

STEFAN FREDERIC THÖNISSEN

Subjektive Privatrechte und Normvollzug

Jus Privatum

255

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 255



Stefan Frederic Thönissen

Subjektive Privatrechte und Normvollzug

Mohr Siebeck

Stefan Frederic Thönissen, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg; 2013 Erste juristische Staatsprüfung; 2015 Zweite juristische Staatsprüfung; 2016 Master of Laws (LL.M.), Yale Law School; 2017 Promotion (Freiburg); 2021 Habilitation (Freiburg); seit 2013 wissenschaftlicher Mitarbeiter/seit 2018 akademischer Rat a.Z. am Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht, Abt. II, Universität Freiburg.

ISBN 978-3-16-160885-8 / eISBN 978-3-16-160886-5
DOI 10.1628/978-3-16-160886-5

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als schriftliche Habilitationsleistung angenommen. Sie wurde auf dem Stand der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur vom Oktober 2020 abgeschlossen; Änderungen sind bis Juni 2021 berücksichtigt.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.). Er hat die Arbeit ebenso wie die Themenstellung angeregt, an seinem Freiburger Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht, Abt. II betreut und das Erstgutachten erstellt. Großer Dank gebührt weiterhin Herrn Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Univ. of Chicago) und Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik, LL.M. (Cantab.) für die zügige Erstellung der weiteren Habilitationsgutachten. Dankbar bin ich zudem Herrn Professor Dr. Michael Heese, LL.M. (Yale), der stets für hilfreiche Diskussionen und Gespräche zur Verfügung stand.

Ferner danke ich der Wissenschaftlichen Gesellschaft Freiburg im Breisgau für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses sowie Herrn Ehrensensator Georg Mehl für die Stiftung des Peter Schlechtriem-Preises, mit dem diese Habilitationsschrift durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg ausgezeichnet worden ist. Dank schulde ich schließlich auch Frau Dr. Julia Caroline Scherpe-Blessing, LL.M. (Cantab.) vom Verlag Mohr Siebeck für die hervorragende Betreuung bis zur Drucklegung.

Freiburg im Breisgau, im Februar 2022

Stefan Frederic Thönissen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einführung	1
I. Zivil- und Zivilprozessrecht im Umbruch	1
II. Die Dialektik rechtlicher Veränderung	3
1. Die Suche nach dem richtigen Maßstab	3
2. Rechtliche Entwicklung und das 19. Jahrhundert	3
a) <i>Hegels</i> „Fortschritt im Bewußtsein der Freiheit“	3
b) Der Fortschrittsgedanke in der Rechtswissenschaft	4
aa) Rechtsentwicklung als Entwicklung zu subjektiven Rechten und Vertragsfreiheit	4
bb) <i>Pounds</i> „Socialization of Law“	6
c) Die soziale Korrektur des liberalen 19. Jahrhunderts im 20. Jahrhundert?	7
d) „Erste Moderne“ und „reflexive Moderne“	8
e) Die Begriffsjurisprudenz und ein „zeitloses“ Rechtsdenken?	9
3. Der Traditionsgedanke und die Tradition der „Metaphysik der Freiheit“	11
a) <i>Bermans</i> „Westliche Rechtstradition“	11
b) Die Tradition der „Metaphysik der Freiheit“	12
III. Normative Vorprägung rechtlicher Veränderung	13
IV. Gang der Untersuchung	14

1. Teil

Die Konstituenten des Zivil- und Zivilprozessrechts in Gegenwart und Vergangenheit

1. Kapitel: Die Konstituenten des Zivil- und Zivilprozessrechts der Gegenwart	19
I. Grundlagen	19
II. Person, Wille und (Willens-)Freiheit	20

1. Person, Rechtssubjekt und Rechtsfähigkeit	20
2. Wille, Willenserklärung und (Willens-)Freiheit	22
III. Subjektives Privatrecht	23
1. Der zivilrechtliche Begriff des subjektiven Rechts	23
2. Subjektives Recht, Rechtsverhältnis und Rechtssubjekt	24
3. Arten von subjektiven Rechten	26
4. Relatives Recht und absolutes Recht	26
5. Anspruch, Forderung und Schuldverhältnis	27
IV. Willenserklärung, Vertrag und Vertragsfreiheit	28
1. Wille und Vertrag	28
2. Vertragsfreiheit und Privatautonomie	29
V. Rechtsgüterschutz und Haftungsrecht	31
VI. Die Trennung von Straf- und Zivilrecht	32
VII. Rechtsdurchsetzung und Selbsthilfeverbot	33
1. Gerichtliche Rechtsdurchsetzung und subjektives Recht	33
2. Das Verhältnis von Prozessrecht und materiellem Recht	33
3. Außergerichtliche Rechtsdurchsetzung und Selbsthilfeverbot	34
VIII. Kritische Anfragen	35
2. Kapitel: Die Entstehung der Konstituenten	39
I. Römisches Recht und <i>ius commune</i>	39
1. <i>Actio</i>	40
2. Eigentum	43
3. Vertrag	44
4. Deliktsrecht (<i>delicta privata</i>) und aquilische Haftung	47
a) Die Deliktssklagen	47
b) Die Haftungsfolgen und der pönale Charakter	48
c) Die gemeinrechtliche Entwicklung und die Ausweitung der aquilischen Haftung	50
5. Prozess	52
a) Formularprozess	52
b) Kognitionsprozess	53
c) Romanisch-kanonischer Prozess	53
II. Das Naturrecht und die „Metaphysik der Freiheit“	54
1. Recht und Gerechtigkeit	56
a) Der Rechtsbegriff	56
aa) Recht als Gegenstand der Gerechtigkeit	56
bb) Rechtspflichten und moralische Pflichten	58
b) Recht als System	60
aa) Naturrechtstheorie bei <i>Thomas v. Aquin</i> und <i>Suárez</i>	60

bb)	Die „methodologische Neubegründung“ des Naturrechts bei <i>Pufendorf</i>	61
cc)	Das naturrechtliche System bei <i>Wolff</i>	62
2.	Person, Wille und Willensfreiheit	63
a)	Freiheit, Vernunft und Wille	63
b)	Willensfreiheit und Rechtsfähigkeit	67
c)	Die Lehre vom moralischen Sein	72
aa)	<i>Suárez'</i> Lehre vom moralischen Sein	72
(1)	Person	72
(a)	Person im römischen Recht	72
(b)	Person im juristischen Humanismus	73
(c)	Person in der Scholastik	74
(2)	Moralisches Sein, Freiheit und Wille	76
(3)	Moralisches Sein und Person	82
(a)	Person als zentrale Kategorie	82
(b)	<i>persona vera</i> und <i>persona ficta</i>	86
(4)	Moralische Kausalität und Recht	91
bb)	<i>Pufendorfs persona moralis</i>	93
cc)	<i>Wolffs homo moralis</i> und die Rechtsfähigkeit	98
3.	Subjektive Rechte	100
a)	Recht als moralische Befugnis	100
aa)	Überblick	100
bb)	Inhalt und Arten des subjektiven Rechts	103
cc)	Das subjektive Recht und der Gegenstand des Rechts	105
(1)	Recht als Maß des Unrechts bei <i>Molina</i>	105
(2)	Recht als Bestimmung des „Mein und Dein“ bei <i>Lugo</i>	106
(3)	Recht als Abgrenzung von Freiheiten und die Würde der Person bei <i>Antonio Pérez</i>	108
dd)	Rechtsverletzung und Haftungsrecht	110
ee)	Recht und (Willens-)Freiheit	111
ff)	Die Relationalität des Rechts und sein relativer Charakter	112
gg)	Recht und moralisches Sein	115
b)	Die Differenzierung von Recht (<i>ius</i>), Verpflichtung (<i>obligatio</i>) und Klagrecht (<i>actio</i>)	115
aa)	Die Differenzierung von subjektivem Recht und <i>actio</i>	115
bb)	Die Differenzierung von <i>obligatio naturalis</i> und <i>obligatio civilis</i>	116
cc)	Die Rechtspflicht und der Zwang als Merkmal des Rechts	119
4.	Vertragsrecht	121
a)	Freiheit und Wille	121
aa)	Vertrag, Willensakte und Wirkung des Vertrags	121
bb)	Vertrag als moralische Vereinigung von Antrag und Annahme	125

cc)	Vertrag und rechtliche Bindung	128
dd)	Freiheit des Konsenses und Defekte in der Willensbildung	129
ee)	Rezeptionswege	130
b)	Äquivalenz und gerechter Preis	130
5.	Rechtsgüterschutz und Haftungsrecht	131
a)	Rechtsverletzung und Haftung	132
aa)	Die Begründung der Haftung durch die Verletzung subjektiver Rechte	132
bb)	Die Unterscheidung von Bereicherungs- und Schadensersatzhaftung	134
b)	Pflichtenlehre und Haftung	135
6.	Die Trennung von Schadensersatz und Strafe	139
a)	Die materielle Trennung von Schadensersatz und Strafe	139
b)	Die prozessuale Trennung von Straf- und Zivilprozess	143
c)	Das naturrechtliche Staatsverständnis, das öffentliche Strafmonopol und der staatliche Strafanspruch	145
III.	Die rechtliche Moderne und die Historische Rechtsschule	148
1.	<i>Kant, Hegel</i> und die „Metaphysik der Freiheit“	148
a)	<i>Kant</i>	148
aa)	Das Neue bei <i>Kant</i>	148
(1)	<i>Homo noumenon</i> und <i>homo phaenomenon</i> – Verstandeswelt und Sinnenwelt	148
(2)	Autonomie	151
bb)	Der Rechtsbegriff und seine Bedeutung für das Privatrecht	153
(1)	Recht als Abgrenzung von Freiheitssphären	153
(2)	Privatrecht als Bestimmung des „äußeren Mein und Dein“	154
cc)	Person, Freiheit und Würde	155
b)	„Eher <i>Hegel</i> als <i>Kant</i> “?	156
aa)	Der Wille bei <i>Hegel</i>	156
bb)	Die Rechtsbegriffe bei <i>Hegel</i>	157
2.	Das 19. Jahrhundert, die Historische Rechtsschule und das Bürgerliche Gesetzbuch	158
a)	Einführung	158
aa)	Die Historische Rechtsschule und die zentralen Kategorien	158
bb)	Von der „Metaphysik der Freiheit“ zur „Begriffsjurisprudenz“	163
b)	Person, Rechtsfähigkeit und Freiheit	166
c)	„Juristische Tatsachen“ und „juristische Kausalität“	172
aa)	<i>Savignys</i> juristische Tatsachen	172
bb)	„Juristische Kausalität“ und „Rechtswelt“	177
cc)	Rechtliches „Sein“ und die „Rechtsform“	180
d)	Subjektives Recht	185

aa) Begriff	185
(1) Subjektives Recht als Willensmacht	185
(2) Rechtsverhältnis als rechtliche „Beziehung einer Person zu einem Gut“ bei <i>Neuner</i>	187
bb) Anspruch, <i>actio</i> und Klage	189
(1) Das Verhältnis von subjektivem Recht und <i>actio</i>	189
(2) Der Anspruch bei <i>Windscheid</i>	191
e) System	195
f) Wille, Willenserklärung und Vertrag	197
g) Die deliktische Haftung, die Rechtsverletzung und die Trennung von Schadensersatz und Strafe	204
aa) Schadensausgleich und Privatstrafen	204
bb) Die Verletzung subjektiver Rechte als Haftungsgrund?	206
cc) Das Deliktsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch	211
h) Prozess, materielles Recht und Rechtskraft	215
3. Die bürgerlich-rechtliche Denkform	218

3. Kapitel: Die Kritik und die Zivilrechtsentwicklung

der Gegenwart	219
-------------------------	-----

I. Die Kritik und ihr ideengeschichtlicher Hintergrund 219

1. Der Ausgangspunkt: <i>Wilhelm v. Ockham</i>	219
a) Die Ablehnung eines moralischen Seinsbereichs	219
b) Der Voluntarismus	222
2. <i>Thomasius'</i> Kritik an der Lehre vom moralischen Sein	223
3. <i>Jherings</i> „Zweck im Recht“	224
a) <i>Jherings</i> Kritik am Rechtsbegriff und an der „Begriffsjurisprudenz“	224
b) Wille, Willensfreiheit und Kausalität	227
c) <i>Jhering</i> und die Kontinuität der Kritik	231
4. Freirechtsbewegung	236
5. <i>Thons</i> Imperativentheorie	238
6. Zusammenfassung	241

II. Tendenzen in der Rechtsentwicklung der Gegenwart 243

1. Zivilrechtsfremde Instrumentalisierung des Zivil- und Zivilprozessrechts?	243
2. Zivilrecht als Instrument der Verhaltenssteuerung und <i>private law enforcement</i>	243
a) Überblick	243
b) <i>Private law enforcement</i> im Kontext der Europäischen Union	247
3. Zivilprozess als Instrument des objektiven Normvollzugs	248
4. Die Konstituenten unter Druck	249

4. Kapitel: Die Rechtsentwicklung in den USA	251
I. <i>Formalism</i> und <i>Realism</i>	253
1. <i>Common Law</i> , <i>Formalism</i> und das 19. Jahrhundert	253
a) <i>Common Law</i> , <i>Civil Law</i> und Naturrecht	253
b) <i>American Legal Formalism</i>	255
aa) <i>Law as a science</i> im 19. Jahrhundert	255
bb) <i>Langdells Orthodoxy</i>	256
c) Die Prozessrechtsreform des 19. Jahrhunderts	257
d) <i>Substantive rights</i>	259
e) <i>Contract law</i> und <i>freedom of contract</i>	261
f) <i>Torts</i>	262
g) Die Trennung von Straf- und Zivilrecht	263
2. Der <i>American Legal Realism</i> , das 20. Jahrhundert und die „Dekonstruktion“ des Systems subjektiver Privatrechte	267
a) <i>American Legal Realism</i>	267
aa) <i>Holmes' Kritik</i>	267
bb) <i>Llewellyns real rights</i>	271
cc) <i>Llewellyns law-jobs</i>	273
dd) Der <i>Legal Realism</i> im ideengeschichtlichen Kontext	274
(1) Die zentralen Argumente der Kritik	274
(2) <i>Corbins legal relations</i> und die realistische Kritik an der Form des Rechts	275
ee) Der <i>Legal Realism</i> , seine Auswirkungen und die Prozessreform	280
b) <i>Law and Economics</i>	282
II. Die rechtliche Gegenwart und die Krise des <i>private law enforcement</i>	283
1. Die Zivil- und Prozessrechtsentwicklung des 20. Jahrhunderts	283
2. <i>Private law enforcement</i>	286
a) Begriff und Idee des <i>private law enforcement</i>	286
b) FRCP und subjektive Privatrechte	289
aa) <i>Corbins</i> Begriff von <i>right</i> und <i>legal relation</i>	289
bb) <i>Clarks cause of action</i>	291
cc) Die Desintegration von subjektiven Privatrechten und Prozess	293
dd) Der Prozesszweck	295
ee) <i>Franks private attorney general</i> und der <i>New Deal</i>	296
c) Private Klagrechte und der <i>private attorney general</i>	297
d) Instrumente des <i>private law enforcement</i>	299
e) <i>American rule of costs</i> , <i>fee shifting</i> und <i>contingency fees</i>	301
f) Die Krise des <i>private law enforcement</i>	302
g) <i>Torts</i> und <i>punitive damages</i>	303
aa) Bedeutung, Funktion und Gegenstand von <i>punitive damages</i>	303

bb) Der Supreme Court und „the end of total harm punitive damages“	305
3. <i>Procedure</i>	306
a) FRCP und <i>trial</i>	306
b) <i>The Disappearance of Civil Trial</i>	307
c) <i>Pleading</i> und <i>summary judgment</i>	309
aa) Bedeutung und Entwicklung	309
bb) Der Supreme Court und „ <i>Twiqbal</i> “	311
d) <i>Discovery</i>	313
aa) Bedeutung und Entwicklung	313
bb) Der Supreme Court und die Beschränkung der <i>discovery</i>	314
4. <i>Class action</i>	315
a) Ausgestaltung und Struktur der <i>class action</i>	315
b) <i>Judicial management</i>	315
c) Idee und Entstehung der <i>class action</i>	316
d) Der Supreme Court und „the decline of class actions“	319
5. <i>Arbitration</i>	319
a) Bedeutung und Entwicklung	320
b) Der Supreme Court und die Ausweitung der <i>arbitration</i>	321
6. „ <i>The Erosion of Substantive Law</i> “	322
a) Die Entwicklung des materiellen Rechts	322
b) <i>Joseph Story</i> , das <i>general Common Law</i> und <i>Erie</i>	324
c) <i>Restatements</i> , <i>Uniform Acts</i> und <i>Legal Realism</i>	325
d) Prozessreform und „the Erosion of Substantive Law“	326
7. Bewertung	327

2. Teil

Möglichkeiten und Grenzen zivil- und zivilprozessrechtlicher Rechtsentwicklung

5. Kapitel: Der Maßstab	335
I. Zivil- und zivilprozessrechtsimmanente Grenzen?	335
1. Maßstabbildung	335
2. Notwendigkeit und Interdependenz der Kategorien?	335
II. Verfassungsrechtlicher Maßstab	337
1. Nationale Gesetzgebungsakte	337
2. Europäische Gesetzgebungsakte und Identitätskontrolle	338

6. Kapitel: Verfassungsrechtliche Grenzen und Anforderungen	341
I. Zivil- und Zivilprozessrecht und die „Bestandsfunktion“ des Grundgesetzes	341
II. Grundrechte und Privatrecht	342
1. Überblick	342
a) Gesetzgebungsvorgaben	342
b) Ausgestaltungsbedürftige Grundrechte und rechtserzeugte Schutzgüter	343
2. Schutzpflichten	344
a) Verhältnis von Schutzpflichten und Abwehrrechten	344
b) Begründung und Gegenstand der Schutzpflichten	345
c) Schutzpflicht bei Rechtsverletzungen durch private Dritte	346
d) Schutzpflichten, Gewaltmonopol und Privatrecht	347
e) Anforderungen an den Gesetzgeber zur Erfüllung der Schutzpflichten und Gesetzgebungsauftrag	348
3. Institutsgarantien und Ausgestaltung bei normgeprägten Grundrechten	349
a) Institutsgarantien und normgeprägte Grundrechte	349
b) Herleitung und Wirkung von Institutsgarantien	349
c) Inhaltliche Anforderungen an die Ausgestaltung	351
d) Die Abgrenzung von Ausgestaltung und Erfüllung der Schutzpflicht	352
e) Weitere objektiv-rechtliche Vorgaben	352
4. Prozessgrundrechte	353
5. Relevanz von Abwehrrechten und mittelbarer Drittwirkung?	353
III. Die Ausgestaltungsvorgaben	354
1. Erforderlichkeit der Privat- und Prozessrechtsordnung aufgrund von Institutsgarantien und Schutzpflichten	354
2. Gesetzgebungsauftrag und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	356
7. Kapitel: Die Entwicklung der Konstituenten in der Gegenwart	359
I. Überblick	359
II. Person, Wille und Willensfreiheit	359
1. Person	359
a) Problemstellung	359
b) Verfassungsrechtliche Vorgaben	363
c) Orientierungslinien normativer Ausgestaltung	365
aa) Person, Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität	365
bb) Außer-rechtliche Person?	366

cc) Person, Eigenwirksamkeit und rechtliche Kausalität	370
dd) Nicht-menschliche Personen?	374
ee) Zusammenfassung	375
2. Wille	376
a) Problemstellung	376
b) Verfassungsrechtliche Vorgaben	379
c) Orientierungslinien normativer Ausgestaltung	380
3. Willensfreiheit	382
a) Problemstellung	382
b) Verfassungsrechtliche Vorgaben	385
aa) Menschenbild des Grundgesetzes und Willensfreiheit	385
bb) Relevanz für das Zivilrecht?	386
c) Orientierungslinien normativer Ausgestaltung	386
III. Subjektive Privatrechte	388
1. Problemstellung	388
a) Die Infragestellung der „Form subjektiver Rechte“	388
b) Der Streit um den Begriff des subjektiven Rechts	391
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben	393
3. Orientierungslinien normativer Ausgestaltung	395
a) Subjektives Recht und Klagrecht	395
b) Die Grundlage subjektiver Rechte: Person, Wille und (Willens-)Freiheit	396
aa) Die Notwendigkeit subjektiver Privatrechte	396
(1) Subjektives Recht und Person	396
(2) Subjektives Recht als rechtliche Wirkform der Person	397
bb) Rechtsinhalt, Zuordnung und Disposition	399
cc) Die Wirkungen subjektiver Rechte	401
dd) Subjektives Recht und Klagbarkeit	402
(1) Klagrecht, Rechtsschutzanspruch und Justizgewähranspruch	402
(2) Die Abgrenzung von Rechtsschutzanspruch und selbständigem Klagrecht	404
ee) Relationalität: Der Zusammenhang von Person und subjektivem Recht	406
(1) Subjektives Recht und Rechtsverhältnis	406
(2) Rechtsverhältnisse zwischen Personen	409
(3) Das Verhältnis von subjektivem Recht und Anspruch	411
ff) Zwischenergebnis	412
(1) Subjektives Privatrecht als rechtliche Befugnis mit relationaler Struktur	412
(2) Die Notwendigkeit der Form subjektiver Privatrechte	414
c) Der Gegenstand subjektiver Privatrechte	414
d) Das Verhältnis von subjektiven Rechten und <i>private law</i> <i>enforcement</i>	416

aa)	Unterschiedlichkeit?	416
bb)	Phänomenologisch-rechtsvergleichende Abgrenzung	418
cc)	<i>Private law enforcement</i> aus der Perspektive des subjektiven Rechtsbegriffs	419
	(1) Zielsetzung	419
	(2) Eingeschränkte Relationalität und die Zentralität der Pflicht	422
	(3) Die Klagebezogenheit	424
dd)	Die Möglichkeit des <i>private law enforcement</i> und das Verhältnis zum subjektiv-rechtlichen Privatrechts- modell	426
	(1) Die allgemeinen Vorgaben	426
	(2) Die Konkurrenz von <i>private law enforcement</i> - und subjektiv-rechtlichem Privatrechtsmodell	427
IV.	Vertrag und Vertragsfreiheit	430
1.	Problemstellung	430
2.	Verfassungsrechtliche Vorgaben	434
a)	Schutzbereich und relevante Grundrechte	434
aa)	Handlungsfreiheit	434
bb)	Privatautonomie	435
cc)	Besondere Gewährleistungen von Vertragsfreiheit und Privatautonomie	436
b)	Ausgestaltung und Schranken der Vertragsfreiheit	436
aa)	Ausgestaltung	436
bb)	Beschränkungen der Vertragsfreiheit	438
c)	Konkrete Ausgestaltungsvorgaben für das zivilrechtliche Vertragsrecht?	439
3.	Orientierungslinien normativer Ausgestaltung	441
a)	Das Verhältnis von Willensfreiheit und Privatautonomie	441
aa)	Die historische Entwicklung	441
bb)	Unterschiede?	444
cc)	Das komplementäre Verhältnis von rechtlicher Kausalität und Privatautonomie	448
	(1) Privatautonomie als Prinzip und Institutsgarantie	448
	(2) Das Verhältnis zur Geltungstheorie	450
b)	Wille, Willenserklärung und Voraussetzungen rechtsgeschäftlicher Bindung	452
c)	Die Wirkung des Vertrags, die Kategorie subjektiver Rechte und der Vertragsbegriff	454
aa)	Die Bedeutung der Struktur subjektiver Rechte und Rechtsverhältnisse für den Vertragsbegriff	454
bb)	Die Relationalität subjektiver Rechte	456
cc)	Die Notwendigkeit des Vertragsbegriffs und die Möglichkeit alternativer Rechtsformen	456
d)	Typenfreiheit und Typenzwang	457

aa)	Die Reichweite der Geltung von Typenfreiheit	457
bb)	Die Diskrepanz zwischen Schuld- und Sachenrecht	459
cc)	Typenzwang im Bereich schuldrechtlicher Verträge?	460
e)	Klagbarkeit von Verträgen	461
aa)	Der Zusammenhang von Privatautonomie und Justizgewährleistung	461
bb)	Möglichkeit und Grenzen eines generellen gesetzlichen Ausschlusses der Klagbarkeit	462
f)	Inhaltsfreiheit	463
V.	Rechtsgüterschutz und Haftungsrecht	465
1.	Problemstellung	465
a)	Subjektives Recht oder Pflicht als Paradigma des Haftungsrechts?	465
b)	Die Auseinandersetzung um das Haftungsrecht in der Gegenwart	469
aa)	Das subjektiv-rechtliche Modell	469
bb)	Die Krise des subjektiv-rechtlichen Modells	471
c)	Subjektives Recht und Disposition	475
2.	Verfassungsrechtliche Vorgaben	475
a)	Verfassungsrechtliche Schutzpflichten	475
b)	Die Rechtsprechung des BVerfG zu Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	477
c)	Die Rechtsprechung des BVerfG zu Verletzungen von Leben und Gesundheit	479
d)	Eigentum	480
e)	Privatautonomie und Justizgewähranspruch	481
3.	Orientierungslinien normativer Ausgestaltung	481
a)	Überblick	481
b)	Der Haftungsgrund und die Bedeutung der Form subjektiver Privatrechte	482
aa)	Die Bedeutung der subjektiven Privatrechte	482
(1)	Folgerungen aus der Form subjektiver Privatrechte	482
(2)	Die Insuffizienz des Schutzpflichtenansatzes	485
bb)	Das Verhältnis zum Pflichtenmodell	487
(1)	Die Möglichkeit des Pflichtenmodells	487
(2)	Die Erforderlichkeit der Konkretisierung der Pflichten	488
c)	Die Abwehr von Rechtsverletzungen und der negatorische Rechtsschutz	489
d)	Schadensersatz	490
aa)	Überblick	490
bb)	Ausgleichsbezug der Haftung	491
cc)	Verhältnis zu Sanktion und Strafe	492
e)	Bereicherungsrecht	493

VI. Die Trennung von Straf- und Zivilrecht	494
1. Problemstellung	494
a) Überblick	494
b) Die mehrdimensionale Abgrenzung von Straf- und Zivilrecht	496
c) Privatstrafe und Strafschadensersatz	498
d) Regelungsmodelle und geltendes Recht	499
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben und Orientierungslinien	
normativer Ausgestaltung	500
a) Einführung	500
b) Garantie des Straf- und Strafprozessrechts aufgrund staatlicher Pflicht?	502
aa) Pflicht des Staates zur Durchsetzung des Strafanspruchs	502
bb) Reichweite der Pflicht	505
c) Schuldgrundsatz	507
aa) Anwendungsbereich und Inhalt	507
bb) Willensfreiheit, Schuld und Strafe	508
cc) Das Differenzierungsgebot des Schuldgrundsatzes	509
dd) Strafe und „strafähnliche Sanktion“ im Sinne des Schuldgrundsatzes	511
ee) Die Geltung des Schuldgrundsatzes für Privatstrafen?	513
(1) Die Geltung des Schuldgrundsatzes für „echte“ Privatstrafen	513
(2) „Unechte“ Privatstrafen?	513
(3) „Präventivfunktion“ und allgemeines Persönlichkeitsrecht	515
(4) Selbständiger Präventivschadensersatz?	517
ff) Schuldgrundsatz und Gewinnabschöpfung	521
(1) Strafrechtliche Gewinnabschöpfung und Schuldgrundsatz	521
(2) Zivilrechtliche Gewinnabschöpfung	523
(3) Anforderungen an nicht-pönale Gewinnabschöpfungs- ansprüche	524
gg) Zwischenergebnis	526
d) Doppelbestrafungsverbot (Art. 103 Abs. 3 GG)	526
aa) Geltung des Doppelbestrafungsverbots für Privatstrafen und Strafschadensersatz?	526
bb) Strafe nach Art. 103 Abs. 3 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	528
(1) Disziplinarstrafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung	528
(2) Ordnungswidrigkeiten?	529
cc) Privatstrafe als Kriminalstrafe im Sinne von Art. 103 Abs. 3 GG?	530

dd) Zivilrechtliches Unrecht?	530
ee) Zwischenergebnis	532
3. Ergebnis	533
VII. Zivilprozess und Rechtsdurchsetzung	534
1. Problemstellung	534
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben	537
a) Der Justizgewähranspruch	537
aa) Der Justizgewähranspruch und sein Inhalt	537
bb) Die Herleitung des Justizgewähranspruchs	538
b) Rechtsprechende Gewalt und Richtervorbehalt (Art. 92 Hs. 1 GG)	540
c) Rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)	541
d) Staatliches Gewaltmonopol	541
aa) Herleitung und Begründung	541
bb) Inhalt und Rechtsfolgen	542
3. Orientierungslinien normativer Ausgestaltung	543
a) Justizgewähranspruch und Rechtsschutzanspruch	543
aa) Herleitung aus den Grundrechten oder den durch einfaches Gesetz geschaffenen Privatrechten?	543
bb) Justizgewähranspruch und subjektives Privatrecht	546
(1) Justizgewähranspruch auch bei nur behauptetem Recht?	546
(2) Justizanspruch und Rechtsschutzanspruch	547
(3) Materiell-rechtlich anknüpfender Justizgewähranspruch und prozessualer Justizgewähranspruch	548
b) Die Ausgestaltung des Zivilprozesses: Verfahrensgrundsätze und Prozessmaximen	550
aa) Überblick	550
bb) Dispositionsgrundsatz	550
(1) Begriff und Inhalt	550
(2) Klägerische Prozesseinleitung, Verfahrensbeendigung und Verbot der Offizialmaxime	551
c) Rechtsdurchsetzung durch private Dritte und Kollektivklagen	552
aa) Arten der Rechtsschutzformen	552
(1) Einführung	552
(2) Verbandsklagen	553
(3) Gruppenklagen	554
bb) Justizgewährleistung, subjektive Privatrechte und prozessuale Dispositionsbefugnis	555
(1) Einführung	555
(2) Die Geltendmachung fremder subjektiver Privatrechte in Gruppen- oder Verbandsklagen	556
(a) Erforderlichkeit eines Dispositionsakts des Rechtsinhabers	556

(b) Inhaltliche Abweichung von den materiell- rechtlichen Vorgaben	559
(3) Die Geltendmachung eigener (Klag-)Rechte in Verbands- oder Gruppenklagen	559
(a) Eigene (Klag-)Rechte	559
(b) Inhaltliche Anforderungen an die „eigenen“ (Klag-)Rechte	561
cc) Rechtliche Beurteilung von opt-in-Gruppenklagen	563
(1) Abkopplung vom materiellen Recht	563
(2) Der Justizgewähranspruch in seiner negativen Ausprägung	565
 Zusammenfassung und Fazit	 567
I. Zusammenfassung	567
II. Fazit	571
 Kurzbioographien	 575
Literaturverzeichnis	581
Personenregister	621
Sachregister	623

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere/r Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
Am. J. Juris.	American Journal of Jurisprudence
Am. J. Legal Hist.	American Journal of Legal History
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cap.	Kapitel
Chi.-Kent	Chicago Kent
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Dig.	Digesten
Disp.	Disputatio
Disp. Met.	Disputationes Metaphysicae
Dreier/ <i>Bearbeiter</i>	Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar
DZPhil	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
ed.	editor/editore/edition
eds.	editors
et. al.	et alii
etc.	et cetera
Epping/Hillgruber/ <i>Bearbeiter</i>	Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.): BeckOK Grundgesetz
EU	Europäische Union
f.	folgende(r), Singular
ff.	folgende, Plural
fn.	footnote
Fn.	Fußnote
Fordham Urb. L.J.	Fordham Urban Law Journal
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure

FS	Festschrift
Grünhut's Zeitschrift	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Hist.	History
HKK-BGB/ <i>Bearbeiter</i>	Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.): Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
Immenga/Mestmäcker/ <i>Bearbeiter</i>	Körper, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, begründet von Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker
Inst.	Institutiones
iSd	im Sinne der/des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
J.	Journal
Jauernig/ <i>Bearbeiter</i>	Stürner, Rolf (Hrsg.): Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO. Kommentar
JBl.	Juristische Blätter
Jhd.	Jahrhundert
Jherings Jahrbücher	v. Jhering, Rudolf/Unger, Joseph (Hrsg.): Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
Karlsruher Kommentar OWiG/ <i>Bearbeiter</i>	Mitsch, Wolfgang (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Law Q. Rev.	The Law Quarterly Review
L.	Law
Lec.	Lectio
Lib.	Liber
L.J.	Law Journal
L. Rev.	Law Review
Maunz/Dürig/ <i>Bearbeiter</i>	Herzog, Roman/Herdegen, Matthias/Scholz, Rupert/Klein, Hans H. (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar
MedR	Medizinrecht
Minn.	Minnesota
m.Nw.	mit Nachweisen
Motive BGB I/II/III	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. – Band I. Allgemeiner Theil, Amtliche Ausgabe, 2. Aufl., Berlin 1896 – Band II. Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, 2. Aufl., Berlin 1896 – Band III. Sachenrecht, Amtliche Ausgabe, 2. Aufl., Berlin 1896
MünchKomm BGB/ <i>Bearbeiter</i>	Säcker, Franz Jürgen (u.a.) (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

MünchKomm ZPO/ <i>Bearbeiter</i>	Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungs- gesetz und Nebengesetzen mit weiteren Nachweisen
m.w.N.	Nummer
N.	North Carolina
N.C.	Neue Juristische Wochenschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
NJW-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ	New York University Law Review
N.Y.U. L. Rev.	Observatio
Obs.	page (Seite)
p.	Policy
Pol'y	principium
pr.	Public
Pub.	Frage (<i>quaestio</i>)
q.	Antwort (<i>respondeo</i>)
resp.	Reichsgericht
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGZ	Randnummer
Rn.	Rechtsprechung
Rsp.	Rechtswissenschaft: Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
RW	sequens (folgende(r), Singular)
s.	siehe
s.	Seite
S.	Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar
Sachs/ <i>Bearbeiter</i>	Eser, Albin (Gesamtredaktion)/Perron, Walter (u.a.) (Bearb.): Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar
Schönke/Schröder/ <i>Bearbeiter</i>	Sectio(n)
Sec.	Baur, Jürgen F. (u.a.) (Hrsg.): Soergel. Kommentar zum Bürger- lichen Gesetzbuch
Soergel/ <i>Bearbeiter</i>	sogenannt
sog.	Spalte
Sp.	sequentes (folgende, Plural)
ss.	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Staudinger/ <i>Bearbeiter</i>	Summa Theologiae
STh	Texas
Tex.	Traktat
Tract.	University
U.	unter anderem(n)
u.a.	The University of Chicago Law Review
U. Chi. L. Rev.	Unterlassungsklagengesetz
UKlaG	University of Miami International and Comparative Law Review
U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
U. Pitt. L. Rev.	United States
U.S.	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
UWG	versus
v./vs.	Vanderbilt
Vand.	Versicherungsrecht – Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VersR	

vgl.	vergleiche
v. Mangoldt/ <i>Bearbeiter</i>	Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar begründet von Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck
v. Münch/ <i>Bearbeiter</i>	Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar begründet von Ingo von Münch
VuR	Verbraucher und Recht
Wash.	Washington
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
Yale J. Int'l L.	The Yale Journal of International Law
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International. Jahrbuch des Inter- nationalen Zivilprozessrechts

Einführung

Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi
Il Gattopardo, Giuseppe Tomasi di Lampedusa

I. Zivil- und Zivilprozessrecht im Umbruch

Die Zivil- und Zivilprozessrechtsordnung der Gegenwart befindet sich in einem Umbruchprozess. Die grundlegenden Fragen der Privatrechtsordnung werden neu gestellt: Was ist Ziel und Gegenstand des Zivilrechts und des Zivilprozesses? Gibt es überhaupt so etwas wie ein eigenständiges Zivilrecht?¹ Wie kann oder muss man das Zivilrecht heute denken?² Ausgangspunkt und Gegenstand dieser Untersuchung ist der zivil- und zivilprozessrechtliche Wandel der Gegenwart. Dass eine Rechtsordnung sich ändert, sich ändern muss, erscheint einerseits selbstverständlich. Ist es nicht das Wesen des Zivilrechts, in ständiger dynamischer Veränderung zu sein und sich den gesellschaftlichen Erfordernissen der Zeit anzupassen?³ In der Gegenwart greift andererseits ein Wandel grundsätzlicher Art Platz, nach dem nichts mehr zu sein scheint, wie es vorher war. Welche Teile der Zivilrechtsordnung sind veränderlich, unterliegen der Veränderlichkeit? Gibt es überhaupt etwas im Zivilrecht, das rechtlicher Veränderung entzogen ist?⁴

Die Dimensionen des Wandels zeigen sich in rechtstatsächlicher und rechtswissenschaftlicher Hinsicht. Es gibt vielfältige Reformen des deutschen und europäischen Gesetzgebers mit je eigener Herangehensweise, die sich in Form und Inhalt vom „klassischen“ privatrechtlichen Denken und seinen Grundla-

¹ Zu dieser Fragestellung (vor allem im Hinblick auf die Abgrenzung von Privat- und öffentlichem Recht) s. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 522 ff., 545 ff., 558 ff. („Was bleibt vom Privatrecht?“), ferner S. 325 ff. (zur „(Privat-)Rechtswissenschaft als Regulierungswissenschaft“ und zur Dekonstruktion des bisherigen Privatrechtsbegriffs); s.a. *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 1 ff., 63 ff.; *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544 ff.

² Vgl. auch zu dieser Fragestellung im Hinblick auf den „Privatrechtsdiskurs der Moderne“ und die privatrechtliche Gegenwart *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 1 ff., 8 („In welche Richtung bewegt sich das moderne Privatrechtsdenken darüber hinaus insgesamt?“), 165 ff.

³ Vgl. *Reinach*, Phänomenologie des Rechts, S. 11.

⁴ Vgl. zu dieser Fragestellung auch *Reinach*, Phänomenologie des Rechts, S. 11 ff., 14 ff. (im Kontext der Phänomenologie; „apriorische Grundlagen des bürgerlichen Rechts“).

gen grundsätzlich unterscheiden.⁵ Dazu kommt ein deutlicher Rückgang der zivilgerichtlichen Verfahrensneuzugänge innerhalb weniger Jahrzehnte.⁶ Zugleich zeigen sich grundsätzliche rechtsdogmatische und rechtstheoretische Diskussionen der Gegenwart, die die Identität der Zivilrechtsordnung betreffen: Zivilrecht als Regulierungsrecht⁷ und das Konzept des *private law enforcement*⁸; die Kritik von Person-, Willens- und Willensfreiheitsbegriff sowie der Kategorie subjektiver (Privat-)Rechte⁹; Präventivschadensersatz, Privatstrafe und Strafschadensersatz als Vermischungen von Straf- und Zivilrecht¹⁰; *class actions* und andere kollektive Rechtsschutzinstrumente¹¹; die Kritik der Privatautonomie und die zunehmende Einschränkung der Vertragsfreiheit durch zwingendes Recht¹². Die vorliegende Untersuchung zielt zum einen auf eine dogmatische, rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Verortung dieser Rechtsentwicklungen; zum anderen zeigt sie, dass es normative Vorgaben für die Rechtsentwicklung in der Gegenwart gibt und entwickelt diese im Einzelnen.

⁵ S. dazu unten S. 243 ff. im Einzelnen; vgl. dazu auch *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, S. 207, 214 ff.; *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 546, 555; s. beispielsweise insoweit zu einem Aspekt (Privatrecht als Regulierungsrecht) *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 187 ff. (zum „Privatrecht als Mittel der Durchsetzung von Unionsrecht“); *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 67, 179 f.

⁶ S. Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Rechtspflege Zivilgerichte 2018, Fachserie 10, Reihe 2.1., S. 12 f., 42 f. (Verfahren Zivilsachen Amtsgerichte, Neuzugänge 2005: 1.400.724; Neuzugänge 2018: 923.933; Verfahren Zivilsachen Landgerichte in erster Instanz, Neuzugänge 2005: 424.525; Neuzugänge 2018: 338.021).

⁷ Dazu *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 1 ff. et passim; zur Diskussion s. *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544 ff., 556 ff.

⁸ Dazu unten ausführlich S. 243 ff., 286 ff. sowie zum Begriff und Konzept des *private law enforcement* *Carrington*, Bitburger Gespräche 2003, S. 33 ff.; *Reimann*, Bitburger Gespräche 2008, S. 105 ff.; *Bruns*, ZZP 125 (2012), 399, 402, 405 f.

⁹ S. dazu unten die Nachweise S. 359 ff.; zur Kritik an den subjektiven (Privat-)Rechten s. etwa *Menke*, Kritik der Rechte, S. 164 ff., 175 ff.; ferner zur „Dekonstruktion des subjektiven Rechts“ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 55 ff.

¹⁰ S. zu diesen Diskussionen etwa *Schubert*, Die Wiedergutmachung, S. 673 ff., 723 ff., 795 ff., 833 ff., 860 ff.; befürwortend etwa *Schlobach*, Das Präventionsprinzip, S. 456 f.; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 16 f., 477 ff.; grundlegend *Wagner*, Gutachten, 66. DJT, A14 f., A72 ff., A82 f.

¹¹ S. dazu nur *Meller-Hannich*, Gutachten, 72. DJT, A9 ff.; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 526 ff., 532 ff., 540 ff.; ferner zu dieser Diskussion *Stadler*, ZHR 182 (2018), 623, 624 ff.

¹² S. dazu etwa *Schön*, in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), FS Canaris, Bd. 1, S. 1191, 1192 f.; *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 68, 98 ff.; ferner zum Wandel und zur „Krise“ der Privatautonomie *Röthel*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie, S. 91, 92 ff., 98 ff.; vgl. dazu auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 78 ff.; *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, S. 207, 214 ff.

II. Die Dialektik rechtlicher Veränderung

1. Die Suche nach dem richtigen Maßstab

Bevor darauf näher eingegangen wird, ist auf die Frage der zivilrechtlichen Veränderung zurückzukommen: Wie und nach welchen Kriterien vollzieht sich zivilrechtliche Rechtsentwicklung?¹³ Die Frage nach der Entwicklung des Rechts ist keine neue, sondern zentrales Moment der Philosophie und Rechtswissenschaft des 19. Jahrhundert.¹⁴ Wie sich im Folgenden zeigen wird, waren dabei lange Zeit finalisierende Entwicklungsmodelle prägend.¹⁵ Rechtsentwicklung ist danach ein Fortschrittsprozess, der gleichsam einem historischen Ziel entgegenläuft.¹⁶ Bis in die Gegenwart zeigen sich Fortschrittserzählungen zur Beschreibung rechtlicher Veränderung, wenn etwa gefordert wird, dass der Zivilprozess endlich in der „*Moderne*“ ankommen müsse.¹⁷

2. Rechtliche Entwicklung und das 19. Jahrhundert

a) Hegels „*Fortschritt im Bewußtsein der Freiheit*“

Dass sich rechtliche Entwicklung als (Fortschritts-)Prozess vollzieht und einem Ziel entgegenläuft, ist eine im 19. Jahrhundert häufig begegnende Auffassung und zunächst vor allem mit Hegels¹⁸ Geschichtsphilosophie verbunden.¹⁹ Danach ist „Bestimmung der geistigen Welt“ und „Endzweck der Welt“ das „Bewußtsein des Geistes von seiner Freiheit, und ebendamit die Wirklichkeit seiner Freiheit überhaupt“.²⁰ Dieser Prozess hin zur Freiheit ist ein Fort-

¹³ Vgl. dazu (auf die Rechtswissenschaft sowie die „Differenzierungsprozesse“ des Rechts bezogen) auch *Jansen*, *Recht und gesellschaftliche Differenzierung*, S. 1 ff. et passim.

¹⁴ S. etwa *Reimann*, *Historische Rechtsschule und Common Law*, S. 79 ff., 82 ff. im Hinblick auf *Savigny* und die US-amerikanische Rechtswissenschaft des 19. Jhd.

¹⁵ S. hierzu sogleich sowie etwa *Reimann*, *Historische Rechtsschule und Common Law*, S. 82 ff. vor allem im Hinblick auf die US-amerikanische Rechtswissenschaft des 19. Jhd.

¹⁶ *Reimann*, *Historische Rechtsschule und Common Law*, S. 83 f.; s.a. *Grey*, 45 U. Pitt. L. Rev. 1, 28 ss. (1983) (zur Vorstellung von *progress* der Rechtsentwicklung in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft des 19. Jhd.).

¹⁷ S. *Heese*, JZ 2019, 429 („Stationen auf dem langen deutschen Weg in die prozessuale Moderne“).

¹⁸ Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 576.

¹⁹ Zu Hegels Geschichtsphilosophie etwa *Rojek*, *Hegels Begriff der Weltgeschichte*, S. 1 ff., 44 ff., 221 ff.

²⁰ *Hegel*, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, S. 24 f., ferner S. 25 („Zugleich ist es die Freiheit in ihr selbst, welche die unendliche Nothwendigkeit in sich schließt, eben sich zum Bewußtsein [...] und damit zur Wirklichkeit zu bringen: sie ist sich der Zweck, den sie ausführt, und der einzige Zweck des Geistes“); S. 69 („Diesen Zweck haben wir von Anfang an festgestellt; es ist der Geist, und zwar nach seinem Wesen, dem Begriff der Freiheit. Dies ist der Grundgegenstand, und darum auch das leitende Prinzip der Entwicklung, das, wodurch diese ihren Sinn und ihre Bedeutung erhält [...]).“).

schrittsprozess, der sich über verschiedene Stufen hin notwendig realisiert: „Die Weltgeschichte ist der Fortschritt im Bewußtsein der Freiheit“.²¹ Verwirklichung findet „die sittliche Freiheit“ dabei „im Staate“ und dessen Recht.²² Der die Freiheit verwirklichende Staat steht damit gleichsam am Ende des Fortschrittsprozesses hin zur Freiheit.²³

b) Der Fortschrittsgedanke in der Rechtswissenschaft

aa) Rechtsentwicklung als Entwicklung zu subjektiven Rechten und Vertragsfreiheit

Auch die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts setzt sich mit der Entwicklung des Rechts auseinander.²⁴ In der deutschen Rechtswissenschaft wird bei *Savigny*²⁵ die Vorstellung der Rechtsentwicklung als „organischer Entwicklung“ im Kontext seiner „Volkgeist“-Lehre wesentlich.²⁶ Allerdings versteht

²¹ *Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, S. 24, ferner S. 60 („[...] die Idee der Freiheit als der absolute Endzweck [...]“); ferner generell zur „Weltgeschichte“ und zum „Volkgeist“ S. 66 („Das Andere und Weitere ist, daß der bestimmte Volkgeist nur Ein Individuum ist im Gange der Weltgeschichte. Denn die Weltgeschichte ist die Darstellung des göttlichen, absoluten Processes des Geistes in seinen höchsten Gestalten, dieses Stufenganges, wodurch er seine Wahrheit, das Selbstbewusstseyn über sich erlangt. Die Gestaltungen dieser Stufen sind die welthistorischen Volksester [...]“); S. 70 („Die Weltgeschichte stellt nun den Stufengang der Entwicklung des Princips, dessen Gehalt das Bewusstseyn der Freiheit ist, dar.“); s.a. S. 79, 97.

²² Vgl. *Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, S. 30; ferner S. 48 („[...] es ist das sittliche Ganze – der Staat, welcher die Wirklichkeit ist, worin das Individuum seine Freiheit hat und genießt [...]. [...] vielmehr sind Recht, Sittlichkeit, Staat und nur sie, die positive Wirklichkeit und Befriedigung der Freiheit“); S. 60 („Wir haben dann den Staat als das sittliche Ganze und die Realität der Freiheit und damit als die objective Einheit dieser beiden Momente erkannt“); S. 74 („Die Freiheit ist nur das, solche allgemeine substantielle Gegenstände, wie das Recht und das Gesetz zu wissen und zu wollen, und eine Wirklichkeit hervorzubringen, die ihnen gemäß ist, – den Staat“).

²³ *Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, S. 49 („In der Weltgeschichte kann nur von Völkern die Rede sein, welche einen Staat bilden. Denn man muß wissen, daß ein solcher die Realisation der Freiheit, d.i. des absoluten Endzwecks ist, daß er um sein selbst willen ist; man muß ferner wissen, daß aller Werth, den der Mensch hat, alle geistige Wirklichkeit, er allein durch den Staat hat. [...] Der Staat ist die göttliche Idee, wie sie auf Erden vorhanden ist. Er ist so der näher bestimmte Gegenstand der Weltgeschichte überhaupt, worin die Freiheit ihre Objectivität erhält und in dem Genusse dieser Objectivität lebt. Denn das Gesetz ist die Objectivität des Geistes und der Wille in seiner Wahrheit; und nur der Wille, der dem Gesetz gehorcht, ist frei, denn er gehorcht sich selbst und ist bei sich selbst und frei“), ferner S. 50 („[...] daß der Staat die Verwirklichung der Freiheit sey“), S. 58 („So ist der Staat die vernünftige und sich objectiv wissende und für sich seyende Freiheit“).

²⁴ Dazu *Reimann*, Historische Schule und Common Law, S. 79 ff., 82 ff.; s. etwa *Savigny*, System, Bd. 1, § 7, S. 13 ff. („Allgemeine Entstehung des Rechts“).

²⁵ Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 578.

²⁶ S. *Reimann*, Historische Schule und Common Law, S. 79 ff. mit Verweis auf *Savigny*, System, Bd. 1, § 7, S. 17.

Savigny die Rechtsentwicklung nicht als einem Ziel entgegengehenden Fortschrittsprozess, sondern als Ausdruck des jeweiligen „Volksgeistes“, dem als solchem ein eigenständiger Wert zukommen soll.²⁷ Demgegenüber prägt der „Fortschrittsgedanke“ (*progress*)²⁸ der Rechtsentwicklung vor allem die anglo-amerikanische Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts.²⁹ Zwei Motive werden dabei zentral: zum einen die Hinwendung zur Kategorie subjektiver Rechte (*rights*), zum anderen die Hinwendung zur Kategorie des Vertrages (*contract*).³⁰

Exemplarisch hierfür steht etwa *Henry Maines*³¹ berühmter Ausspruch „From Status to Contract“. Aus einer Gesellschaft, die sich über die Festlegung gesellschaftlicher Status infolge persönlicher Abhängigkeiten konstituiert, wird im Wege des stufenweisen Fortschritts eine Gesellschaft, die auf dem Vertragsgedanken und der rechtlichen Bindung durch freien Konsens aufbaut.³² Unter

²⁷ S. *Reimann*, Historische Schule und Common Law, S. 84; s. aber zum „Fortschritts“-Gedanken bei *Savigny* *Reis*, Juristische Tatsachen, S. 171 ff. mit Verweis auf *Savigny*, System, Bd. 1, S. X, XXII, XXXII; § 15, S. 50 ff.; dagegen aber *Reimann*, Historische Schule und Common Law, S. 84, der darauf verweist, dass *Savigny* dem jeweiligen Zeitalter und Volksgeist „gleichmäßige Anerkennung des Werthes und der Selbständigkeit“ zumisst (*Savigny*, System, Bd. 1, S. XIV), sodass bei *Savigny* durchaus eine „Verehrung der Vergangenheit“, insbesondere für das römische Recht Platz greife.

²⁸ Z.B. *Maine*, Ancient Law, p. 170; *Pomeroy*, Remedies and Remedial Rights, § 7, p. 6 s. (dort auch mit dem Verweis auf verschiedene „Stufen“, die auf dieser Entwicklung zu durchlaufen seien); dazu auch *Grey*, 45 U. Pitt. L. Rev. 1, 28 s. (1983).

²⁹ Vgl. zu diesem Fortschrittsgedanken in der amerikanischen Jurisprudenz des 19. Jhd. *Bone*, 89 Columbia L. Rev. 1, 11, 18 ss., 26 (1989) (dort freilich auch mit dem Hinweis auf den spezifischen *Common Law*-Hintergrund dieses Gedankens; dazu auch unten noch S. 255 ff.); *Reimann*, Historische Schule und Common Law, S. 55 f., 83 f. – auch mit Verweis auf die Gründe, die vor allem in der Wissenschaftstheorie verortet werden (Einfluss des historisch-evolutionistischen Denkens bei *Charles Darwin* und *Herbert Spencer* auf die Rechtswissenschaft, aaO, S. 55 f., 84), dagegen hinsichtlich des Fortschrittsgedankens nicht durch den Einfluss der Historischen Schule und *Savigny* bestimmt sein sollen; s. z.B. *Maine*, Ancient Law, p. 170; *Pomeroy*, Remedies and Remedial Rights, §§ 6 ss., p. 6 ss.; dazu auch *Grey*, 45 U. Pitt. L. Rev. 1, 28 s. (1983); aus historisch-kritischer Perspektive dazu *Gordon*, 36 Stanford L. Rev. 57, 59 ss. (1984).

³⁰ S. *Bone*, 89 Columbia L. Rev. 1, 18 ss., 21 (1989) m.Nw.; zum Vertrag vor allem *Maine*, Ancient Law, p. 170 („From Status to Contract“). Weiterhin kann auf *Holmes* und seine Fortschrittsgeschichte zu immer allgemeineren deliktischen Haftungsmaßstäben verwiesen werden, s. *Holmes*, The Common Law, p. 1 ss., 77 ss.; dazu *Reimann*, Historische Schule und Common Law, S. 80.

³¹ S. zur Person unten die Kurzbiographie auf S. 577.

³² *Maine*, Ancient Law, Chap. 5, p. 170 („The word Status may be usefully employed to construct a formula expressing the law of progress thus indicated, which, whatever be its value, seems to me to be sufficiently ascertained. [...] If we then employ Status [...] to signify these personal conditions only, and avoid applying the term to such conditions as are the immediate or remote result of agreement, we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract“); dazu *Bone*, 89 Columbia L. Rev. 1, 19 Fn. 36, 22 (1989); *Reimann*, Historische Rechtsschule und Common Law, S. 55 f., 84; *Bruns*, JZ 2007, 385 f.; *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 42.

Rekurs auf *Maine* wird beim US-amerikanischen Rechtswissenschaftler *Pomeroy*³³ der rechtliche Fortschritt darin gesehen, dass ausgehend von einer Rechtsorganisation, die aus strikten Klageformeln und -arten besteht, eine allgemeine Rechtsordnung subjektiver Rechte und damit korrespondierender Pflichten erwächst und der Prozess schließlich der Durchsetzung und dem Schutz dieser subjektiven Rechte dient.³⁴ Kennzeichen des Fortschritts ist danach die Gründung des Rechts auf allgemeinen vernunftbegründeten Prinzipien, wobei der Gedanke eines Systems subjektiver Rechte zentral wird.³⁵ Die US-amerikanischen (Prozess-)Rechtsreformen des 19. Jahrhunderts erscheinen hier als Verwirklichung dieses gesellschaftlichen und rechtlichen Fortschrittsgedankens, hin zu den subjektiven Privatrechten sowie zum Vertrag und zur allgemeinen Vertragsbindung als Grundlagen moderner, „fortschrittlicher“ Rechtsordnungen.³⁶

bb) Pounds „Socialization of Law“

Die Interpretationsoffenheit und Ambivalenz des Fortschrittsnarrativs macht sich indes bald darauf bemerkbar. Anfang des 20. Jahrhunderts greift der US-amerikanische Rechtswissenschaftler *Roscoe Pound*³⁷ das historisch-finalisierende Fortschrittsmodell auf³⁸, transformiert es aber zugleich wesentlich, indem das Ende der Entwicklung nicht durch Freiheit oder individuelle subjektive Rechte, sondern durch die „Sozialisierung des Rechts“ (*The Socialization of Law*) gekennzeichnet ist.³⁹ Zu Beginn der rechtlichen Entwicklung steht danach die Stufe des *archaic law*; auf die nachfolgende Stufe des auf Rechtssicherheit bedachten *strict law* (römisches Recht, *common law*) folgt als dritte Stufe die *equity*, der das Naturrecht (*natural law*) zugeordnet ist, sodann als

³³ Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 578.

³⁴ S. *Pomeroy*, Remedies and Remedial Rights, §§ 6 ss., p. 6 ss.; § 28, p. 27 s.; zum Fortschrittsgedanken bei *Pomeroy* auch *Reimann*, Historische Schule und Common Law, S. 83; s. ferner noch näher unten S. 215 ff.

³⁵ *Pomeroy*, Remedies and Remedial Rights, § 32, p. 31 („The fundamental conceptions embodied in the American system are natural and true. They are perfect in accord with the experience of mankind as shown in the history of legal development from an infancy of rude barbarism to a maturity of enlightened civilization. The whole course of such development consists in discarding rules, modes, and institutions, which were arbitrary and formal, and in bringing the law into an agreement with abstract justice and pure morality“); s.a. *Bone*, 89 Columbia L. Rev. 1, 19, 20 s. (1989).

³⁶ S. deutlich *Pomeroy*, Remedies and Remedial Rights, § 32, p. 31. Zu den amerikanischen (Prozess-)Rechtsreformen des 19. Jhd. unten noch S. 257 ff.; vgl. ferner mit Verweis auf den *Field Code Bone*, 89 Columbia L. Rev. 1, 26 (1989).

³⁷ Zu *Pound* s. etwa *Jansen/Reimann*, ZEuP 2018, 89, 122 f.; ferner die Kurzbiographie auf S. 578.

³⁸ S. *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195 ss. (1914).

³⁹ Dazu vor allem *Bone*, 89 Columbia L. Rev. 1, 89 ss., 91 ss. (1989).

vierte Stufe die Phase der *maturity of law*.⁴⁰ Während für die dritte Stufe beispielsweise die Identifizierung des Rechts mit Moral (*identification of law with morals*), die Rechtsfähigkeit des einzelnen Menschen sowie die Vertragsbindung wesentlich sind⁴¹, charakterisieren die vierte Stufe „die Idee individueller Rechte“ (*idea of individual rights*) – nicht mehr das Klagrecht (*actio*) des römischen Rechts ist die maßgebliche Kategorie, sondern das Recht (*right*); jeder rechtlichen Pflicht (*duty*) steht korrelativ ein Recht gegenüber –, die Zentralität von (Vertrags-)Freiheit und Eigentum sowie ein verschuldensabhängiges Haftungsrecht.⁴²

Diese auf die individuellen Rechte des Einzelnen und deren Schutz zentrierte Stufe, welche zuvor noch als die „Vollendung“ der Rechtsentwicklung angesehen wurde⁴³, ist bei *Pound* allerdings nur die vorletzte; auf diese folgt schließlich als letzte Stufe die „Sozialisierung des Rechts“ (*Socialization of Law*).⁴⁴ Diese Sozialisierung des Rechts korrigiert die vorangegangene Stufe – etwa durch Begrenzungen der Vertragsfreiheit und des Eigentumsrechts, verschuldensunabhängige Haftung⁴⁵ –, und verweist entsprechend *Rudolph Jhering* auf die sozialen Zwecke und Interessen, die hinter den Rechten stehen und die individuellen Interessen überlagern.⁴⁶ *Pound* sah diese Entwicklung bereits Anfang des 20. Jahrhunderts im Gange, und erkannte auch im damals neuen *Bürgerlichen Gesetzbuch* Einflüsse dieser Sozialisierung.⁴⁷

c) Die soziale Korrektur des liberalen 19. Jahrhunderts im 20. Jahrhundert?

In gewisser Hinsicht fand und findet dieses Narrativ der „Sozialisierung des Rechts“ auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion in Deutschland Rezeption. Bereits seit Mitte des 20. Jahrhunderts wird ähnlich dem Narrativwechsel bei *Pound* argumentiert, dass dem liberalen 19. Jahrhundert eine soziale Gegenbewegung gefolgt sei und damit das 20. Jahrhundert zur notwen-

⁴⁰ *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195, 198 ss. (1914).

⁴¹ *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195, 213 ss. (1914).

⁴² *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195, 220 ss. (1914).

⁴³ S. *Bone*, 89 Columbia L. Rev. 1, 91 (1989) („Late nineteenth century jurists had celebrated Pound’s fourth stage as the fulfillment of law’s teleological end, as the perfection of a rational legal system embodying general principles structured around an ideal system of primary rights“).

⁴⁴ *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195, 225 ss. (1914); dazu auch *Bone*, 89 Columbia L. Rev. 1, 91 ss. (1989).

⁴⁵ *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195, 226 ss. (1914).

⁴⁶ *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195, 225 s. (1914); dazu *Bone*, 89 Columbia L. Rev. 1, 91 ss. (1989).

⁴⁷ *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195, 228, 232 s. (1914): §§ 226, 528 f., 829 BGB; § 850 ZPO; zu dieser „fragwürdigen“ Bewertung auch *Reimann*, Historische Schule und Common Law, S. 257.

digen Korrektur des zu (wirtschafts-)liberalen 19. Jahrhunderts geführt habe.⁴⁸ Die Rechtsveränderungen der Gegenwart werden als soziale Korrekturen des liberal-individualistisch denkenden 19. Jahrhunderts gewertet.⁴⁹

Allerdings wird inzwischen in der hiesigen Diskussion geltend gemacht, dass dieses Narrativ von der sozialen Korrektur des liberalen 19. Jahrhunderts im 20. Jahrhundert zu kurz greife.⁵⁰ Zum einen wird gefragt, wie liberal das 19. Jahrhundert gewesen ist; tatsächlich wurde in den vergangenen Jahrzehnten darauf hingewiesen, dass das rechtswissenschaftliche 19. Jahrhundert keineswegs ein Zeitalter „grenzenloser“ Vertragsfreiheit und Privatautonomie gewesen sei.⁵¹

d) „Erste Moderne“ und „reflexive Moderne“

Zum anderen hat *Marietta Auer* ein soziologisch geprägtes Modell von „erster Moderne“ und „zweiter Moderne“ entwickelt, wonach der Prägung durch gewisse Konstituenten der rechtlichen Moderne Kritik und Dekonstruktion („reflexive Moderne“) entgegengetreten seien.⁵² Maßgeblich sind danach soziologisch geprägte Kategorien von Moderne und „reflexiver Moderne“ sowie von Konstruktion und „Dekonstruktion“.⁵³ Kennzeichnend für die Kritik

⁴⁸ Dieses Narrativ soll vor allem auf *Wieacker*, Das Sozialmodell, S. 6 ff., 16 f., 18 ff., 26 f. zurückgehen, so *Rückert*, in: Klippel (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert, S. 135, 137 f.; ferner zu diesem Narrativwechsel *Raiser*, JZ 1958, 1, 2 ff.; kritisch zu diesem Narrativ „liberal-sozial“ *Haferkamp*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, S. 196, 197 ff.; ferner *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen, S. 1 ff. (dort im Hinblick darauf, dass im 19. Jhd. keineswegs der Gedanke einer „grenzenlosen“ Vertragsfreiheit vorherrschend war); *Schapp*, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, S. 24 („Raisers These von der Ablösung eines individualistisch geprägten Zeitalters durch ein sozial geprägtes erscheint bedenklich, wenn man die historische Perspektive etwas weiter faßt“); ferner auch *Flume*, Allgemeiner Teil, § 1,9 („Das Prinzip der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit hat entgegen oft gegebenen Deutungen nichts mit dem Individualismus oder Liberalismus des 18. oder 19. Jahrhunderts zu tun“); s. schließlich auch *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 289 ff. zu dieser Gegenüberstellung „liberal“ – „sozial“.

⁴⁹ Vgl. *Raiser*, JZ 1958, 1, 2 ff.; *Wieacker*, Das Sozialmodell, S. 16 f., 18 ff.; ferner *Bachmann*, Private Ordnung, S. 73.

⁵⁰ *Haferkamp*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, S. 196, 197 ff.; *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen, S. 1 ff.; *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 3 ff.; s. ferner auch *HKK-BGB/Rückert*, vor § 1 BGB Rn. 79; *ders.*, in: Klippel (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert, S. 135, 136 ff.

⁵¹ S. kritisch zu dieser These des liberalen, durch unbeschränkte Vertragsfreiheit geprägten 19. Jhd. *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen, S. 1 ff.; s. ferner auch *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 4; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 529 ff. dazu, dass dem Begriff „Privatautonomie“ im 19. Jhd. nur begrenzte Bedeutung zukam und er erst in der 2. Hälfte des 20. Jhd. in der Bundesrepublik zentral wurde.

⁵² *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 5 ff., 46 ff., 74 ff., 88 f.

⁵³ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 46 ff., 55 ff.; zur „Dekonstruktion“ auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 325 (im Hinblick auf den „herrschenden Privatrechtsbegriff“).

seien die „Dezentrierung des Subjekts“, die „Dekonstruktion des subjektiven Rechts“ und der „Einbruch des Öffentlichen in das Privatrecht“. ⁵⁴ Trotz ihrer „Dekonstruktion“ sei die Kategorie subjektiver Rechte indes immer noch nicht als solche abgelöst. ⁵⁵

e) Die Begriffsjurisprudenz und ein „zeitloses“ Rechtsdenken?

Auch wenn, wie erwähnt, der Fortschrittsgedanke die Rechtswissenschaft in Deutschland im 19. Jahrhundert nicht gleichermaßen wie in den USA prägte ⁵⁶, so zeigt sich doch auch bei dieser eine Art Finalität, und zwar im Kontext der sog. „Begriffsjurisprudenz“, wie sie etwa mit *Puchta* ⁵⁷ und *Windscheid* ⁵⁸ verbunden wird. ⁵⁹ Maßgeblich ist dabei die Vorstellung einer als System geordneten Rechtsordnung, die aus abstrakten „Rechtsbegriffen“ und allgemeinen Rechtsgrundsätzen besteht. ⁶⁰ Wenngleich es nach *Windscheid* kein „absolutes Recht“ geben soll ⁶¹, bricht sich hier dennoch die Vorstellung Bahn, ein „wertneutrales“ und „zeitloses“ Privatrechtssystem mit jeder Rechtsordnung vor-

⁵⁴ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 48 ff., 55 ff., 63 ff.

⁵⁵ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 62 f., ferner S. 44 („[...] dass die Willenstheorie trotz der noch zu erörternden gewichtigen Gegenargumente in ihrer praktischen Wirksamkeit bis heute letztlich niemals ernsthaft erschüttert wurde“); s. aber auch S. 53 (zur Dekonstruktion der Grundbegriffe: „Wesentlich ist: Sie bedeutet nicht, dass die Prämissen der ersten Moderne [...] offen diskreditiert, widerlegt oder durch antagonistische Gegenprinzipien direkt herausgefordert werden. Der Effekt ist vielmehr subtiler: Während die äußere Wertungsstruktur der ersten Moderne intakt bleibt, erodiert bzw. wandelt sich der Inhalt ihrer Grundbegriffe [...]“), ferner dann S. 74 ff. (zur „immanenten Selbstgefährdung“), 80 f. (S. 81: „innere Erosion der normativen Substanz von Grundelementen des klassisch-modernen Privatrechts, die [...] durch Verschiebungen der Lebenswirklichkeit ausgelöst wird, die die Wirksamkeit und praktische Durchführbarkeit des normativ individualistischen Wertprogramms in Frage stellt“); vgl. auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 327 ff., 338 (zum grundsätzlich trotz der Kritik unveränderten Privatrechtsbegriff), ferner S. 353 ff. (zu den Gründen: „Integrationskraft des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs“).

⁵⁶ S. dazu zuvor S. 4 f. sowie *Reimann*, Historische Schule und Common Law, S. 82 ff.

⁵⁷ Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 578.

⁵⁸ Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 579.

⁵⁹ Zur Begriffsjurisprudenz s. unten noch S. 163 ff. sowie *Larenz*, Methodenlehre, S. 19 ff., 28 ff.; *Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre, S. 79 ff.; *Simshäuser*, Zur Entwicklung des Verhältnisses, S. 87 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 400 f., 433 ff.

⁶⁰ S. etwa *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 430 f., 433 f., 436; *Simshäuser*, Zur Entwicklung des Verhältnisses, S. 87 ff.

⁶¹ S. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 6, S. 17, Fn. 5 explizit gegen die Vorstellung eines absoluten keinen Veränderungen unterliegenden Rechts („Das römische Recht ist nicht das absolute Recht; ein absolutes Recht gibt es überhaupt nicht; auf dem Gebiet des Rechts wie auf allen anderen Gebieten enthüllt sich die Wahrheit nur der fortschreitenden Arbeit des Menschengestes“).

ausliegenden Rechtsbegriffen⁶² zu schaffen, aus denen heraus und um die herum die gesamte Rechtsordnung im Wege deduktiv-logischer Operation erarbeitet werden kann („Construction“⁶³).⁶⁴ Trotz des aus Perspektive der Historischen Schule eigentlich geschichtlichen Charakters des Rechts⁶⁵ ist mit einem solchen Denken in abstrakten Rechtsbegriffen auch der Charakter des „Zeitlosen“ verknüpft.⁶⁶

Doch drängt sich bereits hier die Warnung vor Selbstverständlichkeiten und vor einer Rechtswissenschaft auf, die die „moderne“ Privatrechtsordnung als Notwendigkeit suggeriert, welche sich als logisch geschlossenes System um Person, subjektive Rechte und das Rechtsgeschäft herum aufbaut.⁶⁷ Für das 19. Jahrhundert mag es eine Selbstverständlichkeit gewesen sein⁶⁸, dass es so etwas wie subjektive Rechte und Willenserklärungen gibt; dass der Wille verpflichtet; dass die Rechtsordnung ihren Ausgangspunkt in der Freiheit des Einzelnen und im Personbegriff nimmt; dass Zivil- und Strafrecht getrennt sind. Selbstverständlich ist dies aber nicht – weder in der rechtshistorischen

⁶² S. etwa *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl., § 6, S. 19 („materiellen Rechtsbegriffen und Rechtswahrheiten“).

⁶³ Zu diesem Begriff *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 24, S. 60.

⁶⁴ S. W. *Hess*, Zum Verhältnis von Recht und Sittlichkeit, S. 53 f.; *Kasper*, Das subjektive Recht, S. 75, 78 („Wertneutralität“); *Larenz*, Methodenlehre, S. 19 ff., 28 ff., 32; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 430 f., 433 f., 436; *Simshäuser*, Zur Entwicklung des Verhältnisses, S. 87 ff.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 332 f. („Die Systematisierung verband sich mit dem Aufkommen der „Begriffsjurisprudenz“, so dass Romanisten wie Puchta die Merkmale des römischen Rechts zu begrifflichen Notwendigkeiten hochstilisierten und andere Gestaltungen für logisch unmöglich erklärten“); vgl. *Windscheid*, Pandekten, § 6, S. 16 (zur Bedeutung des römischen Rechts: „Einmal deswegen, weil sein Inhalt zu einem großen Theil nicht auf der Besonderheit gerade des römischen beruht, sondern nichts ist, als der Ausdruck allgemein menschlicher Auffassungen allgemein menschlicher Verhältnisse, nur mit einer Meisterschaft entwickelt, welche keine Jurisprudenz und keine Gesetzgebungskunst seitdem zu erreichen verstanden hat – daher unmittelbar verwerthbar, wo civilisierte Menschen zusammenwohnen“; s. aber auch zuvor Fn. 61 zu *Windscheid*), ferner § 24, S. 58 f. (zu den „Rechtsbegriffen“).

⁶⁵ Dazu *Reimann*, Historische Schule und Common Law, S. 75, 97 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 353 ff.

⁶⁶ Vgl. zu diesem Spannungsverhältnis einerseits des geschichtlichen Charakters und andererseits des abstrakt-systematischen Denkens in scheinbar „zeitlosen“ Begriffen im Hinblick auf *Puchta Reimann*, Historische Schule und Common Law, S. 142 („Von daher erklären sich auch die unterschiedlichen Auffassungen von der Wandelbarkeit der Grundprinzipien des Rechts. Zwar hatte Savigny sie noch als organisch wachsend gesehen, bei Puchta waren sie aber längst wieder zu einer an das Vernunftrecht erinnernden, zeitlosen Gültigkeit erstarrt“), ferner S. 146; s.a. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 433; *Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre, S. 86.

⁶⁷ In diese Richtung etwa *Gmür*, Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte, S. 94 ff.

⁶⁸ Tatsächlich gab es jedoch bereits im 19. Jhd. an jeder dieser Kategorien Kritik, s. dazu unten die Nachweise S. 158 ff., 166 ff.

Entwicklung noch zu Beginn des 21. Jahrhunderts.⁶⁹ Die Begriffe sind wieder unklar geworden.⁷⁰

3. Der Traditionsgedanke und die Tradition der „Metaphysik der Freiheit“

a) *Bermans* „Westliche Rechtstradition“

Ein Gegenmodell zu einem Verständnis der Rechtsentwicklung als finalem Prozess bildet das Traditionsmodell, wie es *Harold Berman* für die „Westliche Rechtstradition“ formuliert hat.⁷¹ Rechtliche Veränderung vollzieht sich danach im Kontext eines spezifischen Traditionsgedankens.⁷² Wenngleich auch die Tradition durch ein „organisches Wachstum“ gekennzeichnet sein soll⁷³, ist sie dennoch kein finaler Prozess.⁷⁴ Die Tradition geht aus von einer Entwicklung, aber diese Entwicklung ist kontinuierlich (*ongoing*), das Recht „hat eine Geschichte“⁷⁵ und entwickelt sich in Kontinuität zu dem Vorangegangenen sowie gewissen Charakteristiken, die diese Tradition seit ihrer *formative era* prägen.⁷⁶ Es gibt Elemente, die sich ändern – Reform und Veränderung sind danach gerade Kennzeichen der Tradition.⁷⁷ Zugleich gibt es aber auch Elemente, die der Tradition ihre Identität verleihen⁷⁸ – selbst Revolutionen setzen diese Elemente nicht außer Kraft⁷⁹. Kennzeichen der „Westlichen Rechtstradition“ sind danach etwa die Differenzierung der Rechtswissenschaft von Religion und Politik und die „Autonomie“ des Rechts⁸⁰; die Bildung eigenständiger rechtlicher Institutionen (Gerichte, Universitäten, „Juristen“), die mit der

⁶⁹ Vgl. auch *Reinach*, Phänomenologie des Rechts, S. 11 ff., 14 ff.; ferner auch *Raiser*, JZ 1958, 1 f. dazu, dass Vertragsfreiheit keine jeder Rechtsordnung immanente Selbstverständlichkeit ist.

⁷⁰ Vgl. dazu auch im Kontext der „Dekonstruktion des Subjekts“ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 53 („Die Dekonstruktion des Subjekts führt letztlich zur Dekonstruktion auch aller anderen individualistisch fundierten Grundbegriffe des Privatrechts, indem diese sich etwa plötzlich aus sich selbst heraus relativieren, mit Gegenprinzipien vereinigen oder als bloße Abwägungs- oder Interessenfragen darstellen lassen“).

⁷¹ Dazu vor allem *Berman*, Law and Revolution, p. 1 ss., 5 ss.

⁷² *S. Berman*, Law and Revolution, p. 5 ss.

⁷³ *Berman*, Law and Revolution, p. 5 ss.

⁷⁴ *S. Berman*, Law and Revolution, p. 7 („At the same time, conscious growth does not necessarily mean development toward particular ideal goals. It means something less than moral progress, though something more than mere change or accumulation“).

⁷⁵ *Berman*, Law and Revolution, p. 9.

⁷⁶ *Berman*, Law and Revolution, p. 5 ss., 7 ss.

⁷⁷ Vgl. *Berman*, Law and Revolution, p. 9.

⁷⁸ Vgl. *Berman*, Law and Revolution, p. 7 ss., 9.

⁷⁹ *S. Berman*, Law and Revolution, p. 5.

⁸⁰ *Berman*, Law and Revolution, p. 7 s.; zur Entwicklung der „Autonomie des Rechts“ auch *Jansen*, Recht und gesellschaftliche Differenzierung, S. 27 ff.

Rechtspflege und -fortbildung betraut sind und die kontinuierlich fortgebildet, erneuert und angepasst werden⁸¹; die Herausbildung eines normativen „Korpus“, der die Grundlage des Rechts bildet⁸²; die Bindung von Rechtsprechung und Politik an das Recht und die Herrschaft des Rechts⁸³; schließlich die Pluralität der Rechtsordnungen und verschiedener normativer Systeme⁸⁴.

So sehr dieses Traditionsmodell geeignet sein mag, die zurückliegenden rechtlichen Veränderungen zu beschreiben, so wenig lassen sich ihm Antworten für die Rechtsentwicklung der Gegenwart oder gar der Zukunft entnehmen: Traditionen können enden.⁸⁵ So sah *Harold Berman* die „Westliche Rechtstradition“ bereits in den 1980er Jahren in einer tiefen Krise.⁸⁶

b) Die Tradition der „Metaphysik der Freiheit“

In dieser Untersuchung wird auch einer Tradition nachgegangen, aber nicht so sehr der „Westlichen Rechtstradition“ insgesamt, sondern der sog. Tradition der „Metaphysik der Freiheit“, wie sie bereits vor mehreren Jahrzehnten von *Theo Kobusch* dargestellt wurde.⁸⁷ Es geht hierbei um eine spezifische Metaphysiktradition, deren Fundament die Freiheit ist.⁸⁸ Zentrale Kategorie dieser „Freiheitsmetaphysik“ ist die Person.⁸⁹ Ausgehend von ihren scholastischen Grundlagen bei *Alexander von Hales*⁹⁰ und *Johannes Bonaventura*⁹¹ habe insbesondere *Francisco Suárez*⁹² an der Wende des 16. zum 17. Jahrhundert diese Lehre fortentwickelt.⁹³ Über die Entwicklung bei *Samuel Pufendorf*⁹⁴ und *Christian Wolff*⁹⁵ soll diese Tradition dann auf spezifische Weise auch *Kants*⁹⁶ *Metaphysik der Sitten* zugrunde liegen.⁹⁷ Schließlich soll eben dieser Tradition

⁸¹ *Berman*, *Law and Revolution*, p. 5 s., 7 s.

⁸² *Berman*, *Law and Revolution*, p. 9.

⁸³ *Berman*, *Law and Revolution*, p. 9 s.

⁸⁴ *Berman*, *Law and Revolution*, p. 10.

⁸⁵ Vgl. auch *Berman*, *Law and Revolution*, p. 33 ss., 37 ss.

⁸⁶ Dazu *Berman*, *Law and Revolution*, p. 33 ss., 37 s. mit dem Hinweis auf die Krise der „Westlichen Rechtstradition“.

⁸⁷ *Kobusch*, *Die Entdeckung der Person*, S. 11 ff., 19 ff.; darauf zurückgreifend *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 15 ff. („Die Entdeckung der Person“); s. ferner dazu *Thömissen*, *Recht und Gerechtigkeit*, 3. Kap. VI.4.

⁸⁸ *Kobusch*, *Die Entdeckung der Person*, S. 11 ff.

⁸⁹ *Kobusch*, *Die Entdeckung der Person*, S. 11 f., 23 ff.

⁹⁰ Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 576.

⁹¹ Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 575.

⁹² Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 578.

⁹³ *Kobusch*, *Die Entdeckung der Person*, S. 19 ff., 23 ff. (u.a. zu *Alexander von Hales* und *Bonaventura*), 55 ff. (zu *Suárez*).

⁹⁴ Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 578.

⁹⁵ Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 579.

⁹⁶ Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 576.

⁹⁷ *Kobusch*, *Die Entdeckung der Person*, S. 67 ff. (zu *Pufendorf*), 87 ff., 93 ff. (zu *Christian Wolff*), 129 ff. (zu *Kant*).

auch die Kategorie der Menschenwürde entstammen, die aufs engste mit dem Personsein des Menschen verbunden ist.⁹⁸

Diese von *Kobusch* entwickelte Idee ist von *Marietta Auer* für die Privatrechtswissenschaft aufgegriffen worden.⁹⁹ Nach *Auer* hat sich in diesem Kontext bei *Kant* im Anschluss an *Pufendorf* der für die privatrechtliche Moderne prägende Rechtsbegriff durchgesetzt, welcher sich über die Elemente „Person, Freiheit, Vernunft, Wille, Recht“¹⁰⁰ konstituiert.¹⁰¹ In Zusammenhang damit stehen danach die spezifischen Kategorien der rechtlichen Moderne, d.h. insbesondere die „Form des subjektiven Rechts“ und die „Person“.¹⁰² Und gerade diese Kategorien und Denkform – vor allem das subjektive Privatrecht – stehen in der Gegenwart unter Druck.¹⁰³ Scheinbar geht es danach um den Gegensatz „liberal – sozial“, tatsächlich geht es aber, wie in dieser Untersuchung gezeigt werden soll, um die Freiheitsmetaphysiktradition und ihre Kategorien.¹⁰⁴

III. Normative Vorprägung rechtlicher Veränderung

Unabhängig davon ist nochmals auf den Maßstab rechtlicher Veränderung zurückzukommen.¹⁰⁵ Klar ist, dass, wenn es überhaupt einen Maßstab rechtlicher Veränderung gibt, dieser selbst nur normativ sein kann.¹⁰⁶ Hier können nun zwei Ansätze diskutiert werden: zum einen die Zivilrechtsdogmatik, deren Aufgabe es sein kann, einen Maßstab dieser rechtlichen Veränderung zu formulieren.¹⁰⁷ Da aber dieser Maßstab im Rechtsstaat kein normativ bindender Maßstab sein kann, kommt zum anderen als einziger wirklich normativ bindender Maßstab nur die Verfassung in Betracht.¹⁰⁸ Aus diesem verfassungs-

⁹⁸ *Kobusch*, Die Entdeckung der Person, S. 255 ff., 259 ff.

⁹⁹ *S. Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 15 ff. („Die Entdeckung der Person“).

¹⁰⁰ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 17.

¹⁰¹ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 16 ff.

¹⁰² Vgl. (im Hinblick auf den modernen Privatrechtsbegriff) *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 22 ff., 28 f. (S. 29: „Mit der Person und dem subjektiven Recht als Strukturmerkmalen des modernen Rechtsdenkens“); ferner S. 29 ff. zur „Trennung von Staat und Gesellschaft“ als weiterer Grundlage des modernen Privatrechtsbegriffs.

¹⁰³ Vgl. *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 46 ff., 55 ff. (zur „Dezentrierung des Subjektes“ und zur „Dekonstruktion des subjektiven Rechts“).

¹⁰⁴ Vgl. ansatzweise, wenngleich anders, *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 4 ff. (dort kritisch zur Gegenüberstellung „liberal“ – „sozial“; stattdessen philosophisch-soziologisches Narrativ von „Moderne“ – „zweiter Moderne“).

¹⁰⁵ S. dazu unten noch näher S. 335 ff.

¹⁰⁶ Vgl. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 288 ff., 292 ff.

¹⁰⁷ S. aber jüngst kritisch zur Rolle der Rechtsdogmatik *Jansen*, Recht und Differenzierung, S. 311 ff., 317 ff., 321 ff. (zur Frage, was überhaupt noch Aufgabe der Rechtswissenschaft in der Gegenwart ist).

¹⁰⁸ S. dazu unten S. 337 ff., 341 ff.; vgl. auch *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 280 ff., 293 ff., 298 ff.; *Grünberger/Jansen*, in: dies. (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, S. 1, 2 f.

rechtlichen Maßstab können Vorgaben in zweierlei Hinsicht folgen: einmal im Hinblick darauf, was das Ziel der Veränderung ist; sodann im Hinblick auf solche Elemente, die dem einfachen Gesetzgeber schlechthin vorgegeben sind, die also bestands- oder veränderungsfest sind.¹⁰⁹

Freilich zeigt sich hier ein Konflikt: Der demokratische Grundsatz, dass alles Recht gesetzgeberischer positivrechtlicher Gestaltung unterliegt¹¹⁰, konfliktiert mit dem Selbstverständnis einer privat- und prozessrechtlichen Dogmatik¹¹¹, die ausgehend von allgemeinen Grundsätzen oder Allgemeinbegriffen („Begriffsjurisprudenz“) konkrete Rechtsfragen beantworten und damit ein privatrechtliches, scheinbar „wertneutrales“ System mit überzeitlicher Geltung erschaffen zu können meint.¹¹² Gerade in diesem Spannungsverhältnis von positiver Rechtsgestaltung und historisch gewachsener Privatrechtsordnung und Privatrechtsdogmatik kommt dem Primärrecht besondere Bedeutung zu¹¹³, indem es nämlich vorgibt, inwieweit die geltende Ordnung einerseits Bestand haben darf und inwieweit sie andererseits Bestand haben *muß*.¹¹⁴

IV. Gang der Untersuchung

Die folgende Untersuchung beginnt mit einer Darstellung der Konstituenten der geltenden Zivil- und Zivilprozessrechtsordnung (1. Kapitel). Darauf folgt eine rechts- und ideengeschichtliche Einordnung dieser Konstituenten und ih-

¹⁰⁹ Zu dieser Bestandsfunktion des Grundgesetzes (neben der „Schrittmacherfunktion“) bereits *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 7, 17, 40 (S. 7: „bewahrende, gewährleistende Funktion“).

¹¹⁰ S. zu diesem Konflikt unten noch S. 341 ff.; vgl. insoweit auch zur Positivierung des Rechts *Jansen*, Recht und gesellschaftliche Differenzierung, S. 178 ff.; *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 67, 97 f.

¹¹¹ Vgl. zu diesem Konflikt auch *Jansen*, Recht und gesellschaftliche Differenzierung, S. 305 ff., 311 ff., 317 ff. (im Hinblick auf die Differenzierung von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft; ferner S. 319 zum Bedeutungsverlust der Rechtswissenschaft: „Die Wissenschaft hat ihre konstitutive Rolle im Prozess der Rechtserzeugung verloren“); *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 67, 172 f., 177 ff.; s. aber auch *Rödl*, Gerechtigkeit, S. 50 f. im Hinblick auf die „normative Rechtstheorie“; ferner in geschichtlicher Perspektive im Hinblick auf das 19. Jahrhundert *Reimann*, Historische Rechtsschule und Common Law, S. 239 ff.

¹¹² S. dazu zuvor S. 9 f.; vgl. zur Entstehung dieses Selbstverständnisses im 19. Jhd. *Larenz*, Methodenlehre, S. 19 ff., 28 ff., 32 ff.; *Kasper*, Das subjektive Recht, S. 78 („Wertneutralität“).

¹¹³ Vgl. auch zu diesem Verhältnis im Hinblick auf vorkonstitutionelle Privatrechtsbegriffe, die von der Verfassung rezipiert werden, *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 22 ff., 25 f.

¹¹⁴ S. dazu *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 7, 17, 40 (S. 7: „bewahrende, gewährleistende Funktion“); s. ferner auch *Jansen*, Recht und gesellschaftliche Differenzierung, S. 195 zur Bedeutung der Verfassung („[...] gilt das positive Recht auch heute nicht als inhaltlich beliebig“; Fn. weggelassen).

rer Entstehung, wobei insoweit auf das römische Recht und seine gemeinrechtliche Fortentwicklung, das Naturrecht und die Freiheitsmetaphysiktradition sowie auf *Kant*, *Hegel* und die Historische Rechtsschule des 19. Jahrhunderts eingegangen wird (2. Kapitel). Im 3. Kapitel wird die Kritik an den Konstituenten thematisiert, wobei zum einen die ideengeschichtlichen Grundlagen dieser Kritik und zum anderen die Kritik in der Gegenwart sowie die alternativen Privat- und Prozessrechtsmodelle dargestellt werden. Im Zentrum der gegenwärtig diskutierten Alternativmodelle steht das für das US-amerikanische Recht zentrale *private law enforcement*, dessen Entstehung, Entwicklung und aktuelle Ausgestaltung in den USA erörtert wird (4. Kapitel).

Nach diesem allgemeinen, ideen- und rechtsgeschichtlichen sowie rechtsvergleichenden 1. Teil wendet sich die Untersuchung der Frage nach den konkreten Möglichkeiten, Grenzen und Entwicklungsperspektiven der Zivil- und Prozessrechtsentwicklung in der Gegenwart zu, wobei hier eine rechtsdogmatische und rechtstheoretische Argumentation zentral wird (2. Teil). Den Ausgangspunkt bildet die Frage nach dem richtigen Maßstab, welcher im Verfassungsrecht verortet wird (5. Kapitel). Sodann werden allgemein die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung des Zivil- und Prozessrechts dargestellt (6. Kapitel). Im 7. Kapitel werden die einzelnen Konstituenten unter rechtstheoretischen und rechtsdogmatischen Aspekten näher beleuchtet und die konkreten Entwicklungsperspektiven erörtert. Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung und einem Fazit.

1. Teil

Die Konstituenten des Zivil- und Zivilprozessrechts
in Gegenwart und Vergangenheit

1. Kapitel

Die Konstituenten des Zivil- und Zivilprozessrechts der Gegenwart

I. Grundlagen

Im Ausgangspunkt steht die Frage nach dem, was eigentlich Gegenstand der rechtlichen Veränderung ist. Die Frage nach den Konstituenten¹ einer Rechtsordnung, d.h. nach den Elementen, die als so wesentlich erscheinen, dass sie der Rechtsordnung ihr Gepräge verleihen, ist zweifelsohne eine Wertungsfrage.² Bei den meisten der im Folgenden genannten Kriterien ist streitig, wie konstitutiv sie tatsächlich sind.³ Insofern ist die Selektion selbst schon wertend. Für die folgende Selektion lassen sich mehrere Argumente ins Feld führen: zunächst kann man pragmatisch argumentieren, dass die folgenden Kategorien regelmäßig in Lehrbüchern des Allgemeinen Teils oder Abhandlungen zu den Grundbegriffen des Bürgerlichen Rechts als Grundprinzipien angeführt werden.⁴ Ebenso kann man historische Argumente anführen. Betrachtet man die gegenwärtige Privat- und Prozessrechtsordnung im Lichte des sie konstituierenden 19. Jahrhunderts⁵, so wird man bestimmte Elemente als Konstituenten dieser Ordnung ausmachen können. Prägend für das 19. Jahrhundert waren die Kategorien „Person, Wille und Freiheit“.⁶ Ferner tritt das

¹ Vgl. zu den Begriffen Prinzip, Konstituenten und Grundsatz etwa *Riesenhuber*, ZfPW 2018, 352, 355 ff.

² S.a. *Rödl*, Gerechtigkeit, S. 30 f. (*Rödls* Ansatz zielt indes auf eine normative Theorie des Privatrechts); vgl. zu Ansätzen, die Grundbegriffe und Konstituenten des Bürgerlichen Rechts zu erfassen, *Boehmer*, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. 1, S. 1 ff.; *H. Hattenbauer*, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, S. 1 ff. (u.a. „Person“, „Rechtsgeschäft“, „Schuldverhältnis“, „Unerlaubte Handlung“, „Eigentum“).

³ S. dazu unten S. 35 ff. sowie S. 359 ff. et passim die Diskussionen.

⁴ S. dazu unten im Einzelnen die Nachweise; s. ferner z.B. *Neuner*, Allgemeiner Teil, §§ 10, 11 ff., 19 ff., (vor § 19: „Rechtssubjekt“ und „Rechtsverhältnis“ als „Grundbegriffe des Privatrechts“).

⁵ Zum 19. Jhd. und zur Zentralität dieser Elemente s. unten noch S. 158 ff., 166 ff.; vgl. auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 329 ff. (im Hinblick auf den aus dem 19. Jhd. übernommenen Privatrechtsbegriff), 337 f. (zur nach wie vor vorherrschenden Prägung des Privatrechtsbegriffs durch das 19. Jhd.; S. 338: „[...] ist der freiheitlich-individualistische Privatrechtsbegriff in seinem Kern bis heute erhalten geblieben“); ferner dazu, dass trotz der Kritik und Dekonstruktion die Kategorien (d.h. insbesondere die Form subjektiver Rechte) weiterhin fortbestehen, *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 44, 62 f.

⁶ Zur Bedeutung von „Person, Freiheit, Wille“ für die Rechtswissenschaft des 19. Jhd. *Kiefner*, in: *Blühdorn/Ritter* (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft, S. 3, 7; *Reis*, Juris-

„subjektive Recht“ als zentrale Konstituente und Ordnungsprinzip der Privatrechtsordnung hinzu.⁷

II. Person, Wille und (Willens-)Freiheit

1. Person, Rechtssubjekt und Rechtsfähigkeit

Zentralbegriff der Bürgerlichen Rechtsordnung ist derjenige der *Person*.⁸ Der Begriff der Person meint nach gängigem Verständnis ein über Rechtsfähigkeit verfügendes Wesen.⁹ Die Person ist danach rechtsfähig und Rechtssubjekt, d.h. Träger von Rechten und Pflichten.¹⁰ Rechtsfähigkeit, Person und Rechtssubjekt werden oftmals synonym gesetzt¹¹, wobei man aber zwischen Rechtsfähigkeit im Sinne der vorgelagerten „Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein“¹² und Rechtssubjektivität im Sinne der tatsächlichen Trägerschaft subjektiver Rechte und Pflichten differenzieren kann.¹³

tische Tatsachen, S. 118 ff., 123 Fn. 158; S. 181 f. mit Verweis auf *v. Bethmann-Hollweg*, Erinnerung an Friedrich Carl von Savigny, S. 18 („Persönlichkeit, Freiheit, Wille, die Grundbegriffe der Ethik, die sich in ihrer Beziehung zur Außenwelt zu einem reichen Systeme verschiedenartiger Rechtsverhältnisse entfalten“); *Rückert*, in: Heldrich (u.a.) (Hrsg.), FS Canaris, S. 1263, 1286, 1296.

⁷ S. dazu unten S. 185 ff. sowie für die gegenwärtige Diskussion *Picker*, Privatrechtssystem, S. 47 ff., 54; s. (auch im Hinblick auf das 19. Jhd.) *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 22, 28 f., 43 f.; *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 205 ff.; vgl. (aus der Perspektive der Kritik) *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 329 („Das wesentliche Grundprinzip des Privatrechts ist demnach die Privatautonomie, die freie Entfaltung der Persönlichkeit bzw. die Freiheit schlechthin. Das subjektive Recht ist das zentrale Institut eines solchen Privatrechts. [...] Prägend für den freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff sind die Konzepte der Freiheit und des subjektiven Rechts“).

⁸ S. etwa *Klingbeil*, AcP 217 (2017), 848, 849; *H. Hattenbauer*, Grundbegriffe, S. 1 f.; *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 159; ferner auch *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 19 f., 29, 43; auch wenn der Begriff „Person“, ebensowenig wie der Begriff „Rechtsfähigkeit“, vom BGB nicht definiert, sondern nur vorausgesetzt wird, s. *Hetterich*, Mensch und „Person“, S. 21; MünchKomm BGB/*Spickhoff*, § 1 Rn. 1, 6 (zur Rechtsfähigkeit).

⁹ So *Staudinger/Kannowski*, Vorbem zu § 1, Rn. 1; *Hetterich*, Mensch und „Person“, S. 20.

¹⁰ S. *Staudinger/Kannowski*, § 1 Rn. 1 (Rechtsfähigkeit als „wesentliche Eigenschaft der Person“; „Wer rechtsfähig ist, ist ein Rechtssubjekt“); *Klingbeil*, AcP 217 (2017), 848, 858 („möglicher Träger von Rechten und Pflichten“), 859; vgl. *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 11 Rn. 1 (Rechtsfähigkeit als „die Fähigkeit einer Person, Subjekt von Rechtsverhältnissen, d.h. Inhaber von Rechten und Adressat von Rechtspflichten zu sein“).

¹¹ S. dazu *H. Hattenbauer*, JuS 1982, 405, 407; s. dazu und umfassend (zu den verschiedenen Ansätzen der Begriffsbestimmung) *Hetterich*, Mensch und „Person“, S. 20 ff., 25, 28 ff.; *Eichler*, System des Personenrechts, S. 34 f.

¹² Zum Begriff der Rechtsfähigkeit etwa MünchKomm BGB/*Spickhoff*, § 1 Rn. 6; *Jauernig/Mansel*, § 1 Rn. 1; *Bork*, Allgemeiner Teil, Rn. 154; *Leipold*, BGB I, § 11 Rn. 9; *Staudinger/Kannowski*, Vorbem zu § 1, Rn. 1.

¹³ Zu Letzterem vgl. *Kirste*, in: Gröschner/Kirste/Lembcke (Hrsg.), Person und Rechtsperson, S. 345, 350 f., der zwischen Rechtsfähigkeit als „Möglichkeit“ und Rechtssubjektivität

Person und rechtsfähig ist zum einen die natürliche Person, d.h. jeder Mensch (§ 1 BGB¹⁴), zum anderen die juristische Person.¹⁵ Von der Rechtsfähigkeit wird die Handlungsfähigkeit, d.h. die Fähigkeit einer Person, durch ihr Handeln Rechtswirkungen zu erzeugen¹⁶, unterschieden: Während jeder Mensch rechtsfähig ist, knüpft die Handlungs-, Delikts- bzw. Geschäftsfähigkeit¹⁷ an die Willens-, Einsichts- bzw. Vernunftfähigkeit¹⁸ an.¹⁹ Nicht jeder

tät als „Wirklichkeit“ differenziert – daher auch kritisch (aaO, S. 353) zum synonymen Gebrauch der Begriffe Rechtsperson, Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität, Rechtsperson soll „den Umfang der einem Rechtssubjekt zugewiesenen Rechte“ beschreiben; *Klingbeil*, AcP 217 (2017), 848, 859 f. (Rechtsfähigkeit im Sinne des abstrakten Habenkönnens), 861 f. (kritisch zum synonymen Verständnis von Rechtssubjekt und Person); vgl. ferner zum Verhältnis von Rechtssubjekt und Rechtsfähigkeit (daraus, dass jemand Subjekt eines Rechts ist, soll bereits die Rechtsfähigkeit folgen, deshalb kritisch zur Teilrechtsfähigkeit) *M. Lehmann*, AcP 207 (2007), 225, 235; s. aber unten noch S. 359 ff. zur Diskussion, inwieweit der Personbegriff über die Rechtssubjektqualität und die Rechtsfähigkeit hinausgeht.

¹⁴ Wobei die Rechtsfähigkeit des Menschen in § 1 BGB nicht explizit ausgeschrieben bzw. definiert, sondern vorausgesetzt wird, s. etwa *Westermann*, Person und Persönlichkeit, S. 9; MünchKomm BGB/*Spickhoff*, § 1 Rn. 1, 6; ferner *M. Lehmann*, AcP 207 (2007), 225, 226 f.; *H. Hattenbauer*, Grundbegriffe, S. 1 f., 4 ff.

¹⁵ S. *Staudinger/Kannowski*, Vorbem zu § 1, Rn. 1; § 1 Rn. 1; *Hetterich*, Mensch und „Person“, S. 21; *Bork*, Allgemeiner Teil, Rn. 153 f., 188; zur „Identität“ von Mensch und Person *Westermann*, Person und Persönlichkeit, S. 7, wobei aber Identität nur meinen kann, dass jeder Mensch Person ist; nicht jede Person ist dagegen Mensch.

¹⁶ *Staudinger/Kannowski*, § 1, Rn. 2 (Handlungsfähigkeit als „Fähigkeit, durch eigenes Verhalten Rechtswirkungen hervorzubringen“); *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 12 Rn. 1 (Fähigkeit, „Rechtshandlungen wirksam vornehmen zu können, d.h. Rechte und Pflichten durch eigenes Handeln begründen sowie ganz generell Rechtsfolgen herbeiführen zu können“).

¹⁷ Die Begriffe werden aber nicht einheitlich definiert bzw. differenziert, was auch daran liegt, dass der Begriff der Handlungsfähigkeit selbst kein gesetzlicher ist, vgl. MünchKomm BGB/*Spickhoff*, § 1 Rn. 8 ff. (Geschäftsfähigkeit als „die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte selbstständig vornehmen zu können“, unterschieden von [allgemeiner] Handlungsfähigkeit, Haftungsfähigkeit und Verschuldensfähigkeit); *Leipold*, BGB I, § 11 Rn. 4, 10a (Geschäftsfähigkeit als „die Fähigkeit, Willenserklärungen wirksam abzugeben oder entgegenzunehmen“; Deliktsfähigkeit als „die Fähigkeit, für eigene unerlaubte Handlungen oder eigene Pflichtverletzungen im Rahmen von Schuldverhältnissen verantwortlich zu sein“; Handlungsfähigkeit als Oberbegriff für Delikts- und Geschäftsfähigkeit); *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 12 Rn. 1 ff., 7 (Deliktsfähigkeit als „besondere Handlungsfähigkeit“).

¹⁸ S. *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 12 Rn. 2 ff. („natürliche Willensfähigkeit“); vgl. §§ 104 Nr. 2, 827 S. 1 BGB („[...] in einem die freie Willensbestimmung ausschließendem Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit [...]“); § 828 Abs. 3 BGB („[...] nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat“). S. ferner *Neuner*, AcP 218 (2018), 1, 23 ff. zu Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, die zusammen die Willensfreiheit konstituieren: Einsichtsfähigkeit ist die vorgelagerte *intellektuelle* Fähigkeit, Handlungsalternativen zu erkennen; Steuerungsfähigkeit ist die *voluntative* Fähigkeit, über die Handlungsalternativen zu entscheiden und entsprechend zu handeln; dazu auch BT-Drs. 15/2494, S. 28; BGH NJW-RR 2016, 385, 386; NJW 2017, 890; *Laufs*, MedR 2011, 1, 5; s. auch unten noch S. 382 ff.

¹⁹ *Staudinger/Kannowski*, § 1 Rn. 2; *Hetterich*, Mensch und „Person“, S. 24; *M. Lehmann*, AcP 207 (2007), 225, 226; MünchKomm BGB/*Spickhoff*, § 1 Rn. 7 ff.; *Leipold*, BGB I, § 11 Rn. 1, 4, 9, 15 Fn. 12 („Einsichtsfähigkeit“, „Steuerungsfähigkeit“, „Fähigkeit zur freien

Mensch bzw. jede Person ist damit handlungs-, delikts- und geschäftsfähig, wie etwa Kinder oder Menschen, deren Willens-, Einsichts- oder Vernunftfähigkeit eingeschränkt ist.²⁰

2. Wille, Willenserklärung und (Willens-)Freiheit

Für das Bürgerliche Recht relevante Handlungsformen von Personen sind die – insbesondere für das Deliktsrecht relevante – Handlung als solche sowie die Willenserklärung bzw. das Rechtsgeschäft.²¹ Während unter Handlung „ein menschliches Tun, das der Bewußtseinskontrolle und Willenslenkung unterliegt und somit beherrschbar ist“²², verstanden wird, meint Willenserklärung „die Äußerung eines Willens, der unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist“.²³ In den Umschreibungen beider Handlungsformen kommt folglich dem Willensbegriff Bedeutung zu; damit ein Verhalten rechtlich relevant ist, muss es vom Willen getragen²⁴ sein.²⁵ Der Begriff des „Willens“ ist dabei etwas obskur. Einerseits findet er – zumindest als Wortbe-

Willensbildung“); *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 12 Rn. 1 ff.; *Bork*, Allgemeiner Teil, Rn. 155, 971 ff.; s.a. *Kirste*, in: Gröschner/Kirste/Lembcke (Hrsg.), Person und Rechtsperson, S. 345, 351 f.; a.A. *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 31 ff., 43 ff., der einen weiteren Rechtsfähigkeitsbegriff zugrunde legt, der auch das umfasst, was gemeinhin als Handlungsfähigkeit verstanden wird, und insoweit dann einem Konzept gestufter Rechtsfähigkeit folgt.

²⁰ S. §§ 104 f., 106 ff., 827, 828 BGB; s.a. *Staudinger/Kannowski*, § 1 Rn. 2; *M. Lehmann*, AcP 207 (2007), 225, 226; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 12 Rn. 2 ff., 7 ff., 12 ff. – allerdings sind „auch Menschen mit sehr starker geistiger Behinderung oder Kleinkinder prinzipiell handlungsfähig“ (aaO, Rn. 3), jedoch grundsätzlich nicht delikts- oder rechtsgeschäftsfähig.

²¹ Zu Rechtsgeschäft, Willenserklärung und (Rechts-)Handlung sowie deren Abgrenzung *Flume*, Allgemeiner Teil, § 2; § 9,1 (ferner § 9,2 a) zu den Realakten); *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 28 Rn. 1 ff., 8 ff.

²² Zu § 823 BGB BGHZ 39, 103, 106; 98, 135, 137; MünchKomm BGB/*Wagner*, § 823 Rn. 63.

²³ BGHZ 145, 343, 346; *Musielak*, AcP 211 (2011), 769, 770 f.; ferner *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 30 Rn. 1; § 31 Rn. 2; s.a. Motive BGB I, S. 126 (in Rechtsgeschäft/Willenserklärung Tätigwerden eines „auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteten Willens“); zur Willenserklärung als „Manifestation des Willens“ s. *Flume*, Allgemeiner Teil, § 2,3 a); zur Willenserklärung und zu den Willensformen (Handlungs-, Rechtsbindungswille sowie Erklärungsbewusstsein) s. gleich noch im Einzelnen S. 28 f.

²⁴ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 12 Rn. 2 („natürliche Willensfähigkeit“ als „Minimum“ für „rechtswirksame Handlung“); ferner BGHZ 39, 103, 106; 98, 135, 137.

²⁵ Vgl. *Neuner*, AcP 218 (2018), 1, 2 ff.; *Musielak*, AcP 211 (2011), 769, 771 (zur Willenserklärung); *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 80 ff. („Wille als zentrales Merkmal des Vertragsmechanismus“). Nur bei Willensbegabung (freier Wille und Vernunftbegabung) des Subjektes könne von „Handlung“ gesprochen werden, s. *Imhof*, Obligation, 19 f., 27.

standteil – an zahlreichen Stellen des BGB Verwendung.²⁶ Andererseits findet sich weder eine Begriffsklärung noch eine Begründung dessen, dass gerade dem Willen für die Konstituierung von Rechtsgeschäften Bedeutung zukommt.²⁷ Schließlich wird der Begriff der Willensfreiheit zwar nicht explizit im BGB aufgegriffen, soll ihm aber nach verbreiteter Auffassung zugrunde liegen und vorausgesetzt sein.²⁸

III. Subjektives Privatrecht

1. Der zivilrechtliche Begriff des subjektiven Rechts

Nächster zivilrechtlicher Zentralbegriff ist der des „subjektiven Rechts“.²⁹ Dem Begriff des „Rechts“ kommen im Wesentlichen zwei Bedeutungen zu, einerseits *objektiv* im Sinne der „Rechtsordnung“ als Gesamtheit aller Rechtsnormen, andererseits *subjektiv* im Sinne einer einem individuellen Rechtssubjekt zugewiesenen Rechtsposition bzw. rechtlichen Befugnis.³⁰ Die Zivilrechtsordnung ist dabei nach traditioneller Auffassung³¹ als Ordnung subjektiver Privatrechte organisiert.³² Wesen des subjektiven Rechts ist nach weit verbreiteter Auffassung, dass es dem Rechtsinhaber eine rechtliche Befugnis bzw. eine „Rechtsmacht“ zuweist.³³ Ferner wird es als „Freiraum“ umschrie-

²⁶ S. *Neuner*, AcP 218 (2018), 1, 2, 12; s. z.B. §§ 7 f., 104, 116 ff., 133, 153, 678, 827, 1896 Abs. 1a BGB; zur „zentralen Stellung“ des Willens im Hinblick auf die Rechtsgeschäfte s.a. *R. Singer*, Selbstbestimmung, S. 40; s. ferner auch *Schapp*, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, S. 4 ff., 8 ff. zum „lebensweltlichen Willen“ und seiner Bedeutung für das Recht.

²⁷ S. unten noch näher zum Willen S. 376 ff.

²⁸ S. etwa *Neuner*, AcP 218 (2018), 1, 12 („Die Idee einer bedingten Willensfreiheit liegt auch dem BGB zugrunde“); *Laufs*, MedR 2011, 1, 6; s. dazu unten noch eingehend S. 380 ff.; s. ferner auch *Leipold*, BGB I, § 11 Rn. 1 („Das Prinzip der Privatautonomie geht von der Vorstellung des freien, eigenverantwortlichen Menschen aus“); a.A. *Mankowski*, AcP 211 (2011), 153, 173 ff. (im Hinblick auf die Willenserklärungen).

²⁹ S. statt vieler etwa *Picker*, Privatrechtssystem, S. 47 ff., 54; *Kasper*, Das subjektive Recht, S. 1; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung, S. 89; ferner *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 22, 28 f., 43 f.; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 1; vor § 19 („Rechtssubjekt“ und „Rechtsverhältnis“ als Grundbegriffe des Privatrechts).

³⁰ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 1; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 61; *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, S. 1 f.; *Bork*, Allgemeiner Teil, Rn. 3 ff., 279 ff.

³¹ Zur historischen Perspektive s. unten S. 185 ff.

³² S. *Picker*, Privatrechtssystem, S. 47 ff., 54 (S. 47: „Rechtszuweisungsordnung“; S. 54: „das Privatrecht als eine Ordnung, die gleichsam subjektivrechtlich verfasst ist“) – allerdings auch mit Nachweisen zu dieser sehr streitigen Diskussion; ferner *Jansen*, AcP 216 (2016), 112, 120 f., 203 ff.; *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, S. 35 ff., 43; *Wendelstein*, Pflicht und Anspruch, S. 19 ff.

³³ S. dazu *Bork*, Allgemeiner Teil, Rn. 280 f.; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 19 Rn. 18 f.; § 20 Rn. 6 f.; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil, § 72, S. 272 f.; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 55 („von der Rechtsordnung gewährte, selbständige Rechtsmacht“).

ben.³⁴ Die heute herrschende Umschreibung des subjektiven Rechts knüpft an *Windscheid* und *Jhering*³⁵ an. Während *Windscheid* das subjektive Recht als „eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft“ definiert³⁶, konkretisiert *Jhering* das subjektive Recht als „rechtlich geschütztes Interesse“ durch die rechtliche Zwangsbefugnis und den praktischen Zweck³⁷. Gebräuchlich ist dabei die an beide Ansätze anknüpfende Kombinationsformel, wonach ein subjektives Recht „eine dem Einzelnen zum Schutz bestimmter Interessen zugewiesene und seinem Willen unterstellte Rechtsposition“ ist.³⁸

2. Subjektives Recht, Rechtsverhältnis und Rechtssubjekt

Übergeordneter Begriff³⁹ zum subjektiven Recht ist das Rechtsverhältnis, das die zwischen Rechtssubjekten bestehende durch das Recht geformte⁴⁰ Beziehung meint und notwendig zumindest ein subjektives Recht umfasst, aber darüber hinaus auch eine Mehrheit von Rechten, Befugnissen, Pflichten, Obliegenheiten oder sonstige rechtliche Regelungen beinhalten kann.⁴¹ Rechtsverhältnisse beziehen sich notwendig auf Beziehungen zwischen Personen, wobei es Rechtsverhältnisse zwischen individuell bestimmten Personen (rela-

³⁴ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 7; *Staudinger/Kannowski*, Einl zum BGB, Rn. 163; vgl. auch *Buchheim*, Actio, S. 40, 71 („rechtlicher Freiraum“).

³⁵ Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 576.

³⁶ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl., § 37, S. 99; dazu auch *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 70.

³⁷ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, S. 317; s. dazu unten noch S. 224 ff.

³⁸ S. z.B. *Leipold*, BGB I, § 7 Rn. 34; ferner *Staudinger/Kannowski*, Einl zum BGB, Rn. 163; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil, § 72, S. 272 f.; ursprünglich etwa *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts, Beilage I zu § 18, S. 49; *Regelsberger*, Pandekten, § 14, S. 76; zur Kombinationslehre aus heutiger Sicht (kritisch) *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 6; *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 237 ff.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 354 ff.; dazu, dass das BGB den Begriff des subjektiven Rechts nicht näher geklärt und insoweit den Begriffsstreit nicht entschieden hat, s. bereits *Schulz-Schaeffer*, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, S. 103.

³⁹ S. etwa *Leipold*, BGB I, § 7 Rn. 35 („der weitere Begriff“); *Bork*, Allgemeiner Teil, Rn. 289; ferner zum Verhältnis Rechtsverhältnis – subjektives Recht *Neuner*, Allgemeiner Teil, vor § 19 („Oberbegriff“); § 19 Rn. 1, 16 f.

⁴⁰ Zu diesen beiden Spezifika des Rechtsverhältnisses – zwischen Rechtssubjekten bestehend und in Abgrenzung vom Sozial- oder Moralverhältnis durch das Recht gestaltet – *Achterberg*, Rechtsverhältnisordnung, S. 56 ff.

⁴¹ *Neuner*, Allgemeiner Teil, vor § 19; § 19 Rn. 1; *Bork*, Allgemeiner Teil, Rn. 289; s.a. *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 59; *Staudinger/Kannowski*, Einl zum BGB, Rn. 168 („rechtlich geordnetes Lebensverhältnis“); ferner *Achterberg*, Rechtsverhältnisordnung, S. 20, 31 („rechtsnormgestaltete Beziehung zwischen zwei oder mehreren Subjekten“); ferner BGH NJW 2009, 751; 2013, 1744 („Unter Rechtsverhältnis ist eine bestimmte, rechtlich geregelte Beziehung einer Person zu anderen Personen oder einer Person zu einer Sache zu verstehen“).

tives Recht) oder im Verhältnis zu allen anderen (absolutes Recht) gibt.⁴² Die Kategorie des Rechtsverhältnisses steht damit in Zusammenhang, dass Korrelat des (relativen) subjektiven Rechts der einen Person die Pflicht der anderen Person ist.⁴³ Mit dem Begriff des subjektiven Rechts ist ferner auch das Rechtssubjekt verbunden, da Rechte einem Rechtsinhaber zugewiesen sein müssen.⁴⁴ Rechtssubjekt ist derjenige, der über die Fähigkeit verfügt, Rechte zu haben; und dies ist die „Person“, was sowohl natürliche als auch juristische Personen miteinbezieht.⁴⁵ Die Anerkennung der Person als Rechtssubjekt schließt notwendig als Kehrseite ein, dass die Person auch Adressat von Pflichten ist.⁴⁶

⁴² Dazu etwa *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 19 Rn. 4 f.; § 20 Rn. 54, 57. Ob auch zwischen Personen und Sachen Rechtsverhältnisse, nämlich in Gestalt des Eigentums bestehen, ist streitig, ablehnend *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 19 Rn. 6; befürwortend BGH NJW 2013, 1744; *Leipold*, Bürgerliches Recht, § 7 Rn. 35 f.; s.a. *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 54; zu dieser Diskussion auch unten noch S. 409 ff.

⁴³ *Achterberg*, Rechtsverhältnisordnung, S. 19 („Korrelation von Rechten und Pflichten“; allerdings nur bei symmetrischen Rechtsverhältnissen, aaO, S. 62); *Reinach*, Phänomenologie des Rechts, S. 27 („Der Verbindlichkeitsgegner ist zugleich der Träger eines inhaltsidentischen Anspruches; auch dieser Anspruch hat notwendig seinen Gegner, der zugleich der Träger der Verbindlichkeit ist. So bestehen eine eigenartige Korrelativität zwischen Anspruch und Verbindlichkeit“); jedoch als konkreter Zusammenhang nur im Hinblick auf die „relativen Rechte“ (zwar auch bei absoluten Rechten Pflichten aller anderen, aber Schuldner nur bei relativem Recht konkret bestimmt), so *Gröschner*, JZ 2018, 737, 741 („reziprokes Verhältnis von aufeinander bezogenen Rechtspositionen“; im Hinblick auf das relative Recht: „Der korrelativ verpflichtete Anspruchsgegner ist individuell benannt und seine Pflicht gegenüber dem Anspruchsteller konkret bestimmt“); *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, S. 60 f. („Jedem subjektiven Recht steht eine Pflicht gegenüber, jedem Berechtigten ein Verpflichteter“; allerdings ist bei *Bucher* sein normgeprägter Begriff des subjektiven Rechts zu berücksichtigen, s. daher auch S. 62: „potentielle Pflicht“ – „aktuelle Pflicht“; „aktuelle Pflicht“ als „Korrelat des erhobenen Anspruchs“, S. 78). S. ferner auch zum Begriff der Obligation *Imhof*, Obligation und subjektives Recht, S. 13 f. („Obligation (oder Rechtsverhältnis), Forderung (oder Berechtigung, Anspruch) und Schuld (oder Verpflichtung, Verbindlichkeit) sind eine Dreierheit von Begriffen, die dasselbe Phänomen aus jeweils anderer Perspektive bezeichnen: Die Forderung nämlich aus der Sicht des Begünstigten, die Schuld aus derjenigen des Belasteten und die Obligation gleichsam aus der Sicht des neutralen Dritten. [...] Die Obligation wird dem subjektiven relativen Recht zugeordnet“ – zu letzterem allerdings kritisch, aaO, S. 14 ff.); s. schließlich *Henke*, Das subjektive öffentliche Recht, S. 4 (subjektives Recht als „intersubjektive Erscheinung“); *Portmann*, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, S. 32, 66, 79; *Neuner*, Allgemeiner Teil, vor § 19 Rn. 1; § 19 Rn. 4 f., 22.

⁴⁴ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 12 (keine „subjektlosen Rechte“; allerdings str., s. dazu die Diskussion unten S. 408); s. ferner auch *Achterberg*, Rechtsverhältnisordnung, S. 31, 35 f., 58; *H. Lehmann*, Allgemeiner Teil, § 11, S. 73 f.; *Reinach*, Phänomenologie des Rechts, S. 26.

⁴⁵ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 5 f.; s.a. *Hetterich*, Mensch und „Person“, S. 20, 25, 28.

⁴⁶ S. *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 5, 9.

3. Arten von subjektiven Rechten

Es gibt dabei verschiedene Arten von Rechten, die unter den Begriff des subjektiven Rechts fallen. Das sind vor allem Herrschaftsrechte, Gestaltungsrechte, Persönlichkeitsrechte und Ansprüche.⁴⁷ Während Herrschaftsrechte wie das Eigentum dem Rechtsinhaber eine Rechtsmacht im Hinblick auf einen Gegenstand vermitteln⁴⁸, schützen Persönlichkeitsrechte den Rechtsinhaber in seiner Achtung als Person (d.h. insbesondere die in § 823 Abs. 1 BGB aufgeführten Rechte des Lebens, des Körpers, der Gesundheit und der Freiheit sowie ferner das allgemeine und die besonderen Persönlichkeitsrechte).⁴⁹

Zentrale Bedeutung für das Zivilrecht kommt weiter dem Begriff des „Anspruchs“ zu, der im Gegensatz zum Begriff des „subjektiven Rechts“ auch eine Legaldefinition erfährt: Nach § 194 Abs. 1 BGB ist ein Anspruch das „Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“.⁵⁰ Im Gegensatz zu Persönlichkeits- und Herrschaftsrechten gewähren Ansprüche Rechtsmacht nur gegenüber bestimmten Personen (Schuldner), hingegen nicht gegenüber jedermann.⁵¹ Sie bilden also eine bestimmte Form *relativer Rechte*, die einen konkreten Leistungsinhalt (Tun oder Unterlassen einer anderen Person) haben.⁵² Das Wesen der Gestaltungsrechte besteht schließlich darin, dass sie dem Berechtigten „die einseitige Einwirkung auf ein Rechtsverhältnis“ ermöglichen, d.h. ihre Rechtsmacht wirkt unmittelbar mit Ausübung des Berechtigten, ohne dass es eines gerichtlichen Tätigwerdens wie bei der Geltendmachung von Ansprüchen bedürfte.⁵³

4. Relatives Recht und absolutes Recht

Mit der Unterscheidung der verschiedenen Rechtsarten hängt die Differenzierung zwischen absoluten und relativen Rechten zusammen.⁵⁴ Während relative Rechte nur gegenüber bestimmten Personen bestehen, ist es das Wesen abso-

⁴⁷ Dazu *Leipold*, BGB I, § 7 Rn. 36 ff.; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 14 ff.; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 66, 69 (Anspruch als „Recht eigener Art“); *Bork*, Allgemeiner Teil, Rn. 296 f.

⁴⁸ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 17; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 66.

⁴⁹ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 15.

⁵⁰ Dazu *Leipold*, BGB I, § 7 Rn. 35; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 24 ff.; *Bork*, Allgemeiner Teil, Rn. 290 ff.

⁵¹ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 24; *Leipold*, BGB I, § 7 Rn. 36.

⁵² S. etwa *Leipold*, BGB I, § 7 Rn. 36; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 57; *Portmann*, Wesen und System subjektiver Privatrechte, S. 68 (Forderung als „relatives Recht“).

⁵³ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 79.

⁵⁴ Dazu etwa *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 53 f., 57; *Leipold*, BGB I, § 7 Rn. 36; *Bork*, Allgemeiner Teil, Rn. 280, 288.

luter Rechte, dass sie gegenüber jedermann gelten.⁵⁵ Damit legen Ansprüche als relative Rechte nur dem Schuldner eine mit dem Recht korrespondierende Pflicht auf, während absolute Rechte jedem die Beeinträchtigung und Verletzung des Rechts untersagen.⁵⁶ Damit korrespondierend unterscheiden sich absolute und relative Rechte auch in ihren Wirkungen: Während absolute Rechte dem Rechtsinhaber Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche (§§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB) gegenüber jedermann bei drohender oder eingetretener Verletzung des absoluten Rechts gewähren⁵⁷, ermöglichen relative Rechte nur die Rechtsdurchsetzung gegen den Schuldner bzw. bei Leistungsstörungen die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen (§§ 280 ff. BGB) oder anderen Leistungsstörungenrechten.⁵⁸ Aus der Verletzung und (drohenden) Beeinträchtigung von absoluten Rechten entstehen wiederum Ansprüche und damit relative subjektive Rechte.⁵⁹ Insoweit begründet ein absolutes Recht zunächst nur ein „latentes Rechtsverhältnis“, das erst dann zu einer rechtlichen Sonderbeziehung wird, wenn es verletzt wird oder eine Beeinträchtigung droht, mit der Folge, dass dann hieraus auch Ansprüche resultieren.⁶⁰

5. Anspruch, Forderung und Schuldverhältnis

Soweit Recht im Sinne des Anspruchs das Recht meint, von einem anderen ein Tun und Unterlassen zu verlangen, steht dieser Rechtsbegriff weiter in Zusammenhang mit den Begriffen der „Forderung“ und des „Schuldverhältnisses“.⁶¹ Insofern ist der Gläubiger nach § 241 Abs. 1 S. 1 BGB kraft des Schuldverhältnisses berechtigt, „von dem Schuldner eine Leistung zu fordern“.⁶² Hieraus ergibt sich der Begriff der „Forderung“, der sachlich dem Anspruch entspricht und ebenso wie dieser ein relatives Recht ist⁶³, aber insoweit spezieller ist, als

⁵⁵ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 54, 57; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 62 f.; *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, S. 132 ff.

⁵⁶ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 54, 57; *Leipold*, BGB I, § 7 Rn. 36; s.a. *Steiner*, Das Gestaltungsrecht, S. 8 f.

⁵⁷ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 62; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 60; s. allerdings unten noch S. 465 ff. die Diskussionen, ob bzw. welche Bedeutung den subjektiven absoluten Rechten für das Haftungsrecht zukommt.

⁵⁸ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 61; ferner *Leipold*, BGB I, § 7 Rn. 36.

⁵⁹ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 57; *Leipold*, BGB I, § 7 Rn. 36.

⁶⁰ Vgl. *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 19 Rn. 5; § 20 Rn. 60.

⁶¹ S. etwa *Leipold*, BGB I, § 7 Rn. 35 f.; § 3 Rn. 5 f.

⁶² Dazu auch *Leipold*, BGB I, § 3 Rn. 5.

⁶³ *MünchKomm BGB/Bachmann*, § 241 Rn. 11; *Jauernig/Mansel*, § 241 Rn. 4; *Portmann*, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, S. 68; s. ferner *H. Lehmann*, Allgemeiner Teil, § 12, S. 77, § 13, S. 86 ff.; zum Aufgehen der Forderungen in den relativen Rechten auch *Steiner*, Das Gestaltungsrecht, S. 9.

sich die Forderung auf das Schuldrecht bezieht, wohingegen der Anspruchsbegriff auf alle bürgerlich-rechtlichen Forderungsrechte Anwendung findet.⁶⁴ Wie sich aus § 241 Abs. 1 BGB ergibt, korrespondiert die Forderung dabei wiederum mit dem Begriff des Schuldverhältnisses im engeren Sinn (auf Leistung gerichtete rechtliche Sonderbeziehung zwischen zwei Personen).⁶⁵

IV. Willenserklärung, Vertrag und Vertragsfreiheit

1. Wille und Vertrag

Verträge kommen durch übereinstimmende Willenserklärungen (Angebot und Annahme, § 151, S. 1 BGB⁶⁶) mindestens zweier Personen zustande.⁶⁷ Willenserklärungen sind Äußerungen eines unmittelbar auf den Eintritt von Rechtswirkungen gerichteten Willens.⁶⁸ Die Erklärungshandlung (objektiver Tatbestand der Willenserklärung) muss grundsätzlich⁶⁹ mit Handlungs-, Geschäfts- und Rechtsbindungswillen sowie Erklärungsbewusstsein (subjektiver Tatbestand) vorgenommen werden.⁷⁰ Rechtsgeschäft ist eine Willenserklärung, die „auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges“ gerichtet ist, „welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist“.⁷¹ Ziel

⁶⁴ S. etwa *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 75; *Leipold*, BGB I, § 7 Rn. 36; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 29; *Bork*, Allgemeiner Teil, Rn. 290; s.a. *Jauernig/Mansel*, § 241 Rn. 4.

⁶⁵ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 57, 75; *Jauernig/Mansel*, § 241 Rn. 2; *Leipold*, BGB I, § 3 Rn. 5; s. ferner auch *Hellwig*, Anspruch und Klagrecht, § 1, S. 5 f. Schuldverhältnis im weiteren Sinn meint hingegen nicht die einzelne Leistungsbeziehung, sondern die Gesamtheit der zwischen Personen bestehenden Rechtsbeziehungen. Es entspricht damit dem Begriff des Rechtsverhältnisses insoweit, als sich dieser auf schuldrechtliche Rechtsverhältnisse bezieht und damit auch eine Mehrzahl von Schuldverhältnissen im engeren Sinn umfassen kann, s. *Jauernig/Mansel*, § 241 Rn. 2. Nach *MünchKomm BGB/Bachmann*, § 241 Rn. 10 soll das Bestehen einer Forderung zugleich auch die Wirkung des Schuldverhältnisses sein.

⁶⁶ Dazu etwa *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 37 Rn. 2; *Leipold*, BGB I, § 6 Rn. 1.

⁶⁷ S. nur *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 29 Rn. 6; *Leipold*, BGB I, § 10 Rn. 8; zum „Konsensprinzip“ s. etwa *Weller*, Die Vertragstreue, S. 65 f.

⁶⁸ S. oben bereits S. 22; zum Begriff der Willenserklärung s. BGHZ 145, 343, 346; *Musielak*, AcP 211 (2011), 769, 770 f.; *Leipold*, BGB I, § 6 Rn. 9; s.a. *Schur*, in: *Lampe/Pauen/Roth* (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, S. 226, 234 f. (Willenserklärung als „Doppelinstitut, das sich aus den beiden Komponenten des Willens und der Erklärung zusammensetzt“).

⁶⁹ Zu den Rechtsfolgen, wenn eines der Elemente fehlt, s. *MünchKomm BGB/Armbrüster*, Vorbemerkung (Vor § 116 BGB) Rn. 22 ff.

⁷⁰ Dazu etwa *Flume*, Allgemeiner Teil, § 4,2; *Leipold*, BGB I, § 10 Rn. 11, 14 ff., 17 ff.; *Mankowski*, AcP 211 (2011), 153, 175 ff.; *Musielak*, AcP 211 (2011), 769, 770 f.; kritisch *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 32 Rn. 1, 31 ff.

⁷¹ Motive BGB I, S. 126; s.a. *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 28 Rn. 2; s. allerdings auch zum Verhältnis von Rechtsgeschäft und Willenserklärung *Leipold*, BGB I, § 10 Rn. 6 (Rechtsges-

des Rechtsgeschäfts ist die Erzeugung von Rechtswirkungen, d.h. die Begründung, Aufhebung, Änderung oder Übertragung von Rechtsverhältnissen.⁷²

Wirkung des Vertrags als mehrseitiges Rechtsgeschäft⁷³ ist daher die Entstehung (mindestens) eines Schuldverhältnisses im engeren Sinne, d.h. von Recht und Pflicht (§§ 241, 311 Abs. 1 BGB; Verpflichtungsgeschäft⁷⁴) oder die Änderung, Übertragung und Aufhebung von Rechten und Rechtsverhältnissen (Verfügungsgeschäft⁷⁵).⁷⁶ Schuldverhältnisse entstehen durch Rechtsgeschäft, d.h. Willenserklärungen⁷⁷, grundsätzlich nur mittels Vertrag, dagegen nicht – vorbehaltlich ausdrücklicher gesetzlicher Regelung (§ 311 Abs. 1 Hs. 2 BGB; bspw. Auslobung nach § 657 BGB) – mittels einseitigen Rechtsgeschäfts (sog. *Vertragsprinzip*, wonach nur Verträge, nicht einseitige Rechtsgeschäfte Rechtsverhältnisse begründen können).⁷⁸ Abgegrenzt werden Verträge von nicht rechtlichen Gefälligkeitsverhältnissen, bei denen kein Rechtsverhältnis entsteht.⁷⁹

2. Vertragsfreiheit und Privatautonomie

Vertragsfreiheit und Privatautonomie bilden aus zivilrechtlicher Perspektive zentrale Konstituenten der Privatrechtsordnung, die nicht nur das Schuld-

geschäft als gesamter „Tatbestand“, der die Willenserklärung enthält); ferner bereits *H. Lehmann*, Allgemeiner Teil, § 24, S. 133 („Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen sind nicht dasselbe. Damit eine Willenserklärung wirken kann, müssen regelmäßig außer den Erfordernissen der Erklärung selbst [...] auch noch eine Reihe sonstiger Wirksamkeitsvoraussetzungen [...] erfüllt sein. [...] Die Gesamtheit dieser sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen und dazu die Erklärung bezeichnen wir als Rechtsgeschäft“); *Flume*, Allgemeiner Teil, § 2,3; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 28 Rn. 2.

⁷² S. zur Finalität des Rechtsgeschäfts *Flume*, Allgemeiner Teil, § 2,2; § 4,5; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 28 Rn. 2; s.a. BGHZ 145, 343, 346 („Begründung, inhaltliche Änderung oder Beendigung eines privaten Rechtsverhältnisses“).

⁷³ Dazu *Flume*, Allgemeiner Teil, § 11,3; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 29 Rn. 6.

⁷⁴ Dazu *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 29 Rn. 28; *Leipold*, BGB I, § 6 Rn. 15.

⁷⁵ Zum Begriff des Verfügungsgeschäfts etwa BGHZ 1, 304; *Flume*, Allgemeiner Teil, § 11,5 a); *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 29 Rn. 31.

⁷⁶ S. etwa *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 28 Rn. 6, 15, 17, 52 f.; *Staudinger/Bork*, Vorbemerkungen zu §§ 145–156 Rn. 8; vgl. aber auch zur Terminologie und zum Wirkzusammenhang von Rechtsgeschäft, Willenserklärung und Vertrag *Fröde*, Willenserklärung, S. 5 ff.; *Flume*, Allgemeiner Teil, § 2,3.

⁷⁷ Der Begriff „Rechtsgeschäft“ wird zum Teil synonym zum Begriff der Willenserklärung verwendet, s. dazu sowie näher zum Verhältnis von Willenserklärung und Rechtsgeschäft *Flume*, Allgemeiner Teil, § 2,3 sowie zuvor bereits Fn. 71.

⁷⁸ S. *Weller*, Die Vertragstreue, S. 59 f. (auch zum Begriff des „Vertragsprinzips“); *Flume*, Allgemeiner Teil, § 11,3; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 19 Rn. 8; *Schur*, in: *Lampe/Pauen/Roth* (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, S. 226, 232 („Der einzelne Wille vermag nichts, er ist nur als Wille im Vertrag bedeutsam“).

⁷⁹ Dazu etwa *Staudinger/Bork*, Vorbemerkungen zu §§ 145–156 Rn. 3, 79 ff.; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 28 Rn. 17.

recht, sondern das gesamte Privatrecht betreffen.⁸⁰ Vertragsfreiheit umfasst dabei Form-, Inhalts- und positive sowie negative Abschlussfreiheit.⁸¹ D.h. positiv ist jeder wirksam eingegangene Vertrag mit jeglichem Inhalt grundsätzlich bindend und gerichtlich durchsetzbar, gleichzeitig besteht negativ kein Kontrahierungszwang, sondern die Privaten entscheiden selbst, ob, mit wem und mit welchem Inhalt Verträge abgeschlossen werden.⁸² Die mit der Vertragsfreiheit in engem Zusammenhang stehende Privatautonomie⁸³ meint dabei „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“.⁸⁴

Die positiv-rechtliche Gewährleistung beinhaltet zum einen, dass jeder Vertrag – mit Ausnahme etwa von Spiel und Wette (§ 762 Abs. 1 BGB) – Rechte und Pflichten begründet; zum anderen, dass der Vertragsinhalt klagbarer Verträge – etwa im Gegensatz zum römischen Recht⁸⁵ – nicht an bestimmte Vertragstypen gebunden ist, sondern auch typenabweichende Verträge rechtlich verbindlich sind.⁸⁶ Im Bereich des Schuldrechts artikuliert sich die Inhaltsfreiheit also auch über die Typenfreiheit, d.h. jeglicher Vertrag erzeugt unabhängig von der Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp (Ausnahme §§ 656, 762 BGB) Rechte und Pflichten.⁸⁷ Grenzen der Inhaltsfreiheit ergeben sich aus zwingendem Gesetzesrecht etwa in Gestalt der Nichtigkeitsanordnung aufgrund Wucher und Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) sowie bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)⁸⁸, ferner durch Inhaltskontrolle (§§ 307 ff. BGB), sofern der Vertrag Allgemeine Geschäftsbedingungen enthält.⁸⁹

⁸⁰ *Flume*, Allgemeiner Teil, § 1,1, § 1,8; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 33 f.; *H. Lehmann*, Allgemeiner Teil, § 24, S. 128 f.

⁸¹ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 33 ff.; *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 82; *Flume*, Allgemeiner Teil, § 1,8; *Leipold*, BGB I, § 6 Rn. 1 f., 9 f.; s.a. *Isensee/Kirchhof/Isensee*, Handbuch des Staatsrechts, § 150 Rn. 8 f.

⁸² Vgl. *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 33 ff.; *Leipold*, BGB I, § 6 Rn. 1 ff.; § 10 Rn. 3; s.a. *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 82 f.

⁸³ Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Privatautonomie s. unten noch S. 434 ff., 441 ff.

⁸⁴ *Flume*, Allgemeiner Teil, § 1,1.

⁸⁵ S. dazu unten S. 44 ff.; ferner etwa *Flume*, Allgemeiner Teil, § 2,4.

⁸⁶ S. nur *Leipold*, BGB I, § 6 Rn. 9; § 10 Rn. 3; *Flume*, Allgemeiner Teil, § 1,8 a); vgl. *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 83.

⁸⁷ *Flume*, Allgemeiner Teil, § 1,8 a); *Leipold*, BGB I, § 6 Rn. 9; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 38; *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 83 f.

⁸⁸ *Leipold*, BGB I, § 6 Rn. 11; *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 84; vgl. *Isensee/Kirchhof/Isensee*, Handbuch des Staatsrechts, § 150 Rn. 15.

⁸⁹ Dazu *Leipold*, BGB I, § 6 Rn. 13; *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 83 f.

V. Rechtsgüterschutz und Haftungsrecht

Das deliktische Haftungsrecht ist grundsätzlich verschuldensabhängig und rein kompensatorisch ausgestaltet.⁹⁰ Die allgemeine Schadensersatzhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB setzt die dem Willen zurechenbare rechtswidrige und schuldhaft Verletzung absoluter subjektiver Rechte bzw. bestimmter Rechtsgüter voraus.⁹¹ Bereichsbezogene Durchbrechungen sehen abweichend vom Verschuldensgrundsatz Gefährdungshaftung vor.⁹² Schadensersatz als Rechtsfolge deliktischer Haftung ist auf den eingetretenen Schaden begrenzt (Kompensationsprinzip, Bereicherungsverbot)⁹³, dient dem Schadensausgleich (Ausgleichsfunktion)⁹⁴ und ist seiner Konzeption nach pönaler Elemente entkleidet.⁹⁵ Schaden und Strafe sind getrennt.⁹⁶ Kennzeichen der Strafe ist in Abgrenzung zum Schadensersatz – zumindest auch – der Schuldausgleich; wer aus freiem Willen normwidrig gehandelt hat, ist schuldig und kann bzw. muss wegen dieser Schuld bestraft werden.⁹⁷

Neben dem Schadensersatz wird der Schutz absoluter Rechte durch den präventiven Unterlassungsanspruch (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB; negatorischer Rechtsschutz) sowie den auf Störungsbeseitigung gerichteten Beseitigungsanspruch (§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB) gewährleistet.⁹⁸ Über den Wortlaut von § 1004 BGB hinaus wird hierdurch nicht nur der Schutz des Eigentums, son-

⁹⁰ S. nur *Esser/Weyers*, Schuldrecht BT, § 53 I; § 54 I; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 75 I 1./2.; *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 I, S. 421 ff.; *Leipold*, BGB I, § 9 Rn. 2, 7 ff.; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 17 („Verschuldensprinzip“); ferner auch MünchKomm BGB/*Wagner*, Vorbem. (vor § 823) Rn. 17, 43; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 56, 95, 113.

⁹¹ Dazu etwa *Esser/Weyers*, Schuldrecht BT, § 55 I; *Leipold*, BGB I, § 9 Rn. 4 ff.; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 95, 136 ff.; zur umstrittenen Dogmatik s. unten näher S. 469 ff.

⁹² S. dazu MünchKomm BGB/*Wagner*, Vorbem. (vor § 823) Rn. 17 ff.; *Leipold*, BGB I, § 9 Rn. 2; *Esser/Weyers*, Schuldrecht BT, § 53 II.

⁹³ Dazu BGHZ 118, 312, 338; 154, 395, 398; NJW 2012, 928, 933; MünchKomm BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 20; *Staudinger/Schiemann*, Vorbemerkung §§ 249–254 Rn. 2.

⁹⁴ S. nur BGHZ 98, 212, 217 f.; BGH NJW-RR 2015, 275, 276; NJW 2020, 1962, 1967; MünchKomm BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 10; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 30 II 3; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, Einl. III.2, S. 9 ff.; *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 62 f.; zur Diskussion um die weiteren Haftungszwecke (Präventionsfunktion) auch MünchKomm BGB/*Wagner*, Vorbem. (vor § 823) Rn. 43 ff.; s. unten noch näher S. 470, 490 ff., 496.

⁹⁵ S. dazu sogleich sowie MünchKomm BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 8; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, Einl. III.2, S. 12 f.; *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 I, S. 423; vgl. auch BGHZ 118, 312, 338; BGH NJW 2012, 928, 933 („eines dem deutschen Recht fremden Strafschadensersatzes“); 2020, 1962, 1970.

⁹⁶ S. dazu gleich noch S. 32 f. sowie nur etwa *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 30 II 1/3; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, Einl. III.2, S. 12 f.; *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 I, S. 423; *Bydlinski*, AcP 204 (2002), 309, 343 ff.; *Thönissen*, AcP 219 (2019), 855, 856.

⁹⁷ S. insoweit zum Schuldgrundsatz BVerfGE 140, 317, 343 ff.; dazu auch *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, S. 83, 87 f.; s. ferner *Thönissen*, AcP 219 (2019), 855 ff., 858 ff. sowie unten noch S. 507 ff.

⁹⁸ S. nur *Picker*, Privatrechtssystem, S. 49 f., 57 f.; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 60.

den sämtlicher deliktisch geschützter Rechte und Rechtsgüter gewährleistet.⁹⁹ Der Schutz der absoluten subjektiven Privatrechte (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, allgemeines Persönlichkeitsrecht) ist damit in §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB verbürgt und realisiert sich durch Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche.¹⁰⁰

VI. Die Trennung von Straf- und Zivilrecht

Die mit dem Haftungsrecht zusammenhängende Trennung von Straf- und Zivilrecht gehört ebenfalls zu den Konstituenten der Bürgerlichen Rechtsordnung.¹⁰¹ Sie vollzieht sich dabei auf verschiedenen Ebenen. Im Ausgangspunkt steht die funktionale rechtsfolgenbezogene Differenzierung von – dem Schuldausgleich dienender – öffentlicher Strafe und – der Kompensation von Schäden dienendem – privatrechtlichem Schadensersatz.¹⁰² Neben dieser funktionalen (Schuldausgleich – Schadensausgleich) sowie inhaltlichen (schuldabhängige Verhängung öffentlicher Strafe – schadensabhängiger privater Anspruch auf Schadensersatz) Differenzierung zwischen zivilrechtlichem Schadensersatz und öffentlich-rechtlicher Strafe steht die prozessuale Trennung von Straf- und Zivilprozess.¹⁰³ Dem zivilprozessualen Dispositionsgrundsatz (Disposition über Verfahren durch die privaten Parteien)¹⁰⁴ stehen der strafprozessuale Offizial-, Akkusations- und Legalitätsgrundsatz gegenüber (*ex officio*-Strafverfolgung durch die staatlichen Behörden und Strafverfolgungs-

⁹⁹ S. MünchKomm/Wagner, Vorbem. (vor § 823) Rn. 40; *Wilhelmi*, Risikoschutz, S. 44 f.; *Baur*, JZ 1966, 381 f.; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 60.

¹⁰⁰ Vgl. *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 60; zu dieser subjektiv-rechtlichen Lesart von §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB s.a. *Picker*, Privatrechtssystem, S. 49 f., 57 f., allerdings auch S. 60 ff., 67 ff. mit Verweis auf die Diskussion, wonach eine zunehmende Verdrängung dieses subjektiv-rechtlichen Ansatzes zugunsten eines verhaltensunrechtsorientierten Ansatzes Platz greift; s. unten noch näher S. 465 ff., 469 ff. zur Frage, inwieweit das Haftungsrecht tatsächlich subjektiv-rechtlich oder nicht eher im Sinne eines Pflichtenmodells ausgestaltet ist.

¹⁰¹ S. dazu *Binding*, Normen I, S. 225 ff.; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 30 II 1/3; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, Einl. III.2, S. 12 f.; *Bydlinski*, AcP 204 (2002), 309, 343 ff.; *Deutsch*, in: Müller/Soell (Hrsg.), FS Wahl, S. 339, 340 ff.; *H. Hattenhauer*, Grundbegriffe, S. 119; *Hirsch*, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), FS Engisch, S. 304 ff., 317 ff., 327 („das strikte Auseinanderhalten von Strafrecht und Zivilrecht eine der Säulen der Rechtsstaatlichkeit“); s.a. zu dieser Diskussion *Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, S. 410 f.; *Schmidt*, Schadensersatz und Strafe, S. 7 ff., 69 ff.; *Schubert*, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht, S. 677 ff., 833.

¹⁰² S. nur *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2, § 30 II 1/3; *Binding*, Normen I, S. 225 ff.; s. ferner *Schubert*, Die Wiedergutmachung, S. 677 ff., 833; BGHZ 118, 312, 338; vgl. auch BGH NJW 2012, 928, 933; 2020, 1962, 1970 („Dieselskandal“); zu Strafe, Schuldausgleich und Schuldangemessenheit BVerfGE 123, 267, 413 ff.; 140, 317, 343 ff.

¹⁰³ Vgl. dazu auch *Scholz*, JZ 1972, 725 ff., 728 ff.; *Schlobach*, Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes, S. 434 f.; *Schäfer*, AcP 202 (2002), 397, 425 f.

¹⁰⁴ Dazu etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 76 Rn. 1 ff.

pflicht; öffentliche Anklage durch Staatsanwaltschaft)¹⁰⁵; dem zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz (Beibringung der Tatsachen und Beweise durch die privaten Parteien)¹⁰⁶ der strafprozessuale Inquisitionsgrundsatz, der eine Sachverhaltsermittlung von Amts wegen vorsieht.¹⁰⁷

VII. Rechtsdurchsetzung und Selbsthilfeverbot

1. Gerichtliche Rechtsdurchsetzung und subjektives Recht

Weg der Rechtsdurchsetzung ist aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols sowie des Selbsthilfeverbots¹⁰⁸ die gerichtliche Rechtsdurchsetzung durch Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren.¹⁰⁹ (Primär-)Zweck des Prozesses ist nach herrschender Auffassung die Durchsetzung der materiellen subjektiven Privatrechte, d.h. der Prozess zielt auf Verwirklichung der subjektiven Privatrechte.¹¹⁰ Eine (Leistungs-)Klage ist entsprechend nur dann begründet, wenn das geltend gemachte materielle subjektive Privatrecht nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt besteht.¹¹¹

2. Das Verhältnis von Prozessrecht und materiellem Recht

Das Verhältnis von subjektiven Rechten und Rechtsdurchsetzung betrifft dabei auch das Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht.¹¹² Durch die *windscheid'sche* Konzeption des Anspruchs als materielles subjektives Recht,

¹⁰⁵ Dazu näher *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 12 Rn. 6 f. (Offizialprinzip); § 13 (Akkusationsprinzip); § 14 Rn. 1 (Legalitätsprinzip).

¹⁰⁶ Dazu *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 77 Rn. 1 ff., 8 ff.

¹⁰⁷ S. *Scholz*, JZ 1972, 725, 728; *Schlobach*, Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes, S. 434 f.; zum Inquisitionsgrundsatz *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 15 Rn. 1, 3 („Instruktionsmaxime“).

¹⁰⁸ Dazu *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 1 Rn. 1; *Leipold*, BGB I, § 36 Rn. 12; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 29, 41.

¹⁰⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 9 ff.; *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 1 Rn. 1 f.; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 29; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 147.

¹¹⁰ *Bruns*, in: *Bruns/Suzuki* (eds.), Realization of Substantive Law through Legal Proceedings, p. 3, 4 ss.; *Jacobs*, Feststellungsverfahren, S. 184 ff.; *Musielak/Voit/Musielak*, Einleitung Rn. 5; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 9 ff.; *H. Roth*, JZ 2016, 1134; BGHZ 161, 138, 143 („Feststellung und Verwirklichung subjektiver Rechte“); s.a. *Kaufmann*, JZ 1964, 482.

¹¹¹ S. etwa *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 30; s.a. bereits *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht, § 17, S. 125 (zur Leistungsklage), § 18, S. 127 ff. (zur Feststellungsklage), S. 131 f. (zur Gestaltungsklage); *Kasper*, Das subjektive Recht, S. 129.

¹¹² Dazu auch *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 29 ff.

das vom Klagrecht¹¹³ als prozessualer Durchsetzungsbefugnis selbst getrennt ist und damit unabhängig vom Prozessrecht besteht¹¹⁴, drängt sich die Frage auf, ob Gegenstand gerichtlicher Rechtsdurchsetzung jenes materielle Recht oder ein „prozessualer Anspruch“ ist.¹¹⁵ Nach inzwischen herrschender Auffassung ist Streitgegenstand des Zivilprozesses nicht der materiell-rechtliche¹¹⁶, sondern der prozessuale Anspruch, wie er sich entsprechend dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff aus prozessualem Antrag und vorgebrachtem Lebenssachverhalt ergibt.¹¹⁷ Damit verbunden ist die Frage nach dem Verhältnis der Rechtskraft eines Urteils zum materiellen Recht, d.h. ob und wie das rechtskräftige Urteil auf das materiell-rechtliche Rechtsverhältnis einwirkt.¹¹⁸ Die nunmehr herrschende „prozessuale Rechtskrafttheorie“ beantwortet dies im Gegensatz zur früher noch vorwiegend vertretenen materiellen Theorie¹¹⁹ dahingehend, dass das rechtskräftige Urteil keine Veränderung der materiellen Rechtsverhältnisse bewirkt, sondern die bestehende materielle Rechtslage nur „erkennt“ und ausschließlich prozessuale Wirkungen entfaltet.¹²⁰

3. Außergerichtliche Rechtsdurchsetzung und Selbsthilfverbot

Außergerichtliche Rechtsdurchsetzung mit Gewalt oder Zwang ist aufgrund des staatlichen Rechtsprechungs- und Gewaltmonopols grundsätzlich unzulässig und kann Strafbarkeit begründen (§ 240 StGB¹²¹).¹²² Das Selbsthilfverbot enthält indes verschiedene Ausnahmen, so die Selbsthilferechte des Bürgerlichen Rechts (§§ 229 f. BGB), ferner die Notwehr- und Notstandsrechte

¹¹³ Zu den verschiedenen „Klagrechts“-Begriffen s. unten noch S. 388 ff., 402 ff.

¹¹⁴ Zu *Windscheid* s. unten noch S. 191 ff.; dazu auch *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 30; *Simshäuser*, Zur Entwicklung des Verhältnisses, S. 78 f., 81.

¹¹⁵ Zu dieser Frage etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 93 Rn. 1 ff.; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 31.

¹¹⁶ Zur materiell-rechtlichen Theorie s. etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 93 Rn. 8 f.

¹¹⁷ S. etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 93 Rn. 10 ff., 27 f.; *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 31 f.; s.a. *Kaufmann*, JZ 1964, 482; für die Rechtsprechung BGHZ 117, 1, 5; 157, 47, 50; 154, 342, 347 f.; 198, 294, 298.

¹¹⁸ Dazu etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 152 Rn. 3 ff.; *Braun*, in: Bernreuther (u.a.) (Hrsg.), FS Schellenberg, S. 69 ff.

¹¹⁹ Dazu etwa *Pagenstecher*, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, S. 302 ff., 305 ff.

¹²⁰ S. nur MünchKomm ZPO/*Gottwald*, § 322 Rn. 6 ff., 9; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 152 Rn. 3 ff., 6 ff.; kritisch zur prozessualen Theorie *Braun*, in: Bernreuther (u.a.) (Hrsg.), FS Schellenberg, S. 69 ff., 77 ff.

¹²¹ Zur Strafbarkeit nach § 240 StGB in diesem Kontext etwa Schönke/Schröder/*Eisele*, § 240 StGB Rn. 19a; *Kapitza*, JuS 2007, 443; s.a. BGH, NStZ 1993, 333, 334 mit Anm. *Roxin* (NStZ 1993, 335).

¹²² *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 29; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 149 f.

(§§ 227 f. BGB).¹²³ Während Notwehr und Notstandsrechte in passiver Hinsicht eine Abwehrbefugnis zur Verteidigung subjektiver Rechte gegen drohende Rechtsverletzungen gewähren, ermöglichen Selbsthilferechte die aktive Durchsetzung bzw. Sicherung bestehender Rechte.¹²⁴ Wirkung dieser Notwehr-, Notstands- und Selbsthilferechte ist grundsätzlich, dass die vorgenommene Handlung, die ihrerseits in Rechte anderer eingreift, rechtmäßig ist.¹²⁵ Dem Selbsthilferecht sind aber enge Grenzen gezogen.¹²⁶ Es setzt das Bestehen eines gerichtlich durchsetzbaren Anspruchs sowie die Gefahr der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Anspruchsdurchsetzung voraus, ferner die fehlende Möglichkeit „obrigkeitlicher Hilfe“.¹²⁷ Da Selbsthilfe gerichtlicher Bestätigung nach § 230 Abs. 2–4 BGB bedarf, bewirkt diese grundsätzlich nicht Rechtsdurchsetzung, sondern vorläufige Rechtssicherung.¹²⁸

VIII. Kritische Anfragen

Die vorangegangenen Ausführungen rekapitulieren zivilrechtliche Elementarkenntnisse, die vielfach als selbstverständlich, unhintergebar oder nicht näher begründungsbedürftig aufgefasst werden.¹²⁹ Allerdings mehren sich in jüngerer Zeit kritische Stimmen gegenüber diesen Kategorien.¹³⁰ Tatsächlich ist es so, dass sämtliche zuvor genannten Kategorien in der Gegenwart unter erheblicher Kritik stehen¹³¹, sodass man im Hinblick auf den Diskussionsstand der Privatrechtswissenschaft tatsächlich kaum noch von Konstituenten sprechen kann.¹³²

¹²³ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 41 ff.; *Leipold*, BGB I, § 36 Rn. 3 ff., 12 f.; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 150 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 11.

¹²⁴ S.a. *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 41, 72.

¹²⁵ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 57, 65, 78, s. aber zum Aggressivnotstand (§ 904 S. 1 BGB) Rn. 69.

¹²⁶ S. etwa § 230 BGB zu den „Grenzen der Selbsthilfe“; dazu auch *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 73 ff., 76 f.

¹²⁷ *Neuner*, Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 73 f.

¹²⁸ *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 168; s. aber auch *Leipold*, BGB I, § 36 Rn. 12.

¹²⁹ Vgl. dazu oben bereits S. 9 f.

¹³⁰ S. zur zentralen Kritik am subjektiven Recht z.B. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 164 ff., 175 ff.; s. ferner auch *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 55 ff.; zur Kritik am nach wie vor vorherrschenden, aus dem 19. Jhd. stammenden Privatrechtsbegriff *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 337 ff. Die Kritik an den Kategorien Person, Wille, Willensfreiheit, subjektives Recht setzt freilich bereits im 19. Jhd. ein, s. dazu unten die Nachweise im Einzelnen S. 158 ff., 166 ff.

¹³¹ S. dazu unten noch S. 359 ff. et passim zu den jeweiligen Diskussionen.

¹³² S. aber *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 44, 62 f.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 329, 337 ff. dazu, dass der Privatrechtsbegriff des 19. Jhd. nach wie vor vorherrschend ist.

Der Personbegriff erscheint in den zivilrechtsdogmatischen Diskussionen kaum noch, oder besser gesagt: er erscheint begrifflich, aber tatsächlich inhaltlich weitgehend entleert.¹³³ Der Willensbegriff soll für das Vertragsrecht keine Rolle mehr spielen.¹³⁴ Die Willensfreiheit wird unter Bezug auf die Neurowissenschaften generell infrage gestellt; wo sie zivilrechtlich zu verorten ist und ob ihr hierfür Bedeutung zukommt, ist ohnehin umstritten.¹³⁵ Das subjektive Privatrecht gilt als „dekonstruiert“.¹³⁶ Zivilrechtsdogmatisch spielt es eigentlich keine Rolle mehr, nachdem die wohl herrschende Auffassung das Haftungsrecht weitgehend von den subjektiven Rechten losgelöst hat.¹³⁷ Wenn sich im Kontext des *private law enforcement* ein aktionenrechtliches Modell Bahn bricht¹³⁸, ist auch der Anspruch als verbliebene besondere Erscheinungsform des subjektiven Privatrechts obsolet.¹³⁹ Dass das Vertragsrecht erheblichen dogmatischen wie gesetzgeberischen Wandlungen unterliegt, ist bereits weithin bekannt.¹⁴⁰ Auf die „Entleerung des Willensprinzips als Grundlage der Vertragsbindung“¹⁴¹ wurde bereits hingewiesen. Ferner stehen die „Privatautonomie“ und ihre Bedeutung in der Kritik.¹⁴²

Die Trennung von Zivil- und Strafrecht wird zwar nominell aufrechterhalten, aber tatsächlich immer mehr und auf verschiedene Weisen durchbrochen.¹⁴³ Dass primäre Funktion des zivilrechtlichen Haftungsrechts Kompensation und Ausgleich ist, ist keineswegs ausgemacht – stattdessen wird auf Prävention und Verhaltenssteuerung als wesentliche Ziele des Haftungsrechts

¹³³ S. etwa bereits *Rittner*, Die werdende juristische Person, S. 159 (Person zwar „Zentralbegriff“, aber „so technisiert oder [...] instrumentalisiert, daß sein rechtsethischer Sinn ganz im Verborgenen liegt“; Fn. weggelassen); s. zu den Diskussionen um den Personbegriff *Heterich*, Mensch und „Person“, S. 15 ff.; ferner *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 48 ff. zur „Dezentrierung des Subjekts“.

¹³⁴ *Werba*, Willenserklärung ohne Willen, S. 28 ff., 71 ff., 164 (S. 164: „Der Tatbestand der Willenserklärung erfordert keinerlei voluntative Elemente“).

¹³⁵ Zur Kritik an der Willensfreiheit sowie (kritisch) zu ihrer Bedeutung für das Zivilrecht etwa *Mankowski*, AcP 211 (2011), 153, 154 ff., 173 ff.; s. ferner unten noch zur Diskussion S. 382 ff.

¹³⁶ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 55 ff.; s.a. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 339 ff. (insoweit unter Bezugnahme auf *Auers* Kritik: „Fehlschluss von der Freiheit auf das Recht“); ferner zur „Kritik der Rechte“ *Menke*, Kritik der Rechte, S. 164 ff., 175 ff.

¹³⁷ S. dazu unten S. 465 ff., 469 ff.; vgl. kritisch dazu *Picker*, Privatrechtssystem, S. 60 ff.

¹³⁸ S. dazu unten S. 419 ff.

¹³⁹ S. dazu unten S. 388 ff., 416 ff.

¹⁴⁰ S. dazu unten noch S. 430 ff. sowie etwa *Schön*, in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), FS Canaris, Bd. 1, S. 1191, 1192 f.; ferner zur „Krise des liberalen Vertragsdenkens“ *Kramer*, Krise des Vertragsdenkens, S. 9 f.; *Reinhardt*, in: FS Schmidt-Rimpler, S. 115.

¹⁴¹ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 81.

¹⁴² Zu dieser Diskussion *Röthel*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie, S. 91, 92 ff.; *Riesenhuber*, ZfPW 2018, 352 ff.; ferner auch HKK-BGB/Hofer, vor § 145 Rn. 33 f.

¹⁴³ S. etwa zu entsprechenden Ansätzen *Schubert*, Die Wiedergutmachung, S. 795 ff., 833 ff.; s.a. *Ebert*, Pönale Elemente, S. 410 f., 576; s. ferner unten noch S. 494 ff.

rekurriert.¹⁴⁴ Vor allem im Kontext des *private law enforcement* erhalten sanktionsorientierte Haftungssysteme, die der Prävention und Verhaltenssteuerung dienen, breiten Zuspruch – eine strikte Trennung von Strafe und Schadensersatz erscheint als Relikt vergangener Zeiten.¹⁴⁵ Dass primärer Zweck des Zivilprozesses die Durchsetzung subjektiver Privatrechte ist, ist ebenfalls eine im Rückzug befindliche Position; stattdessen werden die Konfliktlösung oder die Durchsetzung objektiven Rechts zu Regulierungszwecken als wesentliche Prozessziele angesehen.¹⁴⁶ Damit stehen wiederum kollektive Rechtsschutzformen wie *class actions* in Einklang, die sich typischerweise vom Prozessziel der Durchsetzung subjektiver Privatrechte entfernen und auf objektive Normdurchsetzung zielen.¹⁴⁷ Selbst dass es überhaupt so etwas wie ein Zivil- oder Privatrecht mit eigenem Gegenstand gibt, ist alles andere als ausgemacht.¹⁴⁸ Verwiesen wird insofern auf den „Einbruch des Öffentlichen“ in das Privatrecht.¹⁴⁹

Kurzum: Sämtliche Prinzipien, die zumindest für das 19. Jahrhundert als die Konstituenten des Bürgerlichen Rechts schlechthin galten und nominell noch bis in die Gegenwart aufrechterhalten werden¹⁵⁰, sind eigentlich in den Augen vieler bereits Rechtsgeschichte. Die hier erwähnten Konstituenten sind fragil geworden und befinden sich in einer prekären Situation. Die Kritik ist keines-

¹⁴⁴ S. dazu etwa *Wagner*, Gutachten, 66. DJT, A14 f., A77 ff.

¹⁴⁵ Vgl. dazu *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 16 f., 31 ff., 477 ff.; *Wagner*, Gutachten, 66. DJT, A14 f., A75 ff.; s. ferner auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 200 ff., 461 ff., 471 ff. (aus der Perspektive eines regulatorischen Privatrechtsverständnisses zum Begriff der Sanktionsnormen, unter den gleichermaßen Schadensersatz und Strafe fallen; allerdings auch S. 472 f. zu Unterschieden von Strafe und Schadensersatz); *Franck*, Marktordnung durch Haftung, S. 54 ff., 86 ff.

¹⁴⁶ Vgl. zu dieser Diskussion *Bruns*, in: *Bruns/Suzuki* (eds.), *Realization of Substantive Law through Legal Proceedings*, p. 3, 4 ss.; ferner z.B. *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 509 ff. („marktregulierendes Zivilprozessrecht“).

¹⁴⁷ S. etwa *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, S. 509 ff., 526 ff.; vgl. dazu (kritisch) *H. Roth*, JZ 2016, 1134 ff.; *Bruns*, ZZP 125 (2012), 399, 406, 416.

¹⁴⁸ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 325 ff., 522 ff., 549 ff., 558 ff. (Unterschiede zwischen Privat-, Straf- und Öffentlichem Recht nur im Hinblick auf die private Verfahrensinitiative, d.h. auf Ebene der Rechtsdurchsetzung, s. aaO, S. 549 ff., 560; S. 552: „Demgegenüber unterscheidet sich das Privatrecht von der strafrechtlichen und der verwaltungsrechtlichen Rechtsdurchsetzung wesentlich dadurch, dass es – jenseits der auch in den anderen Teilrechtsordnungen existierenden Prozessordnung – kein „Verfahrensrecht“ gibt, sondern sowohl das „ob“ als auch die Art und Weise der Rechtsdurchsetzung [...] allein den Privaten überlassen ist“; S. 560: „Die Eigenständigkeit des Privatrechts beruht aus Sicht einer funktionalen Rechtstheorie gerade auf diesem Prinzip der Privatinitiative“); *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 1 ff., 63 ff.; vgl. ferner auch *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544 ff.; *Jestaedt*, in: *Bruns* (u.a.) (Hrsg.), FS Stürner, S. 917 ff., 932 ff.

¹⁴⁹ Dazu *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 63 ff.

¹⁵⁰ Vgl. insoweit zum nach wie vor herrschenden, aus dem 19. Jhd. stammenden Privatrechtsbegriff *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 329 ff., 337 f.

wegs neu und artikuliert sich bereits im 19. Jahrhundert.¹⁵¹ Gleichwohl scheinen die Fundamente und Beharrungskräfte zunehmend schwächer zu werden.¹⁵² Man kann zumindest nicht mehr der Feststellung ausweichen, dass die wesentlichen Grundlagen des Zivilrechts, wie man es bisher kannte, fragil geworden sind. Bedeutet diese prekäre Situation eine Krise des Zivilrechts insgesamt oder nur die Krise einer bestimmten, letztlich in den Kategorien des 19. Jahrhunderts gefangenen Ausgestaltung der Zivilrechtsordnung?

¹⁵¹ S. dazu unten noch S. 159 Fn. 671.

¹⁵² Vgl. dazu, wenngleich in der Tendenz anders, *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 53, 74 ff., 80 f., 87.; s. ferner dazu, dass trotz der Dekonstruktion die Form subjektiver Rechte weiterhin fortbesteht, S. 44, 62, allerdings auch S. 74 ff., 81 zur „immanenten Selbstgefährdung“ (S. 81: „innere Erosion der normativen Substanz von Grundelementen des klassisch-modernen Privatrechts [...]).“

2. Kapitel

Die Entstehung der Konstituenten

Im Folgenden soll zunächst der Entstehung dieser Konstituenten der Privat- und Prozessrechtsordnung nachgegangen werden. Wie sich zeigen wird, verdankt sich ihre Entstehung einer dreifachen Spur: zunächst dem römischen Recht und seiner gemeinrechtlichen Entwicklung im Mittelalter; sodann der Naturrechtstradition und der mit dem Naturrecht verbundenen „Tradition der Metaphysik der Freiheit“.¹ Gerade die Naturrechtstradition ist es, der maßgebliche Bedeutung für die Ausarbeitung dieser allgemeinen Grundsätze zukommt.² Schließlich zeigen sich wesentliche Einflüsse von *Kant*, *Hegel*, der Historischen Rechtsschule sowie der Rechtsdiskussionen des 19. Jahrhunderts.³

I. Römisches Recht und ius commune

So sehr die Bezeichnungen, Wertungen und Rechtsregeln der heutigen westlichen Rechtsordnungen durch das römische Recht geprägt sind⁴, so wenig lassen sich die vorgenannten Konstituenten der Privatrechtsordnung – Person, Wille, Willensfreiheit, subjektives Privatrecht, ein allgemeiner Vertragsbegriff und Vertragsfreiheit, ein rein kompensationsorientiertes Haftungsrecht, Trennung von Straf- und Zivilrecht – im römischen Recht wiederfinden.⁵

¹ Zu diesem Begriff *Kobusch*, Die Entdeckung der Person, S. 15 ff.

² Dazu unten S. 54 ff.

³ Dazu unten S. 148 ff.

⁴ Grundsätzlich zur Bedeutung des römischen Rechts für die Gegenwart *Kaser/Knützel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 1 Rn. 36 ff.; ferner dazu *Zimmermann*, AcP 202 (2002), 243, 244 ff.; *ders.*, Law of Obligations, p. 1 ss. et passim.

⁵ Vgl. dazu auch *Gordley*, The Philosophical Origins, p. 1 ss.; ferner dazu unten im Einzelnen die Nachweise S. 54 ff. Die Vorstellung, dass diese Kategorien *römisch* seien, hat freilich viel mit der Pandektenwissenschaft des 19. Jhd. zu tun, vgl. dazu etwa *Baldus*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, S. 167 f. (im Hinblick auf die Privatautonomie: „Dieser Ansatz ist idealtypisch und für die Folgezeit prägend von der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts gefasst worden. Man neigt dazu, ihn für römisch zu halten, wollte doch die Historische Rechtsschule in ihren romantischen Ursprüngen ein System des heutigen *römischen* Rechts schaffen. Allein wir wissen, dass diesem Bemühen von vornherein eine innere Spannung zwischen römischer Kasuistik, verbunden in einem inneren System, und dem zeitgenössischen Bedürfnis nach Beseitigung verbleibender Widersprüche und nach Schaffung eines auch äußeren Systems innewohnt; und so neigte

1. Actio

Zentrale Kategorie des klassischen römischen Rechts ist die *actio*, d.h. die Klage(-art), aufgrund derer ein Prozess vor dem Richter (*iudex*) eingesetzt und der Beklagte bei Vorliegen der Voraussetzungen verurteilt werden kann.⁶ Im Zentrum dieses „aktionrechtlichen Denkens“ stehen die einzelnen Klagearten bzw. „Klagrechte“ (*actiones*), die die Rechtsordnung konstituieren⁷ und deren Voraussetzungen sich vor allem⁸ aus dem vom Prätor jeweils verkündeten sog. prätorischen Edikt ergeben.⁹ Die *actio* impliziert, dass der Kläger die Einsetzung eines Prozesses über diese Klageart vor dem Richter verlangen und hierdurch die Verurteilung des Beklagten erreichen kann.¹⁰ Die „Rechtsmacht“ des Einzelnen wird damit vor allem prozessual verstanden.¹¹

Der Begriff des Rechts (*ius*) im Sinne einer unabhängig vom Prozess bestehenden subjektiven Rechtsbefugnis spielt demgegenüber keine (wesentliche) Rolle; zwar finden sich der Sache nach an verschiedenen Stellen Aussagen, die ein solches subjektives Rechtsverständnis nahelegen¹², jedoch wird der Begriff

die Waagschale sich immer mehr zu einem System des heutigen römischen Rechts hin, das alsbald weithin bruchlos in das BGB überführt werden konnte. Wir können uns also, wenn wir Rom sehen wollen, nicht an dem Bild orientieren, das wir von der Pandektistik haben, und auch nicht an dem Bild, das die Pandektistik selbst von Rom hatte“; Fn. weggelassen; zu letzterem auch bereits Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts, S. 1.

⁶ Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, S. 9; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 4 Rn. 6 f.; § 80 Rn. 1, 11 f.; § 82 Rn. 4, 18; Buchheim, Actio, S. 31 ff.; Coing, in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, S. 7, 11; Kaufmann, JZ 1964, 482, 483; Dubischar, Zweiteilung der Rechte, S. 5; ferner dazu Martens, JZ 2016, 1021, 1022 ff.; vgl. bereits Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts, S. 1, 3; zum näheren Verständnis der *actio* s. unten noch beim Prozess S. 52 f.

⁷ S. Buchheim, Actio, S. 33 („Das Rechtssystem war primär die Ordnung der Begehren, die mit Aussicht auf Erfolg an ein Gericht gestellt werden konnten“).

⁸ Zu den anderen Edikten (Edikte der kurulischen Ädilen; Edikte der Statthalter) Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 2 Rn. 16; dort auch zum *edictum perpetuum*, das durch Kaiser Hadrian eingesetzt wird.

⁹ S. dazu im Einzelnen Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 2 Rn. 14 ff.; § 80 Rn. 1 f.; § 83 Rn. 2; Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, S. 9 („Rechtsakt und actio sind die Pole, auf die das Denken der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit vornehmlich bezogen ist. [...] Nicht das Schuldverhältnis, sondern die actio ist das Thema der römischen Jurisprudenz“); Bürge, Römisches Privatrecht, S. 17 ff.; Kaufmann, JZ 1964, 482, 483; Buchheim, Actio, S. 32; Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, S. 28 f.

¹⁰ S. Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 4 Rn. 6; § 80 Rn. 1 f., 11 f.; § 82 Rn. 4, 18.

¹¹ S.a. Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 22 („Die antike Philosophie und das klassische römische Recht besaßen hingegen noch kein voll entfaltetes Konzept des materiellen Individualrechts. Das römischrechtliche Aktionensystem diente in erster Linie der prozessualen Durchsetzung individueller Interessen, ohne die materiellrechtlichen Berechtigungen hinter den einzelnen Klagearten zu einem Begriff des „Rechts“ zu verallgemeinern“; Fn. weggelassen).

¹² So Coing, in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, S. 7, 11 mit Verweis u.a. auf Dig. 20,4,19; Dig. 4,2,13.