Humanismus, S. 759 ff.

Grundlage noch ein objektives Ius-Verständnis ist. Die These: Diese Semantik verkümmerte in den letzten vierhundert Jahren schrittweise bis hin zu den Radikalformen des subjektiven Rechts, der Imperativenlehre und ihren Nachfolgern, die Recht mit Zwang in eins setzen. Der Aufstieg des subjektivrechtlichen Paradigmas ist zugleich ein Degenerationsprozess mit einer ständig zunehmenden perspektivischen Verengung.

Um das zu verstehen, müssen wir diesen Ausgangspunkt, die humanistische Ius-Semantik besser kennen lernen. Die Humanisten blickten auf die ersten nachchristlichen Jahrhunderte zurück, die eine rechtsgarantierte Begünstigung nicht als Ausgangsbedingung des Rechts empfunden hatten. Im römischen Aktionenwesen genügte die Auslegung der Klageformel, ohne nähere Betrachtung seiner materiellen Grundlage[47]. Ungeklärt ist, ob und wie die römischen Juristen diese materiale Unterlage wahrgenommen haben, und die radikale Annahme *Villeys*, den Römern bedeute das *ius* ungefähr so viel wie ein unkörperliches Rechtsgut und habe überhaupt keinen Subjektbezug[48], hat so viele Anhänger wie Gegner gefunden. Ob damals das voluntative Moment *im* oder nur *neben* dem Recht war, ist in der Romanistik ganz offen[49]. Der Streit wird von einer erheblichen Textambivalenz begünstigt: Im Fragment aus den Büchern des *Paulus* zum Ius Civile des *Sabinus* kommt der Ius-Begriff ohne subjektives Moment aus (Recht ist bestimmt als Naturrecht, positives Recht eines Staates, Gerichtsort), in anderen Fragmenten wurde die *facultas* des Subjekts durchaus hervorgehoben. Diese Textambivalenz des Corpus Juris Civilis hat es den Humanisten erleichtert, die Idee des Subjektiven zu stiften, wo man exegetisch zu arbeiten meinte. Die humanistische Ius-Semantik bereitete es vor, das subjektive Recht (*facultas agendi*) nicht als etwas von dem Begriff des objektiven Rechts (*norma agendi*) Abgeleitetes zu verstehen, sondern, wie es bei *Kant* mit dem einzigen angeborenen Recht der Freiheit auf die Spitze gebracht wird, ihm vorzuschalten.

Erst eine nähere Betrachtung lässt das moderne subjektive Recht verständlicher werden. Anhand der Arbeiten des *Donellus*, die durch Vermittlung *v. Savignys* bis in die späte Pandektistik gewirkt haben, wird nachvollziehbar, wie die *facultas agendi* einen gesicherten Systemplatz bekommt[50]. Bei *Donellus* wird

---

[47] S. schon Fn. 45. Im Römischen Recht dachte man bekanntlich aktionenrechtlich, also von der Klageformel, nicht von einer materiellen Befugnis her. Deswegen wird *ius* bei *Paulus* (Dig. 1.1.11) beschrieben als Naturrecht, positives Recht eines Staates und der Gerichtsort – an individuelle Machtbefugnisse ist nicht gedacht. Den seit den Arbeiten *Villeys* geführten Streit in der Romanistik, welchen Stellenwert die Römer dem subjektiven Recht gaben, können wir dabei übergehen, *Villey*, Revue historique de droit français et étranger, Band 24–25, 1946/47, S. 201 ff., s. dazu *Coing*, Geschichte des Privatrechts, S. 76.

[48] *Villey*, a. a. O.

[49] Dargestellt von *Seelmann*, Die Lehre des Fernando Vázquez de Menchaca vom dominium, S. 10 ff.

[50] Schon die Glossatoren hatten das *ius* zur *causa materialis* der *actio* erklärt. Ius wird als eine materiellrechtliche Unterlage begriffen, zu deren Schutz das Klagerecht wird. In der

der dreigliedrige Ius-Begriff in Dig. 1.1.11 um die vertraute, in Dig. 1.1.10 erwähnte, Formel des *ius suum cuique tribuere* ergänzt und dies als *ea quae sunt cuiusque privatim iure tamen illi tributa* und dann auf tieferer Begriffsebene als *facultas et potestas iure tributa* bestimmt[51]. Diese Gleichsetzung von Recht und Macht ist die Urzelle der späteren auf subjektive Rechte gestützten Systembemühungen von der Aufklärung bis in die späte Pandektistik, mit Ausläufern in unsere Tage. Es wird genügen, zwei Einzelaspekte von wichtiger Bedeutung zu erwähnen.

Erstens: Die humanistische Vorstellungswelt ließ keinen Raum für so etwas wie eine von der *norma agendi* gelöste *facultas agendi*, auch dort nicht, wo sie terminologisch unseren aufklärerisch geprägten Begriffen von subjektiven Rechten nahe zu stehen scheint. Äußerlich fällt bei *Donellus* die Loslösung von der gaianischen Institutionenordnung (*res, personae, actiones*) zugunsten einer rationalen Neuordnung des vorgefundenen römischen Rechtsstoffes auf, indem von dem inneren Zentralbegriff des ›*quod nostrum est*‹ aus ein neues System des Privatrechts entfächert wird[52]. Der Begriff, „was das Unsrige ist", bildet die Systemmitte und wird dichotomisch unterteilt in das wahrlich, eigentümlich Unsrige (*quod vere et proprie nostrum est*) und das, was uns geschuldet ist (*quod nobis debeatur*)[53]. Kennzeichen des *proprie nostrum* ist es, dass es in keinem Teil einem anderen zusteht[54]. In derart weiträumigen Begriffen finden persönliche Rechte (Leben, Freiheit, guter Ruf), das Haben äußerer Dinge (Eigentum, eigentumsähnliche Rechte), aber auch Obligationen hinreichend Platz. Die assoziative Parallele zum Dogma der absoluten und relativen subjektiven Rechte, die ein heutiger Leser leicht zieht, lenkt aber von Sinnunterschieden ab. *Donnellus* meint – das ist entscheidend – eben noch keine subjektivrechtlichen Begünstigungen im modernen Sinne: das *quod nostrum est* bedeutet für das Subjekt, wenn man schon eine Zuordnung zu modernen Kategorien versuchen will, eher einen Rechtsreflex, nicht einen Anspruch[55].

Deswegen sind Rechte ohne Subjekte *ius* im humanistischen Sinne. Und in großer Distanz zum neuzeitlich-subjektiven Ansatz ist das, was uns „gebührt",

---

Neuzeit, in den französischen und niederländischen Rechtsschulen des 16. Jahrhunderts, wird der Übergang von der *norma agendi* zur *facultas agendi* vorbereitet. Diese Auswahl liegt deswegen auf der Hand, weil die Arbeiten des *Donellus* nicht nur in seiner Zeit, sondern vor allem später auf *v. Savigny* nachhaltig gewirkt haben, s. auch *Coing*, Geschichte des Begriffs „subjektives Recht", S. 14 f. und *Troje*, Wissenschaftlichkeit und System, S. 80 ff.

[51] Commentarii, Lib. I. Cap. III.

[52] Referate bei *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 168 ff.; *Troje*, Wissenschaftlichkeit und System, S. 80 ff. Im Humanismus zielte die Systemarbeit auf Verbesserung der stofflichen Präsentation; man wusste noch nichts von dem hohen Wissenschaftlichkeitspostulat des Naturrechts, s. die Diskussionsbeiträge zu *Troje*, Wissenschaftlichkeit und System, S. 89.

[53] *Donellus*, Commentarii, Lib. II. Cap. VIII § 1.

[54] *Proprie nostrum voco, quod ita nostrum factum est, ut nulla ex parte sit alterius* und *debetur nobis id, ad quod praestandum nobis alius obligatus est*; Stelle wie zuvor.

[55] Ich folge der Argumentation *Dubischars*, Grundlagen, S. 48 ff.

auch diejenige Last, die uns durch Rechte anderer aus dem ‚unseren' entsteht. Anders gesagt: das *rerum nostrarum ius* ist auch das, was wir durch andere in dieser Sache gezwungen sind zu erleiden (*quod nos ab aliis in his rebus pati cogimur*)[56].

Man sieht, dass im humanistischen Ius-System nicht das Subjekt, sondern das *quod nostrum est* im Zentrum steht. Ius ist noch nicht die einseitige Begünstigung oder Garantie.

Zweitens: Noch bezeichnet *ius* die Objektivität der Rechtsnormen. Man kann sagen, bei *Donellus* war die *actio* ein erstes, das *ius* eine schon mitgedachte materielle Unterlage, dies aber nicht im Sinne eines Geflechts aus individuellen Begünstigungen, sondern als ein subsidiärer, reflexiv-wirksamer Bezug zur Rechtsordnung[57]. Wenn bei *Donellus* das Subjekt schon hervorgehoben ist – etwa: *ea qua sunt cuiusque privatim iure tamen illi tributa*, *facultas et potestas iure tributa* –, ist dies nur eine Seite des Ganzen[58]. Es entsprach calvinistischem Denken, die Rechte dem Einzelnen zu garantieren, um die Gesellschaftsordnung zu erhalten und zu festigen[59]. Aber genau darin – und darauf gilt es aufmerksam zu machen –, liegt schon ein Riss im paulinischen Ius-Begriff[60], der zugunsten des ulpianischen Gebots des *honeste vivere* mit den nachgeordneten Nebenbestimmungen des *alterum non laedere* und des *suum cuique tribuere* abgewertet wird. Dieser Bruch wird die spätere Formalisierung des Rechts vorbereiten, die mit der Überbetonung des *alterum non laedere* einhergeht. Sie geschieht im Natur- und Vernunftrecht.

b. Vom Übergang von der norma agendi zur facultas agendi im Naturrecht der Neuzeit bis zum Primat des subjektivrechtlichen Paradigmas

In der Naturrechtsdogmatik der Aufklärung setzt sich die subjektivrechtliche Seite des Rechts durch. In ihr substituiert das Dogma des subjektiven Rechts die noch fehlende deutsche Staatstheorie – das subjektive Recht hat eine Schutzenklave gegen den Staat herzustellen. Der Paradigmenwechsel von der *norma agendi* zur *facultas agendi* ist in diesem Bezugsfeld leichter zu erklären. Die Freiheit *als* Recht! und Recht nur als Netz individueller Rechte und Pflichten: das ist die wesentliche Neuerung[61].

---

[56] *Donellus*, Commentarii, Lib. V. Cap. I § 17.

[57] Es bedarf von hier aus also noch der erheblichen Verschiebung dogmatischer Akzente bis hin zu dem streng anspruchsbezogenen Denken, wie es sich mit *Windscheids* Trennung von *actio* und Anspruch seit 1856 durchsetzte.

[58] S. bereits *Stintzing*, Geschichte, Band 1, S. 380; später *Coing*, Geschichte des Begriffs „subjektives Recht", S. 15. Auf Textambivalenzen, welche zusammen den Eindruck eines objektiven Rechtsverständnisses plausibler machen, hat *Dubischar*, Grundlagen, S. 48 ff. hingewiesen, ähnlich später *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 158 ff.

[59] Näher *Bohatec*, Calvin und das Recht, S. 10, 62; *Heise*, Grundriss eines Systems, S. 126 f.

[60] Dig. 1.1.11.

[61] Bei *Pufendorf* etwa ist *ius* bereits: *potentia moralis activa, personae competens ad aliquid*

Wenn Recht seither wesentlich ein Gegenüber von Rechten und Pflichten Einzelner ist, rückt auch das *alterum non laedere*, der zweite ulpianische Ius-Imperativ, vor und man könnte, sehr grob, sagen, es verdrängt den dritten Imperativ des *suum cuique tribuere* aus dem Zentrum der Ius-Semantik. Viele neuzeitliche Naturrechtslehren waren nun in erster Linie Pflichtensysteme. Bei *Wolff* wird die Rechtsperson eine *persona moralis* dadurch, dass sie Träger von Rechten und Pflichten ist[62]. Ihre erste Pflicht zielt auf die eigene Pflicht, sich zu vervollkommnen, die aus der Menschennatur, der *Lex Naturalis* abgeleitet wird. Das subjektive Recht ist dieser Pflicht nachgeordnet. Der Umbau der neuzeitlichen Privatrechtssysteme, wie sie das mittelalterliche und aufklärerische Naturrecht hervorgebracht hatten, in die Formalsysteme, wie sie bei *Windscheid* den „logischen Formalismus" des Rechts (*Weber*) zur Größe bringen[63], ist ganz erheblich von der kantischen Transzendentalphilosophie und ihrem Fortwirken in einer epochalen Faszination für das handlungsorientierte Subjekt beeinflusst[64]. Sie wird durch die Vermittlung *v. Savignys* und anderer zum wichtigen Bindeglied, das bis ins Bürgerliche Gesetzbuch hineinwirkt.

Es ist im Folgenden dieser Übergang anhand einiger Aspekte näher zu betrachten.

Erstens: das Naturrecht überlebt paradoxerweise durch Vermittlung der transzendentalen Philosophie. In der kantischen Transzendentalphilosophie sind naturrechtliche Lehren verarbeitet und ein naturrechtlicher Kern, auf den die Philosophie gehörig eingewirkt hat, ist durch die wirkungsgeschichtliche Dominanz des kantischen Œuvres konserviert und erhalten. Denn durch *Kant* hatte sich das Recht den Inhalten nach gar nicht allzu weit von diesen aufklärerischen und naturrechtlichen Vorarbeiten entfernt, so dass es, von seiner formalphilosophischen Einkleidung befreit, mühelos noch in ein naturrechtliches System hätte zurückkehren können[65]. Zu einer schulmäßigen Verfestigung der

---

ab altero necessario habendum – Freiheit ist hier schon ein Recht, *Pufendorf*, Elementorum Jurisprudentiae universalis libri duo, 1660, zit. nach *Behme*, Samuel Pufendorf, S. 80 ff. Bei *Molina* findet sich die einflussreiche Bestimmung: *facultas aliquid faciendi, sive obtinendi aut in eo insistendi vel aliquo modo habendi, cui ei sine legitima causa contraveniatur, iniuria fit eam habenti*, s. *Molina*, Ludovicus, De iustitia et iure opera omnia, Venetiis 1611–14, tract. II, disp. 1, zit. nach *Coing*, Europäisches Privatrecht, Band 1, § 29 S. 172.

[62] Institutiones iuris naturae, § 96.

[63] Wirtschaft und Gesellschaft, S. 397, 495.

[64] Man weiß heute durch die Arbeiten *Wieackers*, *Kiefers*, *Rückerts* und anderer, wie stark die transzendentale Philosophie die historische Rechtsschule und frühe Pandektistik beeinflusst und mitgeprägt hat, s. näher dazu *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 248 mit Nachweisen in Fn. 261.

[65] Die Naturrechtslehrer der Aufklärung hatten ihre Systeme von dem Ausgangspunkt eines weltanschaulichen Freiheitsaxioms aus errichtet, Nachweise bei *Kasper*, Das subjektive Recht, S. 51, Fn. 11. Übersichten bei *Wolf*, Große Rechtsdenker, S. 371 ff. Selbst die Zentrierung des Rechtsbegriffs auf das Attribut der Willensmacht hat *Kant* nicht erdacht, sondern dem Naturrecht entnommen. Umgekehrt lagen *Kant* auch Naturrechtslehren vor, welche seine Gedanken aufgenommen hatten. *Hufelands* Lehrsätze des Naturrechts waren zwei Jahre

kantischen Rechtslehre durch historische Rechtsschule und Pandektistik konnte es überhaupt nur kommen, weil er sich in hohem Maße an Inhalte der Naturrechtsdoktrin anlehnte, also an bereits bewährte und gefestigte Dogmensysteme.

Die Aufgabe für *Kant*, die er sich für seine Rechtslehre selbst stellte, war unheilvoll schwierig: Im kantischen Idealismus werden Rechtsbegriff und transzendentale Freiheitsidee mit dem Zweck verbunden, das ästhetische Ideal eines geschlossenen Werkesystems zu vollenden: Die *Anfangsgründe der Rechtslehre* gehören mit zu dem Firmament des Systemgebäudes, in dem die alten Naturrechtslehren nach den Vorgaben der *Kritik der reinen Vernunft* und der *praktischen Vernunft* umgestaltet werden. Dieser Umgestaltung waren zwei Axiome vorgegeben: die Zurückweisung der empirischen Erkenntnismethode und die Trennung von Legalität und Moralität als Postulat der praktischen Ethik. Die kritische Erkenntnislehre aber hatte die spekulativen und empirischen Prämissen der vorgefundenen Rechtslehren – vor anderen *Pufendorfs*, *Wolffs*, *Baumgartens* und vor allem *Achenwalls ›ius naturae‹*[66] – in eine Tiefe des nicht Erkennbaren gedrängt. Da aus Begriffen analytische Urteile, keine synthetischen Urteile apriori möglich sind, hatte *Kant* den Fremdstoff von erfahrungsabhängigen Momenten (synthetischen Urteilen) zu reinigen, kurz: das Recht ohne Naturrecht darzustellen[67]. Die nicht eben leichte Lösung *Kants* bestand nun in einer zunächst verblüffenden Adaption des vorgefundenen naturrechtlichen Materials. Am Anfang seines Systems wird die „äußere Freiheit" eingeführt; sie ist „der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann"[68]. Mein Recht „ist dasjenige, womit ich verbunden bin, daß der Gebrauch, den ein anderer ohne meine Einwilligung von ihm machen möchte, mich lädieren würde"[69]; gegen diese schlichte Negativformel heben sich alle anderen wie Verwicklungen ab. Dieser im Grunde unauffälligen Rückkehr der ›Art, etwas Äußeres als das Seine zu haben‹ zum Gedanken *neminem laedere*, welcher im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts ohnehin vorherrschend war, schließt sich die eigentliche philosophische Fundamentierung erst noch an. *Kant* füllte die notwendig entstandene Leerstelle im

---

nach Erscheinen der praktischen Vernunft bereits kantisch inspiriert, wenn er als oberstes Postulat formuliert: Die „Vorschriften nach denen Du handelst" haben so zu sein, „daß sie allgemeine Gesetze sein können", Lehrsätze des Naturrechts, S. 32.

[66] *Kant* hielt Vorlesungen u.a. nach *Baumgartens* „Initia Philosophiae Practicae" und *Achenwalls* „Jus Naturae", vgl. *van der Pfordten*, Kant-Studien, 2007, 431; s. näher zur Verarbeitung des Vorgefundenen *Buchda*, Das Privatrecht Immanuel Kants, S. 4 ff.

[67] Eine empirische Rechtslehre verglich *Kant* mit dem „hölzernen Kopf in Phädrus' Fabel, der schön sein mag, – nur schade! daß er kein Gehirn hat", s. *Kant*, Metaphysik der Sitten, AA VI, S. 273.

[68] *Kant*, Metaphysik der Sitten, Erster Teil, Einleitung in die Rechtslehre, S. 357.

[69] *Kant*, Metaphysik der Sitten, Erster Teil, Einleitung in die Rechtslehre, S. 353.

moralischen Inneren dieses negativen Rechtsbegriffs mit seiner praktischen Philosophie gleichsam auf. Er leitet alle Verbindlichkeit von Recht aus dem transzendentalen Vorverständnis, seinem Freiheitsbegriff, schlicht ab, dessen Geltungsanspruch apriori bestehe. Ohne Rückführbarkeit auf das Sittengesetz seiner praktischen Ethik ist Recht willkürliches, sittenwidriges Unterdrückungsmittel.

Zweitens: der kantische Einfluss auf die subjektivrechtliche Theorie. In diesem Bund von Transzendentalphilosophie und Naturrechtslehre sind zwei wesentliche Tendenzen angestoßen[70]. Man kann sagen, das subjektive Recht hat eine transzendentale Färbung, und zwar durch zwei Aspekte: die Formalisierung des Rechts und die Verkümmerung der Pflicht.

Es kommt also zum einen zu einer gewissen Formalisierung. *Kant* legte vor allem eine Staatslehre vor, die erste geschlossene in deutscher Sprache[71]. Die Leerstelle im eigentlichen Inneren des Rechts, das Loch im Zentrum des Normenkreises, ist bei *Kant* philosophisch besetzt. So wird dem Staat die rechtsfreie Sphäre des Subjekts gegenübergestellt: Ein Freiheitsbereich wird nach *Kant* vorgefunden, der keines weiteren Rückgriffs auf naturrechtliche Empirien bedarf. Die nähere Güterzuordnung ist dann bei *Kant* eine Frage der Güterbewegung.

Es kommt zum anderen zur berühmten Trennung von Recht und Moral: Bei *Kant* steht das Recht gegenüber der Grundnorm in einem untergeordneten Verhältnis. Das ist der zentrale Gedanke seiner praktischen Philosophie. Recht ist deswegen auf die Regelung der äußeren Beziehungen von Menschen beschränkt[72]. Recht reicht nicht in die individuellen Innenräume hinein, die dem Einzelnen in dieser Ordnung aller äußeren Beziehungen verbleiben, andernfalls wird es falsch und sittenwidrig. Umgekehrt formt die durch den kategorischen Imperativ determinierte Moral das Recht ebenso wenig, es entsteht die bekannte Alternative von Recht und Moral.

Im kantischen System ist also die Pflicht, das Sittengesetz zu befolgen, eine stets mitgedachte Vorherigkeit von Recht. Pflicht ist mehr als eine Immanenz, denn ohne die Legitimation der praktischen Philosophie bleibt das Recht Willkür. Das ist eine starke Aufwertung der Pflicht, als ein philosophisches Apriori, zugleich aber die faktische Fixierung des Denkens auf Sphären positiver Rechtsprivilegien. *Ius* ist die Kompetenz, den Willen eines anderen zu beschränken,

---

[70] Kritisch zu dem Versuch zu zeigen, dass der transzendentale Freiheitsbegriff von der kantischen Rechtslehre unabhängig zu denken ist und mit Referat zum Meinungsstand etwa *Oberer*, Kant-Studien, 2010, 380, 385 ff.

[71] *Kants* Metaphysik der Sitten *ist* ein Entwurf einer Staatslehre, in der dem Einzelnen eine Freiheitssphäre zugedacht ist, an deren Grenzen die politische Macht des Souveräns endet. Der Staat ist die „Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen", s. *Kant*, Metaphysik der Sitten, § 45.

[72] *Kant*, Metaphysik der Sitten, Erster Teil, Einleitung in die Rechtslehre, S. 230.

nicht ein Dürfen oder eine Erlaubnis, und schon gar nicht mehr die Pflicht gegen einen anderen.

Dieser kantische Formalismus etablierte sich. In der historischen Rechtsschule *v. Savignys* lebten die naturrechtlichen Freiheitslehren in der Formalgestalt der idealistisch-kantischen Rechtsphilosophie fort. Bei *v. Savigny* ist Recht „die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht"[73]. Dieses Willensdogma der historischen Schule gelangte in der Pandektenwissenschaft schnell zur Herrschaft und Blüte[74]. Die ganze nächste Generation, etwa *v. Savignys* „System des heutigen Römischen Rechts" mit der Metaphysik *Kants* in Bezug zu setzen, ist insofern eine legitime Verkürzung, als die transzendentale Rechtslehre die gedankliche Basis gewesen ist, von der aus die Begründer der deutschen Rechtswissenschaft von *v. Savigny* bis *Feuerbach* ihre dogmatischen Systeme errichteten[75].

Wie, braucht nicht im Einzelnen nachvollzogen zu werden, aber es ist zu fragen, was im System nicht berücksichtigt ist, um den kantischen Wissenschaftsanspruch einlösen zu können. Die Antwort könnte lauten: nichts!, wenn man sich auf die Prämisse einlässt, das Rechtssystem als artikuliertes Ganzes sei wirklich durch einen einzigen Systemgedanken, Recht ist Willensmacht, erfassbar. Aber dann ist es notwendig, wie andere hinlänglich gezeigt haben, zahlreiche Problembereiche dem Systemerhalt zu opfern. Es war, wie man heute weiß, gerade die Kantrezeption, die das starre Verständnis der Personenrechte im bürgerlichen Recht begünstigte und den Streit um das Wesen der juristischen Person im 19. Jahrhundert derart hat eskalieren lassen[76]. Es ist nun zu betrachten, welche Abstraktionsverluste für die spätere subjektivrechtliche Theorie auf diese Weichenstellungen folgen.

c. Perpetuierung des wertverlorenen subjektivrechtlichen Paradigmas trotz Dekonstruktion der Willenslehren nach 1870

Spätere subjektivrechtliche Begriffe bleiben gefangen in der Perspektivik der späten Aufklärung, so wie sie der deutsche Idealismus vorgegeben und die Pandektistik konserviert haben. Im ausgehenden 19. Jahrhundert verkümmert die Willensdoktrin zum Stärkungsmittel der sprachlichen Ausdrucks- und Dar-

---

[73] System des heutigen römischen Rechts, Band 1, S. 7. *Kant* verwendet das Wort vom „subjektiven Recht" nirgends. In rückwärtsgewandter Lesart mag *Kants* Rechtslehre ein System subjektiver Rechte errichten, aber für *Kant* war das unwesentlich. Selbst bei *v. Savigny* heißt es a. a. O. vorsichtig: „Diese Macht nennen wir ein Recht der Person (…): Manche nennen es das Recht im subjektiven Sinne".

[74] Nachweise bei *Jhering*, Der Geist des römischen Rechts, Dritter Teil, S. 330, Fn. 438.

[75] S. bereits Fn. 64. Der kantische Einfluss ist durch die Savignyforschung hinlänglich nachgewiesen, s. *Binder*, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, S. 10. Näher nachgezeichnet von *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 261 mit Nachweisen.

[76] *Fikentscher* hat überzeugend dargelegt, wie *v. Savigny* die von ihm geforderte Wertfreiheit des Rechts selbst nicht einzulösen vermochte, Methoden, Band 3, S. 69.

stellungskraft und erfährt ab 1870 offene und scharfe Gegnerschaft. Nach dem Ende einer bürgerlichen Epoche blickt eine wissenschaftsgläubige Generation auf die Nachahmung der Rechtslehren, die aus dem Innern von Aufklärung und deutschem Idealismus entsprungen waren, misstrauisch zurück. Die auf den Verteidigungszustand des Eigentums orientierte Problemausrichtung erscheint ihr für die Rechte des Dürfens unvollständig. Die Willensmacht auch der Willensunfähigen, Kinder oder Kranken gilt als fragwürdig. Die Macht des Gläubigers über den Schuldnerwillen, die Gewaltrechte des Familienvaters oder des Ehemanns erscheinen dem Bürgertum dieser Zeit bereits als lebensabgewandte Fiktionen[77].

Die berühmte Imperativentheorie (*Thon*) und Interessenlehre (*Jhering*) bilden die Ränder eines weitläufigen Skeptizismus[78]. An diesen Rändern orientieren sich zwei Strömungen: die eine will die mit *Kant* einsetzende Formalisierung eher verschärfen, die zweite zurücknehmen. Es reicht aus, diese Frontstellung nachzuzeichnen.

Erstens: In der *reduktionistischen* Imperativenlehre *Thons* wird Recht in radikaler Verkürzung des Begriffsfeldes mit der prozessualen Schutzhülle gleichgesetzt[79]. Die Vielfalt, in der Rechte erscheinen, wird in einer kruden Reduktion auf ein Geflecht von Geboten und Verboten heruntergebrochen und auf etwas Begreifbares, Darstellbares eingegrenzt[80]. Denn das, was dem Subjekt gebühre, bestehe in „dem durch die Gebote und Verbote der Rechtsgemeinschaft [dem Einzelnen] gewährten Schutz (…), welcher Schutz zum Rechte des Geschützten insoweit werde, als ihm behufs Realisierung der Imperative ein Rechtsmittel verhiessen sei"[81].

Ein Nihilismus des subjektiven Rechts, das zum Schutzreflex, ja zur bloßen Aussicht wird, dass sich ein im Objektiven schlummernder Imperativ in eine Klagebefugnis – *Thon* sagt: Ansprüche – verwandelt. Recht ist danach *nicht*: Macht, Wille, Interesse, Wert, Genuss oder Befugnis, *sondern*: „Verheißung eventueller Ansprüche"[82]. Das imperative Gebot soll dem Einzelnen einen Genuss ermöglichen; das imperative Verbot soll eine bestehende Genussaussicht erhalten. Die *norma agendi* wird wieder zur Quelle von Recht, die Befugnis des

---

[77] Die Kritik ist zusammengefasst bei *Kasper*, Das subjektive Recht, S. 65.

[78] Anders als mit der Unzeitgemäßheit des Willensdogmas ist die pathetische Kritik *Jherings* kaum zu erklären; allerdings setzt *Heck* in den 1920er Jahren die Kritik im Kampfton fort, diesmal gegen einen erfundenen Gegner, gegen die „Begriffsjurisprudenz", s. zum Verhältnis von Begriffs- und Interessenjurisprudenz statt vieler *Wiethölter*, Festschrift Kegel, S. 213 ff.; eine Übersicht gibt *Petersen*, Interessenjurisprudenz, S. 6 ff.

[79] *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 3 ff. Damit verwandt ist die Lehre *Bierlings*, Juristische Prinzipienlehre I, S. 30.

[80] *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 1 ff., 8.

[81] *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 325.

[82] *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 218.

Subjekts ist ein Zweites, Abgeleitetes[83]. „Folgeweise" sagt *Thon*, „hat es die Rechtsordnung mit dem Genusse, dessen Ermöglichung ihre Verbote bezwecken, nicht zu tun"[84].

Zweitens: In der *substantiellen* Interessenlehre *Jherings* äußert sich die Enttäuschung seiner Zeit über die Systemjurisprudenz im Anschluss an *Kant*, d. h. über ihren propagierten Wissenschaftlichkeitsanspruch und ihre Einlösung durch die Willenslehren. In *Jherings* „Geist des römischen Rechts" ist der Satz *jus privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat* dem Abschnitt über die subjektiven Rechte als programmatischer Wahlspruch vorangestellt[85]. Mit polemischer Expressivität wird der „Willensformalismus" bekämpft: Es könne das „Recht nicht des Willens, sondern der Wille des Rechts wegen" sein[86]. „Berechtigt ist nicht, wer das Wollen, sondern den Genuß beanspruchen kann". Und weiter: „Subjekt des Rechts ist der, dem der Nutzen desselben vom Gesetz zugedacht ist (der Destinatär); der Schutz des Rechts hat keinen anderen Zweck, als die Zuwendung dieses Nutzens an ihn zu sichern"[87]. Der Abkehr vom Willensformalismus folgt die Zuwendung zum Innern des Schutzkreises von Recht. Der Kerngedanke lautet: „Zwei Momente sind es, die den Begriff des Rechts constituieren, ein *substantielles*, in dem der praktische Zweck desselben liegt, nämlich der Nutzen, Vorteil, Gewinn, der durch das Recht gewährleistet werden soll, und ein *formales*, welches sich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält, nämlich der Rechtsschutz, die Klage. Ersteres ist der Kern, letzteres die schützende Schale des Rechts"[88]. Die Momente stehen in notwendigem Wechselbezug: „Jenes für sich allein begründet lediglich einen thatsächlichen Zustand des Nutzens oder Genusses (faktisches Interesse), der jederzeit ohne weitere Folgen von Jedem, der dazu thatsächlich in der Lage ist, aufgehoben werden kann. Den Charakter der Zufälligkeit, Hinfälligkeit verliert dieser Zustand erst dadurch, daß das Gesetz ihn unter seinen Schutz nimmt, der Genuß oder die Aussicht auf den selben wird dadurch gesicherter: ein Recht". Diese Anleihe am Utilitarismus *Benthams* hat sich nicht durchgesetzt, die ›Entmythisierung‹ solcher Willenskonzepte aber, die Recht zu einer Schutzsphäre gleichsam mit einem blinden Loch in der Mitte erklärten, war nach *Jherings* Polemik nicht mehr rückgängig zu machen[89].

---

[83] *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 147 f., insb. S. 178 ff., s. auch *Bierling*, Kritik juristischer Grundbegriffe, S. 49 f., s. dazu auch *Funke*, Allgemeine Rechtslehre, S. 24 ff.

[84] *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 218.

[85] *Jherings* Ausführungen sind auch Ausdruck einer Abwendung von der kantisch-protestantischen Ethik der Pflicht hin zu einer Ethik des Glückwillens.

[86] *Jhering*, Der Geist des römischen Rechts, Dritter Teil, S. 331.

[87] *Jhering*, Der Geist des römischen Rechts, Dritter Teil, S. 335.

[88] *Jhering*, Der Geist des römischen Rechts, Dritter Teil, S. 317 ff., 327 f.

[89] Die Formel des ›Rechts als geschütztem Interesse‹ ist vage. Soziologen haben ihre Theorien nachträglich in den ambivalenten Text hineingelesen; *Heck* konnte sie für seine Wertungsjurisprudenz, *Radbruch* für einen apriorischen Rechtsbegriff (Vorschule der Rechts-

d. Perpetuierung des wertverlorenen subjektivrechtlichen Paradigmas durch Formallogik und Schuldrechtsdogmatik nach 1945

Im vergangenen Jahrhundert geriet das subjektive Recht in eine vom Bedeutungsverfall gezeichnete Krisis, die sich in eine episodenhafte Pervertierung durch die Kieler Schule steigerte. Die Krisis hatte sich angekündigt, indem *Regelsberger*[90] eine theorieverlorene Kompromissformel bildete, welche für die Schule von *v. Tuhr*, *Enneccerus* bis hin zu *Lehmann* annehmbar war[91]: „Rechtsmacht, die dem Einzelnen durch die Rechtsordnung verliehen ist, seinem Zwecke nach ein Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen"[92]. Dagegen hebt sich das Bekenntnis des Bonner Grundgesetzes zum gottgegebenen Naturrecht wie ein läuternder Ausklang ab, bleibt aber in gewisser Weise auch aufgesetzt und kann den Subjektbezug des subjektiven Rechts gerade nicht ideologiefrei erklären. Nach dieser Krisis ohne Katharsis werden sich die Theorienstränge in unübersichtlichere Vielfalt auflösen. Man findet ältere naturrechtliche Ansätze, welche das subjektive Recht bereits in Funktion und Wertigkeit geleugnet hatten, unter neuen Aspekten durch *Usappa* fortgedacht; man findet ebenso die Erneuerung der subjektivrechtlichen Theorie auf positivistischer, totalitärer oder realismusbezogener Basis[93]. In den letzten fünfzig Jahren bildeten sich aber zwei Hauptströmungen heraus, in denen die alte Frontstellung zwischen Imperativ und Interesse wieder aufgenommen und fortgesetzt wird, nunmehr mit fachübergreifender Frontstellung in Logik und Dogmatik.

Erstens: Die *reduktionistischen* Formallehren stehen unter dem Einfluss der „reinen Rechtslehre" *Kelsens*. Die transzendentale Erkenntnistheorie hatte eine Wertfreiheit postuliert, aber nicht eingelöst. Nach neukantischer Forderung waren die mitgeschleppten Einverleibungen naturrechtlicher Gehalte, kurz: die „ideologische Funktion" des subjektiven Rechts, zu überwinden[94]. Das Postulat einer wert*reinen* Normativität des Sollens sei einzulösen durch eine „von allem ethisch-politischen Werturteil befreite, möglichst exakte Strukturanalyse des

---

philosophie, S. 10 f.) nutzen; eine kritische Zusammenstellung dieser Interpretationen erfolgte zuletzt durch *Mestmäcker*, Festschrift Karsten Schmidt, S. 1197, 1200 ff.

[90] *Regelsberger*, Pandekten, § 14.

[91] *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil, I, § 1; *Lehmann*, Allgemeiner Teil, S. 70 ff.; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil, 1. Halbband, S. 428 f.; Staudinger/*Honsell*, vor § 1 Rn. 20.

[92] *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil, 1. Halbband, S. 428 f.; *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil, I, § 1; *Lehmann*, Allgemeiner Teil, S. 70 ff. Das ist keine dialektische Synthesis zweier Gedanken, sondern eine unmotivierte Verflachung. Im 19. Jahrhundert hätte niemand, schon gar nicht *Jhering*, geleugnet, dass Recht irgendeine Willensmacht vermittelt – es liegt im Willen des Berechtigten, einzufordern, zu klagen oder zu erzwingen – oder umgekehrt, dass Recht der Interessenbefriedigung dient.

[93] Vorzügliche Übersichten bei *Kasper*, Das subjektive Recht, und ausf. *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung.

[94] Eine erste Formulierung des Programms dieser Rechtstheorie findet sich bereits im Vorwort der Internationalen Zeitschrift für Theorie des Rechts (1), 1926/27, S. 1 ff., deren Mitherausgeber Kelsen war.

positiven Rechts"[95]. Nach dem Zweiten Weltkrieg war die Forderung nach einer Rechtstheorie ohne ideologische Beimischungen geschichtlich zu einer Kraft geworden. Die subjektivrechtliche Fragestellung wurde in den fünfziger und sechziger Jahren überwiegend auf die Klärung normlogischer Strukturen konzentriert. *Bucher* und *Aicher* entwickelten eine neukantische Imperativendoktrin, die *Kelsens* Rechtslehre in eine gemäßigte Form variierte, welche eine Außerachtlassung der berüchtigten „hypothetischen Grundnorm" kennzeichnete und annehmbar machen sollte[96]. Diese normlogischen Arbeiten bilden den Referenzpunkt für einen Formaldiskurs über die Struktur subjektiver Rechte.

Die erste der gegensätzlichen Positionen ist die der modernen Imperativenlehren, etwa der Theorie der Normsetzungsbefugnis (*Bucher*). Recht sei eine Summe von Sollenssätzen, von Geboten und Verboten. Recht sei *nicht* die Befugnis zu handeln. Die Erlaubnis, nach Belieben mit der Sache zu verfahren (§ 903), ist für diesen Ansatz eine umständliche bis verfehlte Verlegenheitswendung[97].

Nach der breiten Gegenströmung muss zum „subjektiven Recht" neben dem Verboten-Sein für andere ein Zweites, ein entsprechendes Erlaubt-Sein der Handlung, ergänzt werden (Theorie der Erlaubnisnorm)[98]. Es wäre aber ein Missverständnis, in der Erlaubnis eine materiellrechtliche Befugnis zu verstehen. Die Erlaubnis ist von *Jürgen Schmidt*, in der Adaption des *hohfeldschen* Verständnisses von Recht als *right* and *privilege*, bestimmt worden als Ermächtigung zur Setzung von Sachverhalten für den Berechtigten, die flankiert wird durch ein Generalverbot zur Setzung desselben Sachverhalts für Nichtberechtigte[99].

---

[95] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 61.

[96] Nach *Bucher* ist der Einzelne Hüter der objektiven Ordnung; der Grund der Einsetzung gehöre nicht zum Begriff des Rechts. Vom „normativen Denken" zurück zum „aktionenrechtlichen Denken" lautet die auf Rückkehr zur römischen Tradition gerichtete Losung, nach der „subjektives Recht" mit der Summe der Aktionen eins ist, *Bucher*, AcP 186 (1986), 1; dazu *Unberath*, Vertragsverletzung, S. 170 ff.

[97] Als widerlegt gilt heute der Ansatz *Buchers* (Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, passim), durch Nachdenken (ohne Ansehung des gelebten Rechts) auf eine Einfachstruktur von Recht dergestalt zu kommen, nach der Recht nichts als die Befugnis sei, anderen eine Handlung zu ge- oder verbieten. Hier werden die Lehren *Thons* und *Kelsens* verbunden, die so angreifbare Hauptannahme *Kelsens* zur „hypothetischen Grundnorm" wird von *Bucher* dabei vorsichtig vermieden. Genauere Analysen durch *Kasper,* Das subjektive Recht, S. 149 f.; *Dörner*, Dynamische Relativität, S. 57 ff. und andere haben gezeigt, dass diese Verengung zu weit gehen dürfte. Insbesondere *Dörner* hat ein vollständigeres Bild der Rechtsstruktur gezeichnet, dessen Komplexität die wirklichen Schwierigkeiten jeder subjektivrechtlichen Einheitsformel erkennbar macht, *Dörner*, Dynamische Relativität, insbes. S. 13 ff. und S. 34 ff.

[98] *Jürgen Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, S. 56.

[99] Die Restmenge an Theoriedifferenzen ist viel geringer, als man zunächst meint und für ein positivrechtliches Thema zu vernachlässigen.