

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</i> <i>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
 Kurzbiographien	 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 *Roжек*, 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 Volkseister [...]“); 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.

Personenregister

- Aquin, Thomas von 54 ff., 60 f., 64
Aristoteles 55 f.
Augustinus, Aurelius 63
Boethius, Anicius Manlius Severinus 63, 75
Bonaventura, Johannes 12
Clark, Charles 281, 290 ff., 311
Corbin, Arthur 275 ff., 289 ff.
Domat, Jean 55, 130, 213, 253
Duns Scotus, Johannes 55, 64 f.
Frank, Jerome 267, 288, 296 f.
Gerson, Jean 58, 100 f., 102
Grotius, Hugo 55, 58, 130, 135 f., 143, 213, 253
Hales, Alexander von 12, 75
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 156 ff.
Hobbes, Thomas 55, 222 f.
Holmes, Oliver Wendell 267 ff.
Jhering, Rudolph 7, 24, 164, 224 ff., 241, 251, 278 f., 391 f.
Kant, Immanuel 12 f., 56, 148 ff., 164, 442
Kantorowicz, Hermann 236 ff.
Langdell, Christopher Columbus 256 f.
Lessius, Leonardus 106, 112, 129
Llewellyn, Karl 267, 271 ff.
Lugo, Juan de 106 ff., 114
Maine, Henry James Summer 5 f.
Marsilius von Padua 222 f., 241
Molina, Luis de 66 ff., 105 f., 112
Ockham, Wilhelm von 219 ff.
Oñate, Pedro de 121 ff.
Pérez, Antonio 108 ff.
Pomeroy, John Norton 6, 259 f.
Pothier, Robert-Joseph 55, 130, 213, 253, 261
Pound, Roscoe 6 f., 281
Puchta, Georg Friedrich 9, 167 ff., 182 ff., 195 f., 206, 216
Pufendorf, Samuel 12 f., 55 f., 61 f., 93 ff., 131, 136 f., 143, 165, 213, 241, 253, 262
Savigny, Friedrich Carl von 4 f., 158 ff., 166 ff., 172 ff., 180 ff., 185 ff., 189 ff., 195 ff., 197 ff., 204 ff., 216, 225 f., 233, 408
Story, Joseph 324
Suárez, Francisco 12, 55 f., 58, 60 f., 72 ff., 76 ff., 82 ff., 96, 220
Summenhart, Conrad 58, 102, 112 f.
Thomasius, Christian 55, 60, 115, 119, 130, 137 f., 223 f., 232, 241
Vázquez, Gabriel 220 f., 241
Vitoria, Francisco de 132
Windscheid, Bernhard 9 f., 24, 33, 163, 184, 186, 191 ff., 196 f., 208 f., 217, 225
Wolff, Christian 62, 98 ff., 195

Sachregister

- actio 40 ff., 388 ff.
American Legal Realism s. Legal Realism
Anspruch 27 f., 411 f.
– Historische Rechtsschule 189 ff., 191 ff.
aquilische Haftung 47 ff.
arbitration 319 ff.
Armutsstreit 43, 101 f.
Ausgestaltung bei Grundrechten 349 ff.
Autonomie 151 f.
– s. Privatautonomie
- Bereicherungsrecht 493 f., 524
– Restitution 132, 134
- cause of action 257 ff., 291 ff.
class action 315 ff.
Common Law 253 ff.
- delicta privata 47 ff.
Deliktssklagen 47 ff.
discovery 313 f.
Dispositionsgrundsatz 550 ff.
Doppelbestrafungsverbot 526 ff.
- Erklärungstheorie 203 f., 376, 431
Formularprozess 52
- franziskanischer Armutsstreit s. Armutsstreit
Freiheit 63 ff.
– s. Willensfreiheit
Freiheitsmetaphysik 12 f., 54 ff., 63 ff., 72 ff.
Freiheitsmetaphysiktradition 12 f., 54 ff., 63 ff., 72 ff.
Freiheitssphären
– Recht als Abgrenzung von 108 f., 153 f.
Freirechtsbewegung 236 ff.
- Geltungstheorie 431 f., 443, 450 ff.
Gerechtigkeit 56 ff.
Geschäftsfähigkeit 21, 69, 129, 170
- Gewaltmonopol 33, 347 f., 541 f.
Gewinnabschöpfung 521 ff.
Grundgesetz
– und Privatrecht 337 ff., 341 ff.
Grundrechte 342 ff.
Gruppenklagen 554 ff.
– s. class action
- Haftungsrecht 465 ff.
– Historische Rechtsschule 204 ff.
– Naturrecht 131 ff.
– pflichtenorientiert 135 ff., 465 ff.
– subjektiv-rechtlich 131 ff., 469 ff.
Handlungsfreiheit 379, 434 ff.
Historische Rechtsschule 158 ff.
- Imperiventheorie 238 ff., 392
Institutsgarantie 349 ff.
Interessentheorie 24, 392, 421
- juristische Tatsachen 172 ff.
Justizgewähranspruch 402 ff., 481, 537 ff., 543 ff.
- Kausalität
– juristische 177 ff.
– moralische 76 ff., 91 ff.
- Klagbarkeit
– als Merkmal des Rechts 189 ff., 402 ff.
– von Verträgen 461 ff.
Klagrecht 388 ff., 402 ff.
Kognitionsprozess 53
kollektiver Rechtsschutz 244 ff., 314 ff., 552 ff.
– s. class action
– s. Gruppenklagen
Kombinationstheorie 24, 392
Korrelation von Recht und Pflicht 59, 278, 409 f.
- Law and Economics 282 f.
Legal Formalism 253 ff.
Legal Realism 267 ff.

- Lehre vom moralischen Sein 72 ff.
 – s. Freiheitsmetaphysik
- „Mein und Dein“
 – Recht als Bestimmung des 106 ff.,
 154 f.
- Menschenwürde 363 ff., 372 ff., 385 f.,
 396 ff., 447, 493
- moralisches Sein 54 ff., 72 ff.
- Naturrecht 54 ff.
- Nominalismus 219 f.
- Person 72 ff., 82 ff., 359 ff., 396 ff.
 – Historische Rechtsschule 166 ff.
 – Humanismus 73
 – persona moralis 93 ff.
 – römisches Recht 72
 – Scholastik 74 ff.
- Pflicht
 – s. pflichtenorientiertes Haftungsrecht
- Prävention 36 f., 243 ff., 428, 467 f., 474,
 494 ff., 515 ff., 535 f.
- Präventivschadensersatz 517 ff.
- Privatautonomie 29 f., 434 ff., 441 ff.,
 461 f., 481
- private attorney general 248, 283, 288 f.,
 296 ff.
- private law enforcement 243 ff., 283 ff.,
 416 ff.
- Privatstrafe 47 ff., 204 ff., 498 f., 513 ff.
 – s. Deliktssklagen
 – s. Strafschadensersatz
- Prozess 33 ff., 534 ff.
 – römisches Recht 52 ff.
 – Historische Rechtsschule 215 ff.
- Prozesszweck 33, 248 f., 295 f., 536, 545
- punitive damages 303 ff.
 – s. Strafschadensersatz
- Recht
 – absolutes 24 ff., 31 f., 259, 410 ff., 419 f.,
 422, 470, 482, 484, 490
 – relatives 24 ff., 259, 410 ff., 419 f.
 – bei Hegel 157 f.
 – bei Kant 153 ff.
 – s. subjektives Recht
- Rechtsdurchsetzung 33 ff., 534 ff.
- Rechtsfähigkeit 20 ff., 359 ff., 365 ff.
 – Historische Rechtsschule 166 ff.
 – Naturrecht 67 ff., 72 ff.
- Rechtsgeschäft 22 f., 28 ff., 176, 196 ff.,
 430 ff., 452 ff.
- Rechtsgüterschutz 131 ff., 465 ff.
 – s. Haftungsrecht
- Rechtsschutzanspruch 217, 402 ff., 543 ff.,
 547 ff.
- Rechtssubjekt 20 ff., 24 ff., 359 ff., 365 ff.,
 396 ff., 421 ff.
 – Historische Rechtsschule 166 ff.
 – Naturrecht 67 ff., 98 ff.
- Rechtsverhältnis 24 ff., 406 ff., 454 ff.
 – Historische Rechtsschule 185 ff.
- Rechtsverletzung
 – und Haftungsrecht 110 f., 132, 204 ff.,
 465 ff., 489 ff.
- Rechtswelt 165, 177 ff.
- Reflextheorie 392
- Regulierung
 – und Privatrecht 2, 243 ff., 419 ff.
- Relationalität 112 ff., 406 ff., 422 ff., 456
- Sammelklage
 – s. class action
- Schadensersatz 31 f., 465 ff., 490 ff.
 – Historische Rechtsschule 204 ff.
 – Naturrecht 131 ff.
 – USA 303 ff.
 – s. Haftungsrecht
 – s. Trennung von Strafe und Schadenser-
 satz
- Schuldgrundsatz 507 ff.
- Schutzpflichten 344 ff.
- Selbsthilfeverbot 33 ff., 217, 403, 541 f.
- Spätscholastik 54 ff.
- Strafe 32 f., 494 ff.
 – s. Privatstrafe
 – s. Strafschadensersatz
 – s. Trennung von Strafe und Schadenser-
 satz
- Strafschadensersatz 303 ff., 498 f., 513 ff.
 – s. Privatstrafe
 – s. punitive damages
- subjektives Recht 23 ff., 388 ff.
 – Abgrenzung zum Klagerecht 115 ff.,
 189 ff., 388 ff., 402 ff., 419 ff.
 – Definition 412 ff.
 – Historische Rechtsschule 186 ff.
 – Naturrecht 100 ff.
 – Kritik 224 ff., 267 ff., 388 ff.
- System 60 ff., 195 ff.
- Trennung von Strafe und Schadensersatz
 32 f., 494 ff.
 – Historische Rechtsschule 204 ff.
 – Naturrecht 139 ff.

- USA 263 ff.
- Typenfreiheit 30, 457 ff.
- Typenzwang 457 ff.

- Verbandsklagen 553 ff.
- Verbandsklagenrichtlinie 245 f., 535
- Verhaltenssteuerung 36 f., 243 ff., 298, 300, 304, 420, 423 f., 428 f., 466 ff., 494 ff., 535 ff.
- Vertrag 28 f., 430 ff.
 - Historische Rechtsschule 197 ff.
 - Naturrecht 121 ff.
 - römisches Recht 44 ff.
- Vertragsfreiheit 29 f., 430 ff.
- Vertragsrecht 28 ff., 430 ff.
 - Historische Rechtsschule 197 ff.
 - Naturrecht 121 ff.
 - römisches Recht 44 ff.
- Voluntarismus 222 f., 232, 237, 279, 572 f.

- Wille 22 f., 28 ff., 376 ff.
 - bei Hegel 156 f.
 - Historische Rechtsschule 161, 197 ff.
 - bei Jhering 227 ff.
 - Naturrecht 63 ff., 76 ff., 121 ff.
- Willenserklärung 28 ff., 452 ff.
 - Historische Rechtsschule 197 ff.
- Willensfreiheit 22 f., 382 ff.
 - Historische Rechtsschule 161, 166 ff.
 - bei Kant 150 ff.
 - bei Jhering 227 ff.
 - Naturrecht 63 ff., 67 ff.
 - Schuld 508 f.
 - Verhältnis zur Privatautonomie 441 ff.
- Willensmacht 24, 185 ff., 392
- Willenstheorie
 - Vertragsrecht 203, 262, 376 f., 430 f., 453
 - subjektives Recht 24, 392
- Würde 110, 155 f., 359 ff.
 - s. Menschenwürde

- Zivilprozess 33 ff., 248 f., 534 ff.
 - s. Prozess
- Zwang
 - als Merkmal des Rechts 34, 60, 118 ff., 189 ff., 227