

MARIETTA AUER

Der privatrechtliche
Diskurs der Moderne



Mohr Siebeck

Marietta Auer
Der privatrechtliche Diskurs der Moderne



Marietta Auer

Der privatrechtliche Diskurs der Moderne

Mohr Siebeck

Marietta Auer, geboren 1972; Studium der Rechtswissenschaft und der Philosophie in München und Harvard; 2003 Promotion; 2012 S.J.D. (Harvard) und Habilitation in München; seit 2013 o. Professorin für Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Gießen.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

e-ISBN PDF 978-3-16-153641-0
ISBN 978-3-16-152573-5

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

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Dieses Werk ist seit 10/2023 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die zunehmende Überlagerung des Privatrechts durch „materiale“ Wertungen wird inzwischen auch von Kritikern meist als Tatsache anerkannt. Dennoch scheint dies der Tragfähigkeit und theoretischen Konjunktur des normativ geschlossenen Privatrechtsmodells einer staatsfernen „Privatrechtsgesellschaft“ keinerlei Abbruch zu tun. Die vorliegende Abhandlung geht der Frage nach, wie sich dieses auf den ersten Blick paradoxe Phänomen erklären lässt. Der Schlüssel zu einer Antwort liegt in der Ideengeschichte der Moderne seit der Wende zur Neuzeit.

Die Abhandlung hat der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Sommersemester 2012 als Habilitationsschrift vorgelegen. Zu ihrer Entstehung haben viele Münchener und Gießener Kollegen, Mitarbeiter und Freunde beigetragen, denen mein ausdrücklicher Dank gilt. Hervorgehoben sei an dieser Stelle mein verehrter Lehrer Claus-Wilhelm Canaris, dessen fachliches wie persönliches Vorbild mir immer Ansporn und Leitbild sein wird. Ihm sei dieses Buch in Dankbarkeit gewidmet. Besonderen Dank schulde ich auch Horst Eidenmüller für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, Duncan Kennedy für erneut zahlreiche Anregungen im Rahmen meines S.J.D.-Studiums an der Harvard Law School, Jürgen Habermas und Armin Nassehi für die freundliche Gestattung der Titelanleihe „Diskurs der Moderne“, Florian Breimesser für vielfältigen Austausch und Unterstützung bei der Materialsuche sowie Dieter Simon und den Teilnehmern seines im Sommersemester 2013 an der Humboldt-Universität zu Berlin veranstalteten Seminars über das vorliegende Buch, dem ich wesentliche Impulse für die Fertigstellung der endgültigen Fassung verdanke. Zu danken habe ich schließlich der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die großzügige Unterstützung der Drucklegung sowie Franz-Peter Gillig und dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme des Werks in das Verlagsprogramm.

Gießen, im April 2014

Marietta Auer

Die Schöpfung der bürgerlichen Gesellschaft gehört
übrigens der modernen Welt an, welche allen Bestim-
mungen der Idee erst ihr Recht widerfahren lässt.

Hegel 1821/1986, Zusatz zu § 182.

Inhalt

Einführung	1
<i>Erster Teil: Privatrecht, Diskurs, Moderne</i>	11
§ 1 Die erste Moderne: Die Wende zum Subjekt	13
I. Die Entdeckung der Person	15
II. Von der Pflicht zum subjektiven Recht	22
III. Die Trennung von Staat und Gesellschaft	29
IV. Die Integration des modernen Privatrechtssystems	43
§ 2 Die zweite Moderne I: Reflexivität als Dekonstruktion	46
I. Dezentrierung des Subjekts	48
II. Dekonstruktion des subjektiven Rechts	55
III. Einbruch des Öffentlichen in das Privatrecht	63
§ 3 Die zweite Moderne II: Reflexivität als negative Dialektik	74
I. Immanente Selbstgefährdung	75
II. Immanente Gegenmoderne	83
Zusammenfassung	88
<i>Zweiter Teil: Das Eigentum der Moderne</i>	91
§ 4 Integration des modernen Eigentumsbegriffs: Dinglichkeit und Freiheit	93
I. Das Problem der Dinglichkeit	94
II. „Enger“ und „weiter“ Eigentumsbegriff	100
III. Geistiges Eigentum und Persönlichkeitsrecht	106
IV. Kern-Peripherie-Struktur und institutionelle Absicherung	111
§ 5 Dekonstruktion des Eigentums: Bündeltheorie und Sozialbindung	120
I. Eigentum als „Rechtbündel“	120
II. Beispiel: Das Recht am Gewerbebetrieb	126
III. Einbruch des öffentlichen Rechts und Sozialbindung	130
IV. Beispiel: Nassauskiesung	138

§6 Dialektik des Eigentums: Selbstlimitierung und Paternalismus . . .	143
I. „Tragödie der Allmende“ und Dialektik der Propertisierung . .	144
II. Geistiges Eigentum: Überprotektion und Gemeinfreiheit	152
III. Paternalismus, Rekollektivierung und Gegenmoderne	158
Zusammenfassung	163
Ausblick: Strukturüberlegungen zu einem künftigen Privatrecht	165
Literatur	169
Sachverzeichnis	193

Einführung

Die Geschichte des Privatrechts ist eine Geschichte von Aufstieg und Fall. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man einigen in der Privatrechtstheorie bis heute vertretenen Meistererzählungen Glauben schenkt. Paradigmatisch für den deutschsprachigen Rechtskreis steht insoweit vor allem Franz Wieackers eindrucksvolle Deutung der neueren Privatrechtsgeschichte, wonach das formal-individualistische Privatrechtsverständnis des klassischen Liberalismus im neunzehnten Jahrhundert seine höchste Blüte erreicht, zugleich aber schon überschritten hatte.¹ Unter dem Druck der „sozialen Frage“ sei spätestens seit den ersten Jahrzehnten des zwanzigsten Jahrhunderts ein Systemwechsel eingetreten, durch den „die formale Freiheitsethik, die der deutschen Privatrechtsordnung zugrundelag, in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt wurde.“² Diese inzwischen notorische Letzte Ölung des Privatrechts mittels sozialistischen Tropfens gehört seitdem zu den wohl meistdiskutierten Topoi der Theorie, Dogmatik und Geschichte des Privatrechts.³ So sehr die vielbeschworene „Materialisierung“ privatrechtlicher Wertmaßstäbe auf der einen Seite begrüßt wird, so vielfältig tönen jedoch auf der anderen Seite die Klagen über ihr unaufhaltsames Fortschreiten, wobei selbst die Kritiker die scheinbar unabweisbare Tatsache der zunehmenden Überlagerung des Privatrechts durch materiale, oft konstitutionell oder supranational fundierte Wer-

¹ *Wieacker* 1953, S. 4 ff., insbes. 16 ff.; *Wieacker* 1960/1974, S. 36 ff.; *Wieacker* ²1967, S. 539 ff., 543 ff. Wieackers berühmte Charakterisierung des BGB als „spätgeborenes Kind des klassischen Liberalismus“ (*Wieacker* 1953, S. 9, 16) besitzt Entsprechungen in weiteren Leittexten der 1930er bis 1960er Jahre, deren Geschichtsbild die bis vor kurzem herrschende Sichtweise der neueren Privatrechtsgeschichte prägte; vgl. *Larenz* ⁶1991, S. 19 ff.; *Boehmer* 1950, § 1 IV, S. 11; *Boehmer* ²1965, § 13, S. 83 ff.; *Wilhelm* 1958, S. 68 ff.; zum Ganzen *HKK-Rückert* 2003, vor § 1 Rz. 93 ff. Parallel gelagerte Theorien finden sich auch im angloamerikanischen Rechtsdenken, wo die Metaphern vom „Rise and Fall“ oder auch „Death“ (of contract, of property usw.) zum geschichtsphilosophischen Standardrepertoire gehören; vgl. *Kennedy* 1975/2006, *Atiyah* 1979; *Gilmore* 1974; *Grey* 1980, S. 77.

² *Wieacker* 1953, S. 18.

³ Das geflügelte Wort vom „Tropfen sozialistischen Öles“, der „unser Privatrecht durchsickern“ müsse, stammt auf der Grundlage einiger Vorläufer bekanntlich von Otto v. Gierke; vgl. *Gierke* 1889/1948, S. 10; dazu *Wieacker* ²1967, S. 470 Fn. 7; *C. Becker* 1995, S. 264 ff.; *Repgen* 2000, S. 406 ff.; *Schröder* 2001, S. 7 ff. Heute wird Gierkes Metapher meist in kritischer Absicht umgekehrt und zum Anlass für originelle Sprachbilder rund um die „Ölpest“ oder „Ölverschmutzung“ im gegenwärtigen Privatrecht genommen; vgl. etwa *Isensee* 1999, S. 505; *Bungeroth* 1999, S. 280 f.; dazu auch *Canaris* 2000, S. 292.

tungen meist nicht mehr in Zweifel ziehen.⁴ Damit scheinen die Grenzen zwischen „öffentlich“ und „privat“ zunehmend zu verschwimmen. Thesen wie die der Konvergenz von öffentlichem Recht und Privatrecht oder gar der Subordination des letzteren unter den Primat des Öffentlichen werden nicht mehr nur von Rechtspositivisten, Rechtsrealisten oder Sozialkonstruktivisten, sondern allgemein diskutiert.⁵

Umso bemerkenswerter muss es unter diesen Umständen erscheinen, dass der Begriff des Privatrechts anscheinend dennoch keinerlei Tendenz zeigt, aus den in- und ausländischen Theorie- und Dogmatikdiskursen verdrängt zu werden. Im Gegenteil: Völlig unbeeindruckt durch jede seine Grundlagen in Frage stellende Theorie gehört „Privatrecht“ – *ius privatum, private law, droit privé* – als Gegenbegriff zum „öffentlichen Recht“ – *ius publicum, public law, droit public* – bis heute zu den Grundkategorien der Anordnung des Rechtsstoffs,⁶ und je unumstrittener die Einsicht seiner Überlagerung durch den Bereich des „Öffentlichen“, desto hartnäckiger hält sich paradoxerweise zugleich die Vorstellung eines privatrechtlichen Kernbereichs, dem rechtssystemübergreifend

⁴ Repräsentativ für diese wohl herrschende Ansicht, die einerseits an der Wertungseinheit des Privatrechts festhält, andererseits jedoch die Notwendigkeit flankierender materialer oder distributiver Kriterien anerkennt, sind im deutschsprachigen Rechtsdenken die Ansichten von Canaris und Bydlinski; vgl. *Canaris* 1997, S. 35 ff., 44 ff., 51 ff.; *Canaris* 2000, S. 275 ff., 287 ff.; *Bydlinski* 1994a, S. 60 ff., *Bydlinski* 1994b, S. 330 ff. Pointierte Kritik an der fortschreitenden Materialisierung und Konstitutionalisierung des Privatrechts findet sich dagegen bei *Zöllner* 1988a, S. 85 ff., *Zöllner* 1988b, S. 331 ff.; *Zöllner* 1996, S. 17 ff.; *Zöllner* 2007, S. 61 ff.; *Reuter* 1989, S. 199 ff.; *Diederichsen* 1995, S. 44 ff., 66 ff., 70 ff.; *Isensee* 1999, S. 485 ff.; *Lobinger* 1999, S. 3 ff.; *Picker* 2007, S. 219 ff. Am anderen Ende des Spektrums stehen Ansichten, die eine Materialisierung des Privatrechts auf teils verfassungs- und europarechtlicher, teils sozialkritisch-rechtsrealistischer Basis ausdrücklich begrüßen; so *Raiser* 1971, S. 7 ff.; *Wiethölter* 1986, S. 221 ff.; *Brüggeheimer/Hart* 1987; *Neuner* 1999, S. 219 ff.; aus dem Kontext des amerikanischen Critical Legal Studies Movement vergleichbar *Kennedy* 1976, S. 1685 ff.; *Kennedy* 1982a, S. 563 ff.; zusammenfassend *Auer* 2005, S. 22 ff. m. w. N.

⁵ Dabei lässt sich die „Überlagerung“ beider Materien ganz unterschiedlich, etwa als Kooperation, Konflikt oder wechselseitige Verdrängung deuten. Naheliegend ist zunächst die Diagnose zunehmender „Gemengelagen“ im Sinne der vorstehenden Fußnote; so *Habermas* 1961/1990, S. 225 ff.; *Bydlinski* 1994b, S. 330. Theoretisch anspruchsvoller ist die Konstruktion „wechselseitiger Auffangordnungen“ bzw. eines „differenzierten Gemeinrechts“; dazu *Bullinger* 1968, S. 75 ff. sowie die Beiträge in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* 1996, insbesondere *Schmidt-Aßmann* 1996, S. 8 ff.; ähnlich auch *Burgi*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* 2012, § 18 Rz. 34 ff., S. 1274 ff. Am weitesten gehen schließlich Ansätze, die die Tragfähigkeit der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht vollständig ablehnen; so bereits *Kelsen* 1934, S. 109 ff.; *Kelsen* 1960a, S. 284 ff. gegen *Radbruch* 1932/1993, S. 358 ff.; aus kritisch-rechtsrealistischer Perspektive *Hale* 1923, S. 470 ff.; *Kennedy* 1982b, S. 1349 ff.; dazu auch *Michaels/Jansen* 2008, S. 83 ff. Kritisch wird die Unterscheidung auch aus rechtshistorischer Sicht beurteilt; so von *Bullinger* 1968, S. 13 ff., 75 f.; *Bullinger* 1991, S. 69 ff.; *Bullinger* 1996, S. 239 ff.; *Gagnér* 1967, S. 23 ff.; *Grimm* 1972, S. 224 ff.; *Stolleis* 1996, S. 41 ff.

⁶ Zu den erheblichen Konsequenzen dieser nur scheinbar rein „formalen“ Gliederungs- und Lehrordnungsfunktion der Unterscheidung aber *Wieacker* 1967, S. 53 ff.

Materien wie Vertrags-, Delikts- und Sachenrecht angehören,⁷ die durch übergreifende Wertungen und Leitprinzipien wie Privatautonomie und Vorrang des dispositiven Rechts gekennzeichnet werden.⁸ Mehr noch: Der klassisch-liberale Standpunkt, dass in der Möglichkeit privatautonomer, staatsferner Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen nach Markt- und Wettbewerbsgesetzen die entscheidende und durch keinerlei öffentliche Gestaltung surrogierbare Quelle gesellschaftlicher Dynamik liege, hat sich jedenfalls bis dato als das gesellschaftstheoretisch deutlich wirkmächtigere Konzept erwiesen als die staatspaternalistische Theoriekonkurrenz.⁹ Die Diskussion um die „Privatrechtsgesellschaft“ als nichtreduzierbare Essenz jeder freiheitlichen Gesellschaftsordnung befruchtet den privatrechtstheoretischen Diskurs jedenfalls bis heute.¹⁰

Was gilt also: Das Privatrecht ist tot – lang lebe die Privatrechtsgesellschaft? Betrachtet man den soeben geschilderten Diskussionsbefund, fällt seine innere Widersprüchlichkeit auf den ersten Blick ins Auge. Diese lässt sich auch nicht einfach dadurch beseitigen, dass man beide Diskursstränge gegeneinander ausspielt und sich dann für eine Richtung entscheidet oder einen Mittelweg wählt. Vielmehr liegt das Problem tiefer, als es die übliche Frage nach dem „liberalen“ oder „sozialen“ Charakter des Privatrechts ermessen lässt.¹¹ Denn einerseits weckt die Hartnäckigkeit liberaler Privatrechtsvorstellungen in der gegenwärtigen Diskussion Zweifel an der klassisch-ideologiekritischen These, die normative Einheit des liberalen Privatrechts sei im zwanzigsten Jahrhundert wirksam widerlegt worden.¹² Andererseits lässt sich diese normative Einheit aber auch

⁷ Zum Privatrechtsbegriff im Common Law *Gordley* 2006, S. 3; *Lucy* 2007, S. 12; *Michaels/Jansen* 2008, S. 73.

⁸ Zum Systemgedanken im deutschsprachigen Privatrechtsdenken *Canaris* ²1983, S. 40 ff.; zum Prinzipiengehalt des Privatrechts *Canaris* 1993a, S. 873 ff.; *Canaris* 1997, S. 35 ff., 44 ff.; *Bydlinski* ²1991, S. 357 ff.; *Bydlinski* 1994a, S. 59 ff.; *Bydlinski* 1994b, S. 340 ff.; aus jüngerer Zeit *Riesenhuber* 2007b, S. 4 ff.; *Grigoleit* 2008, S. 53 ff. In einzelnen Privatrechtsbereichen wie dem philosophisch affinen Vertragsrecht sind seit einiger Zeit verstärkte Bestrebungen zu einer umfassenden prinzipiellen Bearbeitung erkennbar; vgl. *Unberath* 2007, S. 6 ff.; *Weller* 2008, S. 26 ff., 560 ff. Im angloamerikanischen Rechtsdenken, in dem die Selbständigkeit der Rechtstheorie gegenüber der Rechtsdogmatik stärker ausgeprägt ist, existieren derartige Bemühungen auf z. T. explizit philosophischer Grundlage schon länger; vgl. *Fried* 1981, S. 7 ff.; *Weinrib* 1995, S. 1 ff., 204 ff.; *Gordley* 2006, 7 ff.; *Lucy* 2007, S. 12 ff.

⁹ Zur Privatrechtsentstehung durch „spontane Ordnung“ (bzw. Autopoiesis) in einer auf Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“ basierenden Gesellschaft grundlegend *Popper* 1945/⁸2003, Bd. 1, S. X ff.; v. *Hayek* 2003, S. XVI, 39 ff., 135 ff., 373 ff.; v. *Hayek* ⁴2005, S. 314 ff. Dazu *Bydlinski* 1994a, S. 3 ff., 62 ff.; *Canaris* 1993a, S. 874 ff., 880 f.; *Canaris* 1997, S. 66 f.; *Riesenhuber* 2007b, S. 11 ff.; *Vanberg* 2007, S. 138 ff.

¹⁰ Grundlegend *Böhm* 1966, S. 75 ff.; dazu v. *Hayek* 2003, S. 181; *Habermas* 1992a, S. 484; *Canaris* 1993a, S. 874 ff.; *Bydlinski* 1994a, S. 62 ff.; *Zöllner* 1996, S. 20 ff.; *Isensee* 1999, S. 492 f. sowie aus jüngerer Zeit die Beiträge in *Riesenhuber* 2007a, insbesondere *Riesenhuber* 2007b, S. 3 ff.; *Mestmäcker* 2007, S. 38 ff.; *Zöllner* 2007, S. 58 ff.; *Vanberg* 2007, S. 131 ff.

¹¹ So aber *Habermas* 1992a, S. 468 ff., insbes. 482 ff.; zur Kritik HKK-Rückert 2003, vor § 1 Rz. 79; *Canaris* 2000, S. 289 ff.; *Bachmann* 2006, S. 73.

¹² Diese Position ist seit der Entstehung kritischer Rechtstheorien im späten neunzehnten

nicht mehr einfach als gegeben erweisen, da die erprobten Gegenargumente inzwischen zu viel Gewicht besitzen. Es käme einem Anachronismus gleich, die Erkenntnisse der Rechtstheoretiker und -dogmatiker, die sich seit Mitte des neunzehnten Jahrhunderts intensiv mit der Relativierung der Glaubenssätze des liberalen Privatrechtsmodells befasst haben, in einer heutigen Rechtstheorie außerachtzulassen.¹³ Es ist nach hier vertretener Auffassung unmöglich, zum Stand der Moralphilosophie des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts zurückzukehren und das Privatrecht etwa mit Locke und Kant widerspruchsfrei aus der individuellen Freiheit des Menschen herleiten zu wollen, und dies nicht etwa, weil dem wesentliche moraltheoretische Fortschritte in der Zwischenzeit entgegenstünden, sondern vielmehr, weil hinter den Transformationslegenden des Privatrechts seit dem neunzehnten Jahrhundert eine Einsicht verborgen liegt, hinter die eine zeitgemäße Rechtstheorie nicht zurückfallen darf.

Worin besteht nun aber diese Einsicht? Sicher scheint zunächst nur zu sein, dass etwa Wieackers Theorie vom privatrechtlichen Systemwandel nicht mehr beim Wort genommen werden darf. Zuviel spricht schon aus rechtshistorischer Sicht gegen die Richtigkeit dieser These, seitdem sich die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass das liberale Privatrechtsmodell schon im neunzehnten Jahrhundert niemals in seiner Reinform verwirklicht, sondern stets von materialen, sozialen, antiformalistischen Qualifikationen flankiert war.¹⁴ Die Wahrheit muss also komplexer sein. Offensichtlich hat sich seit dem achtzehnten Jahrhundert ein Wandel in unseren Anschauungen über Privatrecht vollzogen, der jedoch *nicht* in der normativen oder empirischen Widerlegung des liberalen Privatrechtsmodells durch entgegenstehende Entwicklungen in Rechtsdogmatik, Geschichte, Philosophie oder Ökonomie liegt. Ziel der vorliegenden Abhandlung ist es, diesen Wandel jenseits der Attribute „liberal“ oder „sozial“ zu verorten und damit eine theoretische Statusbeschreibung des gegenwärtigen Privatrechts zu ermöglichen, die methodische oder inhaltliche Verkürzungen vermeidet,

und frühen zwanzigsten Jahrhundert (soziologische Rechtsschule, Interessenjurisprudenz, Freirechtsschule, Rechtsrealismus) immer wieder vertreten worden; zusammenfassend Kennedy 1997, S. 82 ff.; Auer 2005, S. 22 ff. Hier geht es darum, sie mit der *sozialen Tatsache* des Fortbestands des liberalen Privatrechtsmodells zu konfrontieren.

¹³ Jedenfalls zu kurz greifen nach hier vertretener Ansicht daher normative Privatrechtstheorien, die diese Kritik schlicht aus ihrem Blickwinkel ausklammern. Explizit in diesem Sinne Weinrib 1995, S. 5 ff.; aus dem jüngeren deutschsprachigen Schrifttum vergleichbar Unberath 2007, S. 1 ff. Ähnlich wie hier auch Habermas 1992a, S. 79, wonach der jüngere juristisch-philosophische Diskurs „an Theoreme des 17. und 18. Jahrhunderts so ungeniert anknüpft, als brauche man von der sozialwissenschaftlichen Entzauberung des Rechts keine Notiz zu nehmen.“

¹⁴ Dass es sich bei der angeblich unbeschränkten Freiheit um einen „Mythos“ handelte, darf heute als gesicherter Diskussionsstand gelten; vgl. Repgen 2000, S. 410 ff.; Hofer 2001, S. 1 ff., 275 ff. m. w. N.; HKK-Rückert 2003, vor § 1 Rz. 93 ff. Zur parallelen Revision der mit dem neunzehnten Jahrhundert assoziierten Mythen der strengen Richterbindung und der Begriffsjurisprudenz nur Ogorek 1986, S. 4 ff.; Haferkamp 2004, S. 2 ff., 443 ff.

und zwar die ahistorische Ausblendung von Wieackers Verfallsdiagnose durch Rückschritt zu einem normativ geschlossenen Privatrechtssystem ebenso wie die fatale Selbstüberschätzung der kritischen Rechtstheorie, sich der fortbestehenden Wirksamkeit des liberalen Privatrechtsmodells durch schlichte Widerlegung seiner theoretischen Grundlagen entledigen zu können.

Das vorliegende Buch hält die theoretische Begründbarkeit oder Widerlegbarkeit bestimmter Privatrechtsmodelle als solche nicht für entscheidend. Ziel der folgenden Ausführungen ist es vielmehr, das normative Selbstverständnis des Privatrechts, eine selbstrechtfertigende Ordnung des freiverantwortlichen Rechtsverkehrs unter Gleichen zu schaffen, *als soziale Praxis* ernst zu nehmen und zu fragen, warum und unter welchen Voraussetzungen gerade dieser normative Anspruch ebenso wie die dagegen gerichtete Kritik *praktisch* wirksam werden konnten und dies bis in die Gegenwart hinein gleichermaßen sind. Diese Abhandlung erfordert damit einen Blickwechsel gegenüber den herkömmlichen Fragestellungen der kritischen Privatrechtstheorie und normativen Rechtsethik. Gefragt wird nicht: Ist die normative Einheit des Privatrechts begründbar? Sondern vielmehr: Weshalb ist die Annahme normativer Einheit des Privatrechts offenbar ganz unabhängig von ihrer normativen Begründbarkeit faktisch *wirksam*? Welcher Problemzumutung, welchem gesellschaftlichen Rechtfertigungsbedarf begegnet das Rechtsdenken mittels der Konstruktion eines normativ einheitlichen Privatrechts? Wie ist die faktische Kraft des Normativen zu erklären, die das liberale Privatrechtsmodell bis in die Gegenwart hinein gegen stets erneuerte Kritik immunisiert?¹⁵

Fragen wie die soeben gestellten lassen sich nur aus einer im Grundansatz rechtssoziologischen Perspektive beantworten, die den *empirischen* Befund des modernen Privatrechtsdiskurses sowohl in seinen affirmativen als auch in seinen kritischen Tendenzen als Antwort auf eine bestimmte gesellschaftliche *Problemlage* begreift.¹⁶ Im Folgenden soll die These begründet werden, dass diese Problemlage eng mit dem Wandel zur *Moderne* verbunden ist, der sich in den westlichen Gesellschaften spätestens seit dem siebzehnten Jahrhundert vollzogen hat.¹⁷ Es ist nicht leicht zu bestimmen, worin dieser fundamentale Wandel

¹⁵ Beispielhaft zu einem solchen soziologischen Perspektivwechsel von normativer Begründbarkeit hin zu sozialer Praxis *Nassehi* 2006, S. 25 ff., 47 ff.; *Nassehi* 2009, S. 33.

¹⁶ Ähnlich *Nassehi* 2006, S. 25, 48; im Ansatz auch *Nassehi* 2003, S. 127, 145.

¹⁷ Ein umfassender Überblick über die fast unübersehbare – historische, philosophische, kulturwissenschaftliche, soziologische – Literatur zur Moderne muss an dieser Stelle unterbleiben. Nachstehend seien zunächst nur die Hauptreferenzen genannt, an denen sich die hier zugrundegelegte Interpretation des Modernebegriffs – als soziale Systemstruktur in untrennbarem Bezug zur westlichen Aufklärung einschließlich ihrer Dialektik – orientiert: *Habermas* 1988; *Habermas* 1992b; *Luhmann* 1992a; *Nassehi* 2003; *Nassehi* 2006; *Latour* 2008. Außer Betracht bleiben dagegen entwicklungspolitisch motivierte Modernisierungsbegriffe, zu denen die seit etwa 1950 geopolitisch dominierende Annahme globaler kultureller Konvergenz auf der Grundlage westlicher Modernevorstellungen gehört, ebenso wie Shmuel N. Eisenstadts kritisches Gegenkonzept der „multiple modernities“; vgl. *Eisenstadt* 2000, S. 1 ff.;

im Einzelnen lag. Im vorliegenden Zusammenhang sollen jedoch zwei Aspekte hervorgehoben werden: Zum einen eine affirmative Dimension, im Folgenden auch als „erste Moderne“ bezeichnet,¹⁸ die im Rationalitätsanspruch der europäischen Aufklärung paradigmatisch verkörpert ist und spätestens seit dem siebzehnten Jahrhundert zum Durchbruch gelangte. Zu den deutlichsten Kennzeichen dieser aufklärerischen Moderne zählen die Hinwendung zum willensbegabten Subjekt, also zu einem methodischen und normativen Individualismus, der in den zeitgenössischen Schriften von Hobbes und Locke bis zu Kant und Adam Smith breiten Ausdruck findet, sowie zur rationalen Durchdringung aller Lebensbereiche, die nach dem Zusammenbruch der mittelalterlich-kosmologischen Weltordnung schließlich zur immer weitergehenden Säkularisierung, Enttraditionalisierung und funktionalen Ausdifferenzierung einzelner gesellschaftlicher Teilsysteme führte.¹⁹

Zum anderen umfasste die Selbstreflexion der Moderne jedoch von Anfang an auch die Grenzen und Aporien ihres eigenen Legitimationsdiskurses, die hier unter Adaption einer anderweitig verbreiteten Begriffsbildung auch als „zweite“ oder „reflexive Moderne“ bezeichnet werden sollen.²⁰ In Abwesenheit eines allgemeinverbindlichen, materiellen Maßstabs, der als Korrektiv des individuellen Willens hätte dienen können, erschloss sich spätestens ab dem achtzehnten Jahrhundert die Erfahrung der Gestaltbarkeit und damit auch der potentiellen Beliebigkeit der Gesellschaftsordnung. Die Frage nach dem Zusammenhalt der bürgerlichen Gesellschaft avancierte zum normativen Grundproblem der Rechts- und Sozialphilosophie und wurde spätestens im neunzehnten Jahrhundert als Dilemma erkannt. Seit Rousseau und Hegel gehört es zu den Gemeinplätzen der Modernisierungskritik, dass die moderne Gesellschaft eine immanente Dynamik entfaltet, die zu Desintegration und Verelendung führt und schließlich auch vor ihren eigenen Voraussetzungen nicht halt macht.²¹ Individualisierung, Rationalisierung und Differenzierung werden bei zunehmender Desintegration der Gesellschaft selbst zum gesellschaftlichen Problem, dem

Eisenstadt 2006, S. 9ff., 277ff.; *Eisenstadt/Schluchter* 1998, S. 2ff.; *Wittrock* 1998, S. 19ff.; *Wittrock* 2000, S. 31 ff. Vgl. zur Vielschichtigkeit soziologischer Modernisierungstheorien ferner die Beiträge in *Zapf*³1971 sowie *Webler* 1975, S. 11 ff.; *M. R. Lepsius* 1977, S. 10ff.; *Scheuch* 1991, S. 109ff.; *Berger* 1996a, S. 10; *Berger* 1996b, S. 45ff.; *Zapf* 1975, S. 215ff.; *Zapf* 1996, S. 63ff.; *Luhmann* 1998, Bd. 2, S. 1082ff.

¹⁸ Die – aus der Architekturtheorie geläufige – Unterscheidung zwischen „erster“ und „zweiter“ Moderne wird von Teilen des soziologischen Schrifttums im Sinne der noch näher zu erläuternden Differenzierung zwischen „einfacher“ und „reflexiver“ Modernisierung gedeutet. Vgl. *Beck* 1986, S. 14ff.; *Beck* 1991, S. 40ff.; *Giddens* 1996a, S. 52ff. sowie die Beiträge in *Beck/Giddens/Lash* 1996 und *Beck/Bonß* 2001.

¹⁹ Zu diesen Grundbeobachtungen der Moderne *Zapf* 1975, S. 215ff.; *Webler* 1975, S. 14ff.; *Luhmann* 1992a, S. 51ff.; *Blumenberg*³1997, S. 11ff.; *Nassehi* 2003, S. 129ff., 146ff.

²⁰ Siehe bereits vorstehend Fn. 18. Speziell zur zweiten Moderne *Beck* 1986, S. 14ff., 25ff.; *Beck* 1991, S. 40ff. sowie die Beiträge in *Beck/Giddens/Lash* 1996 und *Beck/Bonß* 2001.

²¹ *Rousseau* 1755/1964, Teil 2, S. 164ff.; *Hegel* 1821/1986, §§ 243ff., S. 389ff.

nicht durch weitere Individualisierung, Rationalisierung und Differenzierung beizukommen ist.²² Fortgesetzte Modernisierung tendiert zur Selbstlimitierung und Selbstaufhebung. Das Ergebnis dieser beiden gegenläufigen Tendenzen ist unsere heutige Lebenswelt, geprägt von der Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen, von Aufklärung und immanenter Gegenaufklärung, von Rationalität und gleichzeitiger Verweisung auf Traditionsreservate, von Individualisierung und ständigem Rekurs auf alte und neue Formen der Vergemeinschaftung, von Affirmation und Kritik auf derselben intellektuellen Grundlage.²³

Wie spiegelt sich diese Ambivalenz der Moderne in privatrechtlichen Diskurszusammenhängen wider? Was folgt daraus für gegenwärtige Probleme und Aporien des Privatrechtsdenkens? Ziel der vorliegenden Abhandlung ist es, auf diese Fragen vor dem Hintergrund der philosophisch-soziologischen Reflexion der Moderne eine Antwort zu geben. Dabei liegt einerseits die Affinität zwischen dem normativen Individualismus der aufgeklärten, affirmativen „ersten Moderne“ und dem privatautonomen Wertungskern des gegenwärtigen Privatrechts auf der Hand. Seit Beginn der Neuzeit begreift sich das Individuum als für sich selbst regelsetzend und für seine Lebensgestaltung selbst verantwortlich; das Privatrecht gibt ihm hierzu die normativen Mittel an die Hand. Das Privatrecht enthält damit die paradigmatische Antwort des Rechts auf die typische Legitimationsstruktur der Moderne: *Privatrechtsentstehung ist Selbstvergewisserung der Moderne*. Auf der anderen Seite wirken jedoch auch die spezifischen Legitimationsdefizite und Aporien der Moderne in das Privatrecht ein und prägen dessen Diskurs durch keineswegs nur marginale Einsprengsel antimodernen, nichtindividualistischen Gedankenguts, also Elemente einer „zweiten Moderne“, ohne die das Gesamtsystem nicht tragfähig wäre und die es dennoch um seiner Einheit willen nicht offen akzeptieren kann. Dem Nachweis dieser unausweichlichen Instabilität der normativen Einheit des modernen Privatrechts ist das Hauptaugenmerk dieser Untersuchung gewidmet. Ihr Ziel ist erreicht, wenn es gelingt, nicht nur die allgemein bekannten „Materialisierungserscheinungen“ im Privatrecht aufzuzählen, sondern die weit darüber hinausreichenden Tiefenstrukturen seiner ambivalenten Modernität herauszuarbeiten und in ihrer Dynamik als systemimmanent zu erweisen.

Die folgenden Ausführungen sind in zwei Hauptteile gegliedert, die der Theorie und Reflexion der Moderne sowie deren konkreten Ausprägungen im modernen Eigentumsdenken gewidmet sind. Ein abschließender Ausblick dient dem ergänzenden Blick auf künftige Strukturen eines sich immer weiter moder-

²² Beck 1996a, S. 39 ff., insbes. 46; Giddens 1996b, S. 115 ff.; Beck/Bonß/Lau 2001, S. 22 ff., 31 ff.; Nassehi 2003, S. 172 ff.

²³ Diese Ambivalenz bildet ein Grundmotiv der soziologischen Modernetheorie. Grundlegend Horkheimer/Adorno 1944/1988, S. 9 ff.; weiterführend Beck 1986, S. 13 ff., 25 ff.; insbes. 310; Habermas 1988, S. 130 ff.; Nassehi 2003, S. 129 ff.; insbes. 134 („Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen“); Nassehi 2006, S. 357 ff.; Latour 2008, S. 67 ff.

nisierenden Privatrechts. Im Zentrum des ersten Teils der Abhandlung stehen zunächst die Begriffe der „ersten“ und „zweiten Moderne“. Dabei gilt es, diejenigen Aspekte der philosophisch-soziologischen Moderne herauszuarbeiten, die sich möglichst unabhängig vom gewählten Blickwinkel oder theoretischen Ausgangspunkt als gesamtgesellschaftliche Strukturverschiebungen darstellen lassen und damit auch für die Entwicklung des Rechts relevant sind. Selbst ein solcher Minimalbegriff der Moderne kann im Folgenden jedoch nicht einfach auf das Recht „angewandt“ werden, da dessen autonome Diskursstruktur ein solches Vorgehen verbietet. Ziel der folgenden Ausführungen ist es vielmehr, anhand der rechtshistorischen und rechtstheoretischen Quellenlage zu einem Begriff der Moderne im *Recht*, und zwar spezifisch im Privatrecht zu gelangen.

Auf dieser Grundlage befasst sich der zweite Teil der Abhandlung mit konkreten rechtlichen Konsequenzen der zweiseitigen Moderne und entfaltet diese anhand eines exemplarischen privatrechtlichen Systembegriffs: des Eigentums. Anhand der Dogmatik und Theorie des Eigentums bzw. des dinglich-absoluten Rechts soll die Entstehung des modernen Privatrechtssystems nachgezeichnet und mit dem Phänomen gesellschaftlicher Modernisierung samt ihrer Aporien in Bezug gesetzt werden. Die Wahl des Eigentumsbegriffs als Ausgangspunkt ist dabei nicht zufällig. Denn zu den Grundelementen, die sämtlichen privatrechtlichen Systementwürfen unabhängig von ihrer konkreten Genese und Rechtsfamilienzugehörigkeit angehören, zählt neben dem Personen- und Obligationenrecht namentlich das Sachenrecht mit seiner Zentralkategorie des Eigentums. Auch im neuzeitlichen Vernunftrecht spielt das Eigentum als Inbegriff des absoluten subjektiven Privatrechts eine wesentliche Rolle. Dabei ist der Übergang vom klassischen Sacheigentum zu zunehmend entmaterialisierten, personalisierten subjektiven Rechtsformen des geistigen Eigentums und Persönlichkeitsrechts fließend und offenbart, wie sich zeigen wird, gerade anhand seiner Zwischenglieder die Aporien des modernen Rechtsdenkens. Dieser zweite Hauptteil der Untersuchung will damit mehr sein als eine rechtstheoretische Analyse des Eigentumsdenkens der Neuzeit. Er zielt vielmehr auf eine exemplarische Strukturgeschichte der Moderne im Privatrechtsdenken, auf deren Grundlage der gegenwärtige Stand des Privatrechtsdenkens mit seinen typischen Legitimationsmustern und Aporien erst verständlich wird.

In welche Richtung bewegt sich das moderne Privatrechtsdenken darüber hinaus insgesamt? Auf diese Frage versucht der abschließende Ausblick im Lichte zunehmender Globalisierung, aber auch Reprivatisierung des Privatrechts Antworten zu finden. Was bleibt etwa von der Vorstellung eines vom Staat gesetzten und dem Bereich des Öffentlichen entgegengesetzten Privatrechts unter den Bedingungen der Internationalisierung, Pluralisierung und Privatisierung der Privatrechtssetzung? Lässt sich etwa der Ausnahmecharakter der Vertrauens- und Risikohaftung auch dann noch aufrechterhalten, wenn deren Wertungen faktisch längst die Rechtsanwendung im privatautonomen Vertrags- und Haf-

tungsrecht dominieren? Kann es überhaupt so etwas wie ein funktionales Privatrecht in einer dysfunktionalen Gesellschaft geben?²⁴ Abschließende Antworten auf diese und ähnliche Fragen können im Folgenden nicht gegeben werden. Doch viel ist schon gewonnen, wenn sich der privatrechtliche Diskurs der Moderne der erheblichen, fortdauernden Dynamik seiner gesellschaftlichen Grundlagen bewusst wird. Das vorliegende Buch versteht sich in diesem Sinne als Wegweiser.

²⁴ Kritisch aus vergleichend-rechtsanthropologischer Perspektive *Riles* 2008, S.201 ff.; dazu *Auer* 2008d, S.210 ff.

Privatrecht, Diskurs, Moderne

Die Frage, was die Gesellschaft im Innersten zusammenhält, wie soziale Ordnung möglich ist und wie sich ihr bemerkenswertes Beharrungsvermögen selbst in Anbetracht der vorauszusetzenden Handlungsfreiheit jedes einzelnen an ihr beteiligten Individuums erklären lässt, bildet das Grundproblem der Soziologie.¹ Gegenstand des vorliegenden Kapitels ist dieses Problem insoweit, als auch der Begriff der Moderne einen solchen sozialen Tatbestand bezeichnet, nämlich einen alle gesellschaftlichen Bereiche ergreifenden Epochenwandel, der seit dem späten Mittelalter einsetzte und spätestens seit der frühen Neuzeit als umfassender gesellschaftlicher Strukturwandel fühlbar wurde.² Dieser Wandel zur Moderne hat seitdem eine Fülle von Reflexionsversuchen hervorgebracht.

Tatsächlich sind die Begriffe „modern“, „Moderne“ und „Modernisierung“ in ihrer heutigen Begriffsverwendung selbst Ausdruck eines Wandels hin zu etwas fundamental Neuem. Seit etwa 1650 gewann das seit der Spätantike gebräuchliche Attribut *modernus* eine spezifische kulturwissenschaftliche Bedeutung, die die bis dato gültigen geschichtsphilosophischen Weltbilder – die christlich-mittelalterliche Sicht der Nachantike als Verfallsgeschichte ebenso wie das zyklische, auf das uneinholbare Vorbild der Antike rekurrierende Geschichtsbild der Renaissance – transzendierte.³ Erstmals schien es möglich, dass die gewaltigen Fortschritte der Naturwissenschaften seit Kopernikus und Descartes im Bereich der Künste, des Kulturellen und des Sozialen eine Entsprechung besitzen könnten.⁴ So auch im Rechtsdenken: Ab 1690 erschien das At-

¹ Dies ist natürlich nur eine Möglichkeit, den Gegenstand der Soziologie bzw. den für sie charakteristischen „soziologischen Blickwinkel“ zu umschreiben. Vgl. *Wagner* 1993b, S. 1; *Nassehi* 2006, S. 25 ff.

² Im Folgenden werden bewusst beide hier angedeuteten Dimensionen des Modernebegriffs – als Epochenwandel ebenso wie als Strukturwandel, d. i. als Geschichtsmodell der „großen Transformation“ hin zur Industriegesellschaft einerseits sowie als Analysemodell gesellschaftlicher Binnenstrukturen andererseits – in Bezug genommen. Beide Dimensionen stellen oft untrennbare Bestandteile der soziologisch-historischen Modernisierungsdebatte dar. Dazu *Berger* 1996a, S. 10; *Koselleck*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1972, Bd. 1, S. XIV ff. (Einleitung); *Habermas* 1988, S. 9 f., 13 ff.

³ Dazu *Gumbrecht*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1978, Bd. 4, S. 96 ff., 99 ff. (Modern, Modernität, Moderne); *Habermas* 1988, S. 9 ff., insbes. 18 ff.; *Nassehi* 2003, S. 132 ff.

⁴ Eine der frühesten Debatten über den kulturtheoretischen Modernebegriff, die seit 1687 innerhalb der Académie Française geführte „Querelle des Anciens et des Modernes“, endete mit dem Ergebnis, dass dem unbestreitbaren Vorrang der zeitgenössischen Wissenschaft im

tribut *modernus* im Titel des Pandektenkommentars Samuel Stryk und wurde in der Folgezeit titelgebend für die gesamte Epoche des *usus modernus pandectarum*, d. h. der „zeitgemäßen Praxis“ des gemeinen Rechts im Zeitraum zwischen spätmittelalterlicher Rezeption und vernunftrechtlicher Revolution, in dem die textuelle Autorität des römischen Rechts kritisch hinterfragt und gegenüber den Methoden wissenschaftlich-rationaler Systematisierung geöffnet wurde.⁵ Der Begriff der „Moderne“ bezeichnet spätestens seit dem siebzehnten Jahrhundert also eine dem Vergangenen nicht mehr statisch, sondern *dynamisch* entgegengesetzte Gegenwart, deren Charakteristikum gerade in dieser Dynamik liegt; eine gestaltbare Gegenwart, deren Wert in ihrer Gestaltbarkeit liegt und die sich selbst als künftige Vergangenheit ihrer eigenen Zukunft denken kann.⁶ Als „modern“ gilt seitdem nicht mehr das Neue schlechthin, sondern eine spezifische Ausprägung des Neuen als Kontingenz und Relativität, als Bruch mit dem Absoluten und mit traditioneller Autorität.⁷

Die Frage, welche intellektuellen Voraussetzungen eine Gesellschaft befähigen, sich selbst in Begriffen wie Relativität, Kontingenz und Pluralismus zu denken und welche Folgen dies für ihre Selbstreflexion hat, bildet den Schlüssel zum Verständnis des normativen Phänomens der Moderne und damit auch zur Moderne im Recht. Dabei erzwingt der folgende Abriss moderner Ideengeschichte der Rechtsphilosophie die Einführung der bereits einleitend erwähnten weiteren Binnenabgrenzung zwischen „erster“ und „zweiter“ Moderne:⁸ Ist die Moderne stets im Fluss, ist es mit einer metatheoretischen Beschreibung ihrer systemtheoretischen Struktur nicht getan. Was jeweils „modern“ ist, hat sich seit dem siebzehnten Jahrhundert bis zur Gegenwart vielfach gewandelt und ist zur Zukunft hin offen. Als „modern“ lassen sich zudem nicht nur Gesellschaften als solche, sondern auch soziale Strukturen, Muster oder Subsysteme bezeichnen, deren Koinzidenz mit gegenläufigen, antimodernen Tendenzen – wie sich zeigen wird – wiederum Teil des erklärungsbedürftigen Phänomens der Moderne ist.

Vergleich zur Antike ein entsprechender Vorrang der modernen Künste entsprechen müsse. Vgl. Perrault 1688/1964; dazu Gumbrecht, in: Brunner/Conze/Koselleck 1978, Bd. 4, S. 99ff., 130 (Modern, Modernität, Moderne); Habermas 1988, S. 17; Nassehi 2003, S. 132 f.

⁵ Stryk's Kommentar beginnt mit einer kritischen Einführung in Geltung und Gebrauch des römischen Rechts im Deutschland der „Gegenwart“. Dieser spezifische Zeit- und Ortsbezug setzt sich innerhalb des Kommentars an vielen Stellen fort; vgl. Stryk³1708, Bd. 1, S. 1 ff., 39ff. (zu D. 1.1.) u. ö. Zu Stryk und dessen Bedeutung für den *usus modernus* vgl. Luig 1991, S. 219 ff.; Wieacker²1967, S. 204 ff., 220 f.; Stintzing/Landsberg 1884, Bd. 2, S. 1 ff., 10 ff.

⁶ Dazu eingehend Gumbrecht, in: Brunner/Conze/Koselleck 1978, Bd. 4, S. 96, 99 ff. (Modern, Modernität, Moderne); zum Zeitbegriff der Moderne auch Lyotard 1990, S. 149 ff.; Habermas²1992b, S. 33 ff.; Nassehi 2003, S. 132 ff.

⁷ Vgl. Gumbrecht, in: Brunner/Conze/Koselleck 1978, Bd. 4, S. 96 ff., 109 ff., 126 ff. (Modern, Modernität, Moderne); Luhmann 1992a, S. 93 ff.; Habermas²1992b, S. 35; Nassehi 2003, S. 134 ff., 159 ff.

⁸ Vorstehend Einführung bei Fn. 18 und 20.

§ 1 Die erste Moderne: Die Wende zum Subjekt

Fragt man ganz allgemein, worin das verbindende Element der verschiedenen Erscheinungsformen der westlichen Moderne liegt – von der europäischen Renaissance, der Reformation und Trennung von Staat und Religion, der Aufklärung, industriellen Revolution und Wendung bis hin zum säkularen, egalitären National- und Rechtsstaat der Gegenwart –, so sticht ein Phänomen hervor: die zuvor ungekannte Freiheit, mit der die Eigengesetzlichkeiten der jeweiligen gesellschaftlichen Teilsysteme – Recht, Staat, Familie, Wirtschaft, Wissenschaft, Religion, Kunst – plötzlich unabhängig voneinander entfaltet und gerade dadurch zur Hochblüte getrieben werden konnten.¹

Seit der Wende zur Moderne ist es denkmöglich geworden, dass es in der Wissenschaft auf Wahrheit und nicht auf Gottgefälligkeit ankommt, dass Recht und Moral, Moral und Wirtschaft, Wirtschaft und Staat, Staat und Familie in ihren jeweiligen Funktionsbedingungen zu trennen sind.² Auf der Ebene des einzelnen Individuums wirkt diese funktionale Differenzierung der modernen Gesellschaft noch einschneidender. Anders als in der vormodernen Welt lässt sich die soziale Rolle des modernen Menschen nicht mehr durch einheitliche Inklusion in die Gesellschaft als solche bestimmen.³ Es gibt kein gesellschaftliches Gesamtsystem mehr, das den Menschen wie in den ständischen Gesellschaften der Vormoderne *als Ganzen* ergreift und ihm seinen Platz in der Gesellschaft unwiderruflich zuweist. Der moderne Mensch ist *frei*:⁴ Er steht his-

¹ In soziologischer Fachterminologie ist dies gleichbedeutend mit der funktionalen Ausdifferenzierung autopoietischer Funktionssysteme, die heute zum systemtheoretischen Grundrepertoire soziologischer Beschreibungen der Moderne zählt. Vgl. *Luhmann* 1987, S. 576 ff., 642 ff.; *Luhmann* 1992a, S. 26 ff.; *Luhmann* 1998, Bd. 2, S. 595 ff.; *Nassehi* 2003, S. 146 ff.; *Kneer* 2004, S. 25 ff.; *Nassehi* 2006, S. 414 ff.; aus rechtstheoretischer Sicht dazu instruktiv *Lege* 2011a, S. 36 ff. Im Folgenden wird vom Gebrauch derartiger Fachterminologien weitestgehend abgesehen, da es der Rechtstheorie auch bei interdisziplinärem Arbeiten – ganz im Sinne der funktionalen Ausdifferenzierung bzw. operativen Geschlossenheit des Rechtssystems; vgl. *Luhmann* 1995a, S. 38 ff. – nicht um den unmittelbaren Anschluss an fachfremde Theoriearchitekturen gehen kann.

² Anschaulich *Lege* 2011a, S. 39; *Nassehi* 2009, S. 27.

³ Vgl. *Luhmann* 1998, Bd. 2, S. 618 ff., 707 ff., 743 ff.; *Nassehi* 2003, S. 98 ff.; *Nassehi* 2006, S. 84 ff.

⁴ D.h.: Er konstituiert sich vor dem Hintergrund divergierender sozialer Erwartungslagen als Zurechnungssubjekt individuellen Handelns. Vgl. *Nassehi* 2003, S. 93 ff.; *Nassehi* 2006, S. 69; *Nassehi* 2009, S. 28 ff. („Theodizee des Willens“).

torisch erstmals vor der Möglichkeit, aber auch unter dem Zwang, seine Identität innerhalb der divergierenden Bereichslogiken der einzelnen gesellschaftlichen Funktionssysteme selbst zu konstituieren.⁵ Dieser fundamentale Wandel der menschlichen Rolle innerhalb der Gesellschaft konnte nicht ohne Auswirkungen auf die Selbstbeschreibung und Selbstreflexion des Menschen bleiben. „Sapere aude! Habe Muth dich deines *eigenen* Verstandes zu bedienen!“ So umschreibt Kant das Selbstverständnis des aufgeklärten Menschen.⁶

Entsprechendes gilt seit Anbruch der frühen Neuzeit für die normativen Praktiken der Moral, des Rechts und des Staatswesens. Nachdem die aristotelisch-teleologischen Legitimationsgrundlagen der mittelalterlichen Gesellschaft unter dem Modernisierungsdruck von Renaissance, Reformation und Aufklärung ins Wanken geraten waren, blieb allein das menschliche Individuum als moralische Instanz bestehen. Auf dieser Grundlage entstand seit der Frühmoderne das Wertprogramm des normativen Individualismus. Danach können normative Entscheidungen nur durch Rückführung auf die betroffenen einzelnen Individuen, nicht dagegen unter Berufung auf überindividuelle Entitäten oder Werte gerechtfertigt werden.⁷ Von einem konsequent individualistischen Standpunkt aus gibt es kein anerkanntes öffentliches Gut oder Interesse unabhängig von seinem Wert für die betroffenen Individuen. Daraus folgt, dass es im normativen Diskurs der Neuzeit keine begründbare Moral ohne Rücksicht auf das individuelle Gewissen, keinen Vertragsschluss ohne Willen der Betroffenen und keine legitime Staatsgewalt ohne Rückführung auf die ihr unterworfenen Subjekte geben kann.

Zu den ersten Beispielen für diese neue Weltsicht gehörten die anthropomorphen, vertraglich konstruierten Staatstheorien Hugo Grotius' und Thomas Hobbes', die dem bisher dagewesenen Rechts- und Staatsdenken etwas fundamental Neues entgegensetzten: den Versuch, die Gesellschaft von den einzelnen beteiligten Subjekten her zu denken, die damit zur Normquelle und Analogiegrundlage für die gesamte Staatstheorie wurden.⁸ Woher aber bezieht das einzelne Subjekt diese normative Qualität? Eine zeitgenössische Antwort lautet: aus seiner Eigenschaft als *Person*.⁹ Von diesem Begriff ausgehend soll daher im

⁵ Nassehi 2003, S. 98ff.

⁶ Kant 1784/1912, Bd. 8, S. 35. Zur fundamentalen Bedeutung Kants für das Selbstverständnis der Moderne Habermas 1988, S. 30f.; Auer 2008a, S. 624, 631ff.; Latour 2008, S. 77; Nassehi 2009, S. 28ff.

⁷ Zum Begriff v. d. Pfordten 2011, S. 249ff., insbes. 258ff. Hervorgehoben sei nochmals, dass es vorliegend nur auf die soziale Struktur, nicht dagegen auf die ethische Begründbarkeit dieses Wertprogramms ankommt. Zur Kritik der letzteren eingehend Nassehi 2003, S. 258ff., insbes. 278ff.; Nassehi 2009, S. 33.

⁸ Vgl. Grotius 1625/2005, Hobbes 1651/1996. Eindrucksvoll lässt sich die individualistische und anthropomorphe Staatsbegründung bei Hobbes bereits am bekannten Frontispiz des „Leviathan“ ablesen. Dazu Brandt 1982, S. 201ff.; Kersting, in: Brunner/Conze/Koselleck 1990, Bd. 6, S. 921f. (Vertrag).

⁹ Vgl. Kobusch 1997, S. 11.

Folgenden das genuin moderne Wertungsnetz des normativen Individualismus – Person, subjektives Recht, Wille, Staat, Gesellschaft – durchleuchtet werden, das dem Privatrechtsdenken bis heute zugrundeliegt.

I. Die Entdeckung der Person

Die Bedeutung des Personenbegriffs als privatrechtlicher Systembegriff erschließt sich bereits anhand seiner zentralen Stellung in den römisch-gemeinrechtlich geprägten europäischen Privatrechtsordnungen, die Recht und Status der natürlichen bzw. juristischen Person meist ganz an der Spitze ihrer Systematik verorten. Dies gilt für die Kodifikationen Deutschlands und der Schweiz, die die allgemeinen Regeln der Person jeweils unter Abtrennung des Familienrechts an den Anfang ihres Allgemeinen Teils stellen, ebenso wie für den französischen Code civil und das noch am weitesten der klassischen Institutionengliederung verpflichtete österreichische ABGB.¹⁰ Der Personenbegriff dient dabei durchweg der Zuweisung von Rechtsfähigkeit: Person im Rechtssinne bzw. Rechtssubjekt ist jedermann, der die Fähigkeit besitzt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.¹¹ Die Person steht am Beginn des modernen Rechtsverständnisses; ohne Person kein subjektives Recht.

Wesentlich ist nun, dass sich diese zentrale Systemstellung des Personenbegriffs allenfalls zum Teil auf dessen römischrechtliche Provenienz zurückführen lässt. In den antiken Ursprüngen des Personenbegriffs ist der moderne Bedeutungsgehalt der allgemeinen gleichen Rechtsfähigkeit noch nicht entfaltet.¹² Das lateinische *persona* verweist wie das griechische *prósopon* ursprünglich auf äußerliche Rollenzuschreibungen des Menschen: Gesicht, Miene, Gestalt, Oberfläche, Theatermaske, soziale Rolle.¹³ Das *ius personarum* der justinianischen Institutionen und Digesten wies verschiedenen Personengruppen dementsprechend jeweils ihrer sozialen Rolle entsprechende abgestufte Rechte zu.¹⁴ Zwar kannten auch Spätantike und Frühmittelalter bereits eine moralische

¹⁰ §§ 1 ff. BGB, Art. 11 ff. ZGB, Art. 7 ff. Code civil, §§ 15 ff. ABGB.

¹¹ So mit geringfügigen Unterschieden jeweils § 1 BGB, Art. 11 ZGB, Art. 8 Code civil, §§ 16, 18 ABGB.

¹² Dies gilt sowohl für das römische Recht, das den Begriff der Rechtsfähigkeit noch nicht kannte, als auch für die platonische und aristotelische Ontologie, in der jedem Seienden eine abgestufte Würde (*axía*) zukam. Vgl. *Kobusch* ²1997, S. 26; *Kaser/Knütel* ¹⁹2008, § 13 Rz. 1 f., S. 83.

¹³ Zum Begriff *Kobusch* ²1997, S. 26, 28. Wohl verwandt mit der ursprünglichen nichtegalitären Bedeutung ist seit dem hebräischen Alten Testament auch der Begriff der „Ansehung der Person“ im Sinne persönlicher Begünstigung oder Parteilichkeit; dazu *Forster* 2013, S. 335 ff.

¹⁴ Unterschieden wurde namentlich nach den drei Kriterien Freiheit (*libertas*), Bürgerrecht (*civitas*) und Stellung im Familienverband. Vgl. Inst. 1.2., 1.3., 1.8 ff.; Ulp. D. 1.1.2; Gai. D. 1.5.3; D. 1.6.pr.; Ulp. D. 1.6.4; zum Ganzen *Kaser/Knütel* ¹⁹2008, § 13 Rz. 2 ff., S. 83 f.

Konnotation des Personenbegriffs. Boethius bestimmte die Person im sechsten Jahrhundert nach Christus als individuelle Substanz von vernünftiger Natur – „*naturae rationabilis individua substantia*“.¹⁵ Dennoch begann die Loslösung von der aristotelischen Ontologie und Entwicklung einer eigenständigen Metaphysik der moralischen Person auf der Grundlage einer Verbindung von Freiheit und Würde erst in der christologischen Debatte des dreizehnten Jahrhunderts.¹⁶ Alexander von Hales unterschied zwischen *subiectum*, *individuum* und *persona* als drei unterschiedlichen, aber dennoch im Personenbegriff verbundenen Seinsweisen Christi, wobei „Subjekt“ die physische Natur, „Individuum“ die Vernunftnatur sowie „Person“ schließlich die mit Würde begabte, göttlich-moralische Seinsweise Christi bezeichnete.¹⁷ Bonaventura rechnete in der Folge das „unendliche Verdienst“ der Erlösung der Menschheit durch Christus der „unendlichen Würde seiner Person“ zu, so dass es schließlich nur noch eines kurzen Schrittes bedurfte, um die Würde der Person unmittelbar auf den Menschen zu beziehen.¹⁸ Diesen Schritt vollzog die spanische Spätscholastik, die das moralische Sein und die subjektive Rechtsfähigkeit im sechzehnten und siebzehnten Jahrhundert als allgemeine moralontologische Probleme diskutierte und mit der Vernunftnatur und Freiheit des Menschen in Verbindung brachte.¹⁹

Doch der entscheidende Schritt zur Moderne erfolgte erst, als die Person *als solche*, also der Mensch *in seiner moralischen Qualität*, in das Zentrum des Rechts- und Moraldenkens rückte und als Quelle der Normativität von Recht und Moral erkannt wurde. Dazu bedurfte es einer Verbindung der moralontologischen Vorstellung, dass es unabhängig von der physischen Existenz so etwas wie ein moralisches Sein des freien Menschen geben müsse, mit der Erkenntnis, dass die Rechts- und Pflichtenfähigkeit des Menschen gerade an eben dieses moralische Sein gekoppelt ist, dass also Rechte und Pflichten keine vom Personencharakter des Menschen verschiedene Quelle besitzen können.²⁰ Anders gewendet: Die Durchsetzung des normativen Individualismus als Basis des modernen Rechts- und Moraldenkens setzte voraus, dass Physis, Vernunft und Moralität des Menschen durch ein einheitliches Gesetz der Moralfähigkeit kraft vernünftiger Freiheit kurzgeschlossen und damit auf einen einheitlichen Gel-

¹⁵ Boethius 1988, S. 74 (Contra Eutychen et Nestorium, vor 522); dazu Kobusch²1997, S. 28.

¹⁶ Eingehend Kobusch²1997, S. 23 ff., 27 ff. m. w. N.

¹⁷ Alexander de Hales 1954, Bd. 3 (Sententiarum Lib. III), Dist. VI.36 (S. 80) (ca. 1220–27). Vgl. auch ebd., Dist. VI.38 (S. 87), wo die Person als würdebegabtes moralisches Wesen definiert wird: „*Persona res moris est, quia dicit proprietatem dignitatis*“, sowie die Parallelstellen ebd., Dist. V.45 (S. 71); VI.13 (S. 78); VI.32 (S. 84); VI.48 (S. 90); X.9 (S. 117). Zum Ganzen Kobusch²1997, S. 23 ff.

¹⁸ Bonaventura 1887, Bd. 3 (Sententiarum Lib. III), Dist. XIII Art. 1 Quaest. 2 (S. 280) (ca. 1250–52): „*Meritum illud est infinitum, non ratione gratiae creatae in se, sed ratione infinitae dignitatis personae*.“ (Hervorhebung im Original.) Dazu Kobusch²1997, S. 30.

¹⁹ Etwa Suárez 1628/1856, Bd. 4, S. 277 ff., insbes. 284 f.; dazu Kobusch²1997, S. 55 ff.; allgemein dazu auch Böckenförde 2002, S. 312 ff., 368 ff.

²⁰ Zum Erfordernis dieses weiteren Schrittes Auer 2008a, S. 624.

tungsgrund gebracht werden konnten. Der Aufgabe, ein solches Gesetz zu formulieren, nahm sich bekanntlich vor allem Kant mit bis heute durchschlagender Wirkung an.²¹ Interessant ist es im vorliegenden Zusammenhang jedoch, den Blick zunächst auf dem Vorfeld der kantischen Revolution ruhen zu lassen, als die für den modernen Rechtsbegriff maßgeblichen begrifflichen Elemente – Person, Freiheit, Vernunft, Wille, Recht – zwar bereits weitgehend entwickelt, aber gerade noch nicht zu einem normativ einheitlichen Rechtsbegriff verschmolzen waren.

Die zentrale Figur des Übergangs von der scholastischen Moralontologie zum rationalistischen, individualistischen Rechts- und Moralverständnis der Aufklärungszeit war, was den Begriff der Person anbelangte, Samuel Pufendorf. Vorangegangen waren bis zur Mitte des siebzehnten Jahrhunderts die bereits erwähnten ersten neuzeitlichen Systeme der praktischen Philosophie von Grotius und Hobbes, in denen der Begriff der Person aber aus verschiedenen Gründen jeweils nur eine untergeordnete Rolle spielte. So enthielt Grotius' *De jure belli ac pacis libri tres* zwar die erste systematische, umfassende Darstellung eines säkularen Naturrechts auf der Basis eines universellen Konzepts des subjektiven Individualrechts.²² Doch dieser Rechtsbegriff wird, obwohl er in einer Teildefinition sogar ausdrücklich an die Person anknüpft,²³ dennoch nicht *normativ* auf diese bezogen, so dass der Personenbegriff für die weitere Entwicklung des Grotianischen Rechtssystems keine wesentliche Rolle mehr spielt. Konsequenterweise wird auch die Freiheit des Menschen bei Grotius nicht auf seine Personenwürde bezogen bzw. der Rechtsbegriff nicht aus der Freiheit jedes Einzelnen hergeleitet, sondern vielmehr umgekehrt die Freiheit als Teilbereich des subjektiven Rechts definiert, so dass schließlich nur der Rechtsbegriff als zentrale Systemkategorie übrig bleibt.²⁴ Während Grotius damit aber noch immerhin ein in seinen Grundlagen normatives System geschaffen hatte, also eines, in dem subjektive Individualrechte *gerechtfertigte* Güter- und Hand-

²¹ Dies ist es, was der kategorische Imperativ besagt. Am deutlichsten tritt die Vereinigung von Natur und Freiheit in der menschlichen Vernunft in der sog. „Naturgesetzformel“ zutage: „Handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetze werden sollte.“ Vgl. *Kant* 1785/1903, Bd. 4, S. 421.

²² Zur Bedeutung Grotius' vgl. bereits Jean Barbeyracs Vorwort zu Pufendorfs *De jure naturae*, enthalten etwa in der englischen Ausgabe *Pufendorf* 1729/2005, S. 79. Aus jüngerer Zeit *Stintzing/Landsberg* 1889, Bd. 3/1, S. 1 ff.; *Wieacker* 1967, S. 287 ff.; *Tuck* 1979, S. 58 ff., 174 ff.

²³ *Grotius* 1625/2005, I.1.4, Bd. 1, S. 138 (Hervorhebung weggelassen): „Right is a moral Quality annexed to the Person, enabling him to have, or do, something justly.“ Bereits aus Barbeyracs Anmerkungen zu der Stelle (ebd., Fn. 17) geht allerdings hervor, dass der so verstandene Personenbegriff erst bei Pufendorf entfaltet wurde.

²⁴ Vgl. *Grotius* 1625/2005, I.1.5, Bd. 1, S. 138 m. Fn. 23 unter Bezugnahme auf den Freiheitsbegriff des Florentinus, Flor. D. 1.5.4, Inst. 1.3.1: „Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur.“ Dazu *Weigand* 1967, S. 64 ff.

lungszuweisungen begründen,²⁵ wendete Hobbes den individualistischen Standpunkt nur wenig später bekanntlich radikal ins Empiristische und gab der Sozialphilosophie bis heute mit dem sogenannten „Hobbesschen Problem“ das klassische Rätsel der Moderne auf: Wie ist eine befriedete Gesellschaft zwischen antagonistischen, *nicht* nach normativen Prinzipien eines vorstaatlichen Naturrechts agierenden Individuen möglich?²⁶ Der Hobbessche Mensch ist kein Vernunftwesen, sondern ein den Naturgesetzen unterworfenen, instinktgeleitetes Tier; seine Freiheit ist keine moralische Qualität, sondern die faktische Macht zur Selbstverteidigung.²⁷ Der Mensch als moralische Person besitzt in diesem System keinen Raum.

Doch bei Pufendorf kehrt die Person im Gewande der scholastischen *persona moralis* zurück und ebnet damit einer grundlegenden normativen Erkenntnis der ersten Moderne den Weg: Eine Lösung des Hobbesschen Problems – also der Frage nach der Möglichkeit sozialer Integration einer aus antagonistischen Individuen bestehenden Gesellschaft – kann nur gelingen, wenn das Individuum *selbst* zur normativen Instanz wird, die das gesellschaftlich Geschuldete internalisiert.²⁸ Indem Pufendorf den Begriff der *persona moralis* in seinem Naturrechtssystem ganz an die Spitze stellt, zielt er gegenüber Grotius und Hobbes auf eine Neubegründung der praktischen Philosophie aus der Freiheit und Vernunft des Menschen.²⁹ Pufendorf ist der Überzeugung, dass sich aus einem umfassenden Begriff des *ens morale*, also des moralischen Seins, der systematische Schlüssel zur Begründung einer exakten Moralwissenschaft ergeben müsse. Die normativ maßgebliche Natur der *persona moralis* liegt für Pufendorf dement-

²⁵ Vgl. *Grotius* 1625/2005, I.1.3.1, Bd. 1, S. 136 mit ausdrücklicher Gleichsetzung von Recht und Gerechtigkeit. Dazu näher nachstehend Fn. 55.

²⁶ Dazu *Hobbes* 1651/1996, insbes. XIII, S. 86 ff. Talcott Parsons bezeichnete dieses zuerst von Hobbes in seiner ganzen Radikalität aufgeworfene Grundproblem sozialer Ordnung geradezu als „Hobbessches Problem“; vgl. *Parsons* 1937/²1968, Bd. 1, S. 89 ff., insbes. 94. Zur fundamentalen Bedeutung als Grundproblem der Gesellschaftstheorie *Strauss* 1965, S. 3; *Ellis* 1971, S. 692 ff.; *Wagner* 1993b, S. 3 ff., 24 ff.

²⁷ *Hobbes* 1651/1996, XIV, S. 91. Vgl. aus der umfangreichen Literatur dazu die Beiträge in *Brown* 1965; ferner *Heepe* 2006, S. 536 ff.; *v. d. Pfordten* ²2011, S. 325 ff.

²⁸ Auch dieser Gedanke findet schließlich im kategorischen Imperativ Kants seine vollständige Entfaltung. Dazu nur *Nassehi* 2009, S. 28 f.

²⁹ Pufendorfs Naturrechtssystem basiert auf dem im 1. Kapitel des 1. Buches definierten Grundbegriff des *ens morale* bzw. moralischen Seins. Nach Pufendorfs Definition handelt es sich dabei um die Gesamtheit aller Eigenschaften, die Verstandeswesen den physischen Gegenständen beilegen, um die Handlungsfreiheit des Menschen zu steuern und sittliche Ordnung zu stiften. Vgl. *Pufendorf* 1672/1998, I.1.3, Bd. 4, S. 14: „Entia moralia ... sint modi quidam, rebus aut motibus physicis superadditi ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum & temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, & ad ordinem aliquem ac decorem vitae humanae conciliandum.“ Die *persona moralis* bzw. moralische Person wird sodann als wichtigster, über eine bloße „Eigenschaft“ hinausreichender, „substanzialogischer“ Teilbereich des moralischen Seins definiert und weiter untergliedert; vgl. *Pufendorf* 1672/1998, I.1.5 ff., Bd. 4, S. 15 ff., insbes. I.1.12, S. 19. Zu Pufendorfs Personenbegriff *Welzel* 1958, S. 19 ff.; *Denzer* 1972, S. 67 ff.; *Kobusch* ²1997, S. 67 ff.

sprechend nicht in der physischen Natur des Menschen, sondern vielmehr in seiner singulären Vernunft und Willensfreiheit.³⁰ Dass darin ein wesentlicher Erkenntnisfortschritt lag, zeigt sich daran, dass der Begriff der moralischen Person in der Folgezeit auch unabhängig von Pufendorfs Ansatz gebräuchlich wird. So rekurriert etwa Christian Wolff in der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts auf den *homo moralis* bzw. die „sittliche Person“ als Trägerin von Rechten und Pflichten.³¹ Entscheidend ist, dass Wolff dabei über Pufendorf hinaus bereits den bis heute entscheidenden normativen Kern des Personenbegriffs herausarbeitet: dass die sittliche Natur des Menschen gerade in seiner Fähigkeit liegt, *als Freiheitswesen* dem moralischen Gesetz zu gehorchen.³²

Bei Kant findet sich schließlich die vollendete Fassung dieser Erkenntnis, dass das moralische Wesen des Menschen nicht nur in der Freiheit zu pflichtgemäßem Handeln liegt, sondern vielmehr darin, sich die Pflicht *aus* Freiheit *selbst* aufzuerlegen. Kants Philosophie stellt sich danach als Zeitdokument dar, als höchste Reflexionsstufe des modernen normativen Individualismus im unmittelbaren Vorfeld des bürgerlichen Revolutionszeitalters.³³ Entscheidend ist Kant zufolge bekanntlich nicht nur die Freiheit zur Befolgung des Gesetzes, sondern vielmehr die Freiheit zur Selbstgesetzgebung bzw. *Autonomie*.³⁴ Erst die Identifikation des Personenbegriffs mit dem normativen Gehalt des Autonomiegedankens macht es erklärlich, weshalb der Einzelne überhaupt als Zurechnungssubjekt moralischer und rechtlicher Rechte und Pflichten in Betracht kommt.³⁵ In Kants Begründung des kategorischen Imperativs und der darauf basierenden Metaphysik der Sitten finden diese Gedanken paradigmatischen Ausdruck: Moralisches Handeln setzt nicht nur äußerliche Pflichtmäßigkeit, sondern vielmehr eine innere Motivation des Handelns *aus Pflicht* voraus, wobei Pflicht gleichbedeutend ist mit der Achtung vor dem *Gesetz*.³⁶ Dieses Gesetz kann aber nur ein solches sein, welches sich das vernunftbegabte Subjekt in all-

³⁰ Zu Pufendorfs methodologischem Anspruch *Welzel* 1958, S. 19ff.; *Wieacker* 21967, S. 307ff.; *Denzer* 1972, S. 35ff., 59ff., 67ff.; *Kobusch* 21997, S. 67ff.; zusammenfassend *Auer* 2008a, S. 602.

³¹ *Wolff* 1741/1972, § 70, S. 43: „Homo moralis est subjectum obligationum atque iurium.“ Entsprechend auch *Wolff* 1754, § 96, S. 59 unter Verweis auf die „sittliche Person“ bzw. *persona moralis*. Dazu *Kobusch* 21997, S. 87ff.

³² Vgl. *Wolff* 1754, §§ 69f., 76f., S. 44ff.; *Wolff* 1741/1972, §§ 78ff., S. 51ff., wobei die Freiheit bei Wolff noch aus der argumentativ vorrangigen Gleichheit folgt. Dazu *Bachmann* 1977, S. 100ff.; kritisch differenzierend *Kobusch* 21997, S. 88ff.

³³ Ähnlich *Habermas* 1988, S. 30; *Nassehi* 2009, S. 28ff.

³⁴ Dies gilt für die gesamte praktische Philosophie, also Moral- und Rechtsphilosophie. Grundlegend einerseits *Kant* 1785/1903, Bd. 4, S. 433ff., 440 (Prinzip der Autonomie); andererseits *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 239 (Verhältnis zwischen moralischem Imperativ und Rechtsbegriff).

³⁵ Zu Kants Metaphysik der Freiheit im Bezug zur vormodernen *metaphysica moralis* eingehend *Kobusch* 21997, S. 132ff. Zu Kants beispielloser normativer Integrationsleistung auch *Auer* 2008a, S. 624.

³⁶ Vgl. *Kant* 1785/1903, Bd. 4, S. 397ff., insbes. 400; *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 218ff.

gemeiner Gesetzesform *selbst* gibt und damit Pflicht und Freiheit vereinigt. Unter dieser Voraussetzung ist schließlich die moralbegründende Achtung vor dem Gesetz gleichbedeutend mit der Achtung vor dem Menschen.³⁷ Der Mensch ist also Mensch nur als freie, selbstgesetzgebende Person; Rechte und Pflichten sind nur begründbar, soweit sie dem autonomen Willen der Person entspringen.

Vor diesem intellektuellen Hintergrund entwickelten sich schließlich seit dem neunzehnten Jahrhundert die Umriss des bis heute gültigen Rechtsverständnisses auf der Grundlage der Identität von Autonomie und Rechtsfähigkeit und der daraus folgenden Zuerkennung subjektiver Individualrechte.³⁸ Wegweisend bezog bereits Savigny die normative Rechtfertigungsleistung des individuellen Willens auf die Personenqualität jedes Menschen: „Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freyheit willen. ... Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjects zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig.“³⁹ Auch nach Windscheid „bestehen Rechte dadurch, daß die Rechtsordnung ... den Willen einer Person als maßgebend erklärt hat. ... Wenn hier weiter gefragt wird, was unter „Person“ zu verstehen sei, so scheint die selbstverständliche Antwort zu sein: der Mensch. Denn wie einerseits die Aufgabe der Rechtsordnung eben darin besteht, die Herrschaftskreise der in der Welt einander gegenüberstehenden Menschen voneinander abzugrenzen, so hat andererseits nur der Mensch einen Willen.“⁴⁰

³⁷ In diesem Sinne besagt die sog. Zweck-an-sich-Formel des kategorischen Imperativs: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.“ *Kant* 1785/1903, Bd. 4, S. 429.

³⁸ Der konkrete Nachweis des Einflusses kantischen Gedankenguts fällt freilich nicht immer leicht. Differenzierend und kritisch *Rückert* 1984, S. 287 ff., 364 ff.; *Rückert* 1991, S. 152 f., 161 ff., 180 ff., 203 ff.; *Nörr* 1991, S. 22 ff., 49 ff.; *Gutmann* 2005, S. 171 ff.; zusammenfassend *Auer* 2008a, S. 629 ff. m. w. N. Vom hier vertretenen Standpunkt aus kommt es darauf allerdings letztlich nicht an. Entscheidend ist vielmehr allein das Rechtsbewusstsein, das sich im Milieu des aufgeklärten Individualismus herausbildete und heute als Selbstverständlichkeit unseres Rechtsverständnisses erscheint. Ein instruktives Beispiel für ein solches Rechtsbewusstsein findet sich etwa bei *Rüthers* 2012, S. 324, wo die „Einheit“ bzw. „Identität“ von „Person und Rechtsfähigkeit“ geradezu als „selbstverständliche Grundlage jeder Rechtsordnung“ und – konsequent – als „Rechtsbewußtsein der Kulturnationen ... seit der französischen Revolution“ bezeichnet wird. Es bedarf keines konkreten wirkungsgeschichtlichen Nachweises, um unser Weltverständnis als fundamental kantisch (kopernikanisch, newtonianisch, ...) zu deuten.

³⁹ *Savigny* 1840, Bd. 2, § 60, S. 2; zum paradigmatischen Charakter der Stelle *Rüthers* 2012, S. 324.

⁴⁰ *Windscheid/Kipp* 1906, Bd. 1, § 49, S. 219 f.; ähnlich auch *v. Tuhr* 1910, Bd. 1, § 21, S. 369, wonach sich „die Willensherrschaft, die den Kern des subjektiven Rechts ausmacht, ... nur beim Menschen“ findet.

Und selbst in seinen monströsesten Aberrationen bleibt sich das von der Person ausgehende moderne Rechtsbewusstsein treu. So gelang es selbst der NS-Jurisprudenz trotz ihrer Bestrebungen zur Unterminierung der allgemeinen gleichen Rechtsfähigkeit – klassisch die von Karl Larenz vorgeschlagene Neuformulierung von §1 BGB –⁴¹ nicht, den Personencharakter der von ihr Ausgeschlossenen zu negieren. Vielmehr konnten sich selbst die Vertreter einer nach nationalsozialistischen Grundsätzen abgestuften Rechtsfähigkeit, die Juden und Andersdenkende ausschloss, nicht vom argumentativen Boden des modernen Individualismus lösen, sondern blieben an dessen im Vergleich zur Vormoderne ganz anders strukturierte Argumentationslasten gebunden. Bei Larenz wirkte sich das beispielsweise so aus, dass der typisch moderne Gegensatz von „Individuum“ und „Gemeinschaft“, von „Einzelwillen“ und „Gemeinwillen“, scharf betont und nach hegelianischer Manier zugunsten des „Gemeinwillens“ aufgehoben wird.⁴² Dabei wird viel Mühe unternommen, um den Individualwillen als Teil des als „Überfremdungserscheinung“ diskreditierten Weltbilds der Aufklärung abzuwerten.⁴³ Doch trotz solcher Verkehrungen der ideengeschichtlichen Zusammenhänge bleiben die rechtsfähige Person und der individuelle Wille auch für Larenz stets relevante, ja in ihrer Relevanz nicht eigens begründungsbedürftige normative Instanzen, deren offener Widerspruch zum völkischen Totalitarismus letztlich unauflösbar bleibt: „Nun ist der Mensch aber auch innerlich auf sich gestelltes, für sich seiendes Wesen, das die Möglichkeit hat, anders zu denken und zu wollen als die Gemeinschaft.“⁴⁴ – „Das völkische Rechtsdenken spricht, was ausdrücklich betont werden muß, keinem Menschen, auch nicht dem Rassefremden, die Rechtsfähigkeit und damit die Persönlichkeit überhaupt ab.“⁴⁵ Es gibt in der Moderne kein Zurück zu einem entpersonalisierten, *nicht* zwischen Einzelem und Gesamtheit differenzierenden Rechtsverständnis. Das Hobbessche Problem lässt sich, einmal aufgeworfen, nicht mehr zurücknehmen. Gerade darin, dass der Personalismus

⁴¹ „Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Dieser Satz könnte an Stelle des die Rechtsfähigkeit ‚jedes Menschen‘ aussprechenden §1 BGB an die Spitze unserer Rechtsordnung gestellt werden.“ Larenz 1935, S. 241; ähnlich auch Larenz 1938, S. 52. Dazu Rütters 2012, S. 329 ff. m. w. N. Auf die Frage, ob die Passage *de lege lata* oder *de lege ferenda* zu verstehen ist und wie weit ihr Aussagegehalt im Einzelnen reicht (dazu Canaris 2010, S. 273 ff., Canaris 2011, S. 880 ff.; kritisch Rütters 2011a, S. 596 ff.; Rütters 2011b, S. 1149), kommt es vorliegend nicht an.

⁴² Vgl. Larenz 1934, S. 6 ff.; 22 ff.; ähnlich auch Larenz 1935, S. 238 ff., 250 ff.

⁴³ Larenz 1934, S. 4; dazu Canaris 2010, S. 267 ff.

⁴⁴ Larenz 1934, S. 23. Hervorhebungen weggelassen.

⁴⁵ Larenz 1938, S. 52. Ähnlich bereits Larenz 1934, S. 9 unter Bezugnahme auf Hegel, wonach „an eine Vernichtung der Einzelpersönlichkeit ... nicht gedacht“ sei. Die Selbstverständlichkeit des Personalismus im modernen Rechtsdenken, zu dem fraglos auch die Zeit zwischen 1933 und 1945 gehört, macht es nach hier vertretener Auffassung schwierig, aus derartigen Äußerungen konkrete Folgerungen über Nähe bzw. Distanz zu nationalsozialistischem Gedankengut abzuleiten. Vgl. aber Canaris 2010, S. 276 f.; kritisch dagegen Rütters 2011a, S. 597.

der Aufklärung in der Moderne selbst unter den Bedingungen totalitärer Herrschaft unabweisbar ist, zeigt sich die Monstrosität der letzteren.

II. Von der Pflicht zum subjektiven Recht

Die zweite grundlegende Ausprägung des modernen Individualismus liegt im Begriff des subjektiven Individualrechts, das als Gegenbegriff zum objektiven Recht seit Mitte des neunzehnten Jahrhunderts zum Zentralbegriff des Privatrechts und schließlich der gesamten Rechtsordnung avancierte.⁴⁶ Ähnlich wie der moderne Personalismus lässt sich auch die rechtbasierte Struktur des modernen Rechtsdenkens nicht allein auf der Grundlage der antiken und mittelalterlichen Ursprünge des subjektiven Individualrechts erklären. Vielmehr trat die moderne Bedeutung des subjektiven Rechts ebenfalls erst in der Neuzeit zutage, als es mit dem normativen Individualismus der Aufklärungsphilosophie in Verbindung gebracht und auf den Autonomiegedanken als normativen Grund zurückgeführt werden konnte.⁴⁷ Die antike Philosophie und das klassische römische Recht besaßen hingegen noch kein voll entfaltetes Konzept des materiellen Individualrechts.⁴⁸ 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.⁴⁹ In den Institutionen und Digesten wird *ius* dementsprechend primär im objektivrechtlichen Sinne verstanden. Die subjektivrechtliche Bedeutung scheint daneben aber bereits insoweit hervor, als *ius* in den Digesten daneben auch den „Ort, an dem das Recht wiederhergestellt wird“, also den gerechten Richterspruch zugunsten des Einzelnen bezeichnet.⁵⁰

Die tatsächliche Entfaltung des *ius* als materiell-subjektives Recht begann auf dieser Grundlage seit dem zwölften Jahrhundert in der mittelalterlichen Kano-

⁴⁶ Das subjektive Recht bezeichnet die dem einzelnen Rechtssubjekt zustehende materiellrechtliche, formal durchsetzbare Rechtsposition. Subjektive Rechte im weitesten Sinne umfassen Anspruchsrechte, Freiheiten sowie Kompetenzen (z.B. Verfügungsbefugnisse und Gestaltungsrechte); sie lassen sich einerseits als Ausfluss, andererseits jedoch gerade umgekehrt auch als Voraussetzung und Grundbegriff der objektiven Rechtsordnung deuten. Zum Begriff Windscheid 1856, S. 3; Jhering ⁴1888, Bd. 3, § 60, S. 339; Jellinek ²1905, S. 8 ff., 41 ff.; Kelsen ²1960a, S. 131 ff.; aus der neueren Literatur Alexy ³1996b, S. 159 ff., insbes. 171; zusammenfassend Wagner 1993a, S. 320 f.; Scherzberg 2006, S. 839 ff.; Auer 2008a, S. 588 f.

⁴⁷ Zusammenfassend Auer 2008a, S. 589 ff. m. w. N.

⁴⁸ Dazu Coing 1959, S. 9 ff.; Wagner 1993a, S. 320; Heepe 2006, S. 534; Auer 2008a, S. 589. Zum für das mittelalterliche Naturrecht wegweisenden Ordnungsdenken der stoischen Philosophie (*nómos, lógos, kathékon*) Böckenförde 2002, S. 127 ff.

⁴⁹ Vgl. Kaser/Knütel ¹⁹2008, § 2 Rz. 26 ff., § 3 Rz. 1, § 4 Rz. 7, § 80 Rz. 1, S. 27 ff., 39 f., 396.

⁵⁰ Inst. 1.1.; Ulp. D. 1.1.1; D. 1.1.10; zur zuletzt genannten Bedeutungsvariante Paul. D. 1.1.11. Zusammenfassend Kaser/Knütel ¹⁹2008, § 3 Rz. 1 ff., S. 29 ff.

nistik und Legistik.⁵¹ Im vierzehnten Jahrhundert gelangte Bartolus zu der grundsätzlich bis heute wegweisenden Definition des Eigentums als *Recht* des Eigentümers, über eine Sache im Rahmen der Gesetze beliebig zu verfügen.⁵² Gleichzeitig entstand in der scholastischen Moraltheologie seit Bonaventura und Thomas von Aquin eine Verbindung zwischen *liberum arbitrium* und *dominium*, aus der sich durch Gleichsetzung von *dominium* und *ius* schließlich eine allgemeine Vorstellung des subjektiven Rechts als Befugnis zur freien Willensbetätigung herauschälte.⁵³ Doch erst im Zusammenhang der Eigentums- und Naturrechtstheorien, die die englische und niederländische Kolonialexpansion des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts begleiteten, namentlich bei Grotius und Locke, gelang der Durchbruch zu einem systematischen Rechtsdenken auf der Grundlage subjektiver Individualrechte.⁵⁴

Allerdings recurriert auch der Grotianische Rechtsbegriff noch weitgehend auf das römische Recht. Denn Grotius versteht unter „Recht“ primär das naturrechtlich „Gerechte“, also vor allem dasjenige, was rechtmäßig gegenüber Feinden unternommen werden darf, sowie andererseits das positive oder natürliche „Gesetz“ als handlungsleitende Regel, insgesamt also in enger Anlehnung an den Rechtsbegriff der Digesten ein primär objektivrechtliches *ius naturale* oder *ius civile*.⁵⁵ Die in diese Begriffsbestimmungen eingebettete Definition des subjektiven Rechts löst sich dann zwar durch Bezugnahme auf die scholastische Tradition vom Vorbild der Digesten und lässt bereits die Funktion des subjektiven Rechts als Freiheitssphäre der Person erkennen.⁵⁶ Doch bei genaue-

⁵¹ Dazu Weigand 1967, S. 92 ff., 352 ff.; Tuck 1979, S. 13 ff.; Heepe 2006, S. 534 m. w. N.

⁵² Bartolus de Saxoferrato 1562/2007, Bd. 3, Anm. 4 zu D. 41.2.17 (vor 1347): „Quid ergo est dominium? Respondetur: est ius de corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur.“ Dazu quellenkritisch Willoweit 1974, S. 144 ff. Vor Bartolus hatte im zwölften Jahrhundert bereits Irnerius *dominium* und *ius* verbunden: „Dominium tale ius est quo res ipsa corporalis mea fit.“ Nachweis bei Tuck 1979, S. 13. Vgl. auch nachstehend § 4 bei Fn. 45.

⁵³ Deutlich trat die Verbindung von *dominium* und *libertas* vor allem bei Vázquez de Menchaca (1564/1931, Bd. 1, cap. 17 n. 4, S. 321) zutage, der die bereits zitierten Definitionen beider Begriffe durch Bartolus und Florentinus (vorstehend Fn. 52 bzw. 24) in einem Begriff vereinigte: *Dominium* „est enim naturalis facultas eius, quod facere libet, nisi quod vi aut iure prohibeatur.“ Wesentlich ist, dass *dominium* dabei nicht nur das Eigentum, sondern jedes subjektive Recht bezeichnet. Dazu sowie zu dieser Gleichsetzung eingehend Seelmann 1979, S. 72 ff.; Tuck 1979, S. 51 ff.; Seelmann 1994, S. 145 f.; Kobusch ²1997, S. 55 ff. (zu Suárez).

⁵⁴ Zur Kolonialexpansion als notwendiger historischer Ausgangslage eingehend Damler 2008, S. 33 ff., 56 ff. Diese lässt sich insbesondere anhand der vielfach mit der Niederländischen Vereinigten Ostindischen Kompanie verknüpften Biographie Hugo Grotius' (1583–1645) nachvollziehen. Dazu Wieacker ²1967, S. 287 ff.; Brandt 1974, S. 31 ff.; Tuck 1979, S. 58 ff.; Damler 2008, S. 73 ff. m. w. N.

⁵⁵ Einerseits Grotius 1625/2005, 1.1.3.1, Bd. 1, S. 136 (Recht als Gerechtigkeit); andererseits ebd., 1.1.9, Bd. 1, S. 147 ff., insbes. 150 (Recht als Gesetz unter Verweis auf die antiken Quellen der Unterscheidung zwischen Naturrecht (*ius naturale*, *dikaion physikón*, *mizwot*) und positivem Recht (*ius positivum*, *dikaion nomikón*, *hukkim*); dazu auch Auer 2007a, S. 955 ff.).

⁵⁶ Grotius 1625/2005, 1.1.4, Bd. 1, S. 138 (Recht als moralische Qualität der Person); dazu bereits vorstehend Fn. 23.

rer Betrachtung wird die Freiheit in diese Konstruktion noch nicht schlüssig einbezogen. Denn Grotius versteht die Freiheit – wie erwähnt – noch nicht als übergreifende, zwingende Legitimationsgrundlage des Gesamtsystems, sondern lediglich als Subkategorie des subjektiven Rechts, nämlich gleichbedeutend mit der als Individualrecht konzipierten „Macht über sich selbst“.⁵⁷

Das Neue an der ein Dreivierteljahrhundert jüngeren Lockeschen Staats- und Rechtstheorie ist demgegenüber, dass sie das Ziel jeglicher Ausübung politischer Gewalt erstmals konsequent auf den Schutz des *privaten* Eigentums bezieht. Locke beginnt seine Ausführungen mit einer Definition der politischen Gewalt als Recht, strafbewehrte Gesetze *zur Regelung und zum Schutze des Eigentums* zu erlassen und mittels öffentlicher Gewalt durchzusetzen. Dabei ist die Ausübung dieses Rechts zwar an das öffentliche Interesse – „the Publick Good“ – gebunden bzw. durch dieses limitiert, doch entscheidend ist, dass das normative Ableitungsverhältnis nicht vom öffentlichen Staatszweck auf private Rechte, sondern genau umgekehrt verläuft: ohne privates Eigentum kein legitimer Staatszweck.⁵⁸ Dieser konsequent individualistische Ansatz zwingt Locke im Gegensatz sowohl zu Hobbes als auch zu Grotius und Pufendorf zu einem Theorieentwurf, der die Rechtfertigung subjektiver Individualrechte in den Mittelpunkt stellt. Weite Teile der Lockeschen Theorie befassen sich dementsprechend mit der Rechtfertigung privaten Eigentums als Inbegriff des subjektiven Individualrechts.⁵⁹ Als Angelpunkt gilt dabei bekanntlich die Arbeitstheorie, wonach unbearbeitete Naturgüter, die sich im ursprünglichen Gemeineigentum aller Menschen befinden, durch individuelle Arbeitsleistung gerechtfertigtes Privateigentum des Bearbeiters werden.⁶⁰ Die Begründung dieser extrem einflussreichen Theorie stützt sich auf das von Locke postulierte Eigentum an der eigenen Person, dessen Annahme es Locke zufolge unmöglich macht, eine Grenze zwischen einem „Mehr“ oder „Weniger“ an Vereinnahmung eigentumsfähiger Gegenstände durch den eigentumsdefinierenden menschlichen Körper zu ziehen, sobald jene einmal durch körperliche Manipulation aus dem Zustand natürlicher Unberührtheit herausgetreten sind.⁶¹ Das Privateigentum des Bearbeiters folgt dann *ex negativo* daraus, dass jedenfalls dann, wenn noch genug und gleich

⁵⁷ Grotius 1625/2005, I.1.5, Bd. 1, S. 138; dazu bereits vorstehend Fn. 24 m. w. N. Hier liegt die Wurzel der von Locke über Kant bis hin zu Savigny thematisierten Auseinandersetzung über das Eigentum am eigenen Körper bzw. an der eigenen Person, die ein Grundproblem der modernen Eigentumstheorie darstellt. Dazu nachstehend § 4 II bei Fn. 54 und 69 sowie § 6 III bei Fn. 50.

⁵⁸ Locke 1690/1988, II.1, § 3, S. 268; dazu Brandt 1974, S. 69ff.; Kersting 1991, S. 131; v. d. Pfordten ²2011, S. 341, 348f. m. w. N.

⁵⁹ Locke 1690/1988, II.V, §§ 25ff., S. 285ff. *Property* umfasst dabei nicht nur das Sacheigentum, sondern die gesamte individuelle Rechtssphäre. Dazu nachstehend Fn. 65 m. w. N.

⁶⁰ Locke 1690/1988, II.V, §§ 27ff., S. 287ff.; dazu Brandt 1974, S. 69ff.; Kersting 1991, S. 123ff.; Ludwig 2005, S. 90ff.

⁶¹ Vgl. Locke 1690/1988, II.V, §§ 27f., S. 287f.

Gutes für alle übrig ist, kein Grund für die Anerkennung eines Rechts anderer Personen besteht, genau *denselben* Gegenstand zu besitzen, auf den ein Individuum bereits Arbeit aufgewandt hat. Das Eigentum des Bearbeiters sei damit jedenfalls unter der Voraussetzung natürlichen Überflusses gerechtfertigt, weil es die Entfaltungsmöglichkeiten anderer Individuen genauso wenig beeinträchtigt, wie wenn der Bearbeiter gar nichts für sich genommen hätte.⁶²

Es liegt auf der Hand, dass diese Begründung jedenfalls als globaler Rechtfertigungsmechanismus privaten Eigentums spätestens seit der Erschließung der letzten unbewohnten Gebiete auf der Erde nicht mehr trägt.⁶³ Entscheidend ist jedoch, dass dies an der fortwirkenden Überzeugungskraft des Lockeschen Arguments auf der *Mikroebene* der Rechtsbegründung nichts ändert. Diese beruht bis heute auf dem in Lockes Theorie zum Ausdruck kommenden Strukturbewusstsein hinsichtlich der Gestalt subjektiver Rechte. Wie gesehen war es weder Hobbes noch Grotius gelungen, Recht und Freiheit zu einer auf das Individuum bezogenen, gerechtfertigten Wertungseinheit zu verbinden. Locke konstruiert dagegen bereits im vorstaatlichen Zustand normativ begründete private Eigentumsrechte,⁶⁴ deren wohl überraschendste Seite in der Verortung der Freiheit liegt: Diese steht nicht mehr wie noch bei Grotius *neben*, sondern vielmehr *unter* dem Eigentumsbegriff. Lockes Eigentumsbegriff umfasst nicht nur das Sacheigentum und sonstige Vermögensrechte, sondern vielmehr ausdrücklich die *gesamte* individuelle Freiheits- und Rechtssphäre der Person – „Lives, Liberties, and Estates, which I call by the general Name, *Property*.“⁶⁵ Lockes Rechtstheorie gelingt also das legitimatorische Kunststück, Eigentum, Freiheit und subjektives Recht ineins zu setzen, indem sie *die Freiheit als Eigentumsrecht* konzipiert.

Man könnte nun versucht sein, dies so zuzuspitzen, dass Locke die kontinentaleuropäische Personenmetaphysik der Freiheit durch eine Eigentumstheorie ersetzt, kurz: dass der Wert der Person für Locke nicht mehr in ihrer Vernunft, sondern gut angelsächsisch-empiristisch eben in ihrem Eigentum liegt.⁶⁶ Doch eine solche Interpretation wird dem Umstand nicht gerecht, dass der *property*-Begriff bei Locke wie soeben ausgeführt wesentlich komplexer ist als der konti-

⁶² So explizit Locke 1690/1988, II.V, § 33, S. 291; vgl. auch ebd., II.V, § 34, S. 291. Dazu instruktiv Ludwig 2005, S. 92.

⁶³ Ebenso Ludwig 2005, S. 99.

⁶⁴ Locke 1690/1988, II.2, § 6, S. 270f. Hier liegt der größte Unterschied insbesondere zu Hobbes; vgl. Hobbes 1651/1996, XIII, S. 86ff., insbes. 90. Dazu v. d. Pfordten ²2011, S. 344ff.

⁶⁵ Locke 1690/1988, II.9, § 123, S. 350; vgl. auch ebd., II.15, § 173, S. 383: „By property I must be understood here, as in other places, to mean that Property which Men have in their Persons as well as Goods.“ Zum weiten Eigentumsbegriff Lockes Fetscher 1991, S. 135; v. d. Pfordten ²2011, S. 349. Lockes Eigentumsbegriff entspricht damit in der Sache dem weiten Verständnis von *dominium* unter Einschluss von *libertas*, das in der Spätscholastik von Vázquez de Menchaca entwickelt wurde; vgl. vorstehend Fn. 53 m. w. N.

⁶⁶ Zur entsprechenden hegelschen Kritik an Locke Brandt 1974, S. 88.

nentaleuropäische Eigentumsbegriff. *Property* bildet bei Locke letztlich eine Chiffre für die rechtstheoretische Aufgabe, einen umfassenden Begriff eines absoluten Individualrechts am Modell des Sacheigentums zu formulieren. Locke löst diese Aufgabe, indem er das „Eigentum“ als allumfassendes Persönlichkeitsrecht konstruiert.⁶⁷

Geht es dem modernen Rechtsdenken also darum, das subjektive Individualrecht als Grundstruktur der gesamten Rechtsordnung normativ zu begründen, so gibt es neben dem von Locke begangenen Weg schließlich noch einen zweiten, entgegengesetzten, der von Kant beschritten wurde.⁶⁸ Während Locke die Wertungseinheit zwischen Freiheit, Eigentum und subjektivem Recht herstellt, indem er die gesamte individuelle Freiheitssphäre unter den Eigentumsbegriff subsumiert, verfährt Kant gerade umgekehrt. Nach Kant ist nicht jede Freiheit privates Eigentum, sondern vielmehr jedes private Eigentum aus der individuellen Freiheit heraus begründet. Dies folgt bereits aus dem kantischen Rechtsbegriff, der in der formal-gegenseitigen Begrenzung der individuellen Freiheitssphären durch die Freiheiten aller anderen bekanntlich das definierende Kriterium des Rechts schlechthin erblickt;⁶⁹ vor allem jedoch aus dem „Privatrecht“ Kants, das sich von der vorangegangenen deutschen Naturrechtstradition scharf absetzt, indem es konsequent allein auf subjektiven Rechten beruht und diese vollständig aus einem einzigen angeborenen Recht – nämlich der Freiheit – ableitet.⁷⁰ Die Freiheit wird damit zur Legitimationsquelle des gesamten „äußeren Mein und Dein“, zu dem nicht nur der „Besitz“ bzw. das Eigentum, sondern vielmehr im Wege abstrahierender Verallgemeinerung des Eigentumsbegriffs der *gesamte* Rechtsstoff des natürlichen Privatrechts zählt.⁷¹ Verglichen mit Locke schlägt Kant also einen völlig anderen Begründungsweg ein, um hinsichtlich Struktur und normativem Gehalt des subjektiven Rechts dann doch

⁶⁷ Diese Begriffsverbindung lässt sich im Englischen wesentlich leichter herstellen als im Deutschen, da der Bedeutungsumfang von *property* ebenso wie der des lateinischen Ursprungsbegriffs *proprietas* weit über das Eigentum an Gegenständen hinausreicht und auch die „Eigentümlichkeit“ oder „Eigenschaft“ einer Person bezeichnen kann. Bei einer deutschsprachigen Exegese der Lockeschen Eigentumstheorie ist dies stets zu berücksichtigen.

⁶⁸ Kant 1797/1907, Bd. 6, S. 203 ff. Zu Kants Rechtsbegründung Brandt 1974, S. 172 ff.; Kersting 1991, S. 126 ff.; Ikadatsu 2002, S. 76 ff.; Hruschka 2004, S. 1085 ff.; Kersting ³2007, S. 177 ff.; v. d. Pfordten ²2011, S. 378 ff.; zusammenfassend Auer 2008a, S. 611 ff. m. w. N.

⁶⁹ Kant 1797/1907, Bd. 6, S. 230 [§B]. Dazu Kersting ³2007, S. 79 ff., insbes. 81 ff.; Auer 2008a, S. 612 ff., insbes. 617 f.

⁷⁰ Zum angeborenen Recht der Freiheit als „innerem Mein und Dein“ sowie zur Abgrenzung gegenüber dem erworbenen bzw. „äußeren Mein und Dein“ Kant 1797/1907, Bd. 6, S. 237 f. Zur Ableitung des Privatrechts als System der Rechte Ikadatsu 2002, S. 78 ff., 84 ff.; Hruschka 2004, S. 1085 ff.; Unberath 2005, S. 719 ff.; Unberath 2007, S. 32 ff.; differenzierend Auer 2008a, S. 618 ff.

⁷¹ Zur abschließenden Untergliederung des „äußeren Mein und Dein“ in dingliche, persönliche und dinglich-persönliche Rechte als Inbegriff des natürlichen Privatrechts Kant 1797/1907, Bd. 6, S. 247 f., 259 f. [§§ 4, 10]; dazu Ikadatsu 2002, S. 93 ff.; Kersting ³2007, S. 229, 240 ff.; Auer 2008a, S. 620 f. m. w. N.

letztlich zu bemerkenswert ähnlichen Ergebnissen zu gelangen. Grundbegriff der kantischen Rechtstheorie ist nicht das Eigentum, sondern die *Freiheit*; nicht das Eigentum umfasst alle Freiheiten als subjektive Rechte, sondern die Freiheit umfasst alle subjektiven Rechte nach dem Vorbild des Eigentums. Begründet wird all dies auch nicht als Eigentumstheorie, sondern als idealistische Rechtsmetaphysik in der Tradition des deutschen Vernunftrechts.⁷² Doch die resultierende Wertungseinheit von Freiheit, Eigentum und subjektivem Recht hat Kant ebenso wie Locke als entscheidende Struktureigenschaft des modernen Rechtsverständnisses erkannt.

Dabei ist die kantische Rechtstheorie der Lockeschen in einem Aspekt sogar überlegen, nämlich in der Zentralstellung der Freiheit, die es *unmittelbar* und nicht lediglich mittelbar über den Umweg des Eigentums erlaubt, die Rechtsbegründung auf die Rechtfertigungsstruktur des normativen Individualismus zu stützen.⁷³ Kants Rechtsbegriff lässt sich ebenso wie der Personalismus seiner Ethik als maximal verdichtete Entwicklungsstufe dieser Rechtfertigungsstruktur deuten. Dies wirkt sich schließlich auch auf die konkrete Entfaltung des kantischen Privatrechtssystems aus. Dessen Grundbegriffe schließen zwar auf den ersten Blick fast bruchlos an die vernunftrechtliche Privatrechtstradition an. So begegnet auch bei Kant wieder die römisch-gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen *ius reale* und *ius personale* bzw. Rechten an Sachen und Rechten an Personen, freilich erweitert um die auf familienrechtliche Rechtsverhältnisse bezogene Zwischenkategorie des „dinglich-persönlichen Rechts“ bzw. *ius realiter personale*.⁷⁴ Aber anders als bei Grotius handelt es sich dabei nicht nur um eine mögliche, sondern vielmehr um *die einzigmögliche*, als abschließend und

⁷² Dazu *Kobusch* 1997, S. 139 ff., 146 ff.

⁷³ Ähnlich *Kersting* 1991, S. 126 ff.

⁷⁴ Vgl. bereits vorstehend Fn. 71. Ausführlich zum dinglich-persönlichen Recht *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 276 ff., 357 ff. [§§ 22 ff., Anhang]. Bei diesem „neuerdings gewagten Rechtsbegriffe“ (ebd., S. 357) handelt es sich nach Kant um „das Recht des Menschen, eine Person außer sich als das Seine zu haben“ (ebd., S. 358). Ideengeschichtlich geht der ursprüngliche Dualismus zwischen *ius in personam* und *ius in rem* auf die aus dem römischrechtlichen Aktionensystem stammende Unterscheidung zwischen *actio in rem* und *actio in personam* zurück, vgl. Inst. IV.6.1.; Ulp. D. 44.7.25; dazu *Kaser/Knütel* 192008, § 4 Rz. 1 ff., S. 38 ff. Die auf der Unterscheidung basierende „Institutionenordnung“ zeichnet sich bis heute (etwa im österreichischen ABGB und im Code civil) durch den systematischen Zusammenhang von Personen- und Familienrecht in Entgegensetzung zum Sachenrecht aus. Unmittelbar vor Kant findet sich diese dualistische Systemstruktur noch bei *Achenwall/Pütter* 1750/1995, III.3.2–3, §§ 824 ff., S. 275 ff., wo das Personenrecht sowohl „das Recht auf das Leben als auch auf die Handlungen eines anderen“ umfasst (ebd., § 853, S. 285). Die kantische *Dreiteilung* zwischen dinglichem, persönlichem und dinglich-persönlichem Recht nimmt mit der Trennung zwischen Sachen-, Obligationen- und Familienrecht dagegen bereits Elemente des spätestens seit Savigny üblich gewordenen fünfteiligen Pandektensystems (Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Schuldrecht, Familienrecht, Erbrecht) vorweg, das dem deutschen BGB zugrundeliegt. Zur Systemgeschichte grundlegend *Schwarz* 1921/1960, S. 1 ff., 19 ff.; vgl. auch *Björne* 1984, S. 131 ff., 274 ff.; zusammenfassend *Auer* 2008a, S. 621, 630.

systematisch zwingend gedachte Kategorisierung des natürlichen Privatrechts. Die Form des subjektiven Rechts wird bei Kant *als solche* zur normativen Essenz des freiheitlichen Rechtsbegriffs.⁷⁵ So kann Kant etwa auch die Rechtsverhältnisse des Familienrechts, die bei Pufendorf noch Gegenstand gesonderter „Pflichtenkapitel“ sind, vollständig in Form subjektiver – nämlich der genannten dinglich-persönlichen – Rechte formulieren und damit schlüssig in die systematische Einheit des Privatrechts einbeziehen.⁷⁶ Das resultierende Privatrechtsmodell trägt bereits aufgrund dieser Systemrationalität unverkennbar moderne Züge und lässt bereits die Gestalt des Privatrechts im neunzehnten und zwanzigsten Jahrhundert erkennen.⁷⁷

Die von Locke und Kant beispielhaft herausgearbeitete Zentralstellung des subjektiven Rechts im modernen Rechtsdenken war in der Folgezeit selbst durch berechtigte Begriffskritik nicht mehr zurücknehmbar. Savigny definierte das subjektive Recht – vor dem Hintergrund des in seiner Konzeption zentralen Begriffs des Rechtsverhältnisses – als „die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht.“⁷⁸ Dem folgten die Vertreter der Willenstheorie, allen voran Bernhard

⁷⁵ So zutreffend *Hruschka* 2004, S. 1085 f.; dazu auch *Auer* 2008a, S. 624 m. w. N.

⁷⁶ Pufendorfs Rechtssystem folgt insoweit noch dem Aufbau des klassischen Vernunftrechts, das die Rechtsverhältnisse des Individuums den drei naturrechtlich begründeten menschlichen Gemeinschaften – Ehe, Familie, Staat – gegenüberstellt; vgl. *Pufendorf* 1672/1998, VI–VIII sowie entsprechend *Pufendorf* 1673/1994, II.2–18, S. 147 ff. Auch das für Kant unmittelbar einflussgebende Vernunftrechtskompendium Achenwalls und Pütters trennt noch zwischen dem Ehe und Familie umfassenden „Recht der kleineren Gesellschaften“ einerseits sowie dem „Allgemeinen staatlichen (bürgerlichen) Recht“ andererseits und kombiniert damit Elemente der klassischen Institutionenordnung (vorstehend Fn. 74) und des vorkritischen Vernunftrechts; vgl. *Achenwall/Pütter* 1750/1995, II.2–4 sowie III.3, §§ 596 ff., 800 ff., S. 189 ff., 263 ff.; zu dieser Systemstruktur *Schwarz* 1921/1960, S. 19 ff. Eine Kritik des kantischen dinglich-persönlichen Rechts muss daher an dessen vor dem zeitgenössischen Horizont neuartiger Zielsetzung ansetzen, das *gesamte* Privatrechtssystem in Form freiheitsbegründeter subjektiver Individualrechte darzustellen. Diese innovative Leistung betont *Ikadatsu* 2002, S. 93 ff.; dazu auch *Auer* 2008a, S. 621; kritisch zur Tragfähigkeit des – wohl auf das *ius servum fugitivum vindicandi* bei Darjes zurückführbaren – kantischen Ansatzes dagegen *Buchda* 1929, S. 56 ff.; *Brandt* 1974, S. 195 ff., 259 mit Fn. 29; *Busch* 1979, S. 127 ff.; *Ludwig* 1988, S. 137 ff.; *Kersting* 2007, S. 240 ff.

⁷⁷ Dies gilt gerade im Vergleich mit den frühesten zeitgenössischen Systementwürfen auf der Grundlage des Pandektensystems (vorstehend Fn. 74). Vgl. *Hugo* 1789; *Heise* 1807; dazu *Schwarz* 1921/1960, S. 3; *Björne* 1984, S. 131 ff.; speziell zum Einfluss Kants auf Hugo ebd., S. 37. Zum kantischen Wissenschafts- und Systembegriff als „ein nach Principien geordnetes Ganze der Erkenntniß“ *Kant* 1786/1903, Bd. 4, S. 467; dazu *Canaris* 1993b, S. 377 f.; *HKK-Rückert* 2003, vor § 1 Rz. 57 ff.

⁷⁸ *Savigny* 1840, Bd. 1, § 4, S. 7. Grundbegriff bleibt nach Savigny freilich das Rechtsverhältnis, „von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt“ (ebd.). Die Lehre vom Rechtsverhältnis ist indessen als Ausfluss des Savignyschen Idealismus zu interpretieren, der es – ohne weitere systematische Konsequenzen für den Standort des subjektiven Rechts – lediglich verbietet, einzelne Rechte „formalistisch“ ohne Blick auf die höhere „Allgemeinheit“ des Rechtsverhältnisses zu deuten. Dazu instruktiv *Rückert* 1984, S. 342 ff.

Windscheid,⁷⁹ dessen Konzeption des Rechtssystems als Ordnung subjektiver Rechte im Sinne ausschließlicher Willenssphären sich ab Mitte des neunzehnten Jahrhunderts durchsetzte und ab 1892 von Georg Jellinek durch einen entsprechenden Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts ergänzt wurde.⁸⁰ Um 1900 war damit ein Systemverständnis der Gesamtrechtsordnung erreicht, das es erlaubte, *alle* Rechtsverhältnisse – also sowohl des Privatrechts als auch des öffentlichen Rechts – nach einem einheitlichen Modell absoluter, mit gegenseitiger Ausschlusswirkung versehener Sphären personaler Autonomie zu konzipieren. Parallele Entwicklungen fanden auch in anderen Rechtsordnungen statt. So entsprach etwa auch das Systemverständnis des amerikanischen „Classical Legal Thought“ der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts dem Sphärenmodell des subjektiven Rechts.⁸¹ Wiederum handelt es sich also um eine von dogmatischen Systemvoraussetzungen bemerkenswert unabhängige ideengeschichtliche Konstante.

III. Die Trennung von Staat und Gesellschaft

Mit der Person und dem subjektiven Recht als Strukturmerkmalen des modernen Rechtsdenkens waren damit bis zum Ende des neunzehnten Jahrhunderts die Voraussetzungen geschaffen, um die gesamte Privatrechtsordnung als gerechtfertigte Sphäre subjektiver Individualrechte zu konzipieren. Doch auf dieser Grundlage allein wird noch nicht erklärlich, weshalb sich das derart strukturierte Privatrecht schließlich als *privates* Recht formierte, das dem Bereich des öffentlichen Rechts bis heute entgegengesetzt zu sein scheint.⁸² Dazu bedurfte es eines weiteren Begründungsschrittes: der Ausdifferenzierung der komplementären Begriffe von Staat und Gesellschaft. Auch die Verselbständigung dieser beiden Konzepte und der daran geknüpften inhaltlichen Unterscheidung

⁷⁹ *Windscheid* 1856, S. 3: „Die Rechtsordnung ist die Ordnung der Rechte.“ Vgl. auch *Windscheid/Kipp* 1906, Bd. 1, § 37, S. 156 („von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft“); zusammenfassend v. *Tuhr* 1910, Bd. 1, § 1, S. 53 („der zentrale Begriff des Privatrechts und zugleich die letzte Abstraktion aus der Vielgestaltigkeit des Rechtslebens“). Zum Ganzen auch *Auer* 2008a, S. 594 f. m. w. N.

⁸⁰ Vgl. *Jellinek* 1905, S. 28 ff. zur „Persönlichkeit“, d. i. Rechtsfähigkeit des Staates. Zum subjektiv-öffentlichen Recht aus neuerer Zeit *Scherzberg* 2006, S. 839 ff.

⁸¹ Grundlegend *Kennedy* 1975/2006, S. 40 ff., 251 ff.

⁸² Tatsächlich scheint auf der Grundlage der bisher erörterten universellen Strukturen der Person und des subjektiven Rechts gerade der gegenteilige Schluss einer Einebnung der Unterscheidung nahezuliegen. Instruktiv sind vor diesem Hintergrund die Bemühungen der deutschen Staatsrechtslehre des späten neunzehnten Jahrhunderts, die Wissenschaft vom öffentlichen Recht unter gezielter kategorialer Abscheidung vom Privatrecht als eigenständiges „Vollrechtssystem“ auszugestalten. Zu den daraus resultierenden begriffsjuristischen Doppelungen eindrucksvoll *Bullinger* 1968, S. 60 ff. Vgl. auch nachstehend § 2 III zur Kritik der Dichotomie.

von öffentlichem Recht und Privatrecht gehört zu den bis heute wirkmächtigsten Leistungen der ersten Moderne.⁸³ Die staatstheoretisch indifferente Struktur der subjektivrechtlichen Rechtsordnung erhielt ihre Orientierung und Tiefenschärfe erst dadurch, dass der Bereich privatrechtlichen Handelns von den staatlichen Eingriffsbefugnissen getrennt und diese ihrerseits konzeptionell limitiert wurden.

Dass sich auch dies nur vor dem Hintergrund der Wendung zur Moderne verstehen lässt, erscheint allerdings begründungsbedürftig, wenn man die Herkunft von Begriffen wie *publicus*, *privatus*, *res publica*, *populus*, *civitas*, *civis* usw. betrachtet.⁸⁴ Die Unterscheidung zwischen *ius publicum* und *ius privatum* stammt bekanntlich aus dem klassischen römischen Recht und wurde bereits von Ulpian auf den Begriff der bis heute als „Interessentheorie“ bezeichneten Abgrenzung nach „öffentlichem“ oder „privatem“ Nutzen gebracht.⁸⁵ Doch wäre es ein Irrtum, deswegen anzunehmen, es habe bereits in der römischen Antike ein dem heutigen Privatrechtsmodell entsprechendes Konzept eines spezifischen Rechts der staatskomplementären, privatbürgerlich verfassten Gesellschaft gegeben.⁸⁶ Dass dies jedenfalls mit dem Ulpianischen *ius privatum* nicht gemeint sein konnte, erschließt sich bereits anhand der nachfolgenden Beschränkung des „öffentlichen Nutzens“ auf drei eng begrenzte Gegenstände der öffentlichen Religion und Verwaltung, die folglich den Hauptteil der Rechtsordnung – *ius naturale*, *ius gentium* und *ius civile* – dem *ius privatum* überlässt.⁸⁷ Das *ius privatum* bildete also die eigentliche, übergreifende Gesellschaftsordnung, während das *ius civile* anders als das heutige Zivilrecht keine Sphäre staatskomplementären Handelns, sondern das Sonderrecht und Vorrecht der römischen Bürger – der *cives Romani* – bezeichnete.⁸⁸ Dahinter steht die griechisch-antike Vorstellung des staatsmännisch verantwortlichen Bürgers (*polítes*) als Träger der politischen Gemeinschaft, die mit der bürgerlichen Gesellschaft (*koinonía politiké*) ineins fällt und in den klassischen Bezeichnungen des Staatswesens – *polis*,

⁸³ Dazu Forsthoff 1971, S. 21 ff.; Böckenförde 1973, S. 8 ff.; Grimm 1987, S. 13 ff., 59 ff.; Koselleck, in: Brunner/Conze/Koselleck 1990, Bd. 6, S. 61 ff. (Staat und Souveränität); aus jüngerer Zeit Möllers 2000, S. 214 ff., 228 ff.

⁸⁴ Zu diesen und weiteren Begriffen Conze, in: Brunner/Conze/Koselleck 1990, Bd. 6, S. 1 ff. (Staat und Souveränität).

⁸⁵ Ulp. D. 1.1.1.2; Inst. 1.1.4: „Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.“ Zur Interessentheorie vor diesem Hintergrund Bydlinski 1994, S. 321 f.; Stolleis 1996, S. 46 ff.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth¹²2007, § 22 Rz. 24, S. 185; Michaels/Jansen 2008, S. 74; Maurer¹⁸2011, § 3 Rz. 11, S. 43 f.

⁸⁶ Dies ist unstreitig. Grundlegend Bullinger 1968, S. 13 ff.; ebenso Stolleis 1996, S. 46 ff.; Chiusi 2007, S. 4 f.; Kaser/Knütel¹⁹2008, § 3 Rz. 4, S. 31.

⁸⁷ Ulpian fährt wie folgt fort (Ulp. D. 1.1.1.2 im Anschluss an das vorstehende Zitat, vgl. Fn. 85): „Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.“ Zur umfassenden Dimension des römischen Privatrechts auch Chiusi 2007, S. 4 f.

⁸⁸ Insbes. Gai. D. 1.1.1.9; Inst. 1.2.1; dazu Kaser/Knütel¹⁹2008, § 3 Rz. 8, S. 32.

res publica, civitas – zum Ausdruck kommt. „Bürgerliche Gesellschaft“ und „bürgerliches Recht“ sind in der Antike vom Bereich des „Öffentlichen“ gerade nicht getrennt, sondern bilden dessen konstituierende Grundlage.⁸⁹

Auch während des Mittelalters herrschen noch weitgehend aristotelisch geprägte bzw. ständische Bürger- und Staatsbegriffe vor.⁹⁰ Erst mit Anbruch der Neuzeit erfolgte im Zuge der Entwicklung des modernen Staats- und Souveränitätsbegriffs auch eine konzeptionelle Neuverortung des Bürgertums, die allerdings in Deutschland aufgrund der weitgehend intakten ständischen Reichsstrukturen später erfolgte als in anderen europäischen Ländern. Der moderne Begriff des „Staats“ (*status, stato, état, estado, state*) bildete sich als Oberbegriff politischer Herrschaftsorganisation in Italien, Frankreich und England seit dem fünfzehnten und sechzehnten Jahrhundert, in Deutschland erst seit dem siebzehnten Jahrhundert heraus.⁹¹ In Italien hatte Machiavelli bereits im fünfzehnten Jahrhundert den Boden für eine instrumentell-utilitaristische Lesart des Staatszwecks bereitet, auf dem sich ab dem sechzehnten Jahrhundert eine Debatte über den ebenfalls neugeschaffenen Begriff der „Staatsräson“ (*ragione di stato, ratio status*) entfaltete.⁹² Die Schöpfung dieses Begriffs bringt zum Ausdruck, dass Staat und Gesellschaft an der Wende zur Neuzeit erstmals als von traditionellen Legitimationen abgeschnitten wahrgenommen werden mussten. In dieses Legitimationsvakuum stießen autonom-menschliche Zwecksetzungen – der Gedanke einer „Nützlichkeit“, einer „Notwendigkeit“ politischer Herrschaft, die die intellektuelle Basis für die Entstehung des Absolutismus der frühen Neuzeit bildete. In Frankreich brachte Bodin, der Begründer der neuzeitlichen Souveränitätslehre, diesen Zusammenhang auf den Begriff, indem er den Staat bzw. – in seiner Terminologie – die *république* bzw. *respublica* als Trägerin absoluter Souveränität definierte bzw. die Souveränität zum entscheidenden Merkmal staatlicher Macht erhob.⁹³ Neu war, dass Staat und Bürgergemeinde – *respublica* und *civitas* – dadurch erstmals auseinandertraten. Indem der Staat

⁸⁹ Instruktiv Riedel, in: Brunner/Conze/Koselleck 1972, Bd. 1, S. 672 ff. (Bürger); zusammenfassend auch Chiusi 2007, S. 4 f. m. w. N. Zum Ausdruck kommt diese „öffentlichrechtliche“ Konnotation des Rechts der antiken Bürgergesellschaft auch in Pap. D. 2.14.38, wo *ius publicum* im weiteren Sinne des gesamten staatlich anerkannten, dem allgemeinen Nutzen dienenden Rechts zu verstehen ist. Dazu Kaser/Knütel¹⁹2008, § 3 Rz. 6, S. 32.

⁹⁰ Vgl. Riedel, in: Brunner/Conze/Koselleck 1972, Bd. 1, S. 676 ff. (Bürger). Die Trennlinie verlief nach wie vor zwischen Bürgern und Nichtbürgern, d. i. zwischen privilegierten Stadtbürgern einerseits und bloßen städtischen Einwohnern („Beisassen“) andererseits.

⁹¹ Vgl. Koselleck, in: Brunner/Conze/Koselleck 1990, Bd. 6, S. 1 ff. (Staat und Souveränität) sowie Conze, ebd., S. 7 ff. m. w. N.

⁹² Grundlegend Machiavelli 1532/2007, insbes. XV–XXI, S. 119 ff. Dazu sowie zur Entwicklungslinie hin zu Hobbes Strauss 1965, S. 10 ff.; zur Debatte über die Staatsräson Stolleis 1996, S. 48; Conze, in: Brunner/Conze/Koselleck 1990, Bd. 6, S. 9 f., 12 ff. (Staat und Souveränität).

⁹³ Bodin 1583/1977, I.8, S. 122 (1583): „La souveraineté est la puissance absolüe & perpetuelle d’une Republique.“ Dazu Klippel, in: Brunner/Conze/Koselleck 1990, Bd. 6, S. 107 ff. (Staat und Souveränität); Riedel, in: Brunner/Conze/Koselleck 1972, Bd. 1, S. 678 f. (Bürger).

zum alleinigen Träger der souveränen Macht wurde, verlor die Bürgerschaft ihre politische Funktion, so dass sich der Bürgerbegriff in den politisch nicht verantwortlichen „Stadtbürger“ bzw. *civis urbanus* oder *bourgeois* einerseits sowie den traditionellen, politisch verantwortlichen „Staatsbürger“ bzw. *civis* oder *citoyen* andererseits aufspaltete.⁹⁴

Doch auch in dieser Frage beginnt die eigentliche Moderne mit Hobbes. Denn Bodin hatte zwar die begrifflichen Grundlagen für die Erfassung der modernen Gesellschaft geliefert, ihre immanenten Spannungen jedoch noch nicht erkannt. *Bourgeois* und *citoyen* geraten bei Bodin nicht in Konflikt, da der *citoyen* nach wie vor im antiken Sinne als politisch verantwortlicher, ökonomisch unabhängiger Hausherr konstruiert wird.⁹⁵ Bei Hobbes dagegen gibt es anders als bei Bodin keinen *citoyen* bzw. *citizen* mehr; es gibt nur das einzelne Individuum als *subject* bzw. Untertan, der die volle Last des Auseinanderfallens von öffentlichen und privaten Interessen trägt.⁹⁶ Dabei handelt es sich um einen echten Interessengegensatz, denn egoistische Privatinteressen bleiben nach Hobbes auch im Falle kollektiver Aggregation nichts anderes als egoistische Privatinteressen, von denen kein Weg zu einem öffentlichen Interesse führt.⁹⁷ Hobbes annihiliert den politischen Bürger, indem er die Kluft zwischen privaten und öffentlichen Interessen als unüberbrückbar darstellt. Der Wille einzelner Bürger, in die Regierungsgeschäfte einzugreifen, läuft nach Hobbes auf eine Kompetenzanmaßung hinaus, und die antike bürgerliche Freiheit ist, soweit sie nicht die Freiheit des Souveräns bezeichnet, mit hohem Blutzoll teuer erkaufte: „And by reading of these Greek, and Latine Authors, men from their childhood have gotten a habit (under a falseshew of Liberty,) of favouring tumults, and of licentious controlling the actions of their Sovereigns; and again of controlling those controllers, with the effusion of so much blood; as I think I may truly say, there was never any thing so deerly bought, as these Western parts have bought the learning of the Greek and Latine tongues.“⁹⁸ Bei Hobbes zeigt sich also der größtmögliche Antagonismus von Staat und bürgerlicher Gesellschaft.

⁹⁴ Vgl. Bodin 1583/1977, I.6, S. 68 zum Verhältnis von Staat und Familie, wonach der Bürger im Übertritt zwischen beiden Sphären die Rolle wechselt. Dazu sowie zur Terminologie Riedel, in: Brunner/Conze/Koselleck 1972, Bd. 1, S. 678 f. (Bürger).

⁹⁵ Bodin 1583/1977, I.6, S. 68: „chef de famille“, „maistre“, „seigneur“; dazu Riedel, in: Brunner/Conze/Koselleck 1972, Bd. 1, S. 678 (Bürger).

⁹⁶ Hobbes 1651/1996, XVII–XXII, S. 117 ff., insbes. XVII, S. 121: „And he that carryeth this Person [cf. Commonwealth oder Leviathan], is called Sovereigne, and said to have Sovereigne Power; and everyone besides, his Subject.“ Zur „bourgeois society“ bei Hobbes vgl. Macpherson 1965, S. 174 ff.; zum Souveränitätsbegriff Klippel, in: Brunner/Conze/Koselleck 1990, Bd. 6, S. 110 (Staat und Souveränität).

⁹⁷ Vgl. Hobbes 1651/1996, XVII, S. 119, wo gegen die Möglichkeit einer friedlichen Koexistenz im Naturzustand ausgeführt wird, dass beim Menschen im Gegensatz zu anderen staatenbildenden Lebewesen Gemeininteresse und Privatinteresse dauerhaft auseinanderfallen.

⁹⁸ Hobbes 1651/1996, XXI, S. 150; vgl. auch ebd., XVII, S. 119 f.

Der nachfolgenden politischen Theorie waren damit zwei Fragen aufgegeben: Wie, wenn überhaupt, lassen sich Staat und Gesellschaft wieder integrieren, und welche Seite gewinnt dabei die Oberhand – die staatliche oder die gesellschaftlich-privatrechtliche? Oder anders gefragt: Wie lässt sich begründen, dass das Privatrecht nicht einfach im politischen öffentlichen Recht des Bürgers als *citoyen* aufgeht? Wann und wie erfolgte die spezifisch moderne „Privatisierung“ des Privatrechts, die dieses vom *ius civile* der Antike abhebt?

Vereinfachend lassen sich diese Fragen dahingehend beantworten, dass die ersten auf Hobbes folgenden Vereinigungstheorien meist noch zu einer starken Totalisierung entweder der öffentlichen oder der privatrechtlichen Seite neigten. Letzteres findet sich bei Grotius, dessen Naturrecht sich geradezu als exemplarischer Versuch einer Weltrechtsordnung auf der Grundlage eines verabsolutierten Privatrechts lesen lässt.⁹⁹ Weite Teile des Grotianischen Naturrechts beruhen auf dem römischen Privatrecht, dessen antike Bedeutung als politisches Bürgerrecht in der frühen Neuzeit jedoch verblasst und durch den frühneuzeitlichen *usus modernus pandectarum* in ein mehr oder weniger universelles „Privatbürgerrecht“ umgewandelt worden war.¹⁰⁰ Dementsprechend kennt Grotius zwar durchaus noch den antiken Begriff des *civis*, lässt ihn aber ebenso wenig wie den Begriff der Person rechtstheoretisch wirksam werden, sondern versteht ihn lediglich als weitere, gleichgeordnete Relation neben den Über-Unterordnungsverhältnissen zwischen Eltern und Kind, Herr und Knecht, Herrscher und Untertan sowie Gott und Mensch.¹⁰¹ Anders als Hobbes hält Grotius auch die Institution eines staatlichen Souveräns, dem alle Bürger Untertanen sind, nicht für notwendig, sondern konstruiert ganz im Gegenteil auch jede staatliche und völkerrechtliche Macht in der privatrechtlichen Form des Vertrags. Das „Privatrecht“ wird dadurch verabsolutiert, das öffentliche Recht privatisiert und der Staat zur begrifflichen Leerstelle.

Doch auch die extreme gegenteilige Konsequenz, dass nicht der Staat, sondern das Privatrecht innerhalb der auf das Individuum bezogenen Konstruktion des modernen Souveräns zur Leerstelle wird, ist auf der Grundlage des Hobbesschen Problemaufrisses gezogen worden. Nach Rousseau zwingen die Probleme menschlicher Aggression und Verelendung, die durch unregelmäßiges Zusammenleben entstehen, ganz ähnlich wie bei Hobbes zur Staatsgründung

⁹⁹ Grundlegend *Grotius 1625/2005*, Bd. 3, Prolegomena [§ 15], S. 1749, wo das naturrechtliche Gebot der Vertragstreue als Quelle allen staatlichen Rechts bezeichnet wird; dazu *Brandt 1974*, S. 34f. Zum historischen Hintergrund der „privatrechtlich“ organisierten Kolonialexpansion der Niederländischen Vereinigten Ostindischen Kompanie *Damler 2008*, S. 56ff., 73ff. sowie bereits vorstehend Fn. 54.

¹⁰⁰ Zur Entwicklung des gemeinen Rechts zum konkreten „Privatrecht“ und Verselbständigung des öffentlichen Rechts seit dem 17. Jahrhundert *Stintzing/Landsberg 1880*, Bd. 1, S. 663ff.; *Wieacker* ²1967, S. 212ff.; *Bullinger 1968*, S. 22ff.

¹⁰¹ Vgl. *Grotius 1625/2005*, I.1.3.2, Bd. 1, S. 136f.

und gesellschaftlichen Integration.¹⁰² Die Rousseausche Lösung liegt bekanntlich in der „*volonté générale*“, also der Annahme eines aus sämtlichen Einzelwillen aggregierten Gemeinwillens, der den Konflikt zwischen individueller Willkür und Gemeinwohl löst, indem die Einzelwillen im Gemeinwillen aufgehen und damit dem Gemeinwesen nicht nur nicht mehr schaden können, sondern nach dem Gedanken der Volkssouveränität zu seiner tragenden Grundlage werden.¹⁰³ Rousseau benötigt, obwohl er nicht anders als Hobbes von einem ständigen Konflikt zwischen Privat- und Gemeininteresse ausgeht, keinen unbeschränkten, totalitären Souverän mehr über dem Volk, da das Volk selbst zum unbeschränkten, totalitären Souverän wird. Die Privatexistenz des Bürgers wird in seiner öffentlichen Rolle aufgehoben; der Bürger ist als Teilhaber an der souveränen Gewalt ausschließlich *citoyen* und nur insoweit *sujet* bzw. Untertan, als er den Gesetzen des von ihm selbst verantworteten Souveräns unterworfen ist.¹⁰⁴

Zählt man den bereits dem unmittelbaren Vorfeld der Französischen Revolution zuzurechnenden Entwurf Rousseaus hinzu, existierten bis zur Mitte des achtzehnten Jahrhunderts also drei hinsichtlich der jeweiligen Rolle von Staat und Gesellschaft extreme Lösungen des Hobbesschen Problems: Erstens Hobbes' eigene der vollständigen Trennung von Staat und Gesellschaft mit dem Bürger als Nur-Untertan, zweitens die Grotianische der Privatisierung und Selbstaufhebung des Staates mit dem Bürger als Privatbürger *avant la lettre* sowie schließlich die Rousseausche der Verschmelzung von Staat und Gesellschaft mit dem Bürger als Nur-*citoyen*. Doch nach Mitte des achtzehnten Jahrhunderts drang keine dieser drei Lösungen mehr zur ganzen Problemtiefe des modernen Verhältnisses von Staat und Gesellschaft vor. Weder ließ sich die seit dem achtzehnten Jahrhundert ökonomisch erstarkte bürgerliche Gesellschaft des Industriezeitalters durch den Staat vereinnahmen, noch zeigte der durch Absolutismus, nationales Einheitsstreben sowie die Anfänge rationaler Sozialplanung in seinen Kompetenzen wesentlich erweiterte moderne Staat Tendenzen, einfach in der Gesellschaft aufzugehen. Die eigenständige Dynamik der modernen Gesellschaft verschwand nicht, indem man sie normativ wegdefinierte; sie trat vielmehr in der Staatspraxis des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts immer unübersehbarer hervor. Es musste also eine Rolle für den Staat gefunden werden, die dessen Legitimation einerseits auf die an ihm beteiligten Individuen zurückführen und damit zu einer Integration mit der Gesellschaft gelangen konnte, ohne andererseits die schon vorausgesehene, aber begrifflich noch unentwickelte Differenz zwischen beiden Polen einfach einzuebnen. Es

¹⁰² Rousseau 1755/1964, Teil 2, S. 164 ff.; dazu Welzel ⁴1962, S. 156 ff.; Brandt 1974, S. 145 ff.

¹⁰³ Rousseau 1762/1964, S. 286 ff.; dazu Welzel ⁴1962, S. 157 ff.; Klippel, in: Brunner/Conzel/Koselleck 1990, Bd. 6, S. 126 f. (Staat und Souveränität).

¹⁰⁴ Rousseau 1762/1964, S. 290 f.: „Citoyens comme membres de la cité, et Sujets, comme soumis aux Lois de l'Etat.“ (Hervorhebung weggelassen).

ging mit anderen Worten darum, das Hobbessche Problem zu lösen, dabei aber weder in das Grotianische Extrem eines totalen Privatrechts noch in das Rousseausche des totalen Staates zu verfallen.

Die beiden letzten großen Entwürfe vor Hegel, in denen diese Problemzuumutung der frühen ersten Moderne am deutlichsten zum Ausdruck kommt, waren wieder die liberalen Staatstheorien Lockes und Kants. Locke beansprucht, die Lösung des von Hobbes, Grotius und Rousseau aufgespannten Trilemmas auf eine neue Ebene zu heben, indem er seinen bereits erörterten Eigentumsbegriff auch dazu einsetzt, den legitimen Bereich staatlicher Aufgaben nicht nur zu begründen, sondern zugleich systemimmanent zu *begrenzen*. Locke beschränkt die legitime Aufgabe des Gemeinwesens bekanntlich auf den Schutz der bereits im vorstaatlichen Naturzustand begründeten privaten Eigentumsrechte. Nur zu *diesem* Zweck wird der politische Vertrag geschlossen, die politische Gemeinschaft also zugleich legitimiert und systemimmanent limitiert.¹⁰⁵ So ist es der souveränen Gewalt insbesondere verboten, das Eigentum des Einzelnen ohne dessen Einwilligung zu beschneiden. Ein Staat, der dies missachtet, führt nach Locke seinen Zweck ad absurdum.¹⁰⁶ Staat und bürgerliche Gesellschaft sind nach diesem Modell also eins und dennoch normativ komplementär; jeder Mensch ist als Privatbürger und Eigentümer *zugleich citoyen* bzw. *citizen* und überwindet die Spaltung zwischen Staat und Gesellschaft durch die legitimierende Kraft seiner eigenen subjektiven Privatrechtssphäre. Auf dieser Grundlage ist es schließlich auch folgerichtig, dass *civil society* und *political society* bei Locke nach wie vor ganz selbstverständlich gleichgesetzt werden.¹⁰⁷ Lockes bürgerliche Gesellschaft ist ihrem begrifflichen Kern nach noch immer die *societas civilis sive res publica* der Antike. Neu ist jedoch, dass der Bürger nun nicht mehr anders qualifiziert wird als durch sein Eigentum; die ständischen Schranken des Bürgertums werden durch die Funktionsbedingungen der egalitären Privatrechtsgesellschaft eingeholt. Eine *civil society* besteht dort und nur dort, wo *alle* Mitglieder die Befugnis zur Verteidigung ihrer Eigentumsrechte einer souveränen Rechtssetzungs- und Vollstreckungsinstanz überantworten.¹⁰⁸ Das Bürgertum wird damit ohne begrifflichen Bruch mit der Antike vom Privileg zur Freiheit und der liberale Staat zum theoretischen Schlussstein der egalitären Privatrechtsgesellschaft. Locke ist deren eigentlicher Begründer.

Mit Kant setzt sich die normative Überzeugungskraft einer durch die natürlichen Freiheitsrechte des Individuums limitierten Staatsbegründung schließ-

¹⁰⁵ Locke 1690/1988, II.9, II.11, II.19, §§ 123 f., 131, 135, 138 ff., 222, S. 350 ff., 357 ff., 412 u. öfter; dazu Schwab, in: Brunner/Conze/Koselleck 1975, Bd. 2, S. 79 f. (Eigentum); Kersting 1991, S. 131; Ludwig 2005, S. 100; v. d. Pfordten ²2011, S. 347 ff.

¹⁰⁶ So nachdrücklich Locke 1690/1988, II.11, §§ 138 ff., S. 360 ff.; zum daraus folgenden Verbot der Enteignung Schwab, in: Brunner/Conze/Koselleck 1975, Bd. 2, S. 98 (Eigentum).

¹⁰⁷ Locke 1690/1988, II.9, § 135, S. 357: „joynt power of every Member of the Society given up to that Person, or Assembly, which is Legislator.“

¹⁰⁸ Vgl. Locke 1690/1988, II.7, §§ 87, 89, S. 323 ff.

lich auch in der deutschen Vernunftrechtstradition durch. Auch bei Kant kommt der typische normative Anspruch der ersten Moderne zum Ausdruck, die divergierenden Momente von Staat und Gesellschaft durch die übergreifende Klammer des individuellen freien Willens vereinen zu wollen, indem die freie Zustimmung aller an der Gesetzgebung beteiligten Bürger die Ausübung staatlicher Gewalt legitimiert – „volenti non fit iniuria“.¹⁰⁹ Dabei liegt ähnlich wie bei Locke die rechtfertigende Basis des Staates im natürlichen, vorstaatlichen Privatrecht; Zweck und Grenzen des staatlichen Zusammenschlusses ergeben sich aus der endgültigen gesetzlichen Absicherung der im Naturzustand nur vorläufig gewährleisteten subjektiven Privatrechte, so dass der Idealzustand des durch Gesetzgebung geschaffenen „öffentlichen Rechts“ grundsätzlich genau dem entspricht, was bereits im vorstaatlichen Zustand Inhalt des „Privatrechts“ war.¹¹⁰ Auch bürgerliche Gesellschaft und politische Gemeinschaft fallen damit nach dem antiken Begriffsmuster der *civitas* ohne weitere Problematisierung zusammen. Unter dem „Bürger“ versteht Kant grundsätzlich den politischen Bürger bzw. *citoyen*. Zwar ist die seit der Französischen Revolution von 1789 in ganz Europa verbreitete Dichotomie von *citoyen* und *bourgeois*, die in der deutschen Sprache kein Pendant besitzt, bei Kant bereits rezipiert.¹¹¹ Doch hält Kant den unpolitischen Privatbürger oder *bourgeois* in seinem scheinbar glatt aufgehenden System von individueller Freiheit, bürgerlicher Selbständigkeit und bürgerlich legitimer Souveränität offenbar für irrelevant. Kant besitzt – wie Locke – keinen Begriff dafür, dass eine der wesentlichen Grundbedingungen moderner Staatlichkeit gerade darin besteht, dass Staat und bürgerliche Gesellschaft *trotz* individualistischer Legitimation des Staatsganzen *dauerhaft* auseinanderfallen.

Dass dies so sein könnte, wird bei Kant allerdings bereits an einigen Konsequenzen der Staatstheorie erkennbar, die bei Locke so noch nicht thematisiert werden und die damit einen ersten Eindruck von der aporetischen Praxis der modernen Gesellschaft nach 1789 vermitteln. Dies gilt zunächst für die Staatsbürgereigenschaft, die Kant im Gegensatz zu Locke doch wieder erstaunlich weitgehend in den Bahnen eines antikisierend-ständischen Bürgerrechts ver-

¹⁰⁹ So explizit *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 313 [§ 46]; dazu *Kersting* ³2007, S. 312 ff.

¹¹⁰ Grundlegend *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 306 [§ 41]; vgl. auch ebd., S. 312 f. [§ 44]. Öffentliches Recht und Privatrecht unterscheiden sich damit lediglich durch die prozedurale Qualifikation des ersteren als Produkt des staatlichen Gesetzgebers. Dieses deckungsgleiche Verhältnis ist für den kantischen Rechtsbegriff fundamental. Dazu *Buchda* 1929, S. 14 ff.; *Maus* 1992, S. 149 ff.; *Kersting* ³2007, S. 264; *Rödl* 2008, S. 330 m. Fn. 32; *Auer* 2008a, S. 622 sowie näher nachstehend Fn. 129.

¹¹¹ Vgl. *Kant* 1793/1912, Bd. 8, S. 295. Kants Ausführungen zum Bürgerbegriff, der teils auch noch schlicht als ständischer Gegenbegriff zum theoretisch verworfenen Geburtsadel steht (etwa *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 328 ff. [Allgemeine Anmerkung, § D]), zeigen exemplarisch die sprachliche Unschärfe des Bürgerbegriffs in der frühmodernen deutschsprachigen Staats- und Sozialphilosophie. Dazu näher *Riedel*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1972, Bd. 1, S. 684 ff. (Bürger).

standen wissen will. Der kantische Bürgerbegriff setzt nicht nur Freiheit und Gleichheit, sondern vielmehr ökonomische „Selbständigkeit“ voraus, wodurch insbesondere „der Geselle ...; der Dienstbote ...; der Unmündige ...; alles Frauenzimmer und überhaupt jedermann, der nicht nach eigenem Betrieb, sondern nach der Verfügung anderer ... genöthigt ist, seine Existenz ... zu erhalten,“ der „bürgerlichen Persönlichkeit“ „entbehrt“ und damit von der Teilhabe am vollen, „aktiven“ Staatsbürgerrecht ausgeschlossen bleibt.¹¹² Auf dieser Grundlage ist es auch konsequent, wenn Kant trotz des von ihm selbst empfundenen Theoriebruchs¹¹³ anders als Rousseau darauf besteht, dass Volkswille und Wille des Souveräns, d. i. Wille der gesetzgebenden Bürgergemeinde, *nicht* identisch, sondern vielmehr getrennt sind und eine friedensfähige Gesellschaftsverfassung nur unter der Bedingung der Unterordnung des ersteren unter den letzteren möglich ist.¹¹⁴ Dies impliziert schließlich eine „republikanische“ Staatsverfassung, die die möglichst weitgehende Vermittlung des Volkswillens nach dem Repräsentationsprinzip voraussetzt und dessen unmittelbare Relevanz ausdrücklich ausschließt,¹¹⁵ sowie weitere geradezu Hobbessche Konsequenzen: keine Rechte, nur Pflichten der Untertanen gegenüber dem Herrscher;¹¹⁶ faktische Gewalt als Ursprung staatlicher Macht, die in Frage zu stellen zwecklos wäre; keine staatsgefährdenden „Vernünftleien“ wider die Obrigkeit; Pflicht zur Hinnahme tyrannischer Herrschaft ohne Widerstandsrecht.¹¹⁷ Die Rolle der kantischen Philosophie als Zeitdokument der vollendeten ersten Moderne kurz vor deren Desintegration wird also gerade am Verhältnis von Staat und Gesellschaft sichtbar. Hier wird das normativ individualistische System der Staatsbegründung durch hypothetische Rückführung auf die Einzelwillen aller Individuen noch einmal voll entfaltet, während im konkreten Verhältnis von Staat und Gesellschaft bereits die Instabilität dieser Konstruktion greifbar wird, ohne dass sich Kant dieser bewusst ist. Die normative Bindekraft des Individualismus, der an die Stelle traditionaler, vormoderner Legitimationsmodi

¹¹² *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 314 [§ 46]; entsprechend schon *Kant* 1793/1912, Bd. 8, S. 295 f. Dazu kritisch *Kersting* ³2007, S. 297 ff.

¹¹³ So wendet *Kant* (1797/1907, Bd. 6, S. 314 [§ 46]) rhetorisch ein, dass die Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Staatsbürger „mit der Erklärung des Begriffs von einem Staatsbürger überhaupt in Widerspruch zu stehen scheint“, um dann wie zitiert fortzufahren. Vgl. schon *Kant* 1793/1912, Bd. 8, S. 294, wonach der öffentliche Wille „kein anderer Wille, als der des gesammten Volks“ sein dürfe.

¹¹⁴ So ausdrücklich *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 371 f. [Anhang, Beschluss].

¹¹⁵ Dazu insbes. *Kant* 1795/1912, Bd. 8, S. 349 ff.; entsprechend auch *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 341 [§ 52]. Dazu *Kersting* ³2007, S. 326 ff., 348 ff.

¹¹⁶ So explizit *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 319 [Allgemeine Anmerkung A.]; modifizierend *Kant* 1793/1912, Bd. 8, S. 303 ff., wo allerdings – unter Überspitzung des Gegensatzes zu Hobbes – das „Recht“ der Untertanen letztlich auf die bloße Meinungsäußerungsfreiheit hinausläuft.

¹¹⁷ Vgl. *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 318 ff. [Allgemeine Anmerkung A.]; ähnlich schon *Kant* 1793/1912, Bd. 8, S. 298 ff.; aus der umfangreichen Literatur zum Widerstandsverbot bei Kant nur *Kersting* ³2007, S. 356 ff. m. w. N.

tritt, wird so hoch eingeschätzt, dass die ihm immanenten Systembrüche aus dem Blickfeld verschwinden.¹¹⁸ So wird auch die trotz normativer Integration verbleibende Entzweiung von Staat und bürgerlicher Gesellschaft bei Kant nicht *als* Entzweiung gesehen.¹¹⁹ Kant fehlt das Vorstellungsvermögen dafür, dass der antike *civitas*-Begriff der Eigendynamik der individualistisch entfesselten bürgerlichen Gesellschaft nicht mehr gerecht wird.

Erst bei Hegel, also schon im neunzehnten Jahrhundert und nach der großen begriffsgeschichtlichen Wendezeit um 1800,¹²⁰ gelingt auf der Grundlage dieser Einsichten der vollständige Durchbruch zu einer konzeptionellen Trennung von Staat und bürgerlicher Gesellschaft.¹²¹ Es ist zutreffend, wenn Hegel und seine Kommentatoren den Begriff der „bürgerlichen Gesellschaft“ gelegentlich mit dem der „modernen Gesellschaft“ schlechthin gleichsetzen.¹²² Denn vor Hegel besaß das moderne Verhältnis von Staat und Gesellschaft jedenfalls im Hinblick auf seine soziologische Realität gar keinen Begriff.¹²³ Erst Hegel gelingt unter Bruch mit der antiken Begriffstradition die Emanzipation des Bürgerlichen vom Politischen, indem die „bürgerliche Gesellschaft“ erstmals die soziale Stellung des entpolitisierten Privatbürgertums im politisch absoluten Staat bezeichnet und den Bürger damit als *bourgeois* wieder mit dem empirischen Menschen versöhnen kann.¹²⁴ Ohne Theoriebruch ist bei Hegel nunmehr tatsächlich jeder Mensch Bürger, und zwar nicht als Träger der Souveränität bzw. als *citoyen*, sondern gerade in seinem Privatinteresse als *bourgeois*, das sich jedoch nie als solches, sondern immer nur unter Bezug auf und in allseitiger Abhängigkeit von den Interessen anderer Bürger entfalten kann, dadurch aus seiner Besonderheit heraustritt und in Allgemeinheit übergeht. „Die Individuen sind als Bürger dieses Staates Privatpersonen, welche ihr eigenes Interesse zu ihrem Zwecke haben. Da dieser durch das Allgemeine vermittelt ist, das ihnen somit als *Mittel erscheint*, so kann er von ihnen nur erreicht werden, indem sie

¹¹⁸ Treffend konstatiert daher *Habermas* (1988, S. 30), dass sich in Kants Philosophie „die wesentlichen Züge des Zeitalters wie in einem Spiegel reflektieren, ohne daß Kant die Moderne als solche begriffen hätte.“ Dazu auch *Auer* 2008a, S. 634.

¹¹⁹ So auch *Habermas* 1988, S. 31.

¹²⁰ Dazu nur *Koselleck*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1972, Bd. 1, S. XIV ff. (Einleitung).

¹²¹ Grundlegend *Hegel* 1821/1986, §§ 182 ff., S. 339 ff.; dazu aus der umfangreichen Literatur zum Begriff der bürgerlichen Gesellschaft *Ritter* 1965, S. 53 ff.; *Riedel* 1969, S. 120 ff., 135 ff.; *Riedel*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1972, Bd. 1, S. 706 ff. (Bürger); *Taylor* 1975, S. 432 ff.; *Habermas* 1988, S. 50 ff.

¹²² So bereits Hegel selbst in dem der vorliegenden Untersuchung vorangestellten Zitat; vgl. *Hegel* 1821/1986, Zusatz zu § 182, S. 339; ebenso *Riedel* 1969, S. 120, 145 ff.; *Riedel*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1972, Bd. 1, S. 707 (Bürger); *Habermas* 1988, S. 50 ff.

¹²³ Dazu instruktiv *Riedel* 1969, S. 145, 155 f.

¹²⁴ Vgl. *Hegel* 1821/1986, §§ 187 ff., S. 343 ff., insbesondere § 190, S. 348 zum *bourgeois*. Dazu *Riedel* 1969, S. 146 ff.; *Riedel*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1972, Bd. 1, S. 706 ff. (Bürger).

selbst ihr Wissen, Wollen und Tun auf allgemeine Weise bestimmen und sich zu einem *Gliede* der Kette dieses *Zusammenhangs* machen.“¹²⁵

Die Besonderheit der hegelschen Staatstheorie liegt darüber hinaus bekanntlich in der geschichtsteleologischen Zuspitzung der gesellschaftlichen Dynamik auf die Entfaltung des Staates als „Wirklichkeit der sittlichen Idee“.¹²⁶ Ob Hegels Staatstheorie insoweit überzeugen kann, ist fraglich.¹²⁷ Für die vorliegenden Zwecke kommt es jedoch nicht darauf, sondern allein auf die fundamentale Bedeutung der bei Hegel erstmals konsequent thematisierten *Privatisierung* des Selbstverständnisses der bürgerlichen Gesellschaft an. Wesentlich ist, dass das gesamte moderne Privatrechtsdenken auf der Prämisse des Bürgers als *bourgeois* beruht, der sich selbst Zweck ist und seine Interessen *ohne* öffentlichen Rechtfertigungszwang im freien und gleichen Verkehr mit anderen Privatbürgern befriedigt.¹²⁸ Hegels Analyse bildet insoweit einen System- und Bewusstseinswandel ab, der sich im deutschen Privatrechtsdenken seit etwa 1800 vollzogen hat. Paradigmatisch für den Privatrechtsbegriff vor 1800 war verallgemeinernd gesprochen das kantische Begriffsverständnis, wonach „Privatrecht“ die gesamte Rechtsordnung im vorstaatlichen Zustand bezeichnete, „öffentliches Recht“ hingegen lediglich ein Synonym für die Form staatlicher Gesetzgebung bildete.¹²⁹ Auf dem Boden des antiken *civitas*-Begriffs war dies konsequent: Ist „bürgerlich“ gleich „politisch“, so entspricht das bürgerliche Recht dem Recht schlechthin; Recht *ist* Privatrecht.¹³⁰ Ein entsprechendes Be-

¹²⁵ Hegel 1821/1986, § 187, S. 343; vgl. sodann ebd., §§ 189 ff., S. 346 ff. zum privaten „System der Bedürfnisse“. Dazu Riedel 1969, S. 158 ff.; Taylor 1975, S. 432 ff.

¹²⁶ Hegel 1821/1986, § 257, S. 398; vgl. auch ebd., S. 258, § 399 („Wirklichkeit des substantiellen Willens“); Zusatz zu § 258, S. 403 („das sittliche Ganze, die Verwirklichung der Freiheit“); § 260, S. 406 („Wirklichkeit der konkreten Freiheit“).

¹²⁷ Zur Kritik bereits Marx 1843/¹⁶2006, S. 204 ff., insbes. 205, 287 („pantheistischer Mystizismus“); zur kontroversen Beurteilung vor dem Hintergrund der Ideologien des zwanzigsten Jahrhunderts einerseits Popper 1945/⁸2003, S. 35 ff., andererseits Marcuse 1945/²2000, S. 169 ff.; differenzierend aus neuerer Sicht Ritter 1965, S. 7 ff., Riedel 1969, S. 100 ff.; Taylor 1975, S. 432 ff.; Habermas 1988, S. 50 ff. Letztlich verstößt Hegel gegen die intellektuellen Prämissen seines eigenen Begriffs der bürgerlichen Gesellschaft, wenn er dieser den vollen Wirklichkeitswert abspricht, um einen solchen – ganz im Sinne Carl Schmittscher politischer Theologie (Schmitt ²1934, S. 43 ff.) – dem im Staate wirkenden „Geist“ zuzuerkennen. Davon unabhängig ist aber die zugrundeliegende Einsicht Hegels in die „Entzweiung als Form der modernen Welt“ (Ritter 1965, S. 47 ff.), die nach hier vertretener Auffassung unhintergebar ist.

¹²⁸ Dazu paradigmatisch Flume ⁴1992, § 1 3e-5, S. 4 ff.; Canaris 1993a, S. 875; Bydlinski 1994b, S. 327; Canaris 1997, S. 44 ff., 66; Grigoleit 2008, S. 54 ff.

¹²⁹ Grundlegend zum kantischen Verständnis der Begriffe „Privatrecht“ und „öffentliches Recht“ Kant 1797/1907, Bd. 6, S. 242, 306 [Einleitung; § 41]. Danach entspricht der Übergang vom Naturzustand zum staatlichen Zustand demjenigen vom natürlichen „Privatrecht“ zum „bürgerlichen“, d. i. „öffentlichen“ Recht (i. S. v. *ius civile* bzw. Civil Law). Dazu Buchda 1929, S. 9, 14 ff.; Kersting ³2007, S. 263 ff.; Auer 2008a, S. 619. Zur daraus folgenden inhaltlichen Deckungsgleichheit beider Gebiete bei Kant bereits vorstehend Fn. 110 m. w. N.

¹³⁰ Anklänge an diese „klassische“, seit dem römischen Recht überkommene Sichtweise des Privatrechts als umfassende Gesellschaftsordnung (vgl. vorstehend bei Fn. 87) finden sich bis heute. Dies gilt für Überlegungen zum Privatrecht als generelle Auffangordnung (Bullinger

griffsverständnis findet sich selbst noch beim jungen Savigny, dessen früheste rechtssystematische Überlegungen in der „Marburger Methodenlehre“ von 1802/1803 ausschließlich Privat- und Kriminalrecht als juristische Systembestandteile gelten ließen, dem Staatsrecht hingegen die rechtliche Qualität ausdrücklich absprachen.¹³¹

Ab etwa 1800 setzte sich jedoch ein neues Systemverständnis durch, das erstmals auf eine *inhaltliche* Einheit des Privatrechts als Recht der privaten Zweckverfolgung und damit auf eine sachliche Abgrenzung vom öffentlichen Recht zielte, das seinerseits zunehmend Materien wie Völker-, Straf-, Prozess- und Polizeirecht an sich zog.¹³² Ein praktischer Grund für diese Zuspitzung der Entgegensetzung lag zunächst in der Entstehung des modernen Prozessrechts sowie der Frage der Rechtswegzuweisung, die um die Wendezeit vom achtzehnten zum neunzehnten Jahrhundert erstmals eine Abgrenzung zwischen justiziablen privatrechtlichen Streitigkeiten im engeren Sinne, also Rechten Privater ohne Bezug zum Gemeinwesen, und den der Gerichtskontrolle entzogenen Angelegenheiten der Verwaltung und des Parlaments erforderlich machte.¹³³ Dabei stand hinter der Entfaltung dieser neuen „Prozessfunktion“ der Entgegensetzung von öffentlichem und privatem Recht zunächst eine „rechtspolitische Zufallsgemeinschaft“¹³⁴ von praktisch-politischen Anliegen, die den Einfluss der französischen Gewaltenteilungslehre und das Staatsdenken des fürstlichen Absolutismus ebenso umfassten wie das liberale Reformbestreben, Eigentum und bürgerliche Vermögensrechte von den Resten ihrer lehnsrechtlichen Verknüpfung zu befreien. Doch um etwa 1800 verschärfte sich die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht über das zur Begrenzung des Rechtswegs nötige Maß hinaus zu einem fundamentalen, inhaltlichen Gegensatz.¹³⁵

1968, S. 75 ff.; vgl. auch die Beiträge in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* 1996) sowie zur „Privatrechtsgesellschaft“ (*Böhm* 1966, S. 75 ff.; vgl. auch vorstehend Einführung Fn. 10 m. w. N.) ebenso wie für Einzelfragen der Rangordnung von Gesetzen oder des Verhältnisses von Verfassungsrecht und Privatrecht (*Diederichsen* 1995, S. 61 f., 71 f., 78 ff.; *Isensee* 1999, S. 492 f.; zusammenfassend *Auer* 2008c, S. 37 f. m. w. N.).

¹³¹ Vgl. *Savigny* 1803/1951, S. 13; dazu *Björne* 1984, S. 60 ff., 123.

¹³² Dazu grundlegend *Bullinger* 1968, S. 37 ff., insbes. 54 ff.; vgl. auch *Björne* 1984, S. 106 ff., 113 ff.

¹³³ Vgl. *Bullinger* 1968, S. 49 ff. m. w. N.; ferner *Ogorek* 1986, S. 13 ff.

¹³⁴ *Bullinger* 1968, S. 52.

¹³⁵ Eine der frühesten Darlegungen eines solchen findet sich bei *Hufeland* 1801, S. 55 ff. Danach ist Privatrecht „die Lehre von solchen Rechten, welche zu ihrem Begriff und zu ihrer Erklärbarkeit nicht den Staat oder Anstalten, welche nur durch diesen möglich sind, voraussetzen, ... weil der unverkennbare Geist unsrer ganzen positiven Gesetzgebung eben dahin geht, über alle ... zum Privatrecht gerechnete Gegenstände der Privatwillkühr in der Regel ein freyes Feld zu lassen.“ *Hufeland* leitet daraus präzise, im wesentlichen bis heute diskutierte methodische Folgerungen wie den nur ausnahmsweise beschränkbareren Vorrang der Privatautonomie, die grundsätzliche Dispositivität privatrechtlicher Gesetzgebung sowie die normative Autonomie der privatrechtlichen Institutionen Eigentum und Vertrag ab. Ähnlich auch *Hufeland* ²1803, §§ 160 f., 170, 179 f., 215 f., S. 57, 61, 64, 82. Zu *Hufeland* vgl. *Björne* 1984,

Diese Akzentuierung erfolgte sowohl durch die Identifikation des Privatrechts mit der Freiheit des Individuums, die dessen Scheidung vom Bereich des Öffentlichen erforderlich machte, als auch durch die gegenläufige Tendenz, das öffentliche Recht im modernen Staat von den Resten privatrechtsgebundener, feudaler Verfassungselemente zu befreien.¹³⁶

Noch verstärkt wurde die Tendenz zur Staatsferne in der Privatrechtsentwicklung des neunzehnten Jahrhunderts durch den Widerstand der historischen Rechtsschule, namentlich Savignys, gegen eine Kodifikation des materiellen Privatrechts. Die legitime Tätigkeit des Gesetzgebers im Privatrecht sollte sich auf den klarstellenden Nachvollzug dessen beschränken, was bereits kraft Verankerung im „Volksgeist“ geltendes Privatrecht war.¹³⁷ Als Verkörperung des Volksgeists galt der historischen Rechtsschule allerdings weniger das tatsächlich vorgefundene empirische Recht als vielmehr ein wissenschaftlich notwendiges, „historischen“ und „systematischen“ Geist gleichermaßen voraussetzendes und verbindendes Rechtsideal.¹³⁸ Dadurch entstand eine inhaltliche Fokussierung auf die autonomiebasierten Kernbereiche des Vermögensrechts und zugleich eine methodologische Isolierung des Privatrechts gegenüber dem heteronomen, kontingenten Bereich des „Öffentlichen“ in Staat, Politik und Wirtschaft.¹³⁹ Zwar war sich Savigny durchaus der Tatsache bewusst, dass sich auf der Basis eines rein individualrechtlich strukturierten Privatrechts keine umfassende Sozialordnung schaffen lässt. Doch er löste dieses Problem nicht durch Inklusion, sondern gerade umgekehrt durch *Exklusion* der erforderlichen sozialen Korrekturen aus der normativen Einheit des autonomiebasierten Privatrechts und durch deren Verweisung in das öffentliche Recht.¹⁴⁰ Im Ergebnis trat die Historisierung der normativen Einheit des Privatrechts durch die historische Rechtsschule also genau zu der Zeit an die Stelle ihrer metaphysischen Begründung aus der Freiheit der Person, als das Vernunftrecht seine Überzeugungskraft an den Rechtspositivismus zu verlieren begann.¹⁴¹

S. 44 ff., insbes. 49 ff., 117; zur Entwicklung des inhaltlichen Gegensatzes *Bullinger* 1968, S. 54 ff.

¹³⁶ Vgl. *Bullinger* 1968, S. 57 ff. m. w. N.

¹³⁷ Vgl. *Savigny* 1814/2002, S. 79 ff., 114 f.; *Savigny* 1840, Bd. 1, § 7, S. 13 ff.; dazu *Bullinger* 1968, S. 40 ff.; *Rückert* 1984, S. 309 ff.

¹³⁸ Deutlich tritt diese historisch-metaphysische Doppelgesichtigkeit des Savignyschen Rechtsbegriffs bereits bei *Savigny* 1814/2002, S. 81 zutage; vgl. in der Folge auch *Savigny* 1840, Bd. 1, § 7, S. 14 f. Zu Savignys Rechtsidealismus auf der Grundlage derartiger Begriffsverdopplungen eindringlich *Rückert* 1984, S. 303 ff.

¹³⁹ Dazu *Gagnér* 1966, S. 29 ff.; *Bullinger* 1968, S. 41 ff.; *Rückert* 1984, S. 358 ff.

¹⁴⁰ So ausdrücklich *Savigny* 1840, Bd. 1, § 56, S. 371; dazu *Bullinger* 1968, S. 42; vgl. auch *Rückert* 1984, S. 359 f.

¹⁴¹ Treffend dazu *Bullinger* 1968, S. 42; davor bereits *Wieacker* 1953, S. 5; aus Sicht des Common Law mit ähnlicher Schlussfolgerung *Pound* 1917, S. 209 ff.

Um 1840 setzte sich die inhaltlich verstandene Entgegensetzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht schließlich allgemein durch.¹⁴² So heißt es etwa bei Savigny, es bestehe „zwischen beiden Gebieten ein fest bestimmter Gegensatz darin ..., daß in dem öffentlichen Recht das Ganze als Zweck, der Einzelne als untergeordnet erscheint, anstatt daß in dem Privatrecht der einzelne Mensch für sich Zweck ist, und jedes Rechtsverhältnis sich nur als Mittel auf sein Daseyn oder seine besonderen Zustände bezieht.“¹⁴³ In der Folgezeit wurde dieser Gegensatz selbst von Kritikern eines einseitig individualistischen Privatrechts als unumstößliches Dogma akzeptiert. Otto v. Gierke etwa betonte trotz seiner vehementen Kritik an der von ihm vermissten sozialen Dimension des damals im Entwurfsstadium befindlichen BGB, der „scharfe, grundsätzliche Gegensatz“ zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht sei „unantastbar“: „Erkennen wir im Privatrecht nicht mehr das Individuum als Selbstzweck an, so verkümmern wir seine Ordnungen zu Mitteln des Gesellschaftszweckes, so hat das Christenthum umsonst den unvergleichlichen und unvergänglichen Werth jedes Menschendaseins offenbart und die Weltgeschichte vergeblich die Ideen der Freiheit und der Gerechtigkeit entwickelt.“¹⁴⁴ Diese Entwicklungslinie führt weiter bis in das zwanzigste Jahrhundert etwa zu Gustav Radbruchs neukantianisch gewendeter Fassung des Gegensatzes als a priori gültige Struktureigenschaft jeder Rechtsordnung: „Die Begriffe ‚privates‘ und ‚öffentliches‘ Recht sind nicht positivrechtliche Begriffe, die in einer einzelnen positiven Rechtsordnung ebensogut fehlen könnten, sie gehen vielmehr logisch jeder Rechtserfahrung voran und verlangen für jede Rechtserfahrung von vornherein Geltung. Sie sind *apriorische Rechtsbegriffe*.“¹⁴⁵ Wesentlich ist: Alle derart auf einen inhaltlichen Wesensgegensatz von öffentlichem und Privatrecht abzielenden Fassungen dieses Begriffspaars, seien sie historisch-systematisch fundiert wie bei Savigny, interessenbezogen-wertend wie bei Gierke oder positivistisch-neukantianisch wie bei Radbruch, sind nur vor dem Hintergrund der Neuverortung der bürgerlichen Gesellschaft seit Hegel voll verständlich.¹⁴⁶ Erst seit dem Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft und dem offenen Aufbrechen ihres Spannungsverhältnisses wird der Mensch im Privatrecht „für sich

¹⁴² Vgl. Björne 1984, S. 107 unter Verweis auf Puchta, Stahl und Savigny.

¹⁴³ Savigny 1840, Bd. 1, § 9, S. 23. Vgl. auch ebd., § 10, S. 29 ff., insbes. 30, wo im Rahmen einer Kritik der vernunftrechtlichen Lehre vom Gesellschaftsvertrag zwar ohne Verwendung der Begriffe *bourgeois* und *citoyen*, wohl aber der Sache nach präzise zwischen dem Individuum als Privatbürger einerseits sowie als Teil bzw. Subjekt hoheitlicher Macht andererseits unterschieden wird. Die Nähe zur Kritik der Gesellschaftsvertragslehre durch Hegel 1821/1986, § 75, S. 157 ff., dürfte kein Zufall sein.

¹⁴⁴ Alle Zitate bei Gierke 1889/1948, S. 9; dazu auch Bullinger 1968, S. 55.

¹⁴⁵ Radbruch³ 1932/1993, S. 358.

¹⁴⁶ Dazu treffend auch Bullinger 1968, S. 60 unter Verweis auf die wirkmächtige hegelsche Kritik der Gesellschaftsvertragslehre (vorstehend Fn. 143).

Zweck“, „Selbstzweck“ oder Träger von „Privatinitiative“¹⁴⁷ und sein Verhältnis zum öffentlichrechtlich verfassten „Allgemeinen“ zum Problem.

IV. Die Integration des modernen Privatrechtssystems

Aus dem soeben Erörterten folgt, dass das individualistische Privatrechtsverständnis der Moderne offenbar unabhängig von einem bestimmten philosophischen System rechtspraktische Wirksamkeit besitzt. Der naturrechtliche Idealismus eines Locke oder Kant erwies sich als ebenso geeignet, es zu stützen, wie der Historismus der historischen Rechtsschule oder der Rechtspositivismus Gierkes oder Radbruchs.¹⁴⁸ Von dieser Einsicht ausgehend ist nun abschließend zu rekonstruieren, wie die bisher erörterten ideengeschichtlichen Stränge der Person, des subjektiven Rechts und der Trennung von Staat und Gesellschaft zur selbststabilisierenden Struktur des seit dem neunzehnten Jahrhundert fast unveränderten Privatrechtssystems auf der Grundlage von dinglichen und persönlichen subjektiven Rechten beitragen konnten.

Entscheidend wirkte nach allem bisher Gesagten zum einen die Rechtfertigungsbeziehung zwischen individueller Freiheit, Person und subjektivem Recht. Als Folge der neuzeitlichen Wende zum Individualismus war es zunächst konsequent, den Rechtsbegriff in individuelle Rechtssphären aufzulösen.¹⁴⁹ Die Strukturierung der Rechtsordnung durch subjektive Rechte besitzt dabei insoweit selbstverstärkende Tendenz, als ihre Rechtfertigung kraft individueller Freiheit zugleich den Modus ihrer Ausübung definiert: Wenn subjektive Rechte nur aus der Freiheit des Individuums gerechtfertigt sind, so können sie auch ihrem Inhalt nach nur als Freiheitssphären verstanden werden; Rechtsausübung bedeutet dann notwendig gerechtfertigten Freiheitsgebrauch.¹⁵⁰ Sichtbar wird diese selbstlegitimierende Tendenz des Systems subjektiver Rechte insbesondere an dem seit dem neunzehnten Jahrhundert diskutierten und bis heute nicht abschließend entschiedenen Streit zwischen Willens- und Interessentheorie. Die Willenstheorie deutet das subjektive Recht bekanntlich als absolute Willensmacht bzw. Willenssphäre des einzelnen Individuums, während die Interessentheorie den eigenständigen moralischen Wert der Anerkennung individueller Willensmacht ablehnt und stattdessen den hinter der Anerkennung subjektivi-

¹⁴⁷ Zitate jeweils bei Savigny 1840, Bd. 1, § 9, S. 23; Gierke 1889/1948, S. 9; Radbruch³ 1932/1993, S. 360.

¹⁴⁸ Dazu bereits grundlegend Pound 1917, S. 203 ff. Nach hier vertretener Ansicht stellt dies einen ernstzunehmenden Einwand gegen zeitgenössische materiell-philosophische Privatrechtstheorien dar.

¹⁴⁹ Dazu Ikadatsu 2002, S. 76 ff.; Hruschka 2004, S. 1085 ff.; Auer 2008a, S. 624 m. w. N.

¹⁵⁰ Gutmann 2006a, S. 20 ff.; Gutmann 2006b, S. 202 ff.; vgl. auch Auer 2008a, S. 624; Rüthers/Fischer/Birk⁷ 2013, Rz. 66, S. 41.

ver Rechte liegenden Nutzen- bzw. Interessespekt in den normativen Vordergrund rückt.¹⁵¹

Auf die tiefreichende Problematik, die hinter dieser Auseinandersetzung steht – insbesondere die durch die Interessentheorie implizierte Fundamental- kritik des subjektiven Rechts – wird noch zurückzukommen sein.¹⁵² Wesentlich ist an dieser Stelle jedoch, dass die Willenstheorie *trotz* der noch zu erörternden gewichtigen Gegenargumente in ihrer praktischen Wirksamkeit bis heute letztlich *niemals* ernsthaft erschüttert wurde. Im Gegenteil: Im deutschsprachigen Rechtsdenken lebt sie in der bereits gegen Ende des neunzehnten Jahrhunderts herrschend gewordenen „Kombinationstheorie“ fort, die Wille und Interesse kumuliert und damit deutliches Indiz dafür ist, dass die Auseinandersetzung letztlich keiner Entscheidung bedarf.¹⁵³ Und selbst im englischsprachigen Rechtsdenken, wo der Streit zwischen Willens- und Interessentheorie bis heute mit rechtstheoretischer Schärfe geführt wird,¹⁵⁴ besitzt er kaum praktische Ergebnisrelevanz, da der utilitaristische Wert der individuellen Willensäußerung selbstverständlich auch von der Interessentheorie berücksichtigt wird.¹⁵⁵ Hier tritt also dasselbe Phänomen zutage, das bereits am Ausgangspunkt dieser Untersuchung hervorgehoben wurde: Die auf das Individuum verweisende Wertungsstruktur des modernen Privatrechts besitzt selbstimmunisierende Wirkung. Das System subjektiver Rechte verweist stets zurück auf die individuelle Entscheidungsbefugnis, und zwar unabhängig von deren Bezeichnung als „Wille“ oder „Interesse“, die letztlich beide Chiffren für den normativ unangreifbaren individualistischen Kern des modernen Rechtsdenkens bilden.

Zum anderen wirkt auch die Trennung von Staat und Gesellschaft nochmals selbstverstärkend auf den Wertungskern des modernen Privatrechts. Denn indem das Privatrecht auf die bürgerliche Gesellschaft als „Privatrechtsgesellschaft“ bezogen wurde, verstärkte sich der angenommene rechtsethische Eigenwert der *rein* privatrechtlichen, rechtsgeschäftlichen, als „staatsfrei“ gedachten

¹⁵¹ Zur Willenstheorie grundlegend *Savigny* 1840, Bd. 1, § 4, S. 7 (Zitat vorstehend Fn. 78); *Windscheid/Kipp* ⁹1906, Bd. 1, § 37, S. 156 (vorstehend Fn. 79); zur Interessentheorie *Jhering* ⁴1888, Bd. 3, § 60, S. 350 f. Zur Auseinandersetzung *Wagner* 1993a, S. 321 ff.; *Gutmann* 2006a, S. 20 ff., 26 ff.; *Gutmann* 2006b, S. 202 ff.; *Auer* 2008a, S. 593 ff., jeweils m. w. N.

¹⁵² Nachstehend § 2 II bei Fn. 63 ff.

¹⁵³ Aus dem älteren Schrifttum *Regelsberger* 1894, Bd. 1, 1894, § 14, S. 74 f.; *v. Tuhr* 1910, § 1, S. 56 ff.; *Jellinek* ²1905, S. 44 f.; *Enneccerus/Nipperdey* ¹⁵1959, 1. Halbbd., § 72, S. 428 f.; aus neuerer Zeit *Larenz/Wolf*, ⁸1997, § 14 Rz. 10 ff., S. 272 ff.; *Scherzberg* 2006, S. 840; *Maurer* ¹⁸2011, § 8 Rz. 2, S. 173; *Rüthers/Fischer/Birk* ⁷2013, Rz. 63, S. 38.

¹⁵⁴ Einerseits *Hart* 1982, S. 174 ff., insbes. 181 ff.; *Dworkin* 1977, S. 184 ff.; andererseits *Raz* 1984, S. 194 ff.; *Raz* 1986, S. 165 ff.; *MacCormick* 1977, S. 192 ff.; *Penner* 1997b, S. 300 ff.; zur Auseinandersetzung *Wagner* 1993a, S. 321; *Gutmann* 2006a, S. 27 ff.; *Gutmann* 2006b, S. 202 ff.; zusammenfassend *Auer* 2008a, S. 594.

¹⁵⁵ Vgl. *Raz* 1986, S. 188 ff.; *MacCormick* 1977, S. 205, 207 f.; *MacCormick* 1982, S. 341 ff.; *Penner* 1997b, S. 302 f.; dazu auch *Gutmann* 2006b, S. 203.

Willensäußerung.¹⁵⁶ Dabei war diese Trennung wie gesehen ursprünglich in der Wertungsstruktur des normativen Individualismus etwa bei Locke und Kant gar nicht angelegt. Es sei daran erinnert, dass der Begriff des Privatrechts noch bis zu Kant *inhaltsgleich* mit dem öffentlichen Recht und letzteres als Inbegriff des staatlich gesetzten Rechts überhaupt verstanden wurde.¹⁵⁷ Seit Hegel dominiert dagegen auf der Grundlage der Trennung von Staat und bürgerlicher Gesellschaft die Vorstellung eines staatsfernen, apolitischen, dem öffentlichen Recht *entgegengesetzten* Privatrechts, dessen Legitimationswirkung sich ganz auf das *staatsfrei* gedachte Konzept der Privatautonomie stützt. Der Weg zu dieser Sichtweise führte über den erörterten fundamentalen Bedeutungswandel des Privatrechtsbegriffs zwischen dem achtzehnten und neunzehnten Jahrhundert.¹⁵⁸ Im Ergebnis vereinigt das Privatrecht der ersten Moderne seit dem neunzehnten Jahrhundert also gleich *zwei* Perspektiven auf das stets im Mittelpunkt stehende Individuum in sich: die Normativität der kantischen Rechtslehre mit der Faktizität der hegelschen Gesellschaftstheorie. In dieser doppelten – normativen *und* faktischen – Verankerung des modernen Privatrechts in seiner Zeit mag man einen ersten Grund für die Unangreifbarkeit und Persistenz seiner Ansprüche und Wertungsstrukturen erkennen.

¹⁵⁶ Explizit zu diesem „Qualitätssprung“ in der historischen Bedeutung des Privatrechts bereits *Böhm* 1966, S. 79f.; ähnlich emphatisch zur rechtsethischen Qualität der „Privatrechtsgesellschaft“ *Canaris* 1993a, S. 875 („Hort des Pluralismus“); *Canaris* 1997, S. 74 („universalistische Moral“); *Bydlinski* 1994a, S. 80 („rechtsethische, ... für niemanden ... disponible Begründung“); *Bydlinski* 1994b, S. 344 („Leitgedanke umfassender ... Gewaltenteilung als praktisches Teilpostulat der Freiheitsidee“); in der Folge auch *Riesenhuber* 2007b, S. 4ff. m. w. N.

¹⁵⁷ Dazu bereits vorstehend Fn. 110 sowie 129.

¹⁵⁸ Erkennbar wird dieser konzeptionelle Wandel insbesondere an der gegenüber dem Vernunftrecht fundamental gewandelten Stellung von Ehe und Familie, die seit dem neunzehnten Jahrhundert nicht mehr als natürliche staatstragende Gemeinschaften, sondern als privatautonome Organisationsformen der bürgerlichen Gesellschaft verstanden und folgerichtig nach und nach dem erstmals rein privatrechtlich konzipierten „Familienrecht“ des Pandektensystems unterstellt wurden. Bei Autoren des achtzehnten und frühen neunzehnten Jahrhunderts wird das Familienrecht dagegen oft noch vom „Privatrecht“ getrennt (vgl. bereits vorstehend Fn. 76 m. w. N.) oder gar – vernunftrechtlich konsequent – dem öffentlichen Recht unterstellt, so insbesondere bei *Thibaut* 1803, Bd. 1, S. 215; dazu *Björne* 1984, S. 54, 121. Vor diesem Hintergrund erweist sich die apodiktische Einordnung der „privatrechtlichen Verfasstheit der Familie“ als „tragendes Charakteristikum der Privatrechtsgesellschaft“ (so *Canaris* 1993a, S. 877; dem folgend *Riesenhuber* 2007b, S. 5) keineswegs als Selbstverständlichkeit, sondern vielmehr als zeitgebundener Ausfluss eines spezifisch modernen Rechtsbewusstseins. Differenzierend zur Einordnung des Familienrechts auch *Coester-Waltjen* 2007, S. 271 ff.

§2 Die zweite Moderne I: Reflexivität als Dekonstruktion

Bis hierher wurde die Geschichte der Moderne als Geschichte der funktionalen Differenzierung, der Subjektphilosophie, des Individualismus und Personalismus erzählt, aus der das Privatrecht der Privatrechtsgesellschaft resultierte. Möglicherweise lässt sich jedoch auch eine ganz andere Erzählung der Moderne rekonstruieren. Die Möglichkeiten eines solchen alternativen Narrativs sollen in den beiden folgenden Teilkapiteln unter der Überschrift der „zweiten“ bzw. „reflexiven“ Moderne ausgelotet werden.¹ Dabei werden statt der Legitimationserfolge der ersten, aufgeklärten Moderne deren Grenzen und Widersprüche im Mittelpunkt stehen. Es geht also um die klassisch-kritische Haltung einer Aufklärung der über sich selbst unaufgeklärt gebliebenen Aufklärung.²

So kennzeichnet Ulrich Beck die erste Moderne durch Attribute wie funktionale Differenzierung, Industrialisierung, Nationalstaat, Rationalisierung, Begründungszwang, Konkurrenz von gesellschaftlichen Teilrationalitäten, Linearität, soziale Klassen sowie definierte Männer- und Frauenrollen.³ Für die zweite Moderne sollen dagegen folgende Umrisselungen gelten: funktionale Differenzierung als soziales Problem, Selbsttransformation der Industriegesellschaft, Globalisierung, immanente Gegenmoderne, Nichtlinearität, Nebenfolgen als Motor sozialer Bewegung, Auflösung der Klassen- und Geschlechterrollen, Nichtabgrenzbarkeit der gesellschaftlichen Handlungssysteme sowie Individualisierung sozialer Ungleichheit.⁴

¹ Dazu aus dem soziologischen Schrifttum insbesondere *Beck* 1986, S. 14 ff.; *Beck* 1991, S. 40 ff.; *Beck* 1996a, S. 19 ff.; *Beck* 1996b, S. 289 ff.; *Giddens* 1996a, S. 52 ff.; *Lash* 1996, S. 197 ff.; *Beck/Bonß/Lau* 2001, S. 11 ff.

² Grundlegend *Horkheimer/Adorno* 1944/1988, S. 3 ff.; dazu nur *Habermas* 1988, S. 130 ff., 353.

³ Insbesondere *Beck* 1996a, S. 22, 38, 40 ff., 64 ff. und *passim*; *Beck/Bonß/Lau* 2001, S. 20 ff.; vgl. auch *Beck* 1986, S. 14 ff. und *passim*; *Beck* 1991, S. 41.

⁴ *Beck* 1996a, S. 27 ff., 45 ff., 50 ff., 64 ff. und *passim*; *Beck/Bonß/Lau* 2001, S. 22 ff.; vgl. auch *Beck* 1986, S. 14 ff.; *Beck* 1991, S. 41 ff. Derartige Befundbeschreibungen dürfen allerdings nicht dazu verleiten, den Problemhorizont der Moderne auf die Probleme der „Industriemoderne“ der westlichen Wohlfahrtsstaaten des zwanzigsten und einundzwanzigsten Jahrhunderts zu reduzieren. Angesichts des wesentlich weiter zurückreichenden ideengeschichtlichen Hintergrunds der Wende zur Moderne (vorstehend § 1) liegt darin eine nicht zu rechtfertigende Problemverkürzung.

Zwei Formen einer solchen zweiten, reflexiven Moderne werden im Folgenden unterschieden. Zum einen kann die Aufklärung schon ihrem eigenen universalistischen Anspruch nach nicht davor haltmachen, ihre eigenen Voraussetzungen kritisch zu hinterfragen. „Reflexivität“ der Moderne bedeutet also zunächst schlicht „Selbstreflexion“. „Reflexiv“ wird die Moderne in diesem ersten Sinne dann, wenn sie sich kritisch reflektierend auf sich selbst und namentlich auf die Tragkraft einer universell gedachten subjektiven Vernunft bezieht.⁵ Die Grenzen der ersten Moderne sind nach dieser Lesart dann erreicht und der Bereich der zweiten, kritischen Moderne eröffnet, wenn die Erklärungskraft des Wertesystems der Aufklärung angesichts der tatsächlichen Gegebenheiten der modernen Gesellschaft versagt. „Reflexiv“ kann die Moderne aber auch noch in einem zweiten, radikaleren Sinne werden, indem sie nicht nur theoretisch, sondern *praktisch* auf sich selbst einwirkt und durch ihr systemeigenes Operieren ihre eigenen Funktionsgrundlagen untergräbt.⁶

Im Folgenden ist zunächst von einzelnen kritischen Denktraditionen auszugehen, die bald nach Einsetzen der europäischen Aufklärung damit begannen, deren normative Ansprüche und Grundbegriffe in Frage zu stellen. Entsprechend dem bisherigen Vorgehen interessieren dabei wiederum besonders drei ideengeschichtliche Genealogien: erstens die vielbeschriebene Dekonstruktion des zur Willens- und Handlungsherrschaft fähigen Subjekts, zweitens die Kritik des subjektiven Rechts sowie drittens die bei näherer Betrachtung problematische Verortung des Privatrechts innerhalb des Dualismus von Staat und Gesellschaft. Ausgehend von diesen Denkbewegungen ist sodann zu erklären, wie inmitten des Erfolgs der Aufklärung plötzlich eine weitreichende Verunsicherung über ihre Tragfähigkeit einsetzen konnte, die spätestens seit der Wende zum zwanzigsten Jahrhundert auch zum ständigen Begleiter der Rechtstheorie und namentlich der theoretischen Reflexion des Privatrechts geworden ist, und sei es nur durch das beredte Schweigen ihrer Verdrängung.⁷

⁵ Habermas 1988, S. 141; Giddens 1996a, S. 52 ff.; Lash 1996, S. 203 ff. Kritisch gegen diese Begriffsverwendung Beck 1996b, S. 289 ff.; Beck/Bonß/Lau 2001, S. 11, wonach der Begriff der „Reflexivität“ der Moderne nicht deren theoretische Selbstreflexion, sondern vielmehr ausschließlich deren theoretisch oft gerade *nicht* reflektierte praktische Selbstbezüglichkeit durch unvorhergesehene Nebenfolgen, also „Reflexivität“ i. e. S. umfassen soll. Auch darin liegt nach hier vertretener Auffassung jedoch eine Problemverkürzung, da sich beide Aspekte gegenseitig bedingen und oft nicht trennen lassen. Insoweit differenzierend ungeachtet der zuvor geäußerten gegenteiligen Auffassung auch Beck/Bonß/Lau 2001, S. 12.

⁶ Dazu nachfolgend § 3.

⁷ Ein umfassender Überblick über die Ideengeschichte der kritischen Rechtstheorie, die sich seit der Wendung zur Interessenjurisprudenz und zum Rechtsrealismus (einschließlich Freirechtsschule und soziologischer Rechtsschule) seit etwa 1900 rechtssystemübergreifend (Deutschland, USA, Skandinavien) entwickelt hat, kann und soll hier nicht gegeben werden, zumal es hier zunächst nicht auf die Berechtigung dieser Kritik, sondern allein auf ihre *Existenz* und performative Wirksamkeit ankommt.

I. Dezentrierung des Subjekts

Seit dem neunzehnten Jahrhundert vollzog sich im individualistischen Selbstverständnis des modernen Menschen eine paradoxe Wendung, die Michel Foucault eindrucksvoll als das „Auftauchen des Menschen“ beschreibt.⁸ Je mehr sich das Individuum als Erkenntnissubjekt, Normgeber und Gesellschaftsgründer ernst nahm, desto mehr rückte auch die empirische Natur des Menschen in den Mittelpunkt der Betrachtung. Doch gerade *indem* der Mensch begann, sich selbst als kontingentes Wesen, als sozial, biologisch und historisch konditioniert zu verstehen, dekonstruierte er seinen eigenen Anspruch auf theoretische und praktische Universalität. Denn der empirische Mensch erwies sich, sobald er – etwa vermittelt durch die Lehren Darwins, Nietzsches und Freuds – die öffentliche Bühne der Wissenschaften betreten hatte, nicht nur als eine *mögliche* Erkenntnisbedingung der modernen Wissenschaft, sondern als deren Erkenntnisbedingung *schlechthin*. Das Eingeständnis der endlichen Natur des Menschen bedingte das Eingeständnis, dass hinter dieser Endlichkeit keine metaphysische Unendlichkeit, sondern nur immer weitere Endlichkeit steht. Die Endlichkeit des Menschen verweist nur noch auf sich selbst, nicht mehr auf ein außerhalb ihrer Grenzen liegendes Absolutes.⁹ Der Individualismus der ersten Moderne ist seitdem mit dem Paradoxon seiner absoluten Endlichkeit konfrontiert: Es ist nicht mehr möglich, das rationale Individuum vom empirischen Menschen zu trennen. Alles Absolute, das vom Menschen ausgeht bzw. repräsentiert wird, muss auf den empirischen Menschen bezogen werden und verweist immer wieder auf diesen zurück; wenn es ein Absolutes gibt, muss es mit dem empirischen Menschen in Einklang gebracht werden.¹⁰

⁸ Foucault 1974, S. 383; dazu Habermas 1988, S. 306 ff.

⁹ Vgl. Foucault 1974, S. 384, wonach die Schwelle zur Selbstreflexion der Moderne „an dem Tag überschritten [wurde], an dem die Endlichkeit in einem unbeendbaren Bezug zu sich selbst gedacht worden ist.“ Danach kann „die moderne Kultur ... den Menschen denken, weil sie das Endliche von ihm selbst ausgehend denkt“, während Humanismus und Aufklärung trotz oder gerade *wegen* der privilegierten Stellung, die sie dem Menschen einräumten, „den Menschen nicht [haben] denken können.“

¹⁰ Ihren wohl bekanntesten Ausdruck findet diese Kritik bei Foucault in Form einer Infragestellung der Möglichkeiten objektiver Repräsentation anhand einer zu Recht berühmten Analyse von Velázquez' Gemälde „Las Meninas“ (Die Hoffräulein, ca. 1656). Die Bildanordnung zwingt den Betrachter überraschend in die Rolle des spanischen Königs nebst Königin, die aus ihrer abwesenden, nur in einem kleinen Spiegel an der gegenüberliegenden Wand erkennbaren, jedoch für die gesamte Anordnung zentralen Position heraus beobachten, wie sie von dem im Bild enthaltenen Selbstporträt des Künstlers beobachtet und porträtiert werden, ohne ihrerseits Einblick auf die dem Betrachter abgewandte Leinwand des Bildes im Bild zu erhalten. Der externe Betrachter des Bildes kann also zumindest zwei „Abwesenheiten“ bzw. „blinden Flecken“ seiner eigenen Repräsentation der Szene nicht ausweichen: Zum einen der fraglichen Identität seiner Beobachterposition mit der des spanischen Königspaares sowie zum anderen dessen unsichtbarer Repräsentation durch den Beobachter des Beobachters im Bild.

Damit stellen sich jedoch die bisher erörterten Fragen der Gesellschafts-, Rechts- und Staatsbegründung auf individualistischer Grundlage mit neuer Schärfe. Denn sobald die Rechtfertigungsleistung in der modernen Gesellschaft nicht mehr auf den idealisierten Staatsbürger, sondern auf den *empirischen* Menschen bzw. den von kontingenten Privatinteressen geleiteten Privatbürger Rücksicht nehmen muss,¹¹ gewinnt die Frage, wie sich die nötige Kohärenz zwischen Individuum und Gesellschaft herstellen bzw. wie sich deren offensichtliches *Vorhandensein* erklären lässt,¹² erst ihre eigentliche Dringlichkeit. Von der damit offen zutage tretenden Antinomie von Individuum und Gesellschaft ist es dann nur noch ein kurzer Schritt zur Kritik des aufgeklärten Individualismus und zur Umkehrung des Blickwinkels: Nicht das Individuum macht die Gesellschaft, sondern die Gesellschaft macht das Individuum zu dem, was es ist. „Nicht die Individuen begründen die Gesellschaft, indem sie sich zum Zusammenleben entschließen und einen entsprechenden Vertrag schließen, sondern die Gesellschaft begründet die Individuen, indem sie es ihnen ermöglicht, sich als Individuen zu behandeln, Verträge zu schließen, sich wechselseitig zu binden, verantwortlich zu machen, zu sanktionieren.“¹³ Ein solcher soziologischer Blickwinkel vertreibt das Subjekt jedoch aus dem archimedischen Punkt seiner Handlungsherrschaft und enttarnt es als gesellschaftliche Konstruktion. Das Individuum verliert dadurch seinen Charakter als vorsoziale Entität und wird zum Produkt gesellschaftlicher Problemlagen. Die Frage, die sich dann stellt, ist nicht mehr, wie das selbstbewusste Individuum die normativen und sozialen Eindeutigkeiten wiederherstellen kann, die der Welt seit der Wende zur Neuzeit abhanden gekommen sind, sondern gerade umgekehrt, wie es unter der Bedingung solcher Gewissheitsverluste überhaupt zur Konstitution des Individuums als Instanz gesellschaftlicher Objektivität kommen konnte.¹⁴

Auf diese Frage sind nun sehr verallgemeinernd zwei grundsätzliche Antworten möglich: Entweder wird am Ziel einer normativen Integration der Gesellschaft festgehalten, diese aber nicht mehr vermittelt des Individuums, sondern unter Berufung auf ein wie auch immer geartetes „Soziales“, „Kollek-

Vgl. Foucault 1974, S. 31 ff.; dazu Habermas 1988, S. 305 f.; aus rechtstheoretischer Sicht auch Lege/Rusche 2009, S. 268 f.

¹¹ Es ist kein Zufall, dass diese Notwendigkeit auf den Begriff der bürgerlichen Gesellschaft im Sinne Hegels zurückverweist, deren Grundlage wie gesehen gerade der Bürger *als Privatbürger* bzw. *bourgeois* bildet. Dazu eingehend vorstehend § 1 bei Fn. 121 ff.

¹² Gerade in letzterem – dem *Vorhandensein* sozialer Kohärenz trotz (oder gerade wegen!) Intransparenz verschiedener Bewusstseinsströme füreinander sowie radikaler Unterdeterminiertheit des individuellen Handelns – liegt die soziologisch interessante Fragestellung. Vgl. Nassehi 2003, S. 95 ff.; Nassehi 2006, S. 86 ff.

¹³ Lubmann 1995b, S. 129 f.; ähnlich Nassehi 2003, S. 94.

¹⁴ Zu diesem Perspektivwechsel Lubmann 1998, Bd. 2, S. 1016 ff., insbes. 1029 ff.; Nassehi 2003, S. 89 ff., insbes. 93 ff.; Nassehi 2006, S. 69 ff., 155; Nassehi 2009, S. 26 ff., jeweils m. w. N.

tives“ oder „Kommunikatives“ gesucht, oder das Ziel gesellschaftlicher Integration wird jedenfalls als normatives ganz aufgegeben und durch die Frage nach den *faktischen* Funktionsbedingungen der modernen Gesellschaft unter der Voraussetzung der Unauflösbarkeit ihrer Antinomien ersetzt.¹⁵ Betrachtet man zunächst den ersten Ansatz und lässt dabei die aus ihm erwachsenen Exzesse antiliberale Ideologie des zwanzigsten Jahrhunderts beiseite, so gelangt man auf der Suche nach seinen ideengeschichtlichen Grundlagen zurück zur frühen Soziologie des neunzehnten Jahrhunderts, deren Traditionslinien sich bis in die Gesellschaftstheorie der Gegenwart fortsetzen. Diese kreist – bei allen Unterschiedlichkeiten etwa zwischen den Ansätzen von Karl Marx, Max Weber, Emile Durkheim und Jürgen Habermas – bis heute oft um ein zentrales Leitmotiv: Die Gesellschaft der Moderne bildet Anlass für eine Verlustdiagnose;¹⁶ es ist etwas abhanden gekommen, was die vormoderne Gesellschaft mit Selbstverständlichkeit besaß; das Individuum allein ist nicht in der Lage, dem Verlust entgegenzuwirken, so dass sich die Frage stellt, wie sich die als notwendig vorausgesetzte Solidarität innerhalb der modernen Gesellschaft anderweitig begründen lässt.¹⁷

Bei Marx besteht die Lösung bekanntlich in einer hegelianisch fundierten, eschatologisch aufgeladenen Kollektivierung der Akteure des Hobbesschen Problems, die den „Krieg aller gegen alle“ von der Ebene der Individuen auf die der sozialen Klassen hebt;¹⁸ Weber interpretiert die Wende zur Moderne hingegen religionssoziologisch als gesamtgesellschaftlichen Säkularisierungs-, Ratio-

¹⁵ Die erste, normativ integrative, strukturfunktionalistische Traditionslinie führt – ungeachtet aller Differenzen im einzelnen – von Karl Marx und Emile Durkheim über Talcott Parsons bis hin zu Jürgen Habermas, während die zweite, normindifferente, praxeologische Richtung Autoren wie G.H. Mead, Michel Foucault, Pierre Bourdieu und Niklas Luhmann umfasst. Max Weber nimmt insoweit eine Sonderstellung ein, als seine verstehende, handlungsorientierte Soziologie sowie sein wertfreier Wissenschaftsbegriff dieser zweiten Richtung nahestehen, vgl. *Weber 1917/31968*, S. 489ff.; *Weber 1922/51972*, I.1, § 1, S. 1ff.; dazu *Parsons 1937/21968*, Bd. 2, S. 579ff. Allgemein zu diesen (hier nur andeutungsweise wiederzugebenden) Theorieoptionen *Wagner 1993b*, S. VII, 2ff.; *Nassehi 2003*, S. 34ff., 95ff., 159ff.; *Nassehi 2004*, S. 155ff.

¹⁶ *Nassehi 2003*, S. 142. Zum Strukturwandel des Verhältnisses von Moral und Gesellschaft seit der Antike aufschlussreich *Hart 1983*, S. 248.

¹⁷ Die wohl eindrucksvollste Darstellung dieser Verlustdiagnose stammt von Max Weber, der die Wende zur Moderne als gesamtgesellschaftlichen Säkularisierungsprozess, als „Entzauberung“ sozialer Sinngehalte deutet (*Weber 1922/51972*, II.5, § 7, S. 308; vgl. auch *Weber 1917/1992*, S. 87): „Je mehr der Intellektualismus den Glauben an die Magie zurückdrängt, und so die Vorgänge der Welt ‚entzaubert‘ werden, ihren magischen Sinngehalt verlieren, nur noch ‚sind‘ und ‚geschehen‘, aber nichts mehr ‚bedeuten‘, desto dringlicher erwächst die Forderung an die Welt und ‚Lebensführung‘ je als Ganzes, daß sie bedeutungshaft und ‚sinnvoll‘ geordnet seien.“ Dazu *Colliot-Thélène 1992*, S. 148ff.; *Nassehi 2003*, S. 140; *Kennedy 2004*, S. 1056ff.

¹⁸ Fundamental entgegengesetzt zur Deutung des Kapitalismus bereits *Weber 1920/32010*, S. 73ff.; in der Folge auch *Parsons 1937/21968*, Bd. 2, S. 488ff., 503, 513ff.; *Schumpeter 1942/2008*, S. 9ff.; *Luhmann 1992a*, S. 19ff.

nalierungs- und Bürokratisierungsprozess, der neue wertrationale und charismatische Herrschaftsformen erzwingt;¹⁹ Habermas schließlich hält – am Ausklang eines Jahrhunderts irreflektierter Kollektivismen – nur mehr den rationalen Diskurs für ein geeignetes und erforderliches Mittel sozialer Integration.²⁰ Von größtem Interesse ist vom hier vertretenen Standpunkt aus jedoch die Theorie Durkheims, die hinsichtlich ihres Integrationsziels besonders explizit verfährt.²¹ Durkheim kontrastiert die „mechanische Solidarität“ der Vormoderne mit der „organischen Solidarität“ der arbeitsteiligen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft und deutet damit die Entwicklung der Arbeitsteilung als Quelle einer neuen Art von Moral, nämlich der „sozialen Solidarität“, neben der Individualität und Freiheit bloße abgeleitete Phänomene darstellen.²² Man beachte den fundamentalen Unterschied etwa zum kantischen Moralbegriff: Moral ist bei Durkheim nicht mehr ein individuelles, sondern ein soziales Phänomen.²³ Die Moral der Neuzeit kann nach dem Untergang der „mechanischen“ Solidarität der Vormoderne zwar nur noch auf individueller Freiheit basieren. Doch Freiheit ist nicht konstitutiv für Moral schlechthin, sondern nur Ausdruck einer gewandelten Gesellschaftsordnung, deren soziale Arbeitsteilung dazu nötigt, das Individuum als Träger der gesellschaftlichen Moral zu identifizieren und moralische Ansprüche als Ansprüche an seine Freiheit zu verhandeln. Die Moral der Freiheit ist immer schon eine „zweite“, abgeleitete Moral; entscheidend ist nicht das autonome Wollen, sondern das in diesem internalisierte soziale Sollen.²⁴

Durkheims Theorie der sozialen Arbeitsteilung ist auch deshalb von besonderem Interesse, weil sie sich als eine der ersten soziologischen Theorien exemplarisch mit den Konsequenzen befasst, die aus einer solchen Dekonstruktion

¹⁹ Zur Rationalisierung und Bürokratisierung *Weber 1922/1972*, I.1, § 2; I.3, §§ 2 ff.; S. 12 f., 124 ff.; zur charismatischen Herrschaft ebd., I.3, § 10 ff.; II.9.5., § 1 ff.; S. 140 ff., 654 ff.; zur „Entzauberung“ bereits vorstehend Fn. 17. Bekanntlich eliminiert die „Entzauberung“ das Religiöse bei Weber nicht aus der Welt, sondern verwandelt es in säkularisierte Herrschaftsphänomene wie die kapitalistische Wirtschaftsethik; vgl. *Weber 1920/2010*, S. 94 ff. Hierin liegt zugleich der wesentliche Unterschied zu Auguste Comtes optimistischem „Dreistadiengesetz“ der Säkularisierung, wonach auf die theologischen und metaphysischen Stadien der gesellschaftlichen Geistesentwicklung ein vollständig aufgeklärtes Zeitalter des „Positivismus“ folgen soll; vgl. *Comte 1830*, S. 20 ff.; dazu *Wagner 1993b*, S. 11 ff.

²⁰ *Habermas 1961/1990*, S. 293 ff.; *Habermas 1981*; *Habermas 1992a*, S. 17 ff., 138 ff., 151 ff., 187 ff. und *passim*; *Habermas 1988*, S. 404 ff. (zur Kritik Luhmanns S. 426 ff.); in der Folge im rechtswissenschaftlichen Diskurs insbesondere *Alexy 1995*, S. 94 ff.; *Alexy 1996a*, S. 221 ff., 261 ff.; *Alexy 1996b*, S. 498 ff. Zur Kritik der Diskurstheorie *Wagner 1993b*, S. 274 ff.; *Nassehi 2006*, S. 118 ff., 125 ff., 169 ff. und *passim*; *Latour 2008*, S. 81 f.

²¹ *Durkheim 1930/1992*; allgemein dazu *Parsons 1937/1968*, Bd. 1, S. 301 ff.; *Luhmann 1992b*, S. 19 ff.; *Wagner 1993b*, S. 131 ff.; *Nassehi 2003*, S. 141 f.; *Nassehi 2006*, S. 320 ff.

²² *Durkheim 1930/1992*, S. 109, 162 ff., 256 ff. und *passim*; zum Freiheitsbegriff ebd., S. 43, zum Moralbegriff als empirischer Wissenschaftsgegenstand ebd., S. 76.

²³ Dazu instruktiv *Luhmann 1992b*, S. 26.

²⁴ *Luhmann 1992b*, S. 26; vgl. auch *Nassehi 2009*, S. 33.

des autonomen Subjekts für die Gestalt des Rechts folgen. Grundsätzlich hat der Wandel von „mechanischer“ zu „organischer“ Solidarität in der interdependenten Gesellschaft nach Durkheim zur Folge, dass „repressives“ Recht zunehmend von „kooperativen“ bzw. „restitutiven“ Rechtsformen verdrängt wird, zu denen insbesondere der Vertrag zählt.²⁵ Vertragssolidarität bildet dementsprechend eine der bedeutendsten Formen organischer Solidarität, und zwar nicht mehr als Grundlage eines hypothetischen Gesellschaftsvertrags, sondern vielmehr innerhalb des zu allseitiger Abhängigkeit führenden Systems *privater* Verträge.²⁶ Recht ist nach Durkheim schon deshalb grundsätzlich Privatrecht, weil gesellschaftliches Handeln nur vom Individuum ausgehen kann.²⁷ Doch bei Durkheim umfasst die Selbstvergewisserung der Moderne auch die Einsicht der zweiten Moderne, dass das handelnde Individuum nur als *empirischer* Mensch theoretisch relevant sein kann, dessen soziale Rolle innerhalb der ausdifferenzierten Gesellschaft definitionsgemäß durch ganz unterschiedliche Interessenlagen, Stärken, Schwächen und Probleme gekennzeichnet sein muss. *Sein muss*: Denn die Auflösung des Paradoxons der modernen Gesellschaft – „Wie geht es zu, daß das Individuum, obwohl es immer autonomer wird, immer mehr von der Gesellschaft abhängt? Wie kann es zu gleicher Zeit persönlicher und solidarischer sein?“²⁸ – folgt nach Durkheim gerade daraus, *dass* sich die einzelnen gesellschaftlichen Segmente durch arbeitsteilige Ausdifferenzierung immer weiter voneinander entfernen und gerade dadurch in ihrer wechselseitigen Abhängigkeit bestätigen.²⁹

Die Konsequenzen dieser Sichtweise erlauben es jedoch, nahezu alles in Frage zu stellen, was in den vorausgegangenen zwei Jahrhunderten zu den Grundüberzeugungen des modernen Privatrechtsdenkens gehört hatte. Individuelle Freiheit als Grundprinzip: „Die Freiheit – wir verstehen darunter die gerechte Freiheit, deren Beachtung zu erzwingen die Gesellschaft verpflichtet ist – ist

²⁵ *Durkheim* 1930/1992, S. 175 ff.

²⁶ Ebd., S. 257 ff., 450. Wiederum überrascht die Nähe zu Hegels bürgerlicher Gesellschaft. Die ideengeschichtlichen Grundlagen im englischen Utilitarismus sind in beiden Fällen jedoch tatsächlich rezeptionsgeschichtlich verwandt (Durkheim: Herbert Spencer, Hegel: James Stewart, Adam Smith, David Ricardo); vgl. *Parsons* 1937/21968, Bd. 1, S. 311 ff.; *Riedel* 1969, S. 76 ff.

²⁷ So ausdrücklich *Durkheim* 1930/1992, S. 115 f.: Jedes Recht sei Privatrecht insoweit, als sich jeweils nur Individuen als Handelnde gegenüberstünden. Durkheim fährt allerdings so gleich fort, dass jedes Recht zugleich öffentliches Recht sei. Dazu nachstehend bei Fn. 33.

²⁸ Ebd., S. 82.

²⁹ Hierin liegt der Schlüssel zu Durkheims Verständnis des Begriffs der „sozialen Solidarität“, die sich – entgegen *Spencer* 1897, Bd. 3, S. 297 ff. – *nicht* ausschließlich auf die individuellen Interessen privater Vertragsparteien zurückführen lässt, sondern vielmehr auf eine von diesen Interessen unabhängige Ordnung verweist. Durkheims Fassung des Hobbesschen Problems läuft also darauf hinaus, dass sich das Funktionieren der arbeitsteiligen Privatrechtsgesellschaft auf der Grundlage individualistischer bzw. utilitaristischer Vertragstheorien allein gerade nicht erklären lässt. Dazu eindringlich *Parsons* 1937/21968, Bd. 1, S. 314 ff., insbes. 320; *Röhl* 1978, S. 435 ff.; *Kersting* 1990, S. 218 f.; kritisch *Wagner* 1993b, S. 137 ff.

nachgerade das Ergebnis von Regulationen. Ich kann nur in dem Maß frei sein, in dem ein anderer daran gehindert wird, seine physische, ökonomische oder andere Überlegenheit, die er besitzt, auszunützen, um meine Freiheit zu unterdrücken; nur soziale Regeln können einen Mißbrauch der Macht verhindern.“³⁰ Selbstbindung durch Vertrag: „Man darf ... nicht vergessen, daß der Vertrag, wenn er eine bindende Kraft besitzt, diese der Gesellschaft verdankt.“³¹ Subjektive Rechte und Eigentum: „In der Tat können die Rechte der Individuen, die sich sowohl auf sich selbst als auf Sachen beziehen, nur durch Kompromisse und wechselseitige Zugeständnisse festgelegt werden; denn alles, was dem einen zugestanden wird, ist notwendigerweise von den anderen aufgegeben worden.“³² Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht: „Jedes Recht ist auch öffentlich in dem Sinn, daß es eine soziale Funktion hat, und daß alle Individuen, obwohl in verschiedenen Hinsichten, Funktionäre der Gesellschaft sind.“³³

Diese kurze Kostprobe einschlägiger Zitate möge genügen, um sich einen Eindruck davon zu verschaffen, was die zweite Moderne für die Grundbegriffe des Rechts bedeutet. Wesentlich ist: Sie bedeutet *nicht*, dass die Prämissen der ersten Moderne – Individualismus, Freiheit, subjektives Recht, Trennung von Staat und Gesellschaft, Privatheit des Privaten – 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, so dass deren normative Kraft sich nach und nach, in mehr oder weniger deutlichem Maße, als „nur“ abgeleitet oder sozial konstruiert herausstellt. 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.³⁴

Noch deutlicher wird dies, wenn man etwa mit Denkern wie Carl Schmitt, den Vertretern des angloamerikanischen Rechtsrealismus, Michel Foucault oder Niklas Luhmann die zweite oben erwähnte, noch radikalere Konsequenz aus der Dekonstruktion des Subjekts zieht, das Ziel einer normativen Integration der Gesellschaft völlig zu verwerfen.³⁵ Schmitt unterstellt den Gesellschafts-

³⁰ *Durkheim* 1930/1992, S. 43.

³¹ Ebd., S. 165. Vgl. auch ebd., S. 267, 272: „Nicht alles ist vertraglich beim Vertrag.“ – „Zusammenfassend können wir sagen, dass der Vertrag sich nicht selber genügt; er ist nur möglich dank einer Reglementierung des Vertrags, die sozialen Ursprungs ist.“ Dazu *Kersting* 1990, S. 218f. m. w. N.

³² *Durkheim* 1930/1992, S. 171.

³³ Ebd., S. 116.

³⁴ Dazu nachdrücklich *Kennedy* 1994, S. 325 ff.; *Kennedy* 1997, S. 73 ff., 133 ff.; *Kennedy* 2000, S. 94 ff.

³⁵ Vorstehend Fn. 15.

theoretikern des Vernunftrechts, „politische Theologie“ zu betreiben, da sie letztlich entgegen ihrem Rationalitätsanspruch doch auf metaphysische bzw. kryptotheologische Fluchtpunkte wie universelle Vernunft, Rechtsidee, Sozialmoral oder Gemeinwohl rekurren müssten, um dem elementaren Machtproblem am Grunde jeder politischen Auseinandersetzung ausweichen zu können.³⁶ Bei Foucault mündet die Intuition, dass die Universalität des modernen Wissens nur noch paradox auf der selbstreferentiellen Endlichkeit des modernen Menschen beruhen kann, in eine Theorie des Wissens als Macht- und Herrschaftspraxis;³⁷ und die vollständige normative Indifferenz der Systemtheorie Luhmanns zieht letztlich die konsequente Folgerung aus der Übersetzung sämtlicher menschlicher Bewusstseinsphänomene in Systemoperationen.³⁸ Vor diesem Hintergrund wird schließlich auch Durkheims Intuition, dass die Individualisierung der modernen Gesellschaft ein bloßes Epiphänomen, ein Symptom, und zwar ein spezifisches *Differenzierungssymptom* darstellt, systemtheoretisch nachvollziehbar.³⁹ Der Mensch *muss* sich in der modernen Gesellschaft als Individuum definieren, gerade *weil* es kein singuläres gesellschaftliches Funktionssystem mehr gibt, das ihn als Gesamtperson in die Gesellschaft inkludiert. Es sind die Mosaiksteine der divergierenden Bereichslogiken unterschiedlicher gesellschaftlicher Teilsysteme mit ihren jeweils unterschiedlichen Anschlussbedingungen, die den Menschen als Individuum konditionieren.⁴⁰

Dies rechtlich gewendet, bedeutet nun abschließend: Die autonomiebasierten Prinzipien des modernen Privatrechts stehen nicht nur insoweit zur Disposition, als übergreifende Gemeinwohlinteressen oder Sozialwohlbelange dies im Einzelfall erfordern. Sie stehen vielmehr ihrem Wertungskern nach *vollständig* zur Disposition, wenn sich hinter jeder Rechtsfrage letztlich eine bloße Machtfrage oder ein Phänomen selbstreproduzierender rechtssystematischer Eigenlogik verbirgt, das keinerlei über sich selbst hinausweisende normative Schlüsse mehr erlaubt. Nun kann man über die Berechtigung dieser Kritik jedenfalls hinsichtlich des tatsächlichen Wertungsbestands des existierenden Privatrechts geteilter Auffassung sein.⁴¹ Doch sei an dieser Stelle zur Vermeidung entspre-

³⁶ Schmitt 1934, S. 43 ff.; dazu v. a. hinsichtlich des auch für Schmitt zentralen Hobbeschen Problems Wagner 1993b, S. 3 ff.

³⁷ Foucault 1973, S. 68 ff.; Foucault 1974, S. 413 ff.; Foucault 1991, S. 7 ff.; dazu Habermas 1988, S. 279 ff.

³⁸ Vgl. Nassehi 2003, S. 136 f. zur „Trostlosigkeit“ der Systemtheorie als Ausdruck des modernen Zeitbewusstseins. Die Kritik, die der Systemtheorie Anthropomorphismus und „rechtsethischen Nihilismus“ vorwirft bzw. versucht, sie *normativ* zu widerlegen (so Habermas 1988, S. 426 ff.; v. d. Pfordten 2011, S. 127 ff.; vgl. zur Diskussion auch O. Lepsius 1999, S. 55 ff.), unterliegt insoweit einem Kategorienfehler; vgl. zutreffend Gutmann 2010, S. 199 mit Fn. 3.

³⁹ Dazu Luhmann 1998, Bd. 2, S. 618 ff., 707 ff., 743 ff.; Nassehi 2003, S. 93 ff., 98 ff.; Nassehi 2006, S. 84 ff.; Nassehi 2009, S. 26 ff., 44 ff.

⁴⁰ Instruktiv Nassehi 2003, S. 98 f.

⁴¹ So ist es etwa nach wie vor umstritten, wie weit die „Materialisierung“ des Privatrechts

chender Missverständnisse nochmals darauf hingewiesen, dass es für die vorliegenden Zwecke nicht auf die abschließende Diskussion oder endgültige Berechtigung derartiger Kritiken, sondern allein auf ihre Denkmöglichkeit bzw. *Anschlussfähigkeit* innerhalb des wissenschaftlichen Diskurses als Indiz für ein entsprechend gewandeltes Rechtsbewusstsein ankommt. Ein Rechtsbewusstsein, das beginnt, die gesellschaftswissenschaftliche Skepsis an der normativen Bindekraft des Subjekts aufzunehmen und in systemeigene Kategorien wie „materiale Vertragsfreiheit“, „Verhandlungsmacht“, „Sozialbindung“, „Vertrauensschutz“ oder „Risikozurechnung“ zu übersetzen, um auf dieser Grundlage davor systematisch nicht fassbare Einschränkungen der Vertragsfreiheit oder der Eigentümerbefugnisse zu legitimieren, *ohne* – und dies ist wichtig – die systematischen Grundlagen des subjektbezogenen Privatrechts der Moderne anzutasten, lässt sich nach allem Gesagten jedenfalls seit der Entstehung der soziologischen Rechtsschulen Rudolf v. Jherings, Roscoe Pounds und François Génys seit Mitte des neunzehnten Jahrhunderts nachweisen.⁴² Vom hier vertretenen Standpunkt ist es dabei vor allem wesentlich, den fundamentalen methodischen Wandel, der im plötzlich *bewusst* gewordenen Einbruch des „Sozialen“ oder „Antiformalen“ in das Privatrecht liegt, nicht als bloße Gegenbewegung zum angeblichen Formalismus der vorangegangenen Pandektenwissenschaft zu deuten, sondern ihn vielmehr in den *übergreifenden* ideengeschichtlichen Zusammenhang des sich über sich selbst aufklärenden Privatrechtsdiskurses der Moderne einzuordnen.⁴³

II. Dekonstruktion des subjektiven Rechts

Unter entsprechenden Vorzeichen ist auch die Kritik an der normativen Eignung subjektiver Rechte als Grundlage der Rechtsordnung zu betrachten, die bis ins achtzehnte Jahrhundert zurückreicht. Bereits Bentham hatte die Annahme vorstaatlicher natürlicher Individualrechte durch die zeitgenössischen Vernunftrechtslehren als „nonsense upon stilts“,⁴⁴ also Nonsens auf Stelzen bzw. metaphysischen Obskurantismus kritisiert, durch den der wahre Grund der Anerkennung bestimmter menschlicher Interessen als subjektive Rechte, näm-

inzwischen tatsächlich reicht oder reichen sollte. Zu einem differenzierenden Bild *Canaris* 2000, S. 273 ff.; weitere Nachweise vorstehend Einführung Fn. 4.

⁴² Repräsentativ *Jhering* ³1893–98; *Pound* 1910, S. 12 ff.; *Gény* ²1919. Dazu sowie zu den Folgeentwicklungen des Rechtsrealismus und der Interessenjurisprudenz (O. W. Holmes, René Demogue, Philipp Heck) *Wieacker* ²1967, S. 563 ff., 574 ff.; *Larenz* ⁶1991, S. 43 ff.; *Kennedy* 2000, S. 108 ff.; *Kennedy* 2006, S. 37 ff.; *Kennedy/Belleau* 2006, S. 163 ff.; *Auer* 2008b, S. 517 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk* ⁷2013, Rz. 518 ff., S. 326 ff.

⁴³ Ähnlich hinsichtlich rechtsimmanenter Wertungen im Bereich der Generalklauseln bereits *Auer* 2005, S. 10 ff., 46 ff., 64 ff.

⁴⁴ *Bentham* 1843, S. 501; dazu *Harrison* 1983, S. 77 ff.

lich deren Nützlichkeit, verschleiert werde. Benthams Kritik bildete dabei nur den frühen Auftakt zu einer Ideengeschichte der Kritik des subjektiven Rechts, die im neunzehnten und zwanzigsten Jahrhundert von Marx über die analytische Dekonstruktion des Rechtsbegriffs durch Wesley N. Hohfeld bis hin zur modernen Interessentheorie des subjektiven Rechts reicht.

Marx verbindet Benthams Intuition, dass die Begründung vorstaatlicher Rechte letztlich auf unzulässige Metaphysik hinauslaufen müsse, mit einer scharfsinnigen und bis heute lesenswerten Kritik der bürgerlichen Gesellschaft.⁴⁵ Die im modernen Staat angelegte politische Neutralisierung individueller Unterschiede des Standes, des Besitzes, der Religion usw., die für die politische Teilhabe des Bürgers als *citoyen* keine Rolle mehr spielen, ändert nicht nur nichts daran, dass diese Unterschiede in privatisierter Form im Raum der bürgerlichen Gesellschaft fortwirken, sondern setzt dies durch die Verbürgung entsprechender individueller Freiheitsrechte geradezu voraus. Der moderne Mensch hält sich für durchgreifend emanzipiert, indem er auf der Ebene des *citoyen* nur noch die gleiche Freiheit für alle akzeptiert und Ungleichheiten in die Privatsphäre des *bourgeois* abdrängt; doch tatsächlich bleibt die politische Emanzipation auf halbem Wege stecken, indem sie die Fortwirkungen der nicht auf Autonomie, sondern auf Macht gegründeten Differenzierungsrelikte innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft nicht nur nicht beseitigt, sondern vielmehr durch subjektive Freiheitsverbürgungen sogar noch gegen staatliche Eingriffe immunisiert und damit erst recht zementiert.⁴⁶ „Der Mensch wurde daher nicht von der Religion befreit, er erhielt die Religionsfreiheit. Er wurde nicht vom Eigentum befreit. Er erhielt die Freiheit des Eigentums. Er wurde nicht vom Egoismus des Gewerbes befreit, er erhielt die Gewerbefreiheit.“⁴⁷ Die freiheitslegitimierte Gewährleistung bürgerlicher Grundrechte wie Eigentums-, Gewerbe- und Religionsfreiheit erscheint bei Marx damit als exemplarischer Fall politischer Ideologie.

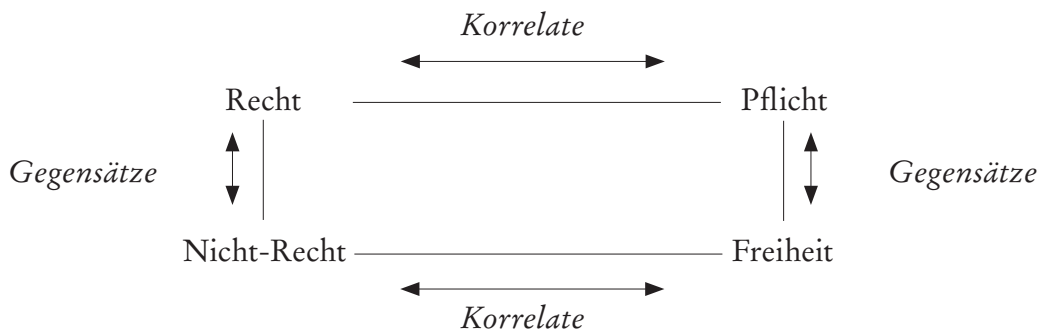
Man muss indessen gar nicht so weit gehen wie Marx, um hinsichtlich der Fragwürdigkeit der normativen Begründbarkeit subjektiver Individualrechte zu ganz ähnlichen Ergebnissen zu gelangen. In einem in zwei Teilen in den Jahren 1913 und 1917 erschienenen Aufsatz zielte Wesley N. Hohfeld, einer der Begründer des angloamerikanischen Rechtsrealismus, darauf, sämtliche subjektiven Rechte auf acht elementare, jeweils paarweise symmetrische Formen interpersonaler Relationen zurückzuführen, nämlich (Anspruchs-)Recht (*right*), Pflicht (*duty*), Freiheit bzw. Privileg (*privilege*), Nicht-Recht (*no-right*), Verfü-

⁴⁵ Insbes. Marx 1844/¹⁶2006, S. 354 ff.; vgl. auch Marx 1843/¹⁶2006, S. 204 ff. Marx' Diagnose der bürgerlichen Gesellschaft hat selbst bei seinen Kritikern Anklang gefunden; vgl. Schumpeter 1942/2008, S. 9 ff.; Popper 1945/⁸2003, Bd. 2, S. 138 ff., 141 ff.; aus neuerer Sicht Habermas 1988, S. 70 ff., 78 ff.

⁴⁶ Vgl. insbes. Marx 1844/¹⁶2006, S. 354 f.

⁴⁷ Marx 1844/¹⁶2006, S. 369.

gungsbefugnis (*power*), Haftbarkeit (*liability*), Immunität (*immunity*) sowie Unvermögen (*disability*).⁴⁸ Von diesen acht Relationen seien im Folgenden nur die vier zuerst genannten betrachtet, die Ansprüche bzw. subjektive Forderungsrechte betreffen und für Hohfelds Analyse fundamental sind. Hohfeld versuchte erstens zu zeigen, dass sich sämtliche subjektiven Rechte analytisch abschließend als „Bündel“ von Relationen in den vier Formen Recht, Pflicht, Freiheit und Nicht-Recht zwischen jeweils zwei Personen darstellen lassen.⁴⁹ Zweitens – und noch wichtiger – sind die vier Elementarformen nicht unabhängig voneinander, sondern jeweils wechselseitig paarweise als logische Gegensätze (*opposites*) bzw. personale Korrelate (*correlatives*) aufeinander bezogen. Logischer Gegensatz eines *Rechts* – also das Gegenteil eines Rechts – ist das *Nicht-Recht*, Gegensatz einer *Pflicht* hingegen die *Freiheit* bzw. das *Privileg*, keiner Pflicht zu unterliegen. Gleichzeitig besteht eine Korrelation zwischen dem Recht des jeweiligen Rechtsinhabers und der Pflicht des Rechtsunterworfenen, ebenso wie zwischen Freiheit bzw. Privileg und dem Nicht-Recht des Freiheitsgegners, die Unterlassung des Freiheitsgebrauchs zu verlangen.⁵⁰ Insgesamt ergibt sich damit folgendes Schema wechselseitiger Relationen der vier Grundbegriffe:⁵¹



Wesentlich ist nun, was sich aus diesem begriffsanalytischen Schema für das Verhältnis von *Recht* und *Freiheit* ergibt: *Aus einer bloßen Freiheit folgt niemals ein pflichtenbewehrtes Recht*. Denn aus einer Freiheit ergibt sich gerade keine korrelierte Pflicht eines anderen, eine bestimmte Handlung oder Unterlassung des Freiheitsinhabers zu dulden, sondern lediglich ein korreliertes „*Nicht-Recht*“, also die *Abwesenheit* eines *Rechts* des anderen, die Handlung oder Un-

⁴⁸ Hohfeld 1913, S. 16 ff., insbes. 28 ff.; ergänzend und erweiternd Hohfeld 1917, S. 710 ff. Dazu aus dem frühen Schrifttum Corbin 1919, S. 163 ff.; Hale 1922, S. 214; aus neuerer Sicht Hislop 1967, S. 53 ff.; Singer 1982, S. 1025 ff.; Munzer 1990, S. 17 ff.; Eidenmüller 1991, S. 7 ff.; Alexy ³1996b, S. 187 ff.; Kennedy 1997, S. 82 ff., 276, 287, 318 ff.; Stepanians 2005, S. 234 ff.; Auer 2008a, S. 584 ff.; zur Kritik MacCormick 1982, S. 347 ff.; Penner 1997a, S. 23 ff.

⁴⁹ Hohfeld 1917, S. 712 ff.

⁵⁰ Hohfeld 1913, S. 30 ff.

⁵¹ Hohfeld 1913, S. 30; ebenso Hohfeld 1917, S. 710. Die vorliegende Darstellung von Hohfelds Korrelationentafel orientiert sich an Alexy ³1996b, S. 188. Vgl. bereits Auer 2008a, S. 585.

terlassung zu *verhindern*, die jedoch seiner *Freiheit*, genau letzteres zu tun und damit erlaubten Gebrauch von seiner eigenen Freiheitssphäre zu machen, nicht entgegensteht. Hohfelds Analyse lehrt also, sich nicht von der begrifflichen *Korrelation* zwischen Recht und Pflicht dazu verleiten zu lassen, überall dort, wo das bloße *Gegenteil* einer Pflicht – nämlich eine Freiheit – vorliegt, immer auch schon ein Recht zu sehen.⁵² Nach Hohfelds Analyse ist es logisch fehlerhaft, aus einer bloßen Freiheit ein Recht herzuleiten, an der Wahrnehmung dieser Freiheit nicht gehindert zu werden.⁵³ Rechte und Freiheiten sind vielmehr in ihrer Reichweite und Begründung strikt zu trennen. Zwischen Freiheitssphären sind Überschneidungen und Kollisionen möglich, während Rechte durch ihre Pflichtenbewehrung Ausschließlichkeitsbefugnisse einräumen. Nach Hohfelds Analyse ist es damit zugleich unmöglich, die Rechtsordnung als lückenloses System korrespondierender subjektiver Rechte und Pflichten zu interpretieren. Zwischen den einzelnen von der Rechtsordnung anerkannten, diskreten Rechten bestehen vielmehr „Lücken“ bloßer Freiheiten, denen auf Adressatenseite weder Handlungs- noch Duldungspflichten entsprechen.⁵⁴

Eine Möglichkeit, diese Analyse im rechtswissenschaftlichen Diskurs zur Anwendung zu bringen, besteht zunächst darin, sie unmittelbar auf die Begründung des Rechtsbegriffs durch das aufgeklärte Vernunftrecht zu beziehen.⁵⁵ Hohfelds Analyse führt dann zu der Einsicht, dass freiheitlich-individualrechtlich argumentierende Rechtstheorien im Sinne Lockes und Kants fast zwangsläufig in den oben beschriebenen logischen Fehlschluss von Freiheit auf Recht münden müssen, der immer dann vorliegt, wenn die Freiheit oder Autonomie des Individuums herangezogen wird, um die Ableitung pflichtenbewehrter subjektiver Rechte zu begründen.⁵⁶ Gerade der kantische Rechtsbegriff basiert danach geradezu auf dem Inbegriff eines solchen Fehlschlusses im Sinne Hohfelds. Denn ein „allgemeines Gesetz“, unter dem die Freiheit des einen mit der Freiheit aller anderen in Einklang gebracht werden könnte, kann nach Hohfelds Analyse jedenfalls nie *allein*, d. i. ohne Heranziehung anderweitiger, heteronomer Wertungen aus dem reinen formalen Begriff der Freiheit hergeleitet werden. Nach Hohfeld ist es ausgeschlossen, aus dem Begriff der Freiheit zu einer eindeutigen, lückenlosen Abgrenzung der gegenseitigen Rechts- und Freiheitssphären zu gelangen, weil aus dem Begriff der Freiheit kein

⁵² Vgl. *Hohfeld* 1913, S. 33f.; zu dieser Interpretation *Hislop* 1967, S. 81 ff.; *Kennedy* 1997, S. 318, 322.

⁵³ Vgl. *Singer* 1982, S. 1056; *Alexy* ³1996b, S. 205; *Auer* 2008a, S. 585 f.

⁵⁴ Vgl. *Singer* 1982, S. 1025 ff. (zum *damnum absque iniuria*); ferner *Auer* 2008a, S. 586.

⁵⁵ Dazu bereits *Auer* 2008a, S. 608 ff., 625 ff. im Hinblick auf die Rechtsbegriffe Pufendorfs und Kants.

⁵⁶ Zur Terminologie: Die Bezeichnung „Hohfeldscher Fehlschluss“ (so noch *Auer* 2008a, S. 611, 625 ff. in Anlehnung an *Kennedy* 1997, S. 276 – „hohfeldian error“) wird hier angesichts des möglichen Missverständnisses, dass der Fehlschluss von Hohfeld *selbst* stammen könnte, vermieden.

eindeutiges Maß für deren wechselseitige Begrenzung folgt.⁵⁷ Kants Versuch, auf der Grundlage eines normativ aufgeladenen Freiheitsbegriffs zu einer vollständigen Einheit von Recht, Pflicht und Freiheit zu gelangen, ist also jedenfalls ohne Zuhilfenahme materialer, zumindest marginal distributiv wirkender Zusatzkriterien zum Scheitern verurteilt. Subjektive Rechte im kantischen Sinne sind danach nur scheinbar unabhängig von distributiven und paternalistischen Erwägungen. In Wirklichkeit unterliegt die Rechtsbegründung auch im kantischen Rechtsstaat dem unausweichlichen Diktat politischer und individueller Interessen.⁵⁸

Dieser Kritik lässt sich zwar durchaus mit einiger Berechtigung entgegenhalten, dass Kants Rechtsbegriff nicht beansprucht, den Inhalt jedes einzelnen subjektiven Rechts abschließend festzulegen, sondern vielmehr allein darauf zielt, einen Rahmen für die Bedingungen der Möglichkeit einer freiheitlichen Rechtsordnung abzustecken, der mit einer Vielzahl von konkreten Ausgestaltungen der einzelnen Rechtsinstitute vereinbar sein mag.⁵⁹ So lassen sich etwa radikalliberale Privatrechtsentwürfe mit minimalen staatlichen Interventionszielen ausschließlich zum Schutze Minderjähriger und Geschäftsunfähiger ebenso unter den kantischen Rechtsbegriff subsumieren wie wesentlich stärker „sozial“ geprägte Gesellschaftsverfassungen mit weitreichenden staatlichen Eingriffsbefugnissen etwa zur Herstellung der Voraussetzungen gleichen Freiheitsgebrauchs.⁶⁰ Danach lässt sich argumentieren, dass es keinen gültigen Einwand gegen Kant darstellt, auf die weitgehende Unbestimmtheit seines Rechtsbegriffs zu verweisen; ja dass dessen normative Offenheit im Gegenteil sogar geradezu seinen philosophischen Rang belegt, indem sie das freiheitliche Rechtsprinzip auf seinen wesentlichen Kern der Zuerkennung allgemeiner gleicher Freiheit reduziert und die Ausgestaltung der kontingenten Einzelheiten konsequent dem positiven Recht überlässt.⁶¹

⁵⁷ Zu dieser Konsequenz aus Hohfelds Analyse *Singer* 1982, S. 1050f.; *Kennedy* 1997, S. 318, 322; *Auer* 2008a, S. 628.

⁵⁸ Zum Ganzen *Auer* 2008a, S. 597, 626 ff. m. w. N.

⁵⁹ Zudem ist dieser Rahmen bei all seiner Formalität keineswegs leer, enthält er doch zumindest drei inhaltliche Mindestanforderungen an rechtliche Regelungen, nämlich Allgemeinheit, Gleichheit und Wechselbezüglichkeit; vgl. *Kersting* ³2007, S. 81; ähnlich *Ebbinghaus* 1986, S. 279 ff. Darüber hinaus ist die Vereinbarkeit des kantischen Rechtsbegriffs mit sozialstaatlichen, d. i. distributiven oder paternalistischen Prinzipien umstritten. Jedenfalls folgen diese aus Kants Rechtsbegriff nicht als *rechtliche* Prinzipien; vgl. *Gutmann* 2005, S. 164 ff., 194; *Gutmann* 2006b, S. 216 ff.; *Kersting* ³2007, S. 50 ff., 293 ff.

⁶⁰ Über deren Zulässigkeit besteht im heutigen deutschsprachigen Privatrechtsdiskurs unabhängig von theoretischen Standpunkten zur „Materialisierung“ des Privatrechts weitgehender Konsens. In dem Sinne BVerfGE 81, 242, 254 f. – Handelsvertreter; BVerfGE 89, 214, 232 ff. – Bürgschaft; aus der Literatur *Dauner-Lieb* 1983, S. 52 ff., 63 ff., 108 ff., 141 ff.; *Canaris* 1997, S. 51 ff.; *Canaris* 2000, S. 285 ff., 295 ff.; *Grigoleit* 2008, S. 60 ff.; vgl. auch *Auer* 2005, S. 28 ff. m. w. N.

⁶¹ So hinsichtlich des kategorischen Imperativs zutreffend *Canaris* 2000, S. 282 f.

Und dennoch kann diese Verteidigungslinie jedenfalls im Hinblick auf die *faktischen* Konsequenzen des von Kant erhobenen normativen Begründungsanspruchs letztlich nicht überzeugen. Denn Kant beansprucht ja gerade, *allein* im Wege apriorischer Ableitung aus dem Begriff der Freiheit zu einer lückenlosen Abgrenzung der gegenseitigen Rechts- und Freiheitssphären zu gelangen. Die Pointe des kantischen Rechtsbegriffs ist gerade die *Ausschließlichkeit*, mit der er die rechtsbegründende Wirkung in die individuelle Freiheit verlegt und damit die Notwendigkeit materieller Zusatzkriterien negiert. Er ist damit jedenfalls insoweit zu kritisieren, als er die Notwendigkeit solcher Zusatzkriterien nicht offenlegt bzw. seinem eigenen Anspruch nach gar nicht offen legen kann. Es bleibt insoweit Hohfelds Verdienst, auf die erheblichen rechtspolitischen Spielräume hingewiesen zu haben, die der Prozess der Rechtsbegründung gerade dann bietet, wenn er sich mit dem ideologieanfälligen Schein moralischer Notwendigkeit des Freiheitsbegriffs umgibt. Es ist gerade die von Hohfeld aufgezeigte normlogische Täuschung – der Glaube an die rechtsbegründende Kraft der bloßen Freiheit –, die den Widerspruch zwischen der faktischen Unvermeidbarkeit heteronomer Wertungen im Prozess der Rechtsbegründung und dem gleichzeitig aufrechterhaltenen normativen Anspruch, dass sich die Begründung subjektiver Rechte allein auf die selbstbeschränkende Freiheit des Rechtsträgers stützen lasse, wirkungsvoll verdeckt. Dieser Fehlschluss wirkt als diskursiver Mechanismus, der das *non sequitur* innerhalb der freiheitsbasierten Rechtsbegründung verbirgt und diese dadurch gegen Kritik wirksam immunisiert.⁶²

Von Hohfelds Kritik ist es damit nur noch ein kurzer Schritt zur Interessentheorie des subjektiven Rechts. In der Tat ist deren Gehalt von Hohfelds Analyse aus nunmehr in seiner ganzen Tiefe zugänglich. Wie gesehen hatte die Interessentheorie gegen die im neunzehnten Jahrhundert zunächst herrschende Willenstheorie eingewandt, dass der individuelle Wille im subjektiven Recht nicht um seiner selbst willen, sondern nur aufgrund der in ihm zum Ausdruck kommenden berechtigten Interessen anerkennens- und schützenswert sei.⁶³ Anders als nach der Willenstheorie wird dem Rechtsbegriff nach der Interessentheorie also ausdrücklich die Fähigkeit abgesprochen, aus sich selbst heraus normativer Maßstab des Umfangs und der Grenzen von Ansprüchen und Pflichten zu sein. Nach der Interessentheorie wirkt der Rechtsbegriff nicht auf der Grundlage persönlicher Autonomie selbstrechtfertigend und selbstbegrenzend; die Anerkennung persönlicher Autonomie ist lediglich ein, aber keinesfalls das einzige

⁶² Zum Ganzen Auer 2008a, S. 628f. m. w. N.

⁶³ Jhering 1888, Bd. 3, § 60, S. 350f.; aus dem neueren Schrifttum Raz 1984, S. 194ff.; Raz 1986, S. 165ff.; MacCormick 1977, S. 192ff.; Penner 1997b, S. 300ff.; zur Auseinandersetzung Wagner 1993a, S. 321ff.; Gutmann 2006a, S. 27ff.; Gutmann 2006b, S. 202ff.; Auer 2008a, S. 596ff. sowie bereits vorstehend § 1 Fn. 151 ff.

Mittel zur Achtung der Persönlichkeit.⁶⁴ Konsequenterweise erkennen die Vertreter der Interessentheorie auch den gesamten vorpositiven, autonomiebasierten, vernunftrechtlichen „Überbau“ des subjektiven Individualrechts nicht an. Dies kommt etwa in Jherings Definition des subjektiven Rechts zum Ausdruck, wonach es für die Verdichtung eines Interesses zum subjektiven Recht allein auf das klar rechtspositivistische Kriterium des „rechtlichen Schutzes“, d.h. die Pflichtenbewehrung durch positives Recht ankommen soll.⁶⁵ Im Ergebnis wird damit die enge innere Verwandtschaft zwischen der Interessentheorie und den Rechtskritiken Benthams, Hohfelds und Marx' erkennbar: Was bei Bentham der metaphysische „Nonsens“, bei Marx die Ideologie des bürgerlichen Freiheitsrechts und bei Hohfeld der Fehlschluss der Ableitung eines Rechts aus einer Freiheit war,⁶⁶ ist im Zusammenhang der Interessentheorie die Ablehnung der Begründung subjektiver Rechte aus dem beim Wort genommenen Willensprinzip ohne Ansehung der zugrundeliegenden Interessen- und Nutzenbeziehungen.

Ebenso wie die Rechtskritik Benthams, Hohfelds oder Marx' führt damit auch die Interessentheorie bei konsequenter Durchführung letztlich zur Dekonstruktion des autonomiebasierten Rechtsbegriffs der ersten Moderne. Eine entsprechende Tiefenbeziehung wie zwischen Autonomie, subjektivem Recht und Willenstheorie besteht auch zwischen der Entstehung der Interessentheorie und der machttheoretisch, positivistisch oder utilitaristisch motivierten Dekonstruktion des autonomiebasierten Rechtsbegriffs in der zweiten Moderne.⁶⁷ Insoweit trifft es auch zu, dass zwischen sogenannten deontologischen und teleologischen Rechts- und Moraltheorien – also zwischen den autonomie- und rechtebasierten Entwürfen praktischer Philosophie in der kantischen Tradition einerseits sowie den konsequentialistischen bzw. utilitaristischen Gegenentwürfen Benthams, Mills und ihrer Nachfolger andererseits – ein echter philosophischer Gegensatz besteht, der etwa darin zum Ausdruck kommt, dass utilitaristische Theorien durch ihre gesamtgesellschaftlich nutzenkumulierende Struktur prinzipiell nicht in der Lage sind, Individuen als getrennte Entitäten wahrzunehmen bzw. die Grenzen zwischen individuellen Rechtssphären theorieimmanent *als Grenzen* anzuerkennen.⁶⁸ So ist es auf der Grundlage eines rein utilitaristischen Nutzenkalküls etwa nicht erklärbar, weshalb einzel-

⁶⁴ Vgl. Raz 1986, S. 188 ff.; kritisch dagegen Gutmann 2006a, S. 34 ff.

⁶⁵ Jhering 1888, Bd. 3, § 60, S. 339, vgl. auch ebd., S. 351: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen. Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses.“ (Hervorhebung weggelassen). Dazu kritisch Gutmann 2006a, S. 33 f.

⁶⁶ Speziell zum Vergleich zwischen Bentham und Hohfeld Hart 1982, S. 162 ff.; Harrison 1983, S. 92 f.

⁶⁷ Gutmann 2006a, S. 29 ff.; Gutmann 2006b, S. 203 f.

⁶⁸ Zu dieser Kritik des Utilitarismus Rawls 1971, S. 20 ff., insbes. 26 f., 181, 187; Nozick 1974, S. 30 ff.; Hart 1982/2005, S. xci; Hart 1983, S. 199 ff.; ähnlich Nida-Rümelin 1993, S. 89 ff., 95 ff.; Gutmann 2006a, S. 36 f.; Gutmann 2006b, S. 212 f.

nen Individuen zugewiesene Güter nicht einfach nachträglich anderen zugewiesen werden sollten, wenn diese daraus größeren Nutzen ziehen können.⁶⁹ Ebenso lässt sich vom Boden der Interessentheorie aus nicht eindeutig begründen, dass selbstschädigende Verfügungen über eigene Rechte schon und nur aufgrund Respekts vor der individuellen Autonomie zulässig sein sollen.⁷⁰ Es ist also letztlich gleichgültig, ob man auf der Grundlage des Utilitarismus, der Interessentheorie oder einer anderen autonomiekritischen Rechtstheorie argumentiert. Man gelangt im Ergebnis immer wieder zur Dekonstruktion des subjektiven Rechts.

Doch wiederum gehört es zu den Rätseln des Privatrechtsdiskurses der Moderne, dass diese letzte Konsequenz gerade *nicht* gezogen wird bzw. dass weder die Interessentheorie noch die mit ihr verwandten Kritiken jemals in der Lage waren, den autonomiebasierten Rechtediskurs der ersten Moderne so in seiner Tragfähigkeit zu erschüttern, dass dieser heute als widerlegt zu gelten hätte. Erneut begegnet uns hier also das Phänomen, dass die normative Tragkraft des autonomiebasierten Rechtsbegriffs der ersten Moderne selbst fundamentalen Angriffen widersteht und sich als Anspruch an eine als gerechtfertigt empfundene Rechtsordnung selbst gegen eine langfristig gegenläufige Rechtspraxis durchsetzt. Für das Verhältnis von Willens- und Interessentheorie, die als konkurrierende Theorien innerhalb oder außerhalb einer vereinigenden Kombinationstheorie koexistieren, ohne dass die Interessentheorie durch ihre Argumente in der Lage wäre, sich endgültig gegen die Willenstheorie durchzusetzen, wurde dies bereits oben ausgeführt.⁷¹ Entsprechend lässt sich auch für die Wirkungsgeschichte des Utilitarismus zeigen, dass dieser die Rechtslehren des Vernunftrechts und des deutschen Idealismus nicht nur nicht ablösen konnte, sondern bis heute etwa in Rechts- und Gesellschaftstheorien von John Rawls bis hin zur ökonomischen Analyse des Rechts mit den freiheitlichen Prämissen der letzteren koinzidiert.⁷² Ideengeschichtlich ist dies sogar konsequent: So be-

⁶⁹ Vgl. *Rawls* 1971, S. 26: „There is no reason in principle why the greater gains of some should not compensate for the lesser losses of others, or more importantly, why the violation of the liberty of a few might not be made right by the greater good shared by many.“ Ebenso auch *Gutmann* 2006a, S. 36; *Gutmann* 2006b, S. 213. Die Antwort der ökonomischen Theorie besteht im Verweis auf die Allokations- und Produktionseffizienz der Zuweisung dauerhafter Ausschließlichkeitsrechte. Grundlegend *Demsetz* 1967, S. 347 ff.; *Hardin* 1968, S. 1243 ff., aus rechtsökonomischer Sicht *Nagel* 1989, S. 21 f.; *Posner* 1980, S. 250 f.; *Eidenmüller* 2005, S. 158 ff.; *Posner* 2003, S. 58. Zu den Grenzen dieser Argumentation nachstehend § 6.

⁷⁰ Es gibt, wie *Gutmann* (2006b, S. 214) zu Recht hervorhebt, auf utilitaristischer Grundlage keine haltbare Widerlegung des Rechtspaternalismus. Dies gilt vor allem für Formen eines „weichen“ bzw. „liberalen“ Paternalismus. Dazu *Eidenmüller* 2011, S. 814 ff.; kritisch *Kirste* 2011, S. 805 ff.; jeweils m. w. N.

⁷¹ Vorstehend § 1 bei Fn. 153 ff.

⁷² Rawls' Gerechtigkeitstheorie beruht auf einer besonders augenfälligen Kombination von kontraktualistischer Struktur und wohlfahrtsökonomischen Gerechtigkeitkriterien; vgl. *Rawls* 1971, S. 60 ff. Zur dadurch erreichten Zwischenstellung, die dem Utilitarismus nur scheinbar entgegengesetzt ist, teils scharf kritisch *Hare* 1973/1989, S. 95 ff.; *Lyons* 1972/1989,

zweckte namentlich Benthams Utilitarismus keine Kritik des modernen Individualismus, sondern verstand sich im Gegenteil als besonders rationale, aufgeklärte Gesetzgebungslehre im Dienste des Individualinteresses.⁷³ Wiederum verweisen also sowohl Wille als auch Interesse, subjektives Recht wie auch dessen Kritik nicht auf eine lösungsbedürftige philosophische Auseinandersetzung, sondern vielmehr auf ein genuines *Binnenproblem* der Moderne, nämlich den Gesamtzusammenhang und unlösbaren Gegensatz zwischen deren erster, affirmativer und zweiter, selbstkritischer Tendenz.

So wird schließlich erklärlich, dass im privatrechtlichen Diskurs der Moderne bis heute das von Kant und Savigny geprägte Leitbild des subjektiven Freiheitsrechts als Autonomiesphäre dominiert, obwohl die Praxis der Rechtsbegründung bereits seit dem neunzehnten Jahrhundert von zahlreichen heteronomen Wertungen durchsetzt war, die durch distributiv oder paternalistisch motivierte Rechtssetzungs- und Rechtsschöpfungsakte seitdem noch vervielfältigt wurden.⁷⁴ Dabei tritt der Fehlschluss von Freiheit auf Recht – wie noch zu zeigen sein wird – keineswegs nur auf der Makroebene des Vernunftrechts, sondern auch und gerade im Zusammenhang zahlreicher Detailfragen des positiven Rechts auf, anhand derer sich erst die eigentliche Leistungsfähigkeit von Hohfelds Rechtsanalyse erweisen wird.⁷⁵

III. Einbruch des Öffentlichen in das Privatrecht

Als ein drittes konstitutives Merkmal des freiheits- und personenbezogenen Privatrechtssystems der ersten Moderne erschien oben die begriffliche Trennung von Staat und Gesellschaft. Diese entwickelte sich wie gesehen zur entscheidenden ideengeschichtlichen Grundlage dafür, dass sich der Gegensatz

S. 147 ff.; *Sen* 1974/1989, S. 283 ff.; knapp zusammenfassend *Kirste* 2010, S. 119 f. Zum komplexen Verhältnis des ökonomischen Effizienzkriteriums zu utilitaristischen, teils aber auch ganz anders gelagerten (kontraktualistischen, pragmatischen) Begründungsversuchen nur *Eidenmüller* 2005, S. 173 ff. m. w. N. Allgemein zur Konvergenz metaphysischer, utilitaristischer, historischer und positivistischer Begründungen des modernen Rechtsindividualismus grundlegend *Pound* 1917, S. 203 ff.; ähnlich (zu Utilitarismus und Positivismus) auch *Parsons* 1937/21968, Bd. 1, S. 60 ff.

⁷³ Vgl. *Bentham* 1789/2005, insbes. I, VII, S. 11 ff., 74 ff. Zu Benthams rechtspolitischem Anliegen *Pound* 1917, S. 206 ff.; *Harrison* 1983, S. 107 ff., 225 ff.; *Hart* 1982/2005, S. lxxxii ff.; *Rosen* 2005, S. xxxix ff. Allgemein ist es zum Verständnis von Benthams Utilitarismus nützlich, sich vor Augen zu halten, dass es sich dabei um Aufklärungsphilosophie des achtzehnten Jahrhunderts handelt (vgl. *Hart* 1982, S. 22), die teilweise sogar zuspitzend als Variante des Naturrechts bezeichnet wurde; vgl. *Schumpeter* 1955, S. 132; *Harrison* 1983, S. 102.

⁷⁴ Dazu bereits *Wieacker* 1953, S. 13 ff.; *Wieacker* 1960/1974, S. 36 ff.; *Wieacker* 21967, S. 539 ff., 543 ff.; *Raiser* 1971, S. 10 ff.; aus jüngerer Zeit *Habermas* 1992a, S. 472 ff.; *Canaris* 2000, S. 276 ff.; *HKK-Rückert* 2003, vor § 1 Rz. 78, 93 ff.; zusammenfassend *Auer* 2005, S. 22 ff., 103 ff. m. w. N.

⁷⁵ Näher nachstehend § 5.

von öffentlichem Recht und Privatrecht seit etwa 1800 zum inhaltlichen Weisensgegensatz verdichtete.⁷⁶ Seit dieser Zeit existieren auch Bestrebungen, den Bereich des Privatrechts nicht mehr nur konventionell zu definieren, sondern ihn als *wertungsmäßige* Einheit zu verstehen. An dieser Stelle setzen die bis heute gebräuchlichen „Abgrenzungstheorien“ zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht sowie weitere Kriterien an, die darauf zielen, die dualistische Gestalt der Rechtsordnung und die Wertungsautonomie des Privatrechts rechtstheoretisch zu konkretisieren.⁷⁷ Zu diesen zählen insbesondere der Vorrang privater Interessen („Interesstheorie“), ausschließliche Beziehungen zwischen privaten Rechtssubjekten („Subjektstheorie“), Verhältnisse der Gleichordnung bzw. Horizontalität („Subjektionstheorie“), ausgleichende bzw. kommutative oder korrektive Gerechtigkeit oder schließlich die mit der „Privatrechtsgesellschaft“ verbundene Vorstellung einer „spontanen Ordnung“ nach Markt- und Wettbewerbsgesetzen.⁷⁸

Untersucht man diese Kriterien im Einzelnen, künden die dabei begegnenden Schwierigkeiten indessen bereits von der Durchschlagskraft der nachfolgend zu erörternden Kritik. Es gibt entgegen der Interesstheorie unter normativ individualistischen Voraussetzungen keinen Rechtssatz, der nicht sowohl dem öffentlichen Interesse als auch dem Individualinteresse zu dienen bestimmt ist;⁷⁹ Verhältnisse der Über- und Unterordnung kommen entgegen einer wörtlich genommenen Subjektionstheorie im Privatrecht ebenso vor wie Gleichordnungsverhältnisse im öffentlichen Recht;⁸⁰ schließlich ist es entgegen der früheren Subjektstheorie längst anerkannt, dass der Staat bzw. andere Hoheitsträger auch in privatrechtlichen Formen handeln können, ja dass die allgemeinen Regeln des Privatrechts geradezu als Auffangordnung gegenüber der nur punktuell eingreifenden, keinesfalls abschließenden Sonderrechtsordnung des öffentlichen Rechts fungieren.⁸¹ Diesem Problem begegnet zwar die neuere, „modifizierte“ Subjekts- bzw. „Zuordnungstheorie“, indem sie auf die spezifischen

⁷⁶ Vorstehend § 1 bei Fn. 132 ff.

⁷⁷ Enger zur Bedeutung der Abgrenzungstheorien *Grigoleit* 2008, S. 54 (Beschränkung auf Rechtswegzuweisung). Tatsächlich gilt eher umgekehrt, dass der praktische Wert der Abgrenzungstheorien zur Lösung positivrechtlich normierter Zuweisungsfragen gering ist (vgl. nur *Maurer* ¹⁸2011, § 3 Rz. 16 f., S. 46 f.), während ihre Bedeutung gerade in ihrer darüber hinausreichenden Strukturaussage liegt; so *Bydlinski* 1994b, S. 329 ff.; *Michaels/Jansen* 2008, S. 74 ff.

⁷⁸ Vgl. *Bydlinski* 1994b, S. 322, 329 ff.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* ¹²2007, § 22 Rz. 20, S. 185 ff.; *Michaels/Jansen* 2008, S. 74 ff.; *Grigoleit* 2008, S. 54; *Maurer* ¹⁸2011, § 3 Rz. 10 ff., S. 43 ff.; *Burgi*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* ²2012, § 18 Rz. 19 ff., S. 1267 ff.

⁷⁹ *Michaels/Jansen* 2008, S. 74 unter Verweis auf Azo (13. Jahrhundert).

⁸⁰ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* ¹²2007, § 22 Rz. 25, S. 186; *Maurer* ¹⁸2011, § 3 Rz. 16, S. 46.

⁸¹ Grundlegend *Bullinger* 1968, S. 75 ff.; vgl. ferner die Beiträge in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* 1996, insbes. *Schmidt-Aßmann* 1996, S. 8 ff. sowie *Hoffmann-Riem* 1996, S. 277 ff.

„Zuordnungssubjekte“ der einzelnen Rechtssätze abstellt, dem öffentlichen Recht also lediglich diejenigen Rechtssätze zurechnet, die im Gegensatz zum privaten „Jedermannsrecht“ ausschließlich den Staat oder einen anderen Hoheitsträger als solchen als Subjekt ansprechen.⁸² Dadurch reduziert sich die Abgrenzungsfrage jedoch auf die rein positivrechtlich zu beantwortende Frage nach dem jeweiligen Adressatenkreis des einzelnen Rechtssatzes. Als grundsätzliches, inhaltliches, von positivrechtlichen Kontingenzen unabhängiges Abgrenzungskriterium erweist sich die Zuordnungstheorie damit letztlich als ungeeignet.⁸³

Als mögliche Kandidaten einer normativ eigenständigen Inhaltsbestimmung des Privatrechts bleiben damit noch die Kriterien der Horizontalität, der kommutativen bzw. korrektiven Gerechtigkeit sowie der privaten Ordnung.⁸⁴ Zunächst scheint der Gedanke der „Horizontalität“, der das Privatrecht auf „ebenbürtige“ Rechtsverhältnisse zwischen Privatrechtssubjekten beschränkt und diese von der „Vertikalität“ der dem öffentlichen Recht zugeordneten Rechtsverhältnisse zwischen Privaten und hoheitlich handelnden Trägern öffentlicher Gewalt abgrenzt, eine wichtige Präzisierung der Subjektions- bzw. der Zuordnungstheorie zu liefern und beide geradezu auf ihren eigentlichen Wertungskern zu reduzieren. „Gleichgeordnet“ sind die Rechtsverhältnisse des Privatrechts nicht in dem Sinne, dass sie jede Form von Machtgefälle – etwa im Familien-, Arbeits- oder Verbraucherschutzrecht – ausschließen, sondern nur und ausschließlich im Sinne gleichberechtigter Teilhabe am Rechtsverkehr, die allen Privatrechtssubjekten kraft ihrer Personenqualität zukommt, im Gegensatz zu der spezifisch hoheitlichen „Überordnung“ der mit besonderen Befugnissen ausgestatteten Träger öffentlicher Gewalt.⁸⁵ „Horizontal“ und damit dem Privatrecht zugeordnet ist ein Rechtsverhältnis also genau insoweit, als kein an ihm beteiligtes Rechtssubjekt gegenüber anderen Beteiligten über besondere Anordnungs-, Normsetzungs- oder Zwangsbefugnisse verfügt.⁸⁶

Versteht man die Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Rechtsbeziehungen in diesem Sinne, ist sie zugleich mit der aristotelischen

⁸² Wolff/Bachof/Stober/Kluth¹²2007, § 22 Rz. 28, S. 186; Maurer¹⁸2011, § 3 Rz. 13f., S. 44f. m. w. N.

⁸³ Insoweit zutreffend Grigoleit 2008, S. 54.

⁸⁴ Vgl. zu einem ähnlichen, über die üblichen Abgrenzungstheorien hinaus erweiterten Kriterienkatalog Michaels/Jansen 2008, S. 75f.

⁸⁵ Dazu instruktiv Michaels/Jansen 2008, S. 76; vgl. auch Canaris 1997, S. 27ff.; Canaris 2000, S. 278f.; kritisch zu allen hier auscheidenden Ansätzen der Berücksichtigung „ungleicher Verhandlungsmacht“ bzw. „gestörter Vertragsparität“ nur Kennedy 1982a, S. 614ff.; zusammenfassend Auer 2005, S. 31 m. w. N.

⁸⁶ Wolff/Bachof/Stober/Kluth¹²2007, § 22 Rz. 28, S. 186; Maurer¹⁸2011, § 3 Rz. 13, S. 44. Die so verstandene Unterscheidung besitzt namentlich in allen Zusammenhängen horizontaler Wirkung übergeordneten Rechts (Verfassungs-, Europarecht) theoriekonstituierende Bedeutung. Grundlegend Canaris 1984, S. 202ff., 205ff.; Canaris 1989, S. 161; Canaris 1999, S. 36; Canaris 2002, S. 32f.; vgl. ferner die Beiträge in Neuner 2007.

Zweiteilung der partikulären Gerechtigkeitsformen strukturanalog und erklärt damit die ebenfalls bis heute geläufige Assoziation des Privatrechts mit dem Bereich der kommutativen und korrektiven im Gegensatz zur distributiven Gerechtigkeit.⁸⁷ Letztere wird bei Aristoteles bekanntlich auf das Problem der Zuteilung von Gütern an mehrere Individuen durch eine übergeordnete, verteilende Instanz bezogen, deren Maß nicht strikte Gleichheit, sondern vielmehr „geometrische“ Proportionalität ist, während die ausgleichende bzw. kommutative oder korrektive Gerechtigkeit den gesamten Bereich des freiwilligen sowie unfreiwilligen Güteraustauschs unter Gleichgeordneten betrifft und in diesem Verhältnis allein den Maßstab strikter, „arithmetischer“ Gleichwertigkeit gelten lässt.⁸⁸ Auch den aristotelischen Gerechtigkeitsformen liegt also die in ihrem strukturalistischen Universalismus geradezu unausweichliche Schablone eines Dualismus möglicher Zuweisungs- und Ausgleichsmodi innerhalb des dreiseitigen Verhältnisses Individuum/Individuum/Staat zugrunde: Auch diese gehorchen entweder dem Modus des Austauschs im horizontal-zweiseitigen Verhältnis Individuum/Individuum oder aber dem Modus der Distribution im dreiseitigen Verhältnis Individuum/Individuum/Staat, in dem die horizontalen Beziehungen zwischen den Individuen durch deren vertikale Beziehungen zu einer zentralen Anordnungs- und Verteilungsinstanz ergänzt werden, deren Aufgabe schon strukturell die eines *tertium comparationis* zur Herstellung distributiver Gerechtigkeit nach dem Maß des jeweiligen Verdiensts, Bedürfnisses etc. sein muss.⁸⁹

Es ist also nicht schwer zu erkennen, wie das Auseinandertreten von Individuum und Staat im neuzeitlichen Vernunftrecht zugleich zur Assoziation von Privatrecht und kommutativer bzw. korrektiver Gerechtigkeit führte. Diese folgt unmittelbar aus der vorausgesetzten „Horizontalität“, d. i. Staatsunabhängigkeit der Beziehungen des natürlichen Privatrechts. Bereits bei Kant tritt dieser Zusammenhang exemplarisch hervor, indem der Übergang vom natürlichen Privatrecht zum staatlichen öffentlichen Recht ineins gesetzt wird mit dem Übergang vom Zustand ausgleichender zu dem der austeilenden Gerechtigkeit.⁹⁰ Von dort bedarf es nur noch eines kurzen weiteren Schritts, um zu Rad-

⁸⁷ Etwa bei Radbruch³1932/1993, S. 359; Weinrib 1995, S. 56 ff., 74 ff.; Canaris 1994, S. 285 ff.; Canaris 1997, S. 33 ff., 44 ff.

⁸⁸ Aristoteles⁴1985, V.5–7, 1130b–1132b, S. 105 ff.; dazu mit teils ganz unterschiedlichen Interpretationen Salomon 1937, S. 24 ff.; Kelsen 1960b, S. 126 ff.; Küster 1974, S. 541 ff.; Brieskorn 1990, S. 92 ff.; Bien 1995, S. 149 ff.; Canaris 1994, S. 283 ff.; Canaris 1997, S. 9 ff.; Adomeit³2001, S. 83 ff.; Honsell 2002, S. 287 ff.; Gordley 2006, S. 8 ff.; Wolf²2007, S. 103 ff.; zusammenfassend Auer 2005, S. 38; Michaels/Jansen 2008, S. 75; jeweils m. w. N.

⁸⁹ Vgl. statt aller Canaris 1997, S. 13 ff., 33 ff., wo die strukturelle Frage nach bilateraler oder trilateraler Konstruktion von Rechtsverhältnissen als Ausgangspunkt einer Gerechtigkeitsdiskussion im Privatrecht dient.

⁹⁰ Kant 1797/1907, Bd. 6, S. 306 f., 312 f. [§§ 41–42, 44]; dazu Auer 2008a, S. 628. Zur inhaltlichen Kongruenz von Privatrecht und öffentlichem Recht bei Kant vorstehend § 1 Fn. 110 und 129.

bruchs These zu gelangen, dass der strukturelle Unterschied von öffentlichem Recht und Privatrecht ebenso wie derjenige zwischen ausgleichender und austeilender Gerechtigkeit dem Rechtsdenken a priori vorgegeben sei.⁹¹

Hier setzt nun die Kritik an. Denn aus der wie auch immer begründeten strukturellen Fundamentalität des Unterschieds zwischen „horizontalen“ und „vertikalen“ Rechtsbeziehungen folgt gerade nicht, dass diese voneinander unabhängig wären. Selbst wenn sich also, wie etwa Radbruch – rechtspraktisch durchaus zu Recht – beansprucht, für jede einzelne Rechtsbeziehung angeben lässt, ob diese dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehört,⁹² ist damit nichts über deren jeweiligen Inhalt bzw. die Möglichkeit einer inhaltlichen Trennbarkeit beider Rechtsmaterien ausgesagt. Der Tenor der seit dem frühen zwanzigsten Jahrhundert in immer neuen Varianten geäußerten Kritik an der Unterscheidbarkeit von öffentlichem Recht und Privatrecht lautet dementsprechend: *Es gibt kein Privatrecht ohne Staat*. Vielmehr bleibt der Staat als Träger hoheitlicher Gewalt durch die Bereitstellung der Institutionen privatrechtlicher Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtsdurchsetzung notwendigerweise und mit unumgänglichen distributiven Effekten auch an allen Privatrechtsverhältnissen beteiligt.⁹³ Es gibt kein privatrechtliches Handeln außerhalb eines detaillierten Rahmens privatrechtlicher Grundnormen, der das Produkt privatrechtlicher Gesetzgebung und Rechtsprechung und damit zweifelsohne hoheitlicher, öffentlichrechtlicher Tätigkeit ist. Selbst im Kernbereich der Privatautonomie ist *jede* privatrechtliche Handlung in vielfältiger Weise – durch die Gewährleistung oder Beschränkung von Geschäftsfähigkeit und Vertragsfreiheit, durch zwingende Wirksamkeitsvoraussetzungen, Auslegungsregeln und andere Modalitäten der Rechtsentstehung und Rechtsdurchsetzung – durch die Grundstrukturen der durch Gesetz und Rechtsprechung geschaffenen Privatrechtsordnung determiniert.⁹⁴ Das heißt zugleich, dass der mit dem Gedanken der normativen Einheit des Privatrechts verbundene Anspruch seiner normativen Autonomie gegenüber heteronomen, „privatrechtsfremden“ Wertungen nicht erfüllbar ist.⁹⁵

⁹¹ Radbruch ³1932/1993, S. 358.

⁹² Ebd., S. 359.

⁹³ Grundlegend Hale 1922, S. 214 ff.; Hale 1923, S. 470 ff.; Cohen 1927, S. 8 ff.; Cohen 1933, S. 562 ff., 585 ff.; aus jüngerer Zeit Kennedy 1982a, S. 580 ff.; Kennedy 1982b, S. 1351 f.; Kennedy 2001, S. 26; Auer 2005, S. 32 ff., 39 ff. m. w. N.; instruktiv auch Michaels/Jansen 2008, S. 83 ff. zur jeweils unterschiedlichen Tragweite der Kritik im deutschen und amerikanischen Kontext.

⁹⁴ Zum Ganzen Auer 2002, S. 27; Auer 2005, S. 39; jeweils m. w. N.

⁹⁵ Dieser Anspruch kommt etwa in dem weitverbreiteten Bestreben zum Ausdruck, zwischen „vertragsimmanenten“ (d. i. auf die Herstellung der Funktionsbedingungen freiverantwortlicher Vertragsbindung gerichteten) und „vertragsfremden“ (d. i. sonstigen sozial, paternalistisch oder distributiv motivierten) Wertungen bzw. Grenzen der Privatautonomie zu unterscheiden. In diesem Sinne argumentieren BVerfGE 81, 242, 254 f.; BVerfGE 89, 214, 232 ff.; Dauner-Lieb 1983, S. 63 ff.; Zöllner 1988a, S. 98 f.; Zöllner 1988b, S. 335 f.; Singer 1995,

Ebenso lassen sich auch kommutative und distributive Gerechtigkeit nicht so einfach voneinander abgrenzen, wie es im dualistischen aristotelischen Modell den Anschein hat. Und zwar beschränken sich die Schwierigkeiten einer Grenzziehung nicht nur darauf, dass sich ihre jeweiligen „Bereiche“ innerhalb des Privatrechts überschneiden, soweit dieses explizit distributiven oder paternalistischen Erwägungen Raum gibt.⁹⁶ Vielmehr lassen sich beide Gerechtigkeitsformen richtigerweise *gar nicht* unabhängig voneinander denken, so dass räumliche Metaphern zur Umschreibung ihres Verhältnisses von vornherein zu kurz greifen.⁹⁷ Radbruch formulierte diese Erkenntnis so, dass die kommutative Gerechtigkeit mit der Gewährleistung der „Gleichordnung“ der Beteiligten immer schon „einen Akt der austeilenden Gerechtigkeit voraus(setzt), der den Beteiligten die Gleichberechtigung, die gleiche Verkehrsfähigkeit, den gleichen Status verliehen hat,⁹⁸ also auf einer elementaren Zuweisungs- oder Verteilungsentscheidung beruht, die immer vom Standpunkt distributiver Gerechtigkeitsprinzipien hinterfragt werden kann. Solange es ein staatlich verfasstes Privatrecht gibt, lässt sich die Frage nach der materialen oder distributiven Gerechtigkeit seiner Institutionen *nie* abschneiden.⁹⁹ Anders gewendet: Distribu-

S. 43f.; Lorenz 1997, S. 22ff., 513; Canaris 1997, S. 46ff.; Canaris 2000, S. 286f.; Dagan 2007, S. 400; Hassemer 2007, S. 13ff., 28ff.; Grigoleit 2008, S. 57ff. Noch darüber hinaus gehen (auf der Grundlage von Flume ⁴1992, § 1 3e, S. 4f.) Lobinger 1999, S. 3ff. sowie Picker 2007, S. 219ff., die im Bereich der Rechtsgeschäftslehre jede Abweichung vom Willensprinzip als Heteronomie deuten; ähnlich auch Weinrib 1995, S. 8ff. Kritisch zum Ganzen Auer 2005, S. 30ff.; Teubner 2007, S. 412.

⁹⁶ So bereits Esser 1941, S. 69ff. (zur Gefährdungshaftung); aus jüngerer Zeit Kronman 1980, S. 474ff.; Canaris 1994, S. 285ff.; Canaris 1995, S. 15ff.; Canaris 1997, S. 33ff., 44ff., 63ff.; Röckrath 1997, S. 539ff.

⁹⁷ Insoweit zutreffend Gordley 2006, S. 8ff. Das Argument, dass die Unterscheidung zwischen beiden Gerechtigkeitsformen von vornherein sinnlos sei, wenn jedes staatliche Handeln als distributiver Akt zu qualifizieren wäre (Canaris 1997, S. 13; Röckrath 1997, S. 530f.), greift dagegen aus ideengeschichtlichen und systematischen Gründen zu kurz. Dazu Auer 2005, S. 40 mit Fn. 99 sowie sogleich näher im Text.

⁹⁸ Radbruch ⁸1973, S. 122; weniger explizit noch Radbruch ³1932/1993, S. 359; dagegen kritisch Canaris 1997, S. 27f.

⁹⁹ Insoweit zutreffend Canaris 1997, S. 44f.; davor bereits Canaris 1993a, S. 881ff. Dabei erscheint der dort herausgearbeitete Gegensatz zu Flume (⁴1992, § 1 6a, S. 8), nach dessen Auffassung „die Gestaltung aus Selbstbestimmung ... einem rechtlichen Urteil, ob sie ‚richtig‘ ist, unzugänglich“ ist, als überzeichnet. Tatsächlich lassen sich sowohl die Ansichten Flumes als auch Canaris' als formale bzw. prozedurale Gerechtigkeitskonzeptionen deuten, deren distributiver Gehalt gerade in ihrer grundsätzlichen, gewollten distributiven *Neutralität* gegenüber dem kommutativen Geschehen liegt; vgl. dazu auch Canaris 2000, S. 282ff. mit – bei aller hier nicht relevanten Unterschiedlichkeit im Einzelnen – zutreffendem Verweis auf Schmidt-Rimpler 1941, S. 152ff. sowie Schmidt-Rimpler 1974, S. 3ff.; zum Ganzen auch Auer 2005, S. 36ff. m.w.N. Wesentlich größer ist dagegen die Differenz zur Auffassung v. Hayeks (2003, S. 218ff.), der eine Kontrolle des Marktgeschehens am Maßstab distributiver Gerechtigkeit vollständig ablehnt, dies allerdings vor dem Hintergrund einer verkürzenden Gleichsetzung mit dem (nach hier vertretener Ansicht zu Recht kritisierten) Begriff der „sozialen Gerechtigkeit“ (ebd., S. 149ff., insbes. 213ff.).

tive und kommutative Gerechtigkeit sind nicht verschiedenen Bereichen zugewiesen, sondern vielmehr *deckungsgleich*. Am Grunde jeder kommutativen liegt eine distributive Gerechtigkeitsfrage.

Geradezu paradigmatisch kommt auch dies gerade bei Kant zum Ausdruck, dessen *ausnahmslose* Zuordnung von Privatrecht und kommutativer sowie öffentlichem Recht und distributiver Gerechtigkeit ihren eigentlichen Sinn erst dann erhält, wenn man sich nochmals vor Augen führt, dass sich das kantische öffentliche Recht gerade *nicht* inhaltlich, sondern *nur* durch seine staatliche Verfasstheit vom natürlichen Privatrecht unterscheidet.¹⁰⁰ Die dem öffentlichen Recht zugewiesene distributive Gerechtigkeit enthält damit kein inhaltliches aliud gegenüber der kommutativen und korrektiven Gerechtigkeit des Privatrechts; ihr Inhalt ist *nicht* gleichzusetzen mit „sozialen“, distributiven oder paternalistischen Erwägungen im engeren Sinne, die umverteilende Eingriffe in privatrechtsautonome Wertungen ermöglichen. Distributive Gerechtigkeit im kantischen Sinne ist vielmehr allein die Gerechtigkeit des Rechtszustands. *Das Recht selbst* bildet für Kant die distributive Instanz, das *tertium comparationis* über allen Individuen, dessen Aufgabe darin besteht, der kommutativen und korrektiven Gerechtigkeit des natürlichen Privatrechts zur Durchsetzung zu verhelfen.¹⁰¹

Nun folgt aus der kantischen Lesart der distributiven Gerechtigkeit allerdings gerade nicht deren Vorrang, sondern vielmehr umgekehrt deren inhaltliche Abhängigkeit von der immer schon *vorausgehenden* kommutativen und korrektiven Gerechtigkeit des natürlichen Privatrechts.¹⁰² Und genau dieses Verhältnis beider Rechtsgebiete und Gerechtigkeitsarten liegt nun allen Ansätzen zugrunde, die sich zur Abgrenzung und normativen Charakterisierung des Privatrechts auf das letzte oben genannte Kriterium der „privaten Ordnung“ oder vergleichbare Merkmale stützen.¹⁰³ Danach ist das wesentliche Kennzeichen des Privatrechts nicht auf der Ebene der positiven, staatlich gesetzten Rechtsordnung, sondern vielmehr im zugrundeliegenden privaten *Handeln* der Privatrechtssubjekte nach Markt- und Wettbewerbsgesetzen zu suchen, das durch staatliche Privatrechtsgesetzgebung nicht hergestellt, sondern allenfalls

¹⁰⁰ Vorstehend § 1 Fn. 110 und 129.

¹⁰¹ *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 237, 306f., 312f. [A.; § 41–42, 44]; dazu *Kersting* ³2007, S. 173f., 260ff.

¹⁰² Allgemein zum Verhältnis der Gerechtigkeitsarten in diesem Sinne auch *Canaris* 2007, S. 27f.

¹⁰³ Vgl. *Michaels/Jansen* 2008, S. 76f. („private ordering“; „privately made law“). Hierzu zählen einerseits klassische Theorien einer Privatrechtsgesellschaft auf der Basis „spontaner Ordnung“; grundlegend *Popper* 1945/⁸2003, Bd. 1, S. Xff.; v. *Hayek* 2003, S. XVI, 39ff., 135ff., 373ff.; v. *Hayek* ⁴2005, S. 314ff.; *Böhm* 1966, S. 75ff.; vgl. vorstehend Einführung Fn. 9 m.w.N. Andererseits liegt derselbe Grundgedanke auch Theorien der „Rechtsschöpfung durch Private“ mit mehr oder weniger weitreichenden Konsequenzen für die Gestalt des Privatrechts zugrunde; vgl. etwa *F. Kirchhof* 1987; *Augsberg* 2003; *Bachmann* 2006; dazu *Michaels/Jansen* 2008, S. 77, 96ff. m.w.N. sowie die weiteren Beiträge in *Jansen/Michaels* 2008.

ermöglicht wird.¹⁰⁴ „Privatrecht“ bezeichnet dann nicht die staatliche Privatrechtsordnung, sondern allein die zugrundeliegende private Ordnung, also nicht das *Vertragsrecht*, sondern den *Vertrag*.¹⁰⁵ Dieser Gedanke bildet nicht nur eine wesentliche Grundlage des klassischen Common Law, sondern findet sich in verschiedenen Gestalten auch im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken. Canaris etwa beruft sich auf den Gerechtigkeitsanspruch der aufgeklärten Staats- und Sozialvertragstheorien, um gegen Radbruch einzuwenden, dass die Gleichberechtigung aller Bürger im Privatrecht immer schon vorausgesetzt werden müsse.¹⁰⁶ Honsell unterwirft – in sachlichem Gleichklang, wenngleich terminologischem Gegensatz zu Kant – den gesamten Bereich der *staatlichen* Privatrechtsordnung einschließlich aller Schutznormen zugunsten Schwächerer der kommutativen bzw. korrektiven Gerechtigkeit.¹⁰⁷ Bydlinski schließlich erkennt im Festhalten an der Dichotomie von öffentlichem und Privatrecht ein elementares Gerechtigkeitsgebot, da „die Rechtsstellung des Menschen sich in ihrer Rolle als Teilhaber des Staates weder erschöpft noch erschöpfen soll.“¹⁰⁸ All diesen Argumentationssträngen liegt letztlich dasselbe Muster zugrunde: der angenommene Vorrang des „naturwüchsigen“ Vertrags vor dem staatlichen Vertragsrecht, der horizontalen vor der vertikalen Rechtsbeziehung, der kommutativen vor der distributiven Gerechtigkeit, der Hayekschen spontanen Ordnung vor der hoheitlichen Reglementierung.

Doch auch auf dieser Basis ist letztlich keine Begründung der normativen Autonomie des Privatrechts möglich. Im Gegenteil: Je klarer der Privatrechtsbegriff auf den Begriff einer hypothetisch staatsfreien privaten Ordnung reduziert wird, desto schärfer tritt die Tragweite der oben erörterten Kritik an seiner Abgrenzbarkeit gegenüber dem öffentlichen Recht hervor, denn ein *staatsfreies*

¹⁰⁴ Zur „ermöglichenden“ Funktion des Privatrechts jenseits von „liberal“ und „sozial“ nur *Bachmann* 2006, S. 73 f.

¹⁰⁵ Dazu instruktiv *Michaels/Jansen* 2008, S. 76 f.; vgl. auch *Bachmann* 2006, S. 91 ff.

¹⁰⁶ *Canaris* 1997, S. 27 f.

¹⁰⁷ *Honsell* 2002, S. 289, 295 ff. Dies impliziert den – letztlich kantischen – Anspruch, dass es eine autonome Gerechtigkeit des Privatrechts gebe, die durch den *materiell* nach Regeln der *iustitia correctiva* handelnden Staat lediglich nachvollzogen wird. Vgl. ebd., S. 289, wonach die „verteilende“ Gerechtigkeit lediglich bei der Vergabe öffentlicher Güter zu beachten sei, während die „korrigierende“ Gerechtigkeit die *gesamte* „staatliche Aufgabe im Privatrecht, also im Verhältnis der Bürger untereinander“ betreffe. Dies richtet sich insbesondere gegen die vorstehend kritisierte Sichtweise, dass kommutative und distributive Gerechtigkeit innerhalb des staatlichen Privatrechts voneinander abgrenzbare „Bereiche“ bildeten; vgl. vorstehend im Text bei Fn. 96 ff.; befürwortend noch *Auer* 2005, S. 40 mit Fn. 100; die dort insoweit geübte Kritik an der Auffassung Honsells wird hier nicht aufrechterhalten. Davon unberührt bleibt freilich die weitere Frage, ob sich die *iustitia distributiva* sinnvoll auf die „Vergabe von Ämtern oder Verteilung von Gütern“ (*Honsell* 2002, S. 289) beschränken lässt. Dies ist nicht nur bei kantischer Interpretation dieses Begriffs, sondern auch im Hinblick auf dessen strukturelle Bedeutung als allgemeine Gerechtigkeitsform (vgl. etwa *Roemer* 1996) zu verneinen.

¹⁰⁸ *Bydlinski* 1994a, S. 80; vgl. auch *Bydlinski* 1994b, S. 340 ff.

Privatrecht als *staatliches* Recht ist ein Widerspruch in sich.¹⁰⁹ Entweder ist alles Recht staatsfreies oder vorstaatliches Privatrecht bzw. private Ordnung im radikalen Grotianischen Sinne. Oder man anerkennt bzw. fordert die Existenz eines Staates im Sinne der aufgeklärten Sozialvertragstheorien. Dann ist jedoch jeder privatrechtliche Akt infolge der an ihn geknüpften Rechtsdurchsetzungsbefugnis wiederum untrennbar mit dem öffentlichen Recht bzw. den vertikalen Rechtsbeziehungen zum Staat verknüpft. Kurz: Entweder man negiert den Staat oder alles staatliche Recht ist – paradoxerweise wiederum mit Kant – *öffentliches* Recht.

Letzteres entspricht tatsächlich dem Standpunkt der Fundamentalkritik des amerikanischen Rechtsrealismus, der nicht nur die Möglichkeit eines normativ autonomen Privatrechts, sondern vielmehr die Möglichkeit eines staatlich gesetzten Privatrechts überhaupt in Frage stellt.¹¹⁰ Denn akzeptiert man als „Privatrecht“ wie im klassischen Common Law nur eine autonome private Vertrags- und Eigentumsordnung, dann kann es nach dieser Auffassung jedenfalls innerhalb eines existierenden Staates kein Privatrecht geben. Sobald private Rechte mit Hilfe öffentlicher Zwangsgewalt durchgesetzt werden, wandeln sie sich in öffentlichrechtliche Zwangsbefugnisse, die dem Rechtsinhaber zur privaten Durchsetzung verliehen sind.¹¹¹ Die Kritik lautet dann nicht mehr nur: Es gibt kein Privatrecht ohne Staat, sondern vielmehr: *Im Staat gibt es kein Privatrecht.*

Man muss sich dieser Kritik nicht anschließen. Ganz im Gegenteil kann man ihr durchaus mit guten Gründen entgegenhalten, dass sie gerade in ihrer Radikalität das Ziel verfehlt; dass es sich bei der Frage – Privatrecht oder Staat? – um eine falsch gestellte Alternative handelt; dass es gerade zwingend und notwendig ist, ein „starkes“ Privatrecht durch einen „starken“ Staat zu flankieren und dass der kantischen Privatrechtstheorie in dieser Hinsicht nichts Aporetisches anhaftet.¹¹² Kant bedient sich – wie gesehen – einer Tautologie, nämlich der *inhaltlichen* Gleichsetzung von Privatrecht und öffentlichem Recht sowie kommutativer und distributiver Gerechtigkeit, um zu begründen, dass sich die beanspruchte Totalität eines staatsfreien Privatrechts mit der gleichzeitig beanspruchten Totalität des staatlichen Rechts in der Institution eines Staates vereinigen lasse, der sich inhaltlich neutral verhält, sich aus der Gleichung zwischen beiden Seiten also quasi „herauskürzen“ lässt. Dem ist jedoch wiederum entgegenzuhalten, dass sich der Leistungs-, Wohlfahrts-, Regulierungs- usw.

¹⁰⁹ Zu dieser Kritik *Michaels/Jansen* 2008, S. 84 m. w. N.

¹¹⁰ Klassisch *Hale* 1922, S. 214 ff.; *Hale* 1923, S. 470 ff.; *Cohen* 1927, S. 8 ff.; *Cohen* 1933, S. 562, 585 ff.; aus Sicht des Critical Legal Studies Movement *Kennedy* 1982b, S. 1351 f.; *Horwitz* 1982, S. 1426 ff.; zusammenfassend *Michaels/Jansen* 2008, S. 84 m. w. N.

¹¹¹ So insbes. *Hale* 1922, S. 214 ff.; *Cohen* 1933, S. 562, 585 ff.; *Kennedy* 1982b, S. 1352; vgl. auch *Brest* 1982, S. 1326 ff. („public function doctrine“).

¹¹² Zu Kant vgl. *Maus* 1992, S. 148 ff.; *Rödl* 2008, S. 330 ff.; allgemein zur „rahmensetzenden“ Rolle des Staates in der „Privatrechtsgesellschaft“ *P. Kirchhof* 2007, S. 86 ff.

-Staat aus der Praxis der modernen Gesellschaft gerade *nicht* herauskürzen lässt, dass es sich also auch bei diesem Anspruch um ein bloßes Legitimationsversprechen der Moderne handelt, das zwar als *Anspruch* bzw. faktische Selbstvergewisserung einer sich als individualistisch definierenden Gesellschaft alternativlos sein mag, im übrigen aber keinen Ausweg aus dem modernen Paradoxon des Auseinanderfallens von Staat und Gesellschaft weist und damit letztlich unerfüllbar bleibt. Hegels Einsicht, dass der Staat im Verhältnis zum Individuum eine spezifische Form von allgemeiner Organisation verkörpert, die von der Besonderheit der individuellen Rechtsverhältnisse aus niemals vollständig zugänglich ist, sich diesen gegenüber also gerade *nicht* neutral verhält, bleibt auch vom kantischen Rechtsbegriff aus unhintergebar.¹¹³ Zwischen der vorstaatlichen Gerechtigkeit des natürlichen Privatrechts und den Rechtsbeziehungen der Individuen im Staat klafft eine Legitimationslücke, die sich auch durch nochmaligen Regress auf die private Autonomie nicht mehr überbrücken lässt. Seit Hegel muss die Vorstellung eines staatsfreien Privatrechts innerhalb des Staates vollends als paradox erscheinen.¹¹⁴

Dies nun trotz aller Einwände dennoch nicht zu akzeptieren und an der Möglichkeit eines normativ autonomen Privatrechts im Sinne einer privaten Ordnung festzuhalten, ist nach allem Gesagten allenfalls dann normativ aussichtsreich, wenn man den Staat aus seiner für das gesamte Rechtsdenken der ersten wie zweiten Moderne zentralen Rolle verabschiedet. Bydlinskis Ansatz, dass das Festhalten an einem vom öffentlichen Recht unabhängigen Privatrecht vor allem um der Vermeidung „staatlichen Totalitarismus“ willen geboten sei, weist bereits in diese Richtung.¹¹⁵ Nimmt man den Gedanken ernst, dass der „Geist“ des Privatrechts in der spontanen Verwirklichung gesellschaftlicher Freiheit, im konkret gelebten Antitotalitarismus liegt, dann kann Privatrecht nicht mehr ausschließlich vom Staat her gedacht werden.¹¹⁶ Ein abschließendes Dilemma des Verhältnisses von öffentlichem Recht und Privatrecht lässt sich damit wie folgt formulieren: Entweder geht alles Recht vom Staat aus; dann gibt es kein Privatrecht ohne öffentlichrechtliche Überlagerung. Oder es gibt ein gegenüber dem öffentlichen Recht normativ autonomes Privatrecht. Dann ist es jedoch nicht möglich, dass alles Recht vom Staat ausgeht. Die Privatrechtskritik der

¹¹³ Dazu nur *Habermas* 1988, S. 50 ff., 55 ff.

¹¹⁴ Vgl. *Latour* 2008, S. 78, wonach Hegel gerade dadurch, dass er die kantische Trennung zwischen Subjekt und Welt zu überwinden glaubte, diese erst recht aufriss und „in den Rang eines Widerspruchs“ erhob: „Was im 17. Jahrhundert Unterscheidung war, wird im 18. zur Trennung, dann im 19. zu einem Widerspruch, der um so vollständiger ist, als er zur Triebfeder der ganzen Geschichte wird.“

¹¹⁵ *Bydlinski* 1994a, S. 80; vgl. vorstehend bei Fn. 108.

¹¹⁶ Vgl. *Bydlinski* 1994a, S. 1 ff. und *passim* (gegen „das seit langem ganz herrschende Rechtsverständnis des etatistischen Rechtspositivismus“); *Bydlinski* 1994b, S. 340 ff. Zusammenfassend zu den Möglichkeiten eines solchen „Privatrechts ohne Staat“ *Michaels/Jansen* 2008, S. 95 ff. sowie die weiteren Beiträge in *Jansen/Michaels* 2008 m. w. N.

zweiten Moderne mündet damit letztendlich in einen Rechtspluralismus, in dem die „Privatrechtsgesellschaft“ sich vom klassischen Nationalstaat der ersten Moderne ablöst und einen neuen Rechtsbegriff begründet, der von institutioneller Ausdifferenzierung, Reprivatisierung sowie Internationalisierung der Privatrechtsschöpfung geprägt ist.¹¹⁷

¹¹⁷ Grundlegend *Romano* 1918/1975, §§ 25 ff., S. 88 ff.; *Gurvitch* 1932, S. 15 ff., 83 ff., 111, 132 ff. und *passim*; aus jüngerer Zeit *de Sousa Santos* 1987, S. 279 ff.; *Merry* 1988, S. 869 ff.; *Tamanaha* 2000, S. 296 ff.; *Tamanaha* 2001, S. 171 ff.; *Michaels/Jansen* 2008, S. 95 ff.; *Calliess/Zumbansen* 2010, S. 28 ff., 96 ff. Eine Variante ist die u. a. von Gunther Teubner entwickelte Theorie einer pluralistisch-autopoietischen „Konstitutionalisierung“ der privatgesellschaftlichen Rechtsentstehung; vgl. *Teubner* 1989, S. 123 ff.; *Teubner* 1997, S. 3 ff.; *Teubner* 2007, S. 412 ff.; dem folgend *Wielsch* 2008, S. 31 ff., 66 ff.; kritisch dagegen *Gutmann* 2010, S. 199 ff.

§ 3 Die zweite Moderne II: Reflexivität als negative Dialektik

Gegenstand des vorangegangenen Teilkapitels war die durch theoretische Reflexion ihrer normativen Grundlagen kritisch auf sich selbst bezogene Moderne. Die Selbstbezüglichkeit oder „Reflexivität“ der Moderne lässt sich jedoch wie erwähnt auch in dem zweiten, praktischen Sinne verstehen, dass die moderne Gesellschaft durch ihr systemimmanentes Operieren auf sich selbst einwirkt und dadurch ihre eigenen Existenzbedingungen untergräbt.¹ „Reflexivität“ der Moderne bedeutet dann, dass die moderne Gesellschaft die lineare Dynamik ihrer Aufklärungs- und Rationalisierungsansprüche nicht ungebrochen durchhalten kann, sondern mit systemnotwendigen Rückkopplungseffekten konfrontiert ist, die diese Dynamik in ihr Gegenteil verkehren und insoweit die hier titelgebende negative Dialektik auslösen.² Im Folgenden soll daher die bisher aus rechtswissenschaftlicher Sicht weitgehend vernachlässigte Frage im Mittelpunkt stehen, inwieweit die selbstaufhebende Dialektik der modernen Gesellschaft auch für das Privatrecht relevant sein kann. Der vorliegende Abschnitt wird diese Frage zunächst aus gesellschaftstheoretischer Sicht stellen; die konkrete Analyse anhand privatrechtlicher Einzelprobleme bleibt dem nachfolgenden zweiten Teil dieser Untersuchung vorbehalten.

Zwei Erscheinungsformen moderner Rückkopplungseffekte werden im Folgenden unterschieden, wobei vorauszuschicken ist, dass deren trennscharfe Abgrenzung nicht möglich ist und dies infolge ihrer inneren Verwandtschaft auch nicht sein kann. Als „immanente Selbstgefährdung“ wird im Folgenden zunächst der Fall unbeabsichtigter und meist unerwünschter Nebenfolgen fortschreitender Modernisierung erörtert, die allgemein anerkannte Grundgüter oder Lebensgrundlagen der Gesellschaft gefährden oder zerstören. Daraus resultieren „Argumentationsfiguren der Selbstveränderung, Selbstgefährdung, Selbstauflösung von Rationalitätsgrundlagen und Rationalitätsformen“,³ die

¹ Vgl. Beck 1986, S. 14 ff. und *passim*; Beck 1996a, S. 27 ff., Beck 1996b, S. 289 ff.; Beck/Bonß/Lau 2001, S. 13 ff. sowie vorstehend § 2 Fn. 6 m. w. N.

² Klassisch Horkheimer/Adorno 1944/1988, S. 9: „Seit je hat Aufklärung im umfassendsten Sinn fortschreitenden Denkens das Ziel verfolgt, von den Menschen die Furcht zu nehmen und sie als Herren einzusetzen. Aber die vollends aufgeklärte Erde strahlt im Zeichen triumphalen Unrechts.“

³ Beck 1996a, S. 65.

im Mittelpunkt des Begriffs der reflexiven Moderne stehen. Zum Kern der immanenten Dialektik der modernen Gesellschaft stößt man jedoch erst dann vor, wenn man noch einen Schritt weiter geht und akzeptiert, dass die Universalisierung der modernen Aufklärungsansprüche oft gar nicht an unerwünschten Nebenfolgen, sondern vielmehr am Konflikt ihrer erwünschten Hauptziele mit verdeckten systemimmanenten Funktionsbedingungen scheitert, die sich bei näherer Betrachtung als aufklärungsfremde oder gar aufklärungsfeindliche, aber dennoch systemnotwendige Enklaven vor- oder gegenmoderner Praktiken inmitten der modernen Gesellschaft herausstellen.⁴ Abschließend erweist sich die Moderne also als paradoxe Halbmoderne, die unentrinnbar auf die Strukturen ihrer eigenen immanenten Gegenmoderne bezogen bleibt.⁵

Die Erörterung dieser Problemtypen in einem eigenen Abschnitt rechtfertigt sich daraus, dass der gegenwärtige soziologische Diskurs der Moderne, soweit er sich auf deren zweite, reflexive Dimension bezieht, fast ausschließlich derartige Praxisprobleme der aufgeklärten Industriegesellschaft im Blick hat.⁶ Zum anderen trägt die Sonderung von den bisher erörterten Theorieproblemen dem Umstand Rechnung, dass es sich bei den nunmehr zu erörternden Konfliktlagen nicht mehr nur um solche handelt, die ausschließlich für die Staats-, Rechts- oder gar Privatrechtstheorie relevant sind, sondern um gesellschaftliche Phänomene, die aus ganz verschiedenen – soziologischen, rechtlichen, ökonomischen, ökologischen, politischen, ethisch-moralischen – Blickwinkeln betrachtet werden können.⁷ Gerade diese Nichtspezifität bzw. „Hybridität“ sowie die Tatsache, dass derartige Problemlagen oft nur aus fachsoziologischer Sicht diskutiert werden, begründet jedoch ein Interesse daran, ihre Konsequenzen auch aus der Sicht des Rechts und speziell des Privatrechts zu untersuchen.

I. Immanente Selbstgefährdung

Dass es naheliegt, die immanente Selbstgefährdung der modernen Gesellschaft unter rechtstheoretischen Aspekten zu betrachten, erschließt sich zunächst vor dem Hintergrund der historischen Genese dieses Gedankens. Bereits bei Locke war die bürgerliche Verfasstheit der Gesellschaft wie gesehen unlösbar an die

⁴ Vgl. Beck 1986, S. 118ff.; Beck 1996a, S. 56ff.; Beck/Bonß/Lau 2001, S. 34.

⁵ Grundlegend Latour 2008, S. 18ff., 43ff., 64ff.

⁶ Dies gilt insbesondere für die Modernisierungssoziologie Ulrich Becks. Zur Kritik an der damit verbundenen Perspektivverengung bereits vorstehend § 2 Fn. 4; vgl. mit eingehender Kritik auch Nassehi 2006, S. 57ff., 175ff. und *passim*.

⁷ Nach Bruno Latour liegt gerade in der zunehmenden Ausbreitung derartiger „Hybride“ zwischen Natur und Kultur ein charakteristisches Merkmal der Moderne. Vgl. Latour 2008, S. 7ff.

rechtliche Verfassung der Anerkennung von Eigentumsrechten geknüpft.⁸ Gesellschaftliche Moderne wird also spätestens seit dem siebzehnten Jahrhundert wesentlich auch als *rechtliche* Moderne verstanden. Dieser Modernebegriff ist wiederum bereits sehr früh mit der Einsicht in die durch Eigentum, Arbeitsteilung und Geldwirtschaft begründete Dynamisierung der menschlichen Bedürfnisse verknüpft, in deren Folge die Verknappung begehrter Güter mit der Anhäufung großer Reichtümer einerseits sowie der Verarmung von Teilen der Bevölkerung andererseits einhergeht. So findet sich schon bei Locke der bis heute einflussreiche Versuch, diesen Zusammenhang als folgerichtige Konsequenz aus der Anerkennung von Eigentum und Geldgebrauch zu rechtfertigen.⁹ Ein Jahrhundert später, bei Rousseau, entfaltet sich die in der bürgerlichen Gesellschaft angelegte Dynamik hingegen als Verfallsgeschichte, die vom rechtlichen Einschnitt der ersten Eigentumsbegründung zu einer von Abhängigkeit, Not und Gewalt geprägten, vollentwickelten bürgerlichen Gesellschaft führt.¹⁰ Aus den zunächst ähnlich wie bei Locke beurteilten Zusammenhängen von Grundeigentum, Güterknappheit, Bedürfnissteigerung, Handel und Erwerbsarbeit resultiert nach Rousseau keine Gesellschaft von Freien und Gleichen, sondern geradezu deren Gegenteil: das Zerrbild einer in Ungleichheit und wechselseitiger Abhängigkeit gefangenen Gesellschaft, in der die Not der Besitzenden ebenso groß ist wie der vom Besitz Ausgeschlossenen, weil alle in den unentrinnbaren Kreislauf der sich mit zunehmender Vergesellschaftung vervielfachenden menschlichen Bedürfnisse und Abhängigkeiten verstrickt sind.¹¹ Bei Rousseau findet sich damit eine der frühesten Ausarbeitungen des Gedankens, dass die auf private Bedürfnisse gegründete Gesellschaft keinen ökonomischen oder sozialen Gleichgewichtspunkt kennt, sondern durch die Dynamisierung ihrer Bedürfnisse und Abhängigkeiten ständig über sich selbst hinausgetrieben wird und damit nicht nur zufällig, sondern vielmehr *erwartbar* und *systemimmanent* Phänomene der ökonomischen Abhängigkeit und Verarmung sowie resultierende Verteilungskämpfe zwischen sozialen Klassen generiert.¹²

Hegel und seine Nachfolger stellen diesen Gedanken schließlich in den Zusammenhang der modernen bürgerlichen Gesellschaft. Auch für Hegel führt

⁸ Locke 1690/1988, II.1, 7, 9, §§ 3, 87 ff., 123 ff., S. 268, 323 ff., 350 ff.; dazu bereits vorstehend § 1 bei Fn. 58 ff. sowie 105 ff.

⁹ Lockes Eigentumskonzeption beruht neben der bekannten Arbeitstheorie auf der weiteren Überlegung, dass Überfluss und Knappheit auf der Welt nicht wie in den klassischen Naturzustandshypothesen *nacheinander*, sondern kraft stillschweigender Übereinkunft über den Geldgebrauch *gleichzeitig* existieren. Erst dieser ermöglicht die Entstehung großer Reichtümer und Verknappung von Gütern durch Beimessung eines über ihre natürliche Brauchbarkeit hinausgehenden Wertes. Vgl. Locke 1690/1988, II.5, §§ 45 ff., S. 299 ff.; dazu instruktiv Ludwig 2005, S. 91, 93 ff.

¹⁰ Rousseau 1755/1964, Teil 2, S. 164 ff.; dazu Brandt 1974, S. 145 ff., insbes. 153 f.; Meier 2001, S. LVII ff.

¹¹ Rousseau 1755/1964, Teil 2, S. 174 ff.

¹² Vgl. Rousseau 1755/⁵2001, S. 184, Fn. 228 (Anmerkung Meier).

das privatwirtschaftliche System der Bedürfnisse zunächst zur Verknappung begehrter Güter und damit zur Anhäufung von Reichtümern auf der einen und zur Verarmung und „Entfremdung“ der abhängig Beschäftigten auf der anderen Seite.¹³ Die Urform aller Selbstgefährdungsargumente ist also zunächst der *ökonomische* Gedanke, dass die privatwirtschaftlich organisierte bürgerliche Gesellschaft systematisch ihre eigenen Funktionsbedingungen untergräbt, indem sie durch die von ihr selbst generierte ökonomische Ungleichheit faktisch immer größere Gruppen von Gesellschaftsmitgliedern von der Marktteilhabe ausschließt.¹⁴ Hegel bleibt jedoch nicht bei einer solchen rein ökonomischen Betrachtungsweise stehen.¹⁵ Die Selbstgefährdung der bürgerlichen Gesellschaft offenbart sich nicht nur in ökonomischen Ursachen und Folgen, sondern in einem viel weiter verzweigten Komplex psychosozialer Erosionsprozesse, deren Rückwirkungen weit über den wirtschaftlichen Bereich hinausgehen und namentlich die Familie betreffen. Zunächst nämlich entfremdet die Sozialisation durch die bürgerliche Gesellschaft den Einzelnen von der Familie, indem sie diesen zum Erwerb seines Lebensunterhalts und zur Entfaltung seiner Persönlichkeit vollständig auf das arbeitsteilige Wirtschaftsleben verweist.¹⁶ Die bürgerliche Gesellschaft zerstört die ökonomischen Grundlagen einer familiär strukturierten Subsistenzwirtschaft und damit auch die ökonomische Bindung des Individuums an die Familie, die seinen Unterhalt nicht mehr gewährleisten kann. Stattdessen wird die bürgerliche Gesellschaft selbst – „die ungeheure Macht, die den Menschen an sich reißt, von ihm fordert, daß er für sie arbeite und daß er alles durch sie sei und vermittels ihrer tue“¹⁷ – dem Individuum zur Ersatzfamilie. „So ist das Individuum *Sohn der bürgerlichen Gesellschaft* geworden, die ebensowohl Ansprüche an ihn, als er Rechte auf sie hat.“¹⁸

Die Tragik der bürgerlichen Gesellschaft liegt jedoch darin, dass sie dieses Versprechen an das Individuum *systemnotwendig* nicht in jedem Fall erfüllen kann und keine Möglichkeit besitzt, dieses Versagen systemimmanent zu kompensieren. Denn die Individualisierung durch die bürgerliche Gesellschaft ist einerseits nur unter Inkaufnahme der *realen* Möglichkeit des Scheiterns zu haben; der Entfaltung der individuellen Persönlichkeit nach Marktgesetzen unter Knappheitsbedingungen wohnt ein *systematisches* Risiko inne, im Wettbewerb um Lebensgüter gegenüber anderen zu unterliegen.¹⁹ Andererseits ist es entgegen allen sozialstaatlichen Verheißungen jedoch von vornherein unmöglich, das

¹³ Hegel 1821/1986, §§ 241 ff., S. 387 ff.

¹⁴ Zu den Grundlagen der Theorie Hegels in der klassischen Nationalökonomie vgl. Riedel 1969, S. 76 ff.

¹⁵ Anders als Marx, dessen ökonomisch-geschichtsteleologische Interpretation der Selbstzerstörung des bürgerlichen Kapitalismus jedoch als widerlegt gelten darf.

¹⁶ Hegel 1821/1986, Zusatz zu § 238, S. 386.

¹⁷ Ebd., § 238, S. 386.

¹⁸ Ebd. (Hervorhebung im Original).

¹⁹ Im Ansatz ähnlich auch Canaris 1997, S. 69 ff., nach hier vertretener Ansicht allerdings

familiär nicht mehr aufzufangende Lebensrisiko des bürgerlichen Individuums – Erwerbslosigkeit, Erwerbsunfähigkeit, Bildungsversagen, Krankheit, Alter usw. – allein durch ökonomische Hilfestellungen zu kompensieren. Denn das systematische Versagen der bürgerlichen Gesellschaft reicht tiefer: Es betrifft nicht nur die ökonomische Subsistenz des Individuums, sondern seinen sozialen Achtungsanspruch, der nach den Gesetzen der bürgerlichen Gesellschaft nur durch Teilhabe an der arbeitsteiligen Erwerbsgesellschaft vermittelt werden kann.²⁰ Die finanzielle Kompensation von Armut führt nicht dazu, dass diese verschwindet. Im Gegenteil: Sie leistet der Entstehung eines von der Erwerbsgesellschaft dauerhaft ausgeschlossenen „Pöbels“²¹ sogar noch Vorschub, indem sie einerseits das subjektive *Recht* auf Subsistenzerhalt ohne Arbeit zementiert, andererseits jedoch kein Surrogat für den Verlust der an die Erwerbsarbeit geknüpften bürgerlichen Ehrbarkeit anbieten kann.²² Daran schließt sich die heute mehr denn je gültige Beobachtung an, dass die bürgerliche Gesellschaft trotz all ihres Überflusses, ja gerade „bei dem Übermaße des Reichtums ... nicht reich genug ist, d. h. an dem ihr eigentümlichen Vermögen nicht genug besitzt, dem Übermaße der Armut und der Erzeugung des Pöbels zu steuern.“²³

Die aporetische Entwicklungsdynamik der bürgerlichen Gesellschaft reicht jedoch noch weiter. War der Zusammenhang zwischen der Entfremdung des Individuums von den traditionellen Lebensgrundlagen und der Entstehung einer Klasse von „Ausgeschlossenen“ im wettbewerbsförmig organisierten Produktionsprozess bereits vom Horizont des frühen neunzehnten Jahrhunderts aus erkennbar, so trat die ganze Virulenz dieser Dynamik erst im weiteren Verlauf des neunzehnten und vor allem des zwanzigsten Jahrhunderts zutage. Eindringlich mit der Selbstaufhebungstendenz der Institutionen des bürgerlichen Spätkapitalismus befasst sich etwa der Ökonom Joseph A. Schumpeter.²⁴ Auch nach Schumpeter ist es paradoxerweise nicht der Misserfolg, sondern gerade der überragende *Erfolg* der kapitalistischen Produktionsweise, der die institutionellen Grundlagen der modernen Gesellschaft – Vertragsfreiheit, Eigentum, bürgerliche Familie, also alle wesentlichen Kernelemente der „Privatrechtsgesellschaft“ – unterminiert. Dabei ist es wesentlich, dass es gerade *nicht* die auf den ersten Blick problematischen Erscheinungsformen und Konsequenzen kapitalistischen Wirtschaftens wie Marktversagen, Machtgefälle oder Monopolismus sind, die strukturelle Probleme für den institutionellen Zusammenhalt der bür-

unter Überbetonung sowohl der Rationalität des Leistungswettbewerbs als auch der Bedeutung des nichtsystematischen Zufallsrisikos.

²⁰ Hegel 1821/1986, §§ 244 f., S. 389 ff.

²¹ Terminologie ebd., Zusatz zu § 240, §§ 244 f., S. 387, 389 ff.

²² Ebd., Zusatz zu § 244, S. 390, wonach der Pöbel „die Ehre nicht hat, seine Subsistenz durch seine Arbeit zu finden, und doch seine Subsistenz zu finden als sein Recht anspricht.“

²³ Ebd., § 245, S. 390 (Hervorhebung weggelassen).

²⁴ Schumpeter 1942/2008; dazu Beck 1996a, S. 51 f.

gerlichen Gesellschaft verursachen.²⁵ Im Gegenteil schließen solche Phänomene als Teil der dem kapitalistischen Prozess immanenten Tendenz zur „kreativen Zerstörung“ gesamtwirtschaftliche Effizienzsteigerungen und Wohlfahrtsgewinne jedenfalls langfristig betrachtet nicht notwendig aus.²⁶ Doch je erfolgreicher die industriegesellschaftliche Moderne ihr Projekt der rationalen Durchorganisation der Wirtschafts- und Arbeitswelt in den Formen großer Kapitalgesellschaften, normierter Bildungs- und Beschäftigungsverhältnisse, wohlfahrtsstaatlicher Daseinsfürsorge sowie auf Massenkonsum zugeschnittener Freizeitintervalle vorantreibt, desto mehr setzt im Inneren der zugrundeliegenden privatrechtlichen Gesellschaftsverfassung eine Strukturverschiebung ein, die schließlich deren normative Grundlagen untergräbt.²⁷

Dies betrifft zunächst das für die bürgerliche Wirtschaftsverfassung zentrale Privateigentum an Unternehmen, das sich mit dem Übergang vom Einzelunternehmen über den Personengesellschaftsanteil bis hin zum Aktienstreubesitz an großen Kapitalgesellschaften immer weiter von der physischen Substanz der Unternehmenswerte wie von der unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeit des Rechtsinhabers auf das unternehmerische Handeln entfernt. Schumpeter zufolge kann diese zunehmende „Verflüchtigung“ oder Entmaterialisierung des Unternehmenseigentums im Verhältnis zum klassischen Sacheigentum nicht ohne Konsequenzen für die Funktionsgrundlagen der auf ebendiesem Sacheigentum basierenden bürgerlichen Gesellschaftsverfassung bleiben.²⁸ Entsprechendes gilt auch für die Tätigkeit der Unternehmensleitung, die mit steigender Gesellschaftsgröße regelmäßig in der Hand angestellter Führungskräfte liegt und damit ihrerseits zur institutionellen Neutralisierung der mit dem klassischen Sacheigentum verbundenen Risikotragung beiträgt.²⁹ Die resultierende sozialpsychologische Verfassung einer Klasse von abhängig beschäftigten Wirtschaftsexperten beschreibt Schumpeter bereits in den vierziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts eindrucksvoll als „Sozialisierung“ und „Bürokrati-

²⁵ Schumpeter 1942/2008, S. 130 ff.

²⁶ Ebd., S. 81 ff., 87 ff.

²⁷ Nachdrücklich ebd., S. 139 ff., 156 ff.

²⁸ Ebd., S. 139 ff., insbes. 142: „The capitalist process, by substituting a mere parcel of shares for the walls of and the machines in a factory, takes the life out of property. ... Dematerialized, defunctionalized and absentee ownership does not impress and call forth moral allegiance as the vital form of property did.“ Grundlegend zur Transformation des Eigentumsbegriffs durch Aufspaltung von Kapitaleigentum und Unternehmensverantwortung (ownership/control) in der großen Kapitalgesellschaft bereits *Berle/Means* 1932/1991, S. 1 ff., insbes. 64 ff., 244 ff.; aus jüngerer, rechtsökonomischer Perspektive *Hansmann* 1988, S. 268 ff., 283 f.; *Eisenberg* 1989, S. 1471 ff.

²⁹ Zum daraus resultierenden Interessenkonflikt zwischen Anteilseignern und Unternehmensleitung ebenfalls bereits *Berle/Means* 1932/1991, S. 112 ff., 196 ff.; aus jüngerer Zeit *Fama/Jensen* 1983, S. 301 ff.; *Eisenberg* 1989, S. 1471 ff.; *Easterbrook/Fischel* 1989, S. 1416 ff.; *Walsh/Seward* 1990, S. 421 ff.; *Bebchuk* 2005, S. 836 ff.; jeweils m. w. N.

sierung“.³⁰ Ebenso wird auch die privatautonome Substanz des freiverantwortlichen Vertrags in der Praxis oft weitgehend durch faktisch unverhandelbare Vertragsbedingungen und öffentlichrechtliche Regularien nationaler wie supranationaler Provenienz verdrängt.³¹

Schließlich steht auch bei Schumpeter der Zerfall der bürgerlichen Familie und ihrer Lebensgrundlagen im Mittelpunkt. Die Rationalisierung der Arbeitswelt löst das Individuum aus seinen traditionellen Bindungen und verschiebt langfristig die individuelle ökonomische Anreizlage, die zur Aufrechterhaltung der bürgerlichen Wirtschaftskultur erforderlich ist.³² Konsumausgaben treten mit umso größerer Wahrscheinlichkeit an die Stelle von Anlageinvestitionen, je mehr sich der individuelle Anlagehorizont durch die Erosion familiärer Verantwortung auf die persönliche Lebensspanne verengt.³³ Das heute in allen entwickelten Industriegesellschaften thematisierte Problem des demographischen Wandels ist dabei bereits visionär mitgedacht. Aus alledem resultiert eine stagnierende, zu paternalistischer Überversorgung und Überregulierung neigende Gesellschaft, die mit der freiheitlichen „Privatrechtsgesellschaft“ der ersten Moderne allenfalls noch Namen und Anspruch gemein hat. Mit „gelungener Emanzipation“ hat die marktgesehliche Freisetzung des Individuums zum Zweck des standardisierten Massenkonsums jedenfalls nicht mehr viel zu tun. „Die freigesetzten Individuen werden arbeitsmarktabhängig und damit bildungsabhängig, konsumabhängig, abhängig von sozialrechtlichen Regelungen und Versorgungen, von Verkehrsplanungen, Konsumangeboten, Möglichkeiten und Moden in der medizinischen, psychologischen und pädagogischen Betreuung.“³⁴

An dieser Stelle sollte damit erkennbar geworden sein, in welcher Gestalt sich Probleme der Selbstgefährdung der Moderne im Recht manifestieren und damit für die weiteren Ausführungen in dieser Abhandlung relevant sind. Stets geht

³⁰ *Schumpeter* 1942/2008, S. 156: „The modern corporation, although the product of the capitalist process, socializes the bourgeois mind; it relentlessly narrows the scope of capitalist motivation; not only that, it will eventually kill its roots.“ Vgl. auch *Berle/Means* 1932/1991, S. 245: „This corporate development represents a far greater approach toward communist modalities than appears anywhere else in our system. It is an odd paradox that a corporate board of directors and a communist committee of commissars should so nearly meet in a common contention.“ Zur Verwandtschaft mit Max Webers Bürokratisierungssoziologie, die hier – überspitzt formuliert – zur Schlussfolgerung von Karl Marx führt, treffend *Beck* 1996a, S. 51.

³¹ *Schumpeter* 1942/2008, S. 141; ähnlich zur Erosion der Vertragsfreiheit durch AGB und zwingendes Vertragsrecht in der Industriegesellschaft *Kessler* 1943, S. 629 ff.; *Rakoff* 1983, S. 1174 ff., 1220 ff.; aus der deutschsprachigen Debatte *Raiser* 1935, S. 102, 277 ff.; *Fastrich* 1992, S. 79 ff., 124 ff., 159 ff.; *Heinrich* 2000, S. 315 ff., 477 ff.; *Knobel* 2000, S. 51 ff.; *M. Becker* 2003, S. 5 ff.

³² Eindringlich *Schumpeter* 1942/2008, S. 157 ff.

³³ Ebd., S. 161.

³⁴ *Beck* 1986, S. 119 (Hervorhebung weggelassen); ebenso bereits *Marcuse* 1964/1991, S. 1 ff. Zu optimistisch zur Privatrechtsgesellschaft als „Konsum- und Freizeitgesellschaft“ nach hier vertretener Ansicht dagegen *Canaris* 1993a, S. 880; *Canaris* 1997, S. 64 f., 74 f.

es um die innere Erosion der normativen Substanz von Grundelementen des klassisch-modernen Privatrechts, die *nicht* durch die Kritik an deren mangelnder Begründbarkeit, sondern durch Verschiebungen der Lebenswirklichkeit ausgelöst wird, die die Wirksamkeit und praktische Durchführbarkeit des normativ individualistischen Wertprogramms in Frage stellen. Dabei interessieren besonders solche Wandlungen der Lebenswelt, die die äußere institutionelle Struktur des klassischen Privatrechts *intakt* lassen oder sogar noch stabilisieren, indem sie sich als konsequente Verwirklichung der „Privatrechtsgesellschaft“ darstellen und damit eine weitere Ursache für das eingangs beobachtete Phänomen setzen, dass der Geltungsanspruch des normativ einheitlichen Privatrechts offenbar jeder Kritik standhält. Dabei ist gleich vorzuschicken, dass sich rechtliche Folgeprobleme wie die Entmaterialisierung und Relativierung des Eigentums,³⁵ die Entleerung des Willensprinzips als Grundlage der Vertragsbindung³⁶ oder die Verschiebung des Deliktsrechts in den Bereich der Risikohaftung³⁷ nicht einfach dadurch lösen lassen, dass man das Wertungsnetz des normativ individualistischen Privatrechts vorschnell durch „soziale“ oder „materiale“ Wertungen zu korrigieren sucht. Charakteristisch für die hier interessierenden Probleme ist vielmehr, dass sie den Privatrechtsdiskurs der Moderne *insgesamt* auf eine neue Ebene jenseits von Staat, Gesellschaft, Person, Autonomie, subjektivem Recht, Privatheit und Öffentlichkeit zwingen, indem sie den normativen Gehalt seiner Institutionen in Frage stellen. Es geht, kurz gefasst, darum, die systemsprengende Dynamik *innerhalb* des scheinbaren institutionellen Gleichgewichts der „Privatrechtsgesellschaft“ zu erkennen.

Um den hier begonnenen ersten Überblick über die möglichen Richtungen der Eigendynamik der modernen bürgerlichen Industriegesellschaft zu vervollständigen, darf schließlich ein Verweis auf weitere Konsequenzen der industriellen Moderne nicht fehlen, die sich erst in jüngerer Zeit in ihrer ganzen Tragweite manifestiert haben. Hierzu gehören zunächst alle Aspekte der Globalisierung, Internationalisierung und Europäisierung.³⁸ Die Globalisierung ist nach dem ökonomischen Ertragsgesetz, wonach Wert und Gewinn markteteiligter Unternehmen mit der Dauer ihrer Marktbeteiligung gegen Null tendieren und diese folglich zwingen, sich zur Erhaltung ihrer Wettbewerbsfähigkeit laufend neue Märkte zu erschließen, bereits in der Wirtschaftsverfassung der bürgerlichen Gesellschaft angelegt.³⁹ Diese wird durch das stetige Abnehmen ihrer

³⁵ Dazu Teil 2 dieser Abhandlung.

³⁶ Vgl. vorstehend Fn. 31 m. w. N.

³⁷ Dazu nur *Jansen* 2003, S. 1 ff., 545 ff.; kritisch *Canaris* 2005, S. 578 ff.

³⁸ Dazu *Giddens* 1996a, S. 84 ff.; *Nassehi* 2003, S. 188 ff.; *Nassehi* 2006, S. 432 ff.; aus rechtswissenschaftlicher Perspektive *Michaels/Jansen* 2008, S. 87 ff.

³⁹ Zum Ertragsgesetz *Samuelson/Nordhaus* 192010, S. 144 f. Dies gilt unabhängig davon, ob man dem dynamischen Wettbewerbsmodell Schumpeters und v. Hayeks oder der klassischen Gleichgewichtstheorie (Adam Smith) folgt; vgl. *Schumpeter* 1942/2008, S. 29 f.

Rendite „über sich hinausgetrieben“,⁴⁰ sprengt also zwangsläufig den Kontext des Nationalstaats und mündet schließlich in eine weltweite Wirtschaftsgemeinschaft, in der sich Chancen wie Risiken der marktförmig-kapitalistischen Wirtschaftsweise mit steigender Interdependenz erst recht potenzieren. Die weiteren Folgen globaler Optionssteigerungen ökonomischen und technologischen Wandels liegen auf der Hand. Sie reichen von unkalkulierbar gewordenen ökologischen Risiken,⁴¹ die als klassische Externalitäten ein besonders anschauliches Beispiel der hier thematisierten Selbstgefährdungseffekte darstellen, bis zu globalen Verteilungskämpfen, Staats- und Kulturkrisen, die, je unvorhersehbarer sie die Funktionssysteme der modernen Gesellschaft treffen, desto deutlicher erkennen lassen, dass diese ihren Anspruch rational-linearer Steuerung gesellschaftlichen Fortschritts nicht erfüllen können.

Dies ist die eigentliche Lehre aus der zweiten Moderne: Gesellschaftlicher Fortschritt ist nicht linear, sondern neigt zu unvorhersehbaren Rückkopplungen.⁴² Die klassisch-neuzeitlichen Fragen nach der Produktion, Legitimität und Verteilung gesellschaftlichen Reichtums werden in der zweiten Moderne durch die „negative“ Verteilungslogik gesellschaftlicher – ökologischer, ökonomischer, medizinischer, technologischer, familiärer, globaler – Risiken überlagert und verdrängt. Die „Logik der Reichtumsverteilung“ der ersten Moderne weicht einer „Logik der Risikoverteilung“.⁴³ Dabei sprengt die Selbstgefährdung der bürgerlichen Industriegesellschaft nicht nur die Sicherheiten des bürgerlichen Eigentums, der Arbeits- und Familienwelt, sondern schließlich auch den kantischen Grunddualismus des aufgeklärten Weltbildes: die Trennung von Natur und Gesellschaft.⁴⁴ Die Natur kann nicht länger als das neutrale Gegebene vorausgesetzt werden, vor dessen unbegrenztem Ressourcenhintergrund sich die Experimente der technologisch entwickelten Gesellschaft vollziehen. Die Natur ist infolge ihrer massiven Beeinflussung durch Wissenschaft und Technologie längst ebenso zum Teil der menschlich konstruierten Gesellschaft geworden, wie sie durch die Potenzierung von Nebenfolgen auf diese zurückwirkt. Die Aufklärung klärt längst nicht mehr nur über das auf, was naturgesetzlich „der Fall ist“, sondern konstruiert diesen „Fall“ inzwischen selbst.⁴⁵ Dies ist nicht das Ende der modernen Privatrechtsgesellschaft. Wohl aber ist es das Ende einer Gesellschaft, die glaubt, die Rechtfertigung ihrer Institutionen

⁴⁰ Hegel 1821/1986, § 246, S. 391.

⁴¹ Dazu Beck 1986, S. 31 ff. und *passim*; Beck 1996a, S. 20 ff.; Beck/Bonß/Lau 2001, S. 23.

⁴² Beck 1986, S. 25 ff. und *passim*; Beck 1996a, S. 27, 50 ff., 65 ff.; Beck 1996b, S. 289 ff.; Beck/Bonß/Lau 2001, S. 32 ff.; Beck/Holzer/Kieserling 2001, S. 63 ff.; Nassehi 2003, S. 129 ff.

⁴³ Beck 1986, S. 17, 25 ff.

⁴⁴ Zur Trennung von Natur und Freiheit (Natur/Gesellschaft; Natur/Kultur) grundlegend Kant 1788/1908, Bd. 5, S. 3 ff.; zur Interpretation als Ausfluss der Moderne Habermas 1988, S. 139; Latour 2008, S. 18 ff., 43 ff. („Verfassung der Moderne“); zu ihrer Erschütterung Beck 1986, S. 107 f.; Lau/Keller 2001, S. 82 ff.; Latour 2008, S. 7 ff., 55 ff., 64 ff.

⁴⁵ Nassehi 2003, S. 173; vgl. auch Lau/Keller 2001, S. 86 ff.; Latour 2008, S. 7 ff. und *passim*.

nach wie vor ausschließlich aus der individuellen Autonomie beziehen und sich dabei auf die Stabilität der zugrundeliegenden Güter- und Interessenbeziehungen verlassen zu können.

II. Immanente Gegenmoderne

Zugleich liegt hinter den bisher erörterten Erscheinungsformen des Entgleitens von Modernisierungsrisiken in allen Bereichen der bürgerlichen Gesellschaft – Arbeit, Familie, Wirtschaft, Politik, Umwelt – noch ein tieferes Strukturproblem der Moderne verborgen. Erkennbar wird dies, wenn man nochmals zur Stellung der Familie innerhalb des klassischen Zuschnitts der bürgerlichen Gesellschaft zurückkehrt. Die Familie verhält sich, seit sie von einer der staatsbegründenden Gemeinschaften des Vernunftrechts zum bloßen Teil der bürgerlichen Gesellschaft herabgesunken ist, komplementär zu deren übrigen Systemteilen, namentlich der „äußeren“ Sphäre der Markt- und Erwerbsgesellschaft.

Die paradigmatische Fassung dieses Dualismus in der Rechtstheorie stammt von Savigny, der grundsätzlich bis heute nachvollziehbar zwischen Vermögens-, d. h. Sachen- und Obligationenrecht einerseits und Familienrecht andererseits als den zwei privatrechtlichen Hauptkategorien unterscheidet, indem er die vernunftrechtliche Dreiteilung zwischen dem Recht an der eigenen Person, Rechten an fremden Personen sowie Rechten an Sachen so modifiziert, dass schließlich nur noch zwei grundsätzliche Bereiche der individuellen Willensherrschaft – nämlich die „Familie“ einerseits sowie das „Vermögen“ andererseits mit den Untergruppen des Obligationen- und Sachenrechts – übrigbleiben.⁴⁶ Wie gesehen hatte bereits Kant dem aus den Institutionen überkommenen Dualismus von *ius personale* und *ius reale* die dritte Kategorie eines spezifisch familienrechtlichen „dinglich-persönlichen Rechts“ oder *ius realiter personale* zur Seite gestellt.⁴⁷ Savigny trieb diese Neuordnung nun noch einen Schritt weiter, indem er den fundamentalen Unterschied zwischen Obligation und Familie zur Systemgrenze ausbaute, Obligationenrecht und Sachenrecht hingegen als wesensähnlich verband und sie – bei voller Aufrechterhaltung ihres immanenten Dualismus von „dinglichen“ versus „obligatorischen“ Rechten – innerhalb der zweiten neuen Hauptgruppe des „Vermögensrechts“ zusammenfasste.⁴⁸

Bemerkenswert ist nun Savignys Begründung für diese doppelt dichotomische Neuordnung der vorangegangenen Trias subjektiver Rechte. Während Eigentum und Obligation die individuelle Macht- und Willenssphäre des Berech-

⁴⁶ Grundlegend Savigny 1840, Bd. 1, §§ 53–58, S. 334 ff.; dazu aus jüngerer Zeit vor allem die amerikanischen Beiträge Olsen 1983, S. 1497 ff.; Kennedy 2010, S. 811 ff.; Halley 2011a, S. 1 ff., insbes. 65 ff.; Halley 2011b, S. 189 ff.

⁴⁷ Vgl. vorstehend § 1 Fn. 71, 74 sowie 76.

⁴⁸ Savigny 1840, Bd. 1, §§ 53 f., 56, S. 338 ff., 367.

tigten im Verhältnis zu grundsätzlich unverbundenen anderen Individuen erweiterten, gelte für das Familienrechtsverhältnis etwas fundamental anderes: „Hier betrachten wir den einzelnen Menschen nicht als ein für sich bestehendes Wesen, sondern als Glied des organischen Ganzen der gesamten Menschheit.“⁴⁹ Obligationen seien durch Willkür, Familienrechtsverhältnisse hingegen durch sittliche und naturgesetzliche Notwendigkeit gekennzeichnet, deren Grundlagen der Verfügung des einzelnen Menschen ebenso wie der des Gesetzgebers entzogen seien.⁵⁰ Daraus folgt nach Savigny die Unmöglichkeit, dem Familienrecht auf der Grundlage des autonomiegeprägten subjektiven Rechtsbegriffs beizukommen. Das Wesen des Familienrechts liege vielmehr „in der Stellung, welche der Einzelne in diesen Verhältnissen einnimmt, darin, daß er nicht bloß Mensch überhaupt, sondern auch noch insbesondere Ehegatte, Vater, Sohn ist, also in einer fest bestimmten, von der individuellen Willkür unabhängigen, in einem großen Naturzusammenhang begründeten *Lebensform*.“⁵¹

Savignys Begründung der Komplementarität von Familien- und Vermögensrecht zeigt damit exemplarisch, wie *innerhalb* des autonomiegeprägten kantischen Privatrechtsmodells der Moderne ein dualistischer Graben zwischen Freiheit und Notwendigkeit, Wille und Status, Absolutheit der Person und persönlicher Abhängigkeit, kurz: zwischen Moderne einerseits und Vor- bzw. Gegenmoderne andererseits aufbrechen kann, der sich durch die autonomiebasierten Leitprinzipien des modernen Privatrechts nicht überbrücken lässt, sondern vielmehr gerade bei deren konsequenter Durchführung offen zutage tritt.⁵² Gerade *indem* Savigny das Vermögensrecht konsequent den Prinzipien der Privatautonomie, der Abhängigkeit von individueller Willkür sowie einer in Geld bezifferbaren Marktfähigkeit unterstellt, tritt die Andersartigkeit der familienrechtlichen Rechtsverhältnisse hervor, die sich jedenfalls in ihren persönlichkeitsrechtlichen Aspekten dem Schema des subjektiven Rechts als individueller Willens-, Macht- oder Interessenssphäre widersetzen.⁵³ Grundsätzlich nichts anderes gilt auch für die höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse des gegenwärtigen Familienrechts, etwa für das Recht auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft oder das elterliche Sorgerecht (§§ 1353, 1626 BGB).

⁴⁹ Ebd., § 53, S. 340.

⁵⁰ Ebd., § 54, S. 345 ff.

⁵¹ Ebd., § 54, S. 349 f. (Hervorhebung im Original).

⁵² Zu dieser Interpretation Olsen 1983, S. 1499 ff.; Kennedy 2010, S. 813 ff., 819 ff., insbes. 837 ff. (unter Bezug auf das Kolonialrecht Indiens); Halley 2011a, S. 65 ff.; Halley 2011b, S. 195 ff.; aus soziologischer Sicht ähnlich Beck 1986, S. 174 ff., 176 ff.; Beck 1996a, S. 56 ff.

⁵³ Am deutlichsten wird dies anhand von Savignys Konstruktion der Ehe, die sich explizit gegen die vertraglich-subjektivrechtliche Deutung durch Kant als Vertrag zum wechselseitigen Gebrauch der jeweiligen „Geschlechtseigenschaften“ richtet; vgl. Savigny 1840, Bd. 1, § 54, S. 347 f. mit Hegel 1821/1986, § 161, S. 310 gegen Kant 1797/1907, Bd. 6, S. 277 f. [§ 24]. Vgl. auch Björne 1983, S. 124, wonach Savigny das privatrechtliche Prinzip der Freiheit explizit *nicht* als Prinzip des moralisch gebundenen Familienrechts anerkannte; ebenso Kennedy 2010, S. 833 f.

Höchstpersönliche Rechte dieser Art werden auch unter den fraglos erheblich gewandelten Rechtsvorstellungen des geltenden Rechts nach wie vor *nicht* in erster Linie auf das Schutzgut der persönlichen Autonomie, sondern vielmehr auf „objektive“ Schutzgüter wie die eheliche Lebensgemeinschaft oder das Kindeswohl bezogen.⁵⁴

Nimmt man diese Einsicht ernst, sind die Konsequenzen für die normative Einheit des modernen Privatrechts jedoch brisant: Dies hieße nichts weniger, als dass nicht nur einzelne marginale Vorschriften, sondern vielmehr eine ganze privatrechtliche *Systemhälfte* – also gewissermaßen die Hälfte der privatrechtlich organisierten Welt – eben *nicht* den Grundprinzipien des Autonomie- und Markt Denkens gehorcht, sondern vielmehr eine heteronome, material-normative, traditionale Gegenwelt bildet.⁵⁵ Die Moderne des Privatrechts erweist sich bei genauerer Betrachtung als nur zur Hälfte durchgesetzte Moderne, als „Halbmoderne“, die zu ihrem Funktionieren offenbar auf von ihr selbst konstruierte Enklaven von Gegenmoderne wie die Familiensphäre angewiesen ist, dadurch aber immer wieder in innere Widersprüche gerät, wenn diese Enklaven ihrerseits mit dem universalistischen Anspruch der Moderne konfrontiert werden.⁵⁶ So ist der Fortbestand der bürgerlichen Gesellschaft etwa nach Schumpeters oben dargelegter Ansicht an ihre Reproduktion innerhalb der traditionellen Kleinfamilie gekoppelt.⁵⁷ Deren Funktionsfähigkeit wird jedoch entgegen allen emanzipatorischen Bemühungen zur rechtlichen Gleichstellung oft an ein neo-naturalistisches, ja geradezu neo-ständisches Verständnis der jeweiligen Rollen von Mann und Frau, Eltern und Kind geknüpft.⁵⁸

Der Verdacht liegt nun nahe, dass es sich bei diesem Befund nicht um einen atypischen Ausnahmefall, sondern vielmehr um ein systematisches Problem moderner Gesellschaftsstrukturen handelt. Wenn sich die moderne Gesellschaft bereits innerhalb ihres *Kernbereichs*, nämlich in den zentralen Fragen der Geschlechter- und Familienverhältnisse, des Mittels der dualistischen Abspaltung und Ausgrenzung bedient, um ihren im Individualismus, Egalitarismus und Rationalismus der Aufklärung verwurzelten Wertungskern von solchen Funktionsbedingungen zu „reinigen“, die diesem Wertungskern widersprechen, dann gilt Entsprechendes mit hoher Wahrscheinlichkeit erst recht für sol-

⁵⁴ Erkennbar etwa an der mangelnden Vollstreckbarkeit der Verpflichtung zur Eingehung der Ehe und zur Herstellung des ehelichen Lebens, § 120 Abs. 3 FamFG. Vgl. auch BGH, Beschluss v. 20. 2. 2013, XII ZB 412/11, NJW 2013, 2108, 2109 zur eingeschränkten Anwendbarkeit schuldrechtlicher Schadensersatzansprüche auf die Ehe; zustimmend *Löhnig/Preisner* 2013, S. 2080 ff.; kritisch zu einer „Verschuldrechtlichung“ der Ehe davor bereits *Schwab* 2002, S. 1297 ff. zu BGH, Urt. v. 19. 6. 2002, XII ZR 173/00, BGHZ 151, 155.

⁵⁵ Dies ist überspitzt formuliert, dient aber der Einsicht in die Dimension des Problems. Dazu *Latour* 2008, S. 18 ff., 43 ff.; vgl. auch *Beck* 1986, S. 174 ff., insbes. 176 ff.

⁵⁶ *Beck* 1986, S. 176 ff.; *Beck* 1996a, S. 56 ff.; *Beck/Bonß/Lau* 2001, S. 34 f.

⁵⁷ *Schumpeter* 1942/2008, S. 157 ff.

⁵⁸ Kritisch in diesem Sinne *Olsen* 1983, S. 1499 ff.; *Beck* 1986, S. 176 ff.; *Beck* 1996a, S. 56 ff.

che Grenzziehungen, die sie an ihrer Peripherie gegenüber dem heteronomen „Anderen“ errichtet, nämlich etwa für kulturelle, religiöse, ethnische und geographische Grenzen. Ebenso wie die Definition und Unterscheidung sozialer Klassen sich seit dem neunzehnten Jahrhundert als naturalisierte Verlängerung der vormodernen, feudalen Standeshierarchie innerhalb der egalitären bürgerlichen Gesellschaft entwickelt hat, um deren systematischem Versagen bei der Einräumung gleicher Teilhabechancen intellektuell zu begegnen,⁵⁹ so dienen kulturelle und geographische Schranken bis in die Gegenwart hinein dazu, die westliche Moderne von allen antirationalistischen Elementen zu reinigen und diese einem nichtwestlichen Naturdasein zuzuweisen. Das „Primitive“, „Archaische“ bildet die Folie, gegen die sich der aufgeklärte Westen seit Beginn der Neuzeit stets definiert hat.⁶⁰

Ganz allgemein gilt dies schließlich für die Hauptunterscheidung des modernen Denkens zwischen Gesellschaft und Natur bzw. Freiheit und Notwendigkeit.⁶¹ Der sozial konstruierte Begriff der „Natur“ dient dem westlichen Denken dazu, all diejenigen Elemente seiner Lebens- und Wertewelt abzuspalten, die mit seinem autonomiebasierten Wertungskern nicht vereinbar sind. So lässt sich etwa der Reflex, freiheits- und gleichheitswidrige Familien- oder Geschlechterverhältnisse durch Verweis auf biologische Gesetzmäßigkeiten zu naturalisieren und dadurch der Disposition emanzipatorischer Freiheitsansprüche zu entziehen, bis in gegenwärtige familienrechtliche und -politische Debatten hinein zuverlässig beobachten.⁶² Entsprechend zieht sich der Schachzug der Naturalisierung gegenmoderner Verhältnisse wie ein roter Faden auch durch alle anderen hier erörterten Ausgrenzungen und Abspaltungen. Wie schon dargelegt, wird also auch hier wieder deutlich, dass es ein Irrtum wäre, den Naturbegriff der modernen Gesellschaft einfach als das, was er zu sein vorgibt, hinzunehmen – nämlich als ein unwandelbar Gegebenes, Vorgefundenes, Neutrales. „Natur“ ist in der modernen Welt nichts Vorgefundenes, sondern eine paradoxe doppelte Konstruktion: Einerseits Objekt der Beherrschung und der weiteren Ausdehnung des Reichs der aufgeklärten Freiheit, andererseits notwendiger Gegenpol des Nichtbeherrschbaren und damit wiederum Ankerpunkt der nicht eliminierbaren Gegenmoderne.⁶³ Bruno Latour hat dieses dialektische Verhältnis von Natur und Gesellschaft, Aufklärung und Gegenklärung auf die einprägsame Formel gebracht, wir seien in Wirklichkeit „nie

⁵⁹ Vgl. Beck 1986, S. 130ff. zu Karl Marx und Max Weber.

⁶⁰ Grundlegend Lévi-Strauss 1962/¹⁰1997, S. 11 ff. und *passim*; Latour 2008, S. 129ff.; aus der soziologischen Modernisierungsdebatte, insbesondere zum kritischen Gegenkonzept der „multiple modernities“, das die Gleichwertigkeit nichtwestlicher Modernisierungsprozesse betont, vgl. Eisenstadt 2000, S. 1 ff.; Nassebi 2003, S. 209ff.

⁶¹ Vgl. bereits vorstehend Fn. 44.

⁶² Grundlegend Beauvoir 1949/¹⁰2009, S. 57ff., 334ff.; aus der neueren Diskussion Olsen 1983, S. 1504ff.; Lau/Keller 2001, S. 82ff., insbes. 83; Latour 2008, S. 49ff.

⁶³ Latour 2008, S. 43ff., 49ff., 53ff.

modern“ gewesen:⁶⁴ Unsere „Moderne“ sei immer schon eine von gegenmodernen Strukturen durchsetzte Halbmoderne gewesen, deren Anschein konzeptioneller Klarheit sich bis heute nur durch die gegenseitige Ausgrenzung und begriffliche Reinigung von Natur und Gesellschaft aufrechterhalten lasse.

Keht man abschließend zum Ausgangspunkt dieses Teilkapitels – zur modernen Gesellschaft, die durch ihr eigenes, systemgerechtes Operieren systematisch ihre Funktionsvoraussetzungen untergräbt – zurück, so ist diese Analyse nunmehr um die Einsicht zu erweitern, dass am Grunde derartiger Erscheinungen oft Probleme verdrängter heteronomer, traditionaler, kurz: vor- oder gegenmoderner Wertungsstrukturen liegen, die gerade dann zu Dilemmata führen, wenn sie mit den Autonomieforderungen der Moderne konfrontiert werden. Die moderne Gesellschaft befindet sich in einer heiklen Balance. Die Vorstellung ihrer institutionellen und normativen Stabilität ist nur haltbar, wenn man von vornherein voraussetzt, dass ihr aufklärerischer Anspruch die Enklaven immanenter Gegenmoderne, die zu ihren Funktionsbedingungen gehören, ausspart.⁶⁵ Doch genau diese Vorstellung ist vom universalistischen Anspruch der Aufklärung aus nicht hinnehmbar. Je mehr die Individuen jedoch aus ihren traditionellen Statusbindungen herausgelöst und als autonome Subjekte innerhalb der Marktgesellschaft freigesetzt werden, desto mehr geraten die hergebrachten Stabilitäten der bürgerlichen Gesellschaft ins Wanken. Diese „Neue Unübersichtlichkeit“⁶⁶ kann, wie im folgenden Kapitel zu analysieren sein wird, auch auf die institutionelle Gestalt des modernen Privatrechts nicht ohne Auswirkungen bleiben. Modernisierung ist – mit Max Weber und Ulrich Beck – „kein Fiaker, den man beliebig halten lassen kann, um nach Befinden ein- und auszusteigen.“⁶⁷ Das Projekt der Moderne, einmal ins Werk gesetzt, ist vielmehr nur als Ganzes zu haben – und das heißt eben: einschließlich seiner paradoxen Struktur und selbstüberholenden Dynamik.

⁶⁴ Latour 2008, S. 20, 64ff. und *passim*; grundlegend zur Dialektik von Aufklärung und Gegenaufklärung Horkheimer/Adorno 1944/1988, S. 9ff., 50ff.; dazu auch Beck 1986, S. 15; Habermas 1988, S. 130ff.

⁶⁵ In diesen Zusammenhang gehört auch Böckenfördes in neuerer Zeit wieder vielzitiertes Diktum, wonach der freiheitliche, säkularisierte Staat von Voraussetzungen lebe, die er selbst nicht garantieren könne. Die dem rationalistischen Universalismus der Aufklärung entsprechende, *vollständig* moderne Gegenfrage wäre: Warum eigentlich? Vgl. Böckenförde 1976, S. 60; Böckenförde 1978, S. 37; dazu etwa Canaris 2010, S. 294; Canaris 2011, S. 885.

⁶⁶ Grundlegend Habermas 1985, S. 139ff.; vgl. auch Beck 1986, S. 310.

⁶⁷ Ähnlich Beck 1986, S. 198 unter Abwandlung eines bekannten Zitats von Max Weber; vgl. Weber 1919/1992, S. 234.

Zusammenfassung

Gegenstand des ersten Teils der Untersuchung war ein Überblick über den philosophischen und soziologischen Diskurs der westlichen Moderne, der sich seit der Wende zur Neuzeit entfaltet und für die Entwicklung des gegenwärtigen Rechtsdenkens in vielfacher Weise relevant ist. Dabei verbat sich aufgrund der Vielschichtigkeit der mit dem Begriff der „Moderne“ assoziierten Phänomene dessen lineare Definition als historische Epoche, philosophischer Wertekanon oder soziologischer Tatbestand. Als fruchtbar erwies sich hingegen eine Unterscheidung zwischen „erster“ und „zweiter“ bzw. „reflexiver“ Moderne, die zwei grundsätzlich unterschiedliche Stoßrichtungen modernen Gedankenguts bezeichnen und sich tendenziell aufeinanderfolgenden historischen Phasen innerhalb der Neuzeit bis zur Gegenwart zuordnen lassen.

Als „erste Moderne“ lassen sich die mit der Wende zur europäischen Aufklärung seit dem sechzehnten und siebzehnten Jahrhundert verbundenen Tendenzen zunehmender Individualisierung, Rationalisierung und Säkularisierung gesellschaftlicher Institutionen und Diskurse identifizieren (§ 1). Der wesentliche rechtstheoretische Ertrag der ersten Moderne, der in den vernunftrechtlichen Systemen der Aufklärungszeit paradigmatisch zum Ausdruck kommt, liegt in der Entfaltung eines normativ auf das Individuum bezogenen juristischen Systembegriffs auf der Grundlage von Begriffen wie der Person, des subjektiven Rechts sowie der Trennung von Staat und Gesellschaft. Die in den Systemen des Vernunftrechts angelegte Systematisierungsleistung besaß für die Entstehung des modernen Privatrechtsbegriffs auf der Grundlage des Autonomiegedankens entscheidende Bedeutung. In der bis heute nachvollziehbaren Legitimationsleistung der freiheitlichen Rechtstheorien der Aufklärung lässt sich eine Ursache für das Phänomen vermuten, dass das Privatrecht bis in die Gegenwart hinein als normativ einheitliches System auf der Grundlage von Privatautonomie und „staatsfreier“ individualrechtlicher Rechtsausübung wahrgenommen wird.

Auf die Affirmation des Individuums durch die erste Moderne folgte jedoch seit dem neunzehnten Jahrhundert eine „zweite Moderne“ von zunehmend kritischen Strömungen, deren Erscheinen mit dem Auftreten der ersten legitimierungstheoretischen Probleme in der nationalstaatlich verfassten frühen Industriegesellschaft koinzidiert. Diese Einwände nahmen einerseits die theoretische, andererseits die praktische Reflexivität der modernen Gesellschaft in den Blick,

zielten also zum einen darauf, die rationalistischen Maßstäbe der Aufklärung auf sich selbst anzuwenden und dabei die Grenzen der normativen Tragfähigkeit ihrer individualistischen Maßstäbe auf den Prüfstand zu stellen (§ 2), zum anderen jedoch darauf, der in der modernen Gesellschaft angelegten Tendenz zum praktischen Rückbezug auf die eigenen Funktionsgrundlagen sowie zur systematischen Selbstgefährdung nachzugehen (§ 3). Auf dieser Grundlage konnte gezeigt werden, dass sich einige bekannte Einwände gegen die normative Einheit des Privatrechts, nämlich insbesondere die Kritiken der Bindungskraft des individuellen Willens, der Kohärenz des subjektiven Rechts sowie der Tragfähigkeit der Abgrenzung zum öffentlichen Recht unmittelbar in den philosophisch-soziologischen Diskurszusammenhang der zweiten Moderne einordnen lassen. Da diese mit der ersten Moderne trotz ihrer abweichenden Stoßrichtung im grundsätzlichen rationalistischen Anspruch übereinstimmt, ergab sich daraus zugleich eine erste Begründung dafür, weshalb es trotz aller Einwände bisher nicht gelungen ist, das Privatrechtsmodell der ersten Moderne nachhaltig zu widerlegen, so dass dessen Affirmation und Kritik bis in die Gegenwart hinein koinzidieren.

Zweiter Teil

Das Eigentum der Moderne

Ausgehend von der philosophisch-soziologischen Ideengeschichte der Moderne ist nunmehr die tatsächliche Entwicklung des modernen Privatrechts in den Blick zu nehmen. Dabei ist es nützlich, kurz innezuhalten und sich den methodologischen Anspruch dieser Untersuchung nochmals zu vergegenwärtigen. Zweck der bisherigen ideengeschichtlichen Tour d'Horizon war es, sich den normativen Gesamtzusammenhang des modernen Diskurses einschließlich seiner immanenten Aporien zu vergegenwärtigen. Auf konkrete wirkgeschichtliche Zusammenhänge kam es dabei nicht an. Die Rechtsdogmatik kann sich mit einer derart reduzierten Perspektive indessen nicht zufrieden geben. Im folgenden Teil dieser Abhandlung ist die Untersuchungsrichtung daher eine andere: Nunmehr ist von einem konkreten Leitbegriff des geltenden Privatrechts, dem Eigentum, auszugehen und dessen dogmatische Ausformung auf den Einfluss der normativen und kritischen Grundstrukturen der Moderne hin zu untersuchen.

Das bisher erörterte Wertungsgerüst von Person, subjektivem Recht und Trennung von Staat und Gesellschaft sowie die beiden Kritiken der normativen Unbegründbarkeit und der faktischen Selbstüberholung bilden dabei das Grundmuster, nach dem im Zusammenhang des folgenden Abrisses der modernen Eigentumstheorie Ausschau zu halten ist. Dabei wird es, wie bereits einleitend hervorgehoben wurde, vor allem darauf ankommen, der Versuchung zu widerstehen, Gewichtsverschiebungen innerhalb dieses Grundmusters vor-schnell auf etwaige Wandlungen des dem Privatrecht zugrundeliegenden „Sozialmodells“ zurückzuführen. Im scheinbaren Siegeszug des „sozialen“ Privatrechtsdenkens seit dem späten neunzehnten Jahrhundert tritt, wie zu zeigen ist, nicht so sehr der Wandel der zugrundeliegenden Sozialverfassung, als vielmehr die aporetische Struktur der Moderne selbst zutage.

§ 4 Integration des modernen Eigentumsbegriffs: Dinglichkeit und Freiheit

Der Eigentumsbegriff bildet den Kern des privaten Sachenrechts und einen der Grundbegriffe des Privatrechtsdenkens überhaupt. Das deutsche BGB charakterisiert das Eigentum in § 903 BGB als umfassendes dingliches Recht an Sachen, d.h. körperlichen Gegenständen,¹ das den Eigentümer innerhalb der Schranken des Gesetzes und der Rechte Dritter berechtigt, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Ähnliche Begriffsbestimmungen finden sich auch in anderen europäischen Privatrechtskodifikationen. Das schweizerische ZGB definiert das Recht des Eigentümers wie das BGB als beliebige Verfügungsbefugnis über Sachen in den Schranken der Rechtsordnung.² Der Code civil stellt das Eigentum als absolutes, nur durch gesetzliche oder hoheitliche Verbote beschränktes Genuss- und Verfügungsrecht in den Mittelpunkt, bezieht es anders als das deutsche Recht jedoch auf Sachen im weiteren Sinne, nämlich auf alle „Güter“ (*biens*).³ Ähnlich entscheidet auch das österreichische ABGB, das darüber hinaus sogar auf den gesetzlichen Schrankenvorbehalt verzichtet und das Eigentum als nominell unbegrenztes Nutzungs-, Verfügungs- und Ausschlussrecht an körperlichen und unkörperlichen Sachen definiert.⁴ Am weitesten und formlosesten erscheint der Begriff *property* schließlich im angloamerikanischen Rechtsdenken, der als Oberbegriff von *real property* und *personal property* vermögenswerte Rechte an Grundstücken und anderen Gütern, also einerseits Sachenrechte, andererseits aber auch Immaterialgüterrechte und Forderungen umfassen kann.⁵

Bereits anhand der scharfen Diskrepanz zwischen dem „engen“ Sacheigentumsbegriff des deutschen Rechts und den „weiten“, nicht auf körperliche Gegenstände beschränkten Eigentumsbegriffen anderer Rechtsordnungen lässt

¹ § 90 BGB.

² Art. 641 S. 1 ZGB.

³ Art. 543, 544 Code civil.

⁴ §§ 353, 354 ABGB.

⁵ *Blackstone* 1765/1922, Bd. 2, Ch. I, S. 471 ff.; dazu *Honoré* 1961, S. 128 ff.; *Jänich* 2002, S. 59 f. Wesentlich zum Verständnis des *property*-Begriffs im Common Law ist sein insgesamt höherer Abstraktionsgrad, der nur bedingt eine Übersetzung als „Eigentum“ gestattet. So lässt sich etwa *intellectual property* anders als in der deutschen Debatte *ohne* weitere theoretische Implikationen zur sachanalogen Struktur des geistigen Eigentums als *property* einordnen.

sich damit erahnen, dass es mindestens zwei begriffliche und normative Traditionen geben muss, die sich im modernen Eigentums- bzw. Güterzuordnungsbegriff überschneiden und kreuzen: Zum einen die ontologische Absolutheit des umfassenden dinglichen Sachenrechts, zum anderen die moralische Absolutheit des unbeschränkten subjektiven Individualrechts; kurz: die Dinglichkeit des Eigentums einerseits und seine Personalität bzw. sein absoluter normativer Individualbezug andererseits, von dessen Warte aus die Beschränkung des Eigentumsbegriffs auf körperliche Gegenstände jedoch konsequenterweise keine Rolle mehr spielen kann. Verdinglichung und Personalisierung gehen im modernen Eigentumsdenken also bereits auf den ersten Blick eine spannungsreiche Verbindung ein.

Im Folgenden ist zu zeigen, dass die ideengeschichtlichen Wurzeln dieser Verbindung einerseits im dinglich-absoluten Eigentumsbegriff des römischen und gemeinen Rechts und andererseits in der normativen Personalität des aufgeklärten Vernunftrechts zu suchen sind. Aus dieser Überkreuzung zweier Begriffstraditionen resultierte in der Begriffstradition der ersten Moderne das Sacheigentum als nominell unbegrenztes dingliches Recht und als Paradigma des subjektiv-absoluten Privatrechts überhaupt.

I. Das Problem der Dinglichkeit

Bevor der Ideengeschichte des modernen Eigentums in seinen engeren und weiteren Bedeutungsvarianten nachgegangen werden kann, ist allerdings eine nähere Erläuterung dessen erforderlich, was unter den namentlich für den Kernbereich des Sacheigentums definierenden Charakteristika der „Dinglichkeit“ und „Absolutheit“ zu verstehen ist. Beide Merkmale sind, was oft nicht genau genug beachtet wird, begrifflich zu unterscheiden: *Dinglich* ist ein Recht, das eine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen einer Person und einer Sache begründet.⁶ Das dingliche Recht steht im Gegensatz zum obligatorischen Anspruch, der lediglich ein Band zwischen Person und Person und damit allenfalls einen mittelbaren Bezug zu einer Sache herstellt. Dingliche Rechte begründen nach diesem Begriffsverständnis also *unmittelbare Herrschaftsrechte* an Sachen.⁷ Die *Absolutheit* eines Rechts drückt dagegen nicht dessen Sachbezug als solchen, sondern die durch die Sachzuordnung vermittelten Rechtswirkungen

⁶ Vgl. *Fabricius* 1963, S. 467; *Canaris* 1978, S. 373; *Westermann* 1990, Bd. 1, § 2 I, S. 8 f.; *Staudinger-Seiler* 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 17; MünchKomm-Gaier⁶ 2013, Einl. zum SachenR, Rz. 4; *Baur/Stürner*¹⁸ 2009, § 2 Rz. 2, S. 6.

⁷ *Staudinger-Seiler* 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 18. Dies entspricht zugleich der Etymologie des lateinischen Begriffs *dominium*; dazu *Willoweit* 1974, S. 135; *Schwab*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1975, Bd. 2, S. 76 f. (Eigentum).

im Verhältnis zu Dritten aus. Absolute Rechte sind *Zuordnungsrechte*.⁸ Sie führen im Gegensatz zu relativen Rechten eine absolute Sachzuordnung herbei, wirken gegenüber jedermann und sind gegenüber jedem Dritten absolut geschützt. Die Wirkungen der Absolutheit umfassen damit insbesondere absoluten, d.h. gegen jedermann gerichteten Anspruchs- und Klageschutz durch dingliche Ansprüche wie §§ 985, 1004 BGB sowie umfassenden Deliktsschutz, ferner Verfügungs- und Sukzessionsschutz gegen unberechtigte Verfügungen Dritter in den Grenzen des gutgläubigen Erwerbs; schließlich Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzfestigkeit durch die Gewährung von Drittwiderspruchsklage sowie Aus- und Absonderungsrechten.⁹ Die Bereiche dinglicher und absoluter Rechte sind also nur teilweise kongruent: Dingliche Rechte bilden nach heutigem Verständnis eine Untergruppe der absoluten Rechte, da der Schutz der in ihnen verkörperten unmittelbaren Herrschaftsmacht über Sachen durch die Gewährung absoluten Klage- und Verfügungsschutzes gewährleistet wird.¹⁰

Dennoch geht der Dinglichkeitsbegriff jedenfalls seiner ursprünglichen Bedeutung nach gerade *nicht* in der Absolutheit des Klage- und Verfügungsschutzes auf. Historisch resultiert der Gegensatz von dinglichen und obligatorischen Rechten aus der römischrechtlichen Dichotomie von *actio in rem* und *actio in personam*, von denen erstere einen direkten, unmittelbaren Zugriff auf die streitige Sache selbst erlaubte, während der Kläger bei letzterer auf ein persönliches Vorgehen gegen den Beklagten verwiesen war, ohne auf die Sache selbst Zugriff nehmen zu können.¹¹ Diese Bedeutung der „Unmittelbarkeit“ des dinglichen Herrschaftsrechts ist jedoch im geltenden Recht seit der Abschaffung des römischrechtlichen Aktionensystems nicht mehr darstellbar. Auch dingliche Ansprüche wie §§ 985, 1004 BGB richten sich selbstverständlich gegen Personen und erlauben damit gerade *keinen* unmittelbaren Sachzugriff.¹² Vor dem Hintergrund des geltenden Rechts fragt sich damit jedoch, welche eigenständige Bedeutung der Dinglichkeitsbegriff neben der Absolutheit dinglicher Rechte noch besitzen kann.

Diese Frage ist umstritten und wirft ein Schlaglicht auf die Problematik der Abgrenzbarkeit dinglicher und obligatorischer Rechte sowie die Grenzunschärfe des Eigentums im Spannungsfeld von Dinglichkeit und Personalität.¹³

⁸ Canaris 1978, S. 373 ff.; Westermann 1990, Bd. 1, § 2 I, II, S. 9; Staudinger-Seiler 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 19.

⁹ Canaris 1978, S. 373 f.

¹⁰ Canaris 1978, S. 373; Staudinger-Seiler 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 18, 37.

¹¹ Vgl. Hadding 1986, S. 926 f.; Staudinger-Seiler 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 17; Kaser/Knüttel¹⁹2008, § 81 Rz. 1 ff., S. 402 ff.

¹² Staudinger-Seiler 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 24.

¹³ Umfassend zur Auseinandersetzung Fabricius 1963, S. 467 ff.; vgl. auch Staudinger-Seiler 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 17 ff. m. w. N.; zum älteren Streitstand Oertmann 1892, S. 415 ff.

Wohl herrschend ist heute eine „Kombinationstheorie“, die die Bedeutung der Dinglichkeit im deutschen Privatrecht als Verbindung von unmittelbarer Sachherrschaft und absolutem Klage- und Verfügungsschutz interpretiert.¹⁴ An die Stelle des unmittelbaren Sachzugriffs durch die *actio in rem* tritt dabei die absolute Wirkung der dinglichen Ansprüche wie §§ 985, 1004 BGB, die, obwohl selbst keine dinglichen Rechte, so doch als spezifische Hilfsansprüche zur Durchsetzung der dinglichen Rechte als Sachbeherrschungsrechte fungieren.¹⁵ Die Absolutheit der Sachherrschaft bildet nach dieser Auffassung also den eigentlichen, dem Dinglichkeitsbegriff übergeordneten und ihn inhaltlich ausfüllenden Gesichtspunkt. Dingliche Rechte sind in erster Linie deswegen dinglich, weil sie eine absolute Sachherrschaft verkörpern und gerade *insoweit* durch die weiteren, prozessualen Ausformungen der Absolutheit geschützt sind. Auf dieser Grundlage ist auch eine jedenfalls auf den ersten Blick schlüssige Erklärung der normativen Schutzwürdigkeit dinglicher Rechte und ihre Einordnung in den Gesamtzusammenhang der Theorie subjektiver Rechte möglich. Subjektive Rechte sind – wie gesehen – vom Standpunkt eines freiheitsbasierten Privatrechtsverständnisses aus gerade als Freiheitsphären bzw. Sphären individueller Verfügungsmacht, und das heißt: als *Herrschaftsrechte*, geschützt.¹⁶ Es ist daher nur konsequent, den auf die Absolutheit subjektiver Rechte gestützten Dinglichkeitsbegriff letztlich auf das Prinzip der Privatautonomie zurückzuführen: Dingliche Rechte sind als absolute subjektive Rechte Ausfluss der Freiheit der Person.¹⁷

Auf den zweiten Blick entstehen jedoch Zweifel an der Schlüssigkeit dieser Ableitung und der „Kombinationstheorie“. Denn wenn die Rechtfertigung dinglicher Rechte letztlich auf ihrer in personaler Autonomie gegründeten Absolutheit ruht, kann es – wie bereits angedeutet – auf ihren spezifischen Gegenstandsbezug, auf das gerade auf *Sachen* bezogene Herrschaftsrecht, das im Dinglichkeitsbegriff zum Ausdruck kommt, strenggenommen nicht mehr ankommen. Die Konturen des auf konkrete Gegenstände bezogenen dinglichen Eigentums lösen sich auf und vergeistigen sich, je mehr das Eigentum an die Freiheit der Person gekoppelt wird, während der Sachbezug der Dinglichkeit zu einem bloßen ontologischen Relikt innerhalb einer freiheitsbasierten Rechtstheorie herabsinkt. An dieser Stelle wird damit die oben beschriebene Spannung zwischen Dinglichkeit und Personalität, die das Eigentumsdenken der Moderne durchzieht, klar erkennbar: Die Vergeistigung, die mit der Fundierung des Eigentums im Autonomiebegriff einhergeht, ist auf einer elementaren

¹⁴ Vgl. Eichler 1954, S. 1 ff.; Canaris 1978, S. 373 ff., insbes. 375; zusammenfassend Fabricius 1963, S. 469 m. w. N.

¹⁵ Staudinger-Seiler 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 24.

¹⁶ Vgl. Hadding 1986, S. 927 („Entscheidungskompetenzen“).

¹⁷ Enneccerus/Nipperdey¹⁵1959, 1. Halbbd., § 72, S. 428 f.; Staudinger-Seiler 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 18.

Ebene unvereinbar mit der dinglich-ontologischen Struktur des Sacheigentums. Der Dinglichkeitsbegriff zwingt der individuellen Autonomiesphäre eine Struktur auf, die Gestalt und Grenzen von Eigentumsrechten nur in den Formen einer quasi scholastischen Ontologie zulässt. Wie die mittelalterlich-scholastische Gleichsetzung von *ens*, *unum*, *res* und *aliquid* die Frage nach dem Wesen des Seienden damit beantwortete, dass jedes Seiende ein Ding und mit sich selbst identisch sei,¹⁸ wird auch für dingliche Rechte im modernen Rechtsdenken eine bemerkenswerte raumzeitliche Eindeutigkeit dergestalt angenommen, dass deren Grenzen durch die räumlichen Grenzen der Sache bezeichnet werden, dass sie zeitlich grundsätzlich unbefristet sind,¹⁹ dass dingliche Rechte an Sachgesamtheiten in Rechte an den beteiligten Einzelsachen auflösbar sind, dass sich beschränkte dingliche Rechte als vom Vollrecht abgespaltene „Eigentumsplitter“ verstehen lassen,²⁰ dass es nicht gleichzeitig zwei gleichermaßen dinglich Berechtigte an derselben Sache geben kann usw.²¹ Eine Kombinationstheorie, die das Wesen der Dinglichkeit in einer Verbindung von unmittelbarer Sachherrschaft und Absolutheit des Klageschutzes erblickt, kann daher schon deshalb nicht überzeugen, weil sie diesen internen Widerspruch nicht aufzulösen vermag und nicht verhindern kann, dass Dinglichkeit und Absolutheit in der Dogmatik dinglicher Rechte letztlich verschwimmen.

Vor dem Hintergrund dieser Schwierigkeiten sind die beiden alternativen Theorien zur Dinglichkeit zu verstehen, die sich seit dem neunzehnten Jahrhundert herausgebildet haben.²² Eine Ansicht zielt darauf ab, den Dinglichkeitsbegriff tatsächlich vollständig in der Absolutheit des Klage- und Anspruchsschutzes aufgehen zu lassen. Nach anderer Ansicht ist hingegen an der eigenständigen Bedeutung der Dinglichkeit sachbezogener Rechte festzuhalten, der Dinglichkeitsbegriff jedoch mit neuem, vom Autonomieprinzip unabhängigen Inhalt – dem Prinzip der „Güterzuordnung“ – zu füllen. Der erste Weg wurde von Paul Oertmann bereits im neunzehnten Jahrhundert beschritten.²³

¹⁸ Instruktiver Überblick über die Struktur dieses ontologischen Weltbilds bei *Tugendhat* 1976, S. 368. Eine treffliche Parodie findet sich bei *James Joyce*, *Ulysses* (dt. Übersetzung Wollschläger 1975, S. 254f.): „Pferdheit ist die Washeit des Allpferds. ... Raum: was man verdammtnochmal doch wohl sehen muß.“

¹⁹ Eine Ausnahme enthält im deutschen Recht namentlich § 1 Abs. 1 ErbbauRVO. Historisch und rechtsvergleichend (insbesondere im Common Law) sind zeitlich befristete Eigentumsformen jedoch keine Seltenheit. Dazu *Jänich* 2002, S. 221 ff.

²⁰ Teils str. Zur „Eigentumssplittertheorie“ und konkurrierenden „Vervielfältigungstheorie“ vgl. *Jänich* 2002, S. 241 m. w. N.

²¹ An dieser reifizierenden Betrachtungsweise des subjektiven Rechts wird sogar ungeachtet dessen festgehalten, dass der rechtliche Sachbegriff tatsächlich gar keine derart klare Abgrenzung zwischen physischen Entitäten erlaubt. So kommt es etwa bei der Abgrenzung von Sachgesamtheiten wesentlich auf die Verkehrsanschauung und damit gerade nicht auf die physische Sachqualität an; vgl. *Jänich* 2002, S. 227f. m. w. N.

²² Vgl. *Fabricius* 1963, S. 467ff.; *Staudinger-Seiler* 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 19f.

²³ Grundlegend *Oertmann* 1892, S. 427 ff.

Oertmanns Lehre konnte sich infolge ihrer Fundierung in der Imperativtheorie des Rechts in Deutschland zwar letztlich nicht durchsetzen;²⁴ sie ist hier aber dennoch von Interesse, weil sie fast unmittelbar Grundgedanken der sogenannten „Bündeltheorie“ des angloamerikanischen Eigentumsdenkens vorwegnimmt, auf die im Folgenden noch im Einzelnen einzugehen sein wird.²⁵ Nach Oertmann kann es dingliche Rechte an Sachen schon deshalb nicht geben, weil *Recht* nur zwischen Menschen gesetzt ist, *Macht* an Sachen hingegen zwar *unmittelbar*, aber nur physisch-tatsächlich und damit gerade nicht *rechtlich* wirkt.²⁶ Danach gebe es keine vom Willen der Rechtssubjekte unabhängigen Rechtsobjekte; alles Recht lasse sich vielmehr auf Rechtsbeziehungen zwischen Personen reduzieren, so dass auch dingliche Rechte vollständig in Gesamtheiten von Ansprüchen gegen konkrete Pflichtsubjekte aufgingen und der Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten letztlich allein eine Frage der „größeren Ausdehnung des Rechtsschutzes“ sei.²⁷ Daraus folge, dass es über eine Summe von relativen Einzelbefugnissen hinaus kein einheitliches Recht des Eigentümers geben könne.²⁸ Von dieser Einsicht zu einer vollständig vergeistigten Eigentumstheorie, in der das dingliche Eigentumsrecht mit Aufhebung der körperlichen Sachgrenzen in ein rechtspolitisch variables „Bündel“ von relativen Einzelrechten zerfällt, ist es dann nur noch ein kurzer Schritt, der allerdings, wie erwähnt, im deutschsprachigen Rechtsdenken jedenfalls bis in die jüngere Zeit hinein nicht gangbar war. Ob und inwieweit der „Reimport“ des Oertmannschen Gedankens auf der Grundlage der im Folgenden noch näher zu erläuternden „Bündeltheorie“ allerdings auch im deutschen Rechtsdenken unvermeidbar ist, bleibt zu erörtern.

Bis heute vertreten wird in Deutschland dagegen eine zweite Alternativtheorie zur Dinglichkeit, die den unmittelbaren Sachbezug dinglicher Rechte zwar anerkennt, diesen aber vom Autonomieprinzip und dem damit verbundenen Sphärengedanken lösen und damit von der Absolutheit der Anspruchsbeweh-

²⁴ Nach der Imperativtheorie besteht die Rechtsordnung ausschließlich aus präskriptiven Normen, d. i. Geboten oder Verboten; vgl. *Oertmann* 1892, S. 429 ff., 443, 457; zur Kritik eingehend *Fabricius* 1963, S. 467 ff. Oertmann selbst revidierte in einem späteren Artikel seine Ansicht; vgl. *Oertmann* 1925, S. 130 ff. Nach hier vertretener Ansicht ist Oertmanns Theorie der Dinglichkeit jedoch auch unabhängig von der Imperativtheorie tragfähig. Allgemein zu letzterer *Austin* ²1873, S. 11 ff.; *Thon* 1878, S. 3 ff.; zur Kritik *Hart* 1958, S. 601 ff.; *Hart* ²1994, S. 18 ff.; *Larenz* ⁶1991, S. 253 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk* ⁷2013, Rz. 148 ff., S. 95 ff.

²⁵ Nachstehend § 5 I, III.

²⁶ *Oertmann* 1892, S. 427 f.

²⁷ Ebd., S. 439, ähnlich ebd., S. 459. Vgl. auch ebd., S. 466: „Es ist uns immer als *inelegantia iuris* erschienen, daß die herrschende Lehre Rechtsobjekte annehmen mußte, die nicht zugleich Pflichtsubjekte sind – die Sachen.“

²⁸ Ebd., S. 447, wonach eine „einheitliche Konstruktion des Eigentumsbegriffes undenkbar“ sei: „Denn dieses Recht wäre alsdann der verschiedensten Variationen fähig und jeder Stetigkeit des Inhalts bar.“ Dies gilt nach Oertmann erst recht für das geistige Eigentum bzw. – in der zeitgenössischen Terminologie Josef Kohlers – das „Autorrecht“; vgl. ebd., S. 449 f.

rung unabhängig machen will. Grundprinzip dieser auf Wieacker und Westermann zurückgehenden Auffassung ist der Gedanke der Güterzuordnung.²⁹ Danach liegt der eigentliche Grund für die Anerkennung und den Schutz dinglicher Rechte nicht in ihrem Sachbezug, sondern vielmehr in ihrer güterzuordnenden Funktion. Dingliche Rechte sind damit insoweit Herrschaftsrechte, als sie *Zuordnungsrechte* sind, d. h. zur unmittelbaren Sachzuordnung von Gegenständen zu Personen führen.³⁰ Darin liegt also eine Umdeutung des dinglichen Sachherrschaftsaspekts: Der Begriff „Herrschaftsrecht“ umschreibt nicht mehr den Inhalt, sondern die Art und den Grund der Gewährleistung eines dinglichen Rechts durch die Rechtsordnung.³¹ In der Konsequenz dieser Auffassung liegt es dann allerdings auch, dass die Verleihung dinglicher Rechte durch die Rechtsordnung ohne weiteres unter den Vorbehalt der Nützlichkeit, Wohlfahrtssteigerung, persönlichen Würdigkeit usw. gestellt werden kann. Von den Kritikern der Zuordnungstheorie wird dementsprechend zu Recht hervorgehoben, dass diese vor allem in solchen Zeiten Anhänger findet, in denen der Autonomiegedanke aus ideologischen Gründen ablehnend betrachtet wird.³² Selbst wenn man also zunächst annimmt, dass es auf der Grundlage der Zuordnungstheorie gelingen könnte, die personale Dekonstruktion des dinglichen Rechts zu vermeiden, führt diese Lösung bei näherer Betrachtung keineswegs zu einem tragfähigen Ausgleich zwischen den Aspekten der Personalität und Dinglichkeit. Im Gegenteil: Durch die Leerformel der „Zuordnung“, die als bloßer Relationsbegriff selbst erst der Konkretisierung durch materiale Zuordnungskriterien bedürfte,³³ kippt die Balance zwischen dem Autonomiegehalt des subjektiven Rechts und der Dinglichkeit der Sachherrschaft in die entgegengesetzte Richtung, indem die Anerkennung des ersteren unter positivrechtlichen Generalvorbehalt gestellt wird. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Zuordnung dient dann als Generalklausel, um die aus dem autonomiebasierten Eigentumsbegriff der Moderne verdrängten Aspekte hoheitlicher Rechtszuweisung und Rechtskontrolle wieder einzuführen.

Einer abschließenden Entscheidung des Streits über den Dinglichkeitsbegriff bedarf es vorliegend nicht. Festzuhalten ist lediglich: Unter den Voraussetzun-

²⁹ So bereits *Wieacker* 1935, S. 24f.; *Wieacker* 1941, S. 61 ff.; *Wieacker* 1943, S. 57 ff.; aus neuerer Zeit *Westermann* 1990, Bd. 1, § 2 II, S. 9; dazu sowie zur Kritik *Fabricius* 1963, S. 469 ff.; *Staudinger-Seiler* 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 19 m. w. N.

³⁰ *Westermann* 1990, Bd. 1, § 2 II, S. 9.

³¹ Dazu instruktiv *Staudinger-Seiler* 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 19.

³² Ebd., Rz. 19. So stellte beispielsweise *Wieacker* (1935, S. 24f.) die Eigentumszuweisung vor dem zeitgeschichtlichen Hintergrund des NS-Rechts unter den offenkundig ideologisch motivierten Vorbehalt der „Anerkennung der Rechtsperson durch und in der Gemeinschaft“: „Eigentum ist also die Zugehörigkeit der Sache zur Person, deren die Person zu sachgerechtem Handeln in der Volksordnung und deren die Sache zur Erfüllung ihrer Funktionen in der Volksordnung bedarf.“

³³ Vgl. *Fabricius* 1963, S. 470; *Staudinger-Seiler* 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 19.

gen des autonomiebasierten Rechtsdenkens der Moderne lässt sich das Eigentum als *dingliches* Recht nicht schlüssig rekonstruieren. Zwischen der Dinglichkeit und der Personalität des modernen Eigentumsbegriffs bleibt ein Spannungsverhältnis bestehen, das letztlich, welchen Weg man auch immer beschreitet, zur Relativierung, wenn nicht Aufhebung der begriffsdefinierenden Bedeutung des unmittelbaren Sachbezugs innerhalb der modernen Eigentumstheorie führt. Es resultiert schließlich, wie in den folgenden zwei Abschnitten näher zu erörtern sein wird, ein Nebeneinander von „engen“ und „weiten“ Eigentumsbegriffen³⁴ bzw. eine Kern-Peripherie-Struktur,³⁵ in der das dingliche Sacheigentum als institutionell abgesicherter Kern von einer Peripherie atypischer Eigentumsstrukturen flankiert wird, die sich durch zunehmende Vergeistigung, Personalisierung oder Relativierung auszeichnen und zu denen Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte, aber etwa auch teilverdinglichte obligatorische Rechte zählen. Der Einwand, dass es sich bei derartigen atypischen Eigentumsformen allenfalls in einem weiteren, „unjuristischen“, nicht jedoch in einem rechtsdogmatischen Sinne um „Eigentum“ handle,³⁶ geht dabei jedenfalls insoweit fehl, als die wesentliche Legitimationsleistung der Moderne – wie zu zeigen sein wird – gerade darin besteht, den vernunftrechtlichen Eigentumsbegriff auf *alle* subjektiv-absoluten Privatrechte auszudehnen und diese damit an seiner Legitimationswirkung teilnehmen zu lassen. Das Eigentum der ersten Moderne sprengt aufgrund seiner eigenen überschießenden Normativität die Grenzen des dinglichen Sachbezugs.

II. „Enger“ und „weiter“ Eigentumsbegriff

Geht man nun von der bisherigen statischen Untersuchung der internen Spannung des Eigentumsbegriffs zu einer dynamischen, nämlich ideengeschichtlichen Perspektive über, so stellt sich zuallererst die Frage, wie das Eigentum überhaupt seine systemprägende Stellung innerhalb des modernen Privatrechtsdenkens erlangen konnte. Denn diese ist jedenfalls vom Standpunkt der Besitzrechtsverhältnisse der Vormoderne aus betrachtet alles andere als selbstverständlich. Kennzeichnend für die Besitzrechtsverfassung des Mittelalters waren die geteilten, gestuften, befristeten und hoheitlich überlagerten Rechtsformen des Feudalismus, deren Mannigfaltigkeit in der frühen gemeinrechtlichen „Lehre vom geteilten Eigentum“ mit ihrer Unterscheidung zwischen *dominium di-*

³⁴ Zur Ideengeschichte nur *Schwab*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1975, Bd. 2, S. 74 ff. (Eigentum); dazu näher sogleich II.

³⁵ *Di Robilant* 2010, S. 5, 20 f., 35 ff.; dazu näher nachstehend IV.

³⁶ Dabei handelte es sich in Deutschland vor dem Hintergrund des „engen“ Sacheigentumsbegriffs des § 903 BGB anders als in den Nachbarrechtsordnungen bis vor kurzem um einen geläufigen Einwand; vgl. näher nachstehend III. bei Fn. 66 m. w. N.

rectum und *dominium utile* nur unvollständig zum Ausdruck kommt.³⁷ Wesentlich ist zudem, dass die Wirtschaftsgüterordnung noch bis in die frühe Neuzeit hinein maßgeblich nicht durch Eigentumsrechte, sondern durch hoheitliche Privilegien gestaltet wurde, die nach den Idealen der Französischen Revolution zwar mit Anbruch des bürgerlichen Zeitalters abgeschafft werden sollten, tatsächlich aber erst im Laufe des neunzehnten Jahrhunderts nach und nach durch die abstrakt-egalitäre Sachenrechtsordnung römisch-vernunftrechtlicher Prägung verdrängt wurden.³⁸ In Zedlers Universallexicon, einer der großen Enzyklopädien des achtzehnten Jahrhunderts, stellten sich die Gewichtsverhältnisse noch so dar, dass einem aus lediglich vier Zeilen bestehenden Eintrag zum „Eigenthum“, der allein die an Bartolus angelehnte klassische Eigentumsdefinition ohne weiteren Kommentar enthielt,³⁹ sowie einem immerhin vierzehnspeiligen Artikel zum „Dominium“ bzw. „Eigenthums-Recht“, der sich ausschließlich auf den vernunftrechtlichen Eigentumsbegriff konzentrierte,⁴⁰ tatsächlich 28 (!) Spalten zu „Privilegien“ in den verschiedensten Erscheinungsformen gegenüberstanden.⁴¹ Privilegienordnung und Eigentumsordnung schließen sich ihrer Logik nach jedoch gegenseitig aus. Die freiheits- und gleichheitswidrige Gewährung von Privilegien sowie ihre Funktion als merkantilistisches Steuerungsinstrument des Ancien Régime sind mit der egalitären, subjektiv-privatrechtlichen Struktur des modernen Eigentumsbegriffs fundamental unvereinbar.⁴² Der Durchbruch zum modernen Eigentumsdenken ist also überhaupt erst seit der Abschaffung der Privilegienordnung im Gefolge der Französischen Revolution konzeptionell möglich geworden.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus der scheinbaren Kontinuität der römisch-gemeinrechtlichen Begriffstradition der Eigentumsdogmatik seit der Antike und dem Mittelalter. Zwar besaß das klassische römische Recht

³⁷ Dazu *Willoweit* 1974, S. 136 ff., 141 ff.; *Schwab*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1975, Bd. 2, S. 66 ff. (Eigentum); *Kern* 2013, S. 68 ff.

³⁸ Privilegien bezeichneten die durch Einzelfallgesetz oder Einzelfallverordnung (*priva lex*) als Ausfluss der absolutistischen Gesetzgebungsbefugnis gewährleistete Sonderstellung einzelner Individuen oder Sachen im Verhältnis zu den für jedermann geltenden Rechten und Pflichten des gemeinen Rechts; sie hatten entweder die Befreiung von allgemeingesetzlichen Pflichten oder die individuelle Belehnung mit besonderen, absolut wirkenden Rechten wie Bannrechten, Monopolen, Konzessionen oder gewerblichen Schutzrechten zum Gegenstand. Zum Begriff aus zeitgenössischer Perspektive *Zedler* 1741, Bd. 29, Sp. 589 (Privilegien); *Seuffert* ³1852, Bd. 1, §§ 20 ff., S. 31 ff.; zur Kritik und Ablösung der Privilegienordnung im achtzehnten und neunzehnten Jahrhundert *Klippel* 1976, S. 160 ff., *Link* 1987, S. 222 ff. sowie insbes. *Klippel* 1997, S. 334 ff.; *Klippel* 1999, S. 285 ff. m. w. N.

³⁹ *Zedler* 1734, Bd. 8, Sp. 514 (Eigenthum): „Eigenthum, ist ein Recht, mit einer Sache frey und ungehindert disponiren, und alles thun zu können, was die Gesetze nicht ausdrücklich verbieten.“ Zum Eigentumsbegriff des Bartolus bereits vorstehend § 1 Fn. 52 sowie sogleich nachstehend im Text.

⁴⁰ Ebd., Sp. 514 (Eigenthums-Recht) unter Verweis auf Bd. 7, Sp. 1215 ff. (Dominium).

⁴¹ *Zedler* 1741, Bd. 29, Sp. 587 ff. (Privilegia, Privilegien).

⁴² Dazu eingehend *Klippel* 1997, S. 338 ff.; *Klippel* 1999, S. 285 ff. m. w. N.

im Begriff des *dominium* bereits ein präzises Konzept des Eigentums als private Vollherrschaft an einer Sache.⁴³ Das klassische *dominium* war begrifflich scharf vom bloßen Besitz und beschränkten dinglichen Rechten abgegrenzt und besaß in seiner abstrakt-egalitären, absoluten Sphärenform bereits die strukturelle Beschaffenheit, die schließlich seine Rezeption bis in das Rechtsdenken der Moderne hinein ermöglichte.⁴⁴ Auf der Grundlage des klassischen Eigentumsbegriffs definierten bereits die mittelalterlichen Glossatoren und Postglossatoren das Eigentum als umfassendes, subjektiv-dingliches Herrschaftsrecht an einer Sache. Von Bartolus stammt die soeben bei Zedler in Bezug genommene, grundsätzlich bis heute nachvollziehbare Begriffsbestimmung des Eigentümerrechts als „ius de corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur“,⁴⁵ also als Recht zur unbeschränkten Verfügung über körperliche Gegenstände im Rahmen der Gesetze, die über die Rechtsdiskussionen der Spätscholastik und des Vernunftrechts bis in die Kodifikationen der Neuzeit hineinwirkte.

Und dennoch entspricht dieser erstaunlichen semantischen Kontinuität des klassisch-römischen Eigentumsbegriffs gerade *keine* Kontinuität in seiner normativ-inhaltlichen Ausfüllung.⁴⁶ Dies zeigt sich nicht nur an den geteilten Eigentumsformen des Mittelalters, für die die klassisch-römische Eigentumsdogmatik trotz oder gerade wegen ihres Abstraktionsniveaus kaum begriffsprägende Relevanz besaß.⁴⁷ Es zeigt sich vor allem daran, dass die heute selbstverständlichen Elemente des modernen Eigentumsbegriffs in der frühen Neuzeit gerade *nicht* zu einer normativen Einheit verbunden waren. Subjektiver Rechtscharakter, Absolutheit, Verfügungsfreiheit und grundsätzliche Schrankenlosigkeit des Eigentums waren zwar als begriffliche Bestandteile der üblichen Eigentumsdefinition anerkannt, doch sie wurden nicht als Ausfluss des die gesamte individuelle Rechtssphäre legitimierenden Leitprinzips der personalen Autonomie begriffen.⁴⁸ Das erwähnte unverbundene Nebeneinander der Lemmata „Eigentum“ und „Dominium“ bzw. „Eigentums-Recht“ bei Zedler

⁴³ Zum römischrechtlichen *dominium* vgl. Ulp. D. 41.2.12.1, D. 41.2.17; dazu Willoweit 1974, S. 139 ff.; Schwab, in: Brunner/Conze/Koselleck 1975, Bd. 2, S. 70 (Eigentum); Kaser/Knütel¹⁹2008, § 19 Rz. 1, § 22 Rz. 1 ff., S. 107, 119 ff.

⁴⁴ Dazu eingehend Willoweit 1974, S. 148 ff.; Schwab, in: Brunner/Conze/Koselleck 1975, Bd. 2, S. 74 ff. (Eigentum).

⁴⁵ *Bartolus de Saxoferrato* 1562/2007, Bd. 3, Anm. 4 zu D. 41.2.17; dazu bereits vorstehend § 1 Fn. 52 m. w. N.

⁴⁶ Ähnlich Willoweit 1974, S. 148 ff.; Schwab, in: Brunner/Conze/Koselleck 1975, Bd. 2, S. 74 ff. (Eigentum).

⁴⁷ Schwab, in: Brunner/Conze/Koselleck 1975, Bd. 2, S. 70 ff. (Eigentum); Kern 2013, S. 82. Ein weiteres Indiz bilden die römischrechtlichen Eigentumsformen der vor- und nachklassischen Periode, denen die Schärfe der klassischen Begriffsbildung fehlte. Vgl. Jänich 2002, S. 35 ff.; Kern 2013, S. 54 ff.; Kaser/Knütel¹⁹2008, § 22 Rz. 2 ff., 7 f., S. 119 ff.

⁴⁸ Vgl. Schwab, in: Brunner/Conze/Koselleck 1975, Bd. 2, S. 74 ff. (Eigentum); ähnlich Auer 2008a, S. 624.

zeigt dies sehr anschaulich.⁴⁹ So wird zwar der dogmatische Begriff „Eigentum“ explizit als Recht zur freien Verfügung über eine Sache im Rahmen der Gesetze definiert, doch weitere konzeptionelle Bedeutung kommt dieser Definition offenbar nicht zu. Im Zusammenhang des „Dominium“ steht dagegen der subjektivrechtliche Charakter des Eigentums einschließlich seiner philosophisch-theologischen Rechtfertigung ausführlich im Mittelpunkt, dies jedoch wiederum nur im Hinblick auf den vernunftrechtlichen, nicht aber den dogmatischen Eigentumsbegriff.

Seit dem Zeitalter des Vernunftrechts stehen sich also zwei Eigentumsbegriffe gegenüber, die beide das Eigentumsdenken der Moderne maßgeblich prägen: Zum einen der „enge“ Eigentumsbegriff der römisch-gemeinrechtlichen Dogmatik, der sich durch unmittelbaren – meist körperlichen – Sachbezug, Dinglichkeit und Absolutheit auszeichnet, sowie zum anderen der bei Locke und Kant bereits begegnete „weite“ Eigentumsbegriff des Vernunftrechts, der sich jedoch seinem ganzen Zweck nach nicht auf Rechte an Sachen beschränken lässt.⁵⁰ Eigentum im Sinne des Vernunftrechts ist – nochmals mit Zedler, der die einschlägigen Lehren seit Grotius insoweit zutreffend zusammenfasst – das natürliche „Recht, diejenigen Güter, die als Mittel zur menschlichen Unterhaltung dienen, und nicht durch ihre Unerschöpflichkeit ... (für) alle Menschen zulangen, an sich selbst aber haltbar sind, beständig allein, und mit Ausschließung anderer zu nutzen und zu gebrauchen.“⁵¹ Eigentumsfähig im Sinne des Vernunftrechts sind also keineswegs nur körperliche Gegenstände, sondern vielmehr *alle* nutzbaren Ressourcen unter Knappheitsbedingungen. Damit ist der vernunftrechtliche Eigentumsbegriff wie gesehen etwa ohne weiteres auch geeignet, ein „Personeneigentum“, also ein Recht am eigenen Körper und seinen Arbeitsprodukten und damit insbesondere auch das geistige Eigentum als Ausfluss der individuellen geistigen Arbeit zu umfassen.⁵² Vor allem in der von der physiokratischen Lehre geprägten französischen Eigentumstheorie folgt die Schutzwürdigkeit des geistigen Eigentums daher *unmittelbar* aus seiner Eigenschaft als „Eigentum“ im Sinne der Arbeitstheorie.⁵³ In der deutschen Tradition

⁴⁹ Vgl. vorstehend Fn. 39 ff. m. w. N.

⁵⁰ Dazu eingehend *Schwab*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1975, Bd. 2, S. 74 ff., 84 ff. (Eigentum).

⁵¹ *Zedler* 1734, Bd. 7, Sp. 1215 (Dominium).

⁵² Die ideengeschichtliche Grundlage dafür bildet bis heute Lockes Arbeitstheorie; vgl. *Locke* 1690/1988, II.5, §§ 27 ff., S. 287 ff. sowie bereits vorstehend § 1 bei Fn. 60 ff. Zum „Personeneigentum“ und der darauf gegründeten naturrechtlichen Rechtfertigung des geistigen Eigentums, die sich im deutschen Rechtsdiskurs allerdings jedenfalls als juristische Theorie nicht durchsetzen konnte (dazu nachstehend III.), *Schwab*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1975, Bd. 2, S. 79 ff., 85 ff. (Eigentum); *Dölemeyer/Klippel* 1991, S. 198 f.

⁵³ Zu vergleichenden Perspektiven auf die Entwicklung des geistigen Eigentums in Deutschland und Frankreich *Dölemeyer/Klippel* 1991, S. 206 ff.; *Wadle* 2003, Bd. 2, S. 19, 83 ff. Grundlage der physiokratischen Lehre, die sich in Frankreich seit Mitte des achtzehnten Jahrhunderts gegen die merkantilistische Wirtschaftsdoktrin des Ancien Régime zu richten be-

des Vernunftrechts gilt dies zwar nicht unmittelbar, da das „angeborene Recht“ oder „Urrecht“ an der eigenen Person namentlich bei Kant im Gegensatz zur französischen und englischen, von Locke und den Physiokraten geprägten Tradition nicht verrechtlicht, sondern als vorrechtliche Freiheit der Person *über* das Recht gestellt wird.⁵⁴ Doch auch der vernunftrechtliche Eigentumsbegriff in der kantischen Tradition umfasst wie gesehen nicht nur das Sacheigentum, sondern vielmehr den Inbegriff *jedes* subjektiven Privatrechts als eigentumsanaloge absolute Rechtssphäre.⁵⁵

Will man den Eigentumsbegriff der Gegenwart verstehen, ist es also nötig, sich das Spannungsverhältnis zwischen seinen beiden begrifflichen Wurzeln und deren gegenseitige Einwirkung aufeinander vor Augen zu führen. *Erstens* bedurfte es des „weiten“, vernunftrechtlichen Eigentumsbegriffs, um den „engen“, dogmatischen Sacheigentumsbegriff des römischen Rechts mit dem normativen Gehalt des modernen Individualismus anzureichern und ihn damit in seine privatrechtssystematisch zentrale Position zu heben.⁵⁶ *Zweitens* übt die dogmatische Gestalt des „engen“ Sacheigentums jedoch bis heute erhebliche Rückwirkungen auf die Struktur von Rechten innerhalb der „weiten“ Eigentumssphäre aus. Deren Eigentumsfähigkeit bzw. Schutzwürdigkeit wird nach wie vor grundsätzlich am Modell des dinglichen Sacheigentums gemessen, das damit in ein Spannungsverhältnis zu Erweiterungstendenzen der Eigentumsdogmatik gerät.⁵⁷

gann, war die von den Lehren der klassischen Ökonomie (Adam Smith) beeinflusste Forderung nach allgemeiner Handels- und Gewerbefreiheit sowie umfassendem Eigentumsschutz als quasi „naturgesetzlichen“ Voraussetzungen einer gerechten und zu allgemeinem Wohlstand führenden Wirtschaftsordnung. Zu Inhalt und Wirkungen der Lehre in Frankreich (Quesnay) und Deutschland (Schlettwein) *Klippel* 1981, S. 323 ff.; *Klippel* 1984, S. 205 ff.; *Klippel* 1991, S. 362 ff.

⁵⁴ Vgl. *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 237 ff., 245 ff. [B.; §§ 1, 4 ff.] zur Freiheit als „angeborenes Recht“ bzw. „inneres Mein und Dein“, das zwar die normative Grundlage des gesamten „erworbenen Rechts“ bzw. „äußeren Mein und Dein“ bildet, selbst aber gerade *nicht* Bestandteil des natürlichen „Privatrechts“ ist; vgl. vorstehend § 1 bei Fn. 70f. Insgesamt ist dieser abweichende Standpunkt Kants nur im ideengeschichtlichen Zusammenhang der Diskussion über ein Recht an der eigenen Person bzw. am eigenen Körper seit Grotius und Locke verständlich; dazu vorstehend § 1 Fn. 57. Zu den Konsequenzen für das „Urrecht“ bei Savigny sowie für die nachfolgende Entwicklung des geistigen Eigentums nachstehend bei Fn. 69ff.

⁵⁵ Vgl. *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 245 ff. [§§ 1 ff.] zum „äußeren Mein und Dein“ sowie bereits vorstehend § 1 bei Fn. 71. Letztendlich besteht damit kein großer Unterschied zur Legitimationsleistung der Lockeschen Eigentumstheorie. Dazu auch sogleich im Text.

⁵⁶ *Willoweit* 1974, S. 148 ff.; *Schwab*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1975, Bd. 2, S. 74 ff., 79 ff. (Eigentum).

⁵⁷ Erkennbar wird dies an den eigentumsanalogen Kriterien des „Zuweisungsgehalts“ sowie der „Ausschlussfunktion“ als Maßstab des absoluten Schutzes sonstiger Rechte gemäß § 823 Abs. 1 BGB sowie im Rahmen der Eingriffskondiktion gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB; dazu *Larenz/Canaris*¹³1994, §§ 69 I 1, 76 I, S. 168 ff., 373 ff.; *Staudinger-Hager*¹³1999, § 823 Rz. B 124f.; *Grigoleit/Auer* 2009, Rz. 91, S. 33.

Die Wende zur Moderne lässt sich damit zum einen daran ablesen, dass der enge Eigentumsbegriff seit der ersten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts zunehmend in seine Zentralstellung innerhalb des Sachenrechts einrückte und normativ zwingend an die Freiheit der Person gekoppelt wurde. Für die deutsche Pandektenwissenschaft kann insoweit als gesichert gelten, dass diese Verbindung jedenfalls seit Savigny etabliert war. Savignys Ausrichtung am kantischen Rechtsbegriff ermöglichte ein personenbezogenes Eigentumsverständnis, das das Recht des Eigentümers als Ausfluss der individuellen Willensherrschaft deutete.⁵⁸ So wird das Sacheigentum im „System des heutigen römischen Rechts“ gemäß seinem Zweck, die äußere, unfreie Natur durch den menschlichen Willen zu beherrschen, an zentraler Stelle in die bereits erwähnte Ordnung der Rechtsverhältnisse nach der jeweiligen Willensrichtung des Subjekts eingebettet.⁵⁹ In der Folge bezeichnen etwa Puchta und Wächter das Eigentum als „totale Unterwerfung der Sache“, die grundsätzlich jede Befugnis über eine Sache umschließe bzw. als „rechtliche Herrschaft überhaupt.“⁶⁰ Windscheid schließlich definiert das Eigentum durch die Maßgeblichkeit des Eigentümerwillens hinsichtlich der Sache „in der Gesamtheit ihrer Beziehungen.“⁶¹

Man beachte, wie sich die gedankliche Totalität der personalen Willensherrschaft dabei zugleich in der konstruktiven Totalität des Eigentümerrechts niederschlägt. Der ungeteilten Willenssphäre des Individuums entspricht ein ebenfalls als unteilbare, absolute Herrschaftssphäre konstruiertes Eigentumsrecht. An dieser Stelle erweist sich daher die ideale Eignung des absolut-dinglichen römischen Sacheigentumsbegriffs, als „Begriffsgefäß“ für die rechtsdogmatische Durchsetzung des vernunftrechtlichen Individualismus zu fungie-

⁵⁸ Grundlegend *Savigny* 1840, Bd. 1, § 56, S. 367 ff.; zum Autonomiebezug von Savignys Eigentumstheorie *Bürge* 1995, S. 66 ff., 89 ff., 150 ff. Bürges weitergehende Folgerung, wonach das individualistische Verständnis von Eigentum und Vertrag im französischen Rechtsdenken des neunzehnten Jahrhunderts nicht das Erbe der Französischen Revolution, sondern der Rezeption der historischen Rechtsschule Savignys gewesen sei, während in der Frühzeit des Code civil etatistische, objekt- und gemeinschaftsbezogene Privatrechtsbegriffe dominiert hätten (vgl. auch *Bürge* 1989, S. 367 ff.), kann vom hier vertretenen Standpunkt aus allerdings in zweifacher Hinsicht nicht überzeugen. Zum einen überzeichnet sie die Bedeutung des Kantianismus und Individualismus bei Savigny (vgl. bereits vorstehend § 1 Fn. 38 f., 78 m. w. N.; dazu kritisch nur *Rückert* 1984, S. 287 ff., 364 ff.). Zum anderen lässt sich aus der Koexistenz von „liberalen“ und „sozialen“ Privatrechtskonzeptionen im modernen Rechtsdenken nach hier vertretener Ansicht gerade nichts über deren jeweilige Dominanz oder Schlüssigkeit als „Rechtsparadigma“ ableiten. Charakteristisch für das Rechtsdenken der Moderne ist vielmehr gerade das *offen* zutage tretende, spannungreiche *Nebeneinander* beider Dimensionen des Rechtsbegriffs. Dazu näher nachstehend § 5 III.

⁵⁹ *Savigny* 1840, Bd. 1, § 53, S. 338.

⁶⁰ *Puchta* 1854, Bd. 1, § 144, S. 316; *Wächter* 1880, Bd. 2, § 118, S. 3 (Hervorhebung weglassen); vgl. auch *Schwab*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1975, Bd. 2, S. 78 m. w. N. (Eigentum).

⁶¹ *Windscheid/Kipp* 1906, Bd. 1, § 167, S. 857.

ren.⁶² Dazu bedurfte es lediglich einer freiheitstheoretischen Aufladung der – ursprünglich keineswegs liberal konzipierten – klassischen Eigentumsdefinition. Das Recht des Eigentümers, mit der Sache in den Grenzen der Gesetze nach Belieben zu verfahren, musste sich unter dem Einfluss der liberalen Eigentumslehren schließlich als vernunftrechtlich zwingender Ausfluss des Autonomieprinzips erweisen.

III. Geistiges Eigentum und Persönlichkeitsrecht

Der eigentliche Lackmustest für den Durchbruch zur Moderne im Eigentumsdenken liegt nach dem bisher Gesagten jedoch in der *zweiten* genannten Entwicklung, nämlich der Durchsetzung eines „weiten“ Eigentumsverständnisses in dem Sinne, dass neben dem Sacheigentum auch eigentumsanalog strukturierte nichtkörperliche absolute Rechte als Teil der Privatrechtsordnung anerkannt und als Ausfluss derselben Freiheit der Person begriffen wurden, die dem Sacheigentum zugrundeliegt.⁶³

Für das deutsche Rechtsdenken ist insoweit zunächst festzustellen, dass sich ein „weiter“ Eigentumsbegriff namentlich unter Einschluss des „geistigen Eigentums“ – anders als im englischen⁶⁴ sowie insbesondere im französischen Recht,⁶⁵ aus dessen Tradition der *droits de la propriété des auteurs* die Begriffe *propriété intellectuelle* bzw. *propriété industrielle* ursprünglich stammen – jedenfalls als *rechtsdogmatische* Kategorie gegen die Dominanz des auf körperliche Gegenstände beschränkten Eigentumsbegriffs der Pandektistik und des BGB letztlich nicht durchsetzen konnte.⁶⁶ Während sich die Theorie des Urheberrechts und gewerblichen Rechtsschutzes in Deutschland zu Beginn des

⁶² Schwab, in: Brunner/Conze/Koselleck 1975, Bd. 2, S. 74f. m. w. N. (Eigentum): „juristisches Gefäß“.

⁶³ Ähnlich Schwab, in: Brunner/Conze/Koselleck 1975, Bd. 2, S. 84ff. (Eigentum), insbesondere zum geistigen Eigentum.

⁶⁴ In Großbritannien wurde der Schutz von Erfinder- und Urheberrechten durch das „Statute of Monopolies“ (1623/24) bzw. das „Statute of Anne“ (1709) begründet und durch die Arbeitstheorie Lockes weiter befördert. Dazu Jänich 2002, S. 62ff.; Wadle 2003, Bd. 2, S. 19f.; Rehbinder ¹⁶2010, § 3 Rz. 21, S. 11 m. w. N.

⁶⁵ In Frankreich trat das „Dekret zum Schutze der Eigentumsrechte der Schriftsteller, Komponisten, Maler und Zeichner“ (1793) in der Folge der Französischen Revolution an die Stelle der abgeschafften Drucker-, Verleger- und Autorprivilegien des Ancien Régime. Dazu Jänich 2002, S. 57ff.; Wadle 2003, Bd. 2, S. 18f., 83ff.; Rehbinder ¹⁶2010, § 3 Rz. 23, S. 11f. m. w. N.

⁶⁶ Repräsentativ für die Debatte des späten 19. Jahrhunderts ist die Stellungnahme des sachenrechtlichen Redaktors der ersten Kommission des BGB, Reinhard Johow, der den weiten Eigentumsbegriff als „unjuristische Vorstellung“ und die Theorie des geistigen Eigentums schlicht als „falsch“ bezeichnet, da „für das damit bezeichnete Recht die Analogie des Eigentums nicht herangezogen“ werden könne; vgl. Johow 1880/1982, S. 490, 494. Ähnlich auch Windscheid/Kipp ⁹1906, Bd. 1, §§ 168, 137 Fn. 10, S. 860f., 693; dazu aus gegenwärtiger

neunzehnten Jahrhunderts noch – französischem Vorbild gemäß – auf das naturrechtlich begründete Modell eines „geistigen Eigentums“ gestützt hatte, geriet dieser Ansatz seit der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts in Verfall.⁶⁷ Erst in jüngster Zeit ist unter internationalem Einfluss eine Renaissance des Rechtsbegriffs des „geistigen Eigentums“ auch in Deutschland zu konstatieren.⁶⁸

Dabei ist die ablehnende Haltung der Pandektistik des neunzehnten Jahrhunderts letztlich nur vor dem Hintergrund des erwähnten deutschen Sonderwegs in der Frage der Verrechtlichung des „Urrechts“ der Person voll verständlich. Der kantischen Tradition, das „angeborene Recht“ der Freiheit trotz der freiheitlichen Legitimation aller subjektiven Privatrechte aus dem Privatrechtsbegriff *auszuklammern* bzw. diesem vor- und überzuordnen, entspricht namentlich bei Savigny die Ablehnung der naturrechtlichen Lehre angeborener Rechte und damit der explizite Ausschluss des gesamten „Urrechts“ an der eigenen Person einschließlich des Rechts am eigenen Körper sowie an den Produkten des eigenen Geistes aus dem Privatrechtssystem der historischen Rechtsschule.⁶⁹ Savigny bediente sich eines ebenso drastischen wie folgenreichen Arguments aus der Unzulässigkeit des Suizids, um die Möglichkeit absoluter Persönlichkeitsrechte neben dem Eigentum wenn nicht auszuschließen, so doch in das ausschließliche Ermessen des positiven Gesetzgebers zu stellen.⁷⁰ Entsprechend

Perspektive *Dölemeyer/Klippel* 1991, S. 216; *Jänich* 2002, S. 82ff., 169ff.; *Wadle* 2003, Bd. 2, S. 84.

⁶⁷ Zur Kritik bzw. teilweise schlicht vorausgesetzten Ablehnung des „geistigen Eigentums“ als Theoriegrundlage im zeitgenössischen urheberrechtlichen Schrifttum *Neustetel* 1824, § 2, S. 8ff.; *Mittermaier* 1842, Bd. 1, § 296, S. 64ff.; *Jolly* 1852, S. 27ff., 59ff.; *Mandry* 1867, S. 7, 33ff.; *Gareis* 1877a, S. 187; *Kobler* 1880, S. 130, 167ff., 194ff. (aber differenzierend ebd., S. 209ff., 226ff. für die vernunftrechtliche Begründbarkeit des „Autorrechts“ auf der Grundlage der Arbeitstheorie); *Kobler* 1892, S. 150ff. (wiederum differenzierend ebd., S. 141ff.); zur vereinzelt a. A. (für die normative und begriffliche Anerkennung eines „literarisch-artistischen Eigentumsrechts“ oder gar „Eigentumsrechts an Ideen“) *Stuwe* 1843, S. 6ff.; *Eisenlohr* 1855, S. 37ff. Zum Ganzen eingehend *Dölemeyer/Klippel* 1991, S. 206ff., 220ff.; *Jänich* 2002, S. 82ff.; *Rehbinder* 2010, § 3 Rz. 24ff., S. 12ff.; jeweils m. w. N.

⁶⁸ Vgl. *Jänich* 2002, S. 1, 166; *Wadle* 2003, Bd. 2, S. 84, 98.

⁶⁹ *Savigny* 1840, Bd. 1, § 53, S. 335ff.; zu Kant bereits vorstehend Fn. 54. Savigny gehörte damit ebenfalls zu den Gegnern des vernunftrechtlich begründeten geistigen Eigentums, nicht jedoch zu den Gegnern urheberrechtlicher Gesetzgebung, an der er als Mitglied des preußischen Staatsrats sogar selbst mitwirkte; dazu eingehend *Wadle* 1996, Bd. 1, S. 267ff., insbes. 280.

⁷⁰ *Savigny* 1840, Bd. 1, § 53, S. 336, wonach selbst ein Recht am eigenen Körper „nicht minder unnütz, ja verwerflich“ sei, „indem es unter andern in consequenter Entwicklung auf die Anerkennung eines Rechts zum Selbstmord führt“ (vgl. aber ebd., S. 337 zum Vorbehalt positiver rechtlicher Normierung). Trotz teilweise geübter Kritik an derartigen Überspitzungen (vgl. *Gareis* 1877a, S. 190f.; *Windscheid/Kipp* 1906, Bd. 1, § 40 mit Fn. 1, S. 173ff.) erwies sich Savignys grundsätzlicher Ausgangspunkt in der Ablehnung naturrechtlicher Rechte an der eigenen Person im nachfolgenden Schrifttum als außerordentlich einflussreich. Zum Ganzen *Klippel* 1987, S. 289; *Wadle* 1996, Bd. 1, S. 280f. m. Fn. 64.

widersetzte er sich – insoweit gegen Kant⁷¹ – auch der Anerkennung und selbst der bloßen „Zusammenstellung“ jeglicher Art von Rechten an geistigen Schöpfungen als Teil des Privatrechtssystems.⁷² Bis heute wirkt diese idealistische Skepsis gegen die Verrechtlichung des „Urrechts“ in der merklichen Zurückhaltung des deutschen Rechts etwa bei der Propertisierung bzw. „Kommerzialisierung“ von Persönlichkeitsrechten nach.⁷³

Letztlich konnten jedoch auch im deutschen Rechtsdenken weder der enge Eigentumsbegriff der Pandektistik noch die idealistische Entgegensetzung von Person und Eigentum die Anerkennung subjektiv-absoluter Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte verhindern. Nach allem bisher Gesagten gibt es zwei ideengeschichtliche Zugänge zum „weiten“ Eigentumsverständnis der Moderne und damit auch zum modernen Begriff des geistigen Eigentums: Entweder die „Person“ bzw. „Persönlichkeit“ ist – wie bei Grotius und Locke sowie in der englischen und französischen Tradition – *selbst* unmittelbarer Gegenstand natürlicher Eigentumsrechte, oder sie bleibt – gemäß der durch Kant und Savigny begründeten deutschen Tradition – aufgrund ihrer höheren „Idealität“ aus der freiheitlich begründeten subjektiven Eigentumssphäre ausgeklammert; dann stellt sich jedoch die Frage, auf welchem anderen Wege („Autorrecht“, „Immaterialgüterrecht“, „Persönlichkeitsrecht“) das unabweisbar personalistische Rechtsbewusstsein der Moderne schließlich doch noch zum Durchbruch gelangt.

Für das deutsche Privatrechtsdenken lässt sich dieser Durchbruch jedenfalls in den siebziger Jahren des neunzehnten Jahrhunderts verorten, als es Autoren wie Josef Kohler, Karl Gareis und Otto von Gierke erstmals überzeugend gelang, die in disparaten Einzelgesetzen verstreuten Immaterialgüterrechte in allgemeine *privatrechtsdogmatische* Theorien des „Immaterialgüterrechts“ sowie vor allem des „Persönlichkeitsrechts“ einzubetten.⁷⁴ Dass in diesen Theorien ein im Verhältnis zur ersten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts gewandeltes

⁷¹ Vgl. *Kant* 1797/1907, Bd. 6, S. 289f. [§ 31 II] sowie bereits *Kant* 1785/1912, Bd. 8, S. 77ff.

⁷² *Savigny* 1840, Bd. 1, § 53, S. 335, wonach gegen ein Eigentumsrecht an den eigenen Geisteskräften spreche, dass es unbegreiflich sei, „wie ein Mensch den andern am Denken hindern, oder umgekehrt in ihm denken, und durch Jenes oder Dieses einen Eingriff in das angegebene Eigentumsrecht verüben könnte.“

⁷³ Ausdrücklich BVerfG, Urt. v. 15. 12. 1999, 1 BvR 653/96, BVerfGE 101, 361, 385 – Caroline v. Monaco, wonach das Allgemeine Persönlichkeitsrecht „nicht im Interesse einer Kommerzialisierung der eigenen Person gewährleistet“ sei. Vgl. bereits BGHZ 26, 394, 355f. – Herrenreiter sowie aus jüngerer Zeit BGHZ 128, 1, 15f. – Caroline v. Monaco I/Erfundenes Exklusivinterview; BGHZ 143, 214, 224ff. – Marlene Dietrich. Zum doppelten Schutzzweck der *Verhinderung* kommerzieller Ausbeutung der Persönlichkeit einerseits sowie der Entschädigung für *immaterielle* Beeinträchtigungen andererseits *Larenz/Canaris* ¹³1994, § 80 I 4a, II 3, S. 494f., 502 m. w. N.

⁷⁴ Zum Immaterialgüterrecht *Kohler* 1880, S. 130ff.; *Kohler* 1892, S. 157ff.; zum Persönlichkeitsrecht (bzw. „Individualrecht“) grundlegend *Gareis* 1877a, S. 188ff.; *Gierke* 1895, Bd. 1, S. 702ff.; zum Ganzen *Dölemeyer/Klippel* 1991, S. 224ff.; *Rehbinder* ¹⁶2010, § 3 Rz. 29ff., S. 14ff.

Rechtsbewusstsein zum Ausdruck kam, lässt sich vor allem bei Gierke ermes- sen, der das allgemeine Persönlichkeitsrecht als „einheitliches subjektives Grundrecht“ konzipierte, „das alle besonderen subjektiven Rechte fundamen- tirt.“⁷⁵ Nimmt man die Voraussetzung ernst, dass subjektive Rechte um der Freiheit der Person willen begründet werden, erwächst das Persönlichkeitsrecht – wie Gierke erkannte – zur dogmatischen Grundkategorie des modernen sub- jektiven Privatrechts schlechthin.

Nun wurde diese Konsequenz zwar wiederum aufgrund der entgegenstehen- den *lex lata* im deutschen Privatrecht nie vollständig gezogen. Bekanntlich gel- ang es erst dem BGH im Jahre 1954, das allgemeine Persönlichkeitsrecht als „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu etablieren;⁷⁶ es steht in seiner Ausprägung als Schutzrecht der Persönlichkeitssphäre im engeren Sinne im geltenden Recht nicht *über*, sondern lediglich *neben* anderen absoluten Im- materialrechten, namentlich Immaterialgüter- und besonderen Persönlichkeits- rechten.⁷⁷ Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Persönlichkeitsschutzes, der sowohl dem Sacheigentum und beschränkt-dinglichen Rechten als auch den absoluten Immaterialrechten als verbindende normative Klammer zugrundelä- ge, wird vom geltenden Recht nicht anerkannt. In der Praxis wäre ein solcher Rechtsgrundsatz zudem mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass der Persön- lichkeitsbezug der einzelnen Material- und Immaterialgüterrechte durchaus unterschiedlich ausgeprägt ist. Gerade im Bereich des geistigen Eigentums tref- fen Rechte mit stark persönlichkeitsrechtlich geprägtem Doppelcharakter wie das Urheberrecht mit wenig persönlichkeitsrelevanten Immaterialgüterrechten wie dem Markenrecht zusammen.⁷⁸ Andererseits gehört aber gerade das körper- liche Sacheigentum zu den Rechten, deren Persönlichkeitsrechtsbezug immer wieder vor allem unter verfassungsrechtlichen Aspekten anerkannt worden ist.⁷⁹ Ein „weites“ Eigentumsverständnis tritt im geltenden deutschen Recht zu- dem im Rahmen des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG zutage, der weit über das Eigentumsverständnis des BGB hinaus sämtliche vermögenswerten Rechte umfasst.⁸⁰

⁷⁵ Gierke 1895, Bd. 1, S. 703 f.; dazu auch *Dölemeyer/Klippel* 1991, S. 226 f.

⁷⁶ Grundlegend BGHZ 13, 334, 338 – Leserbrief gegen die noch ablehnende Haltung des Reichsgerichts; vgl. RGZ 69, 401, 403 f. – Nietzsche-Briefe; zum Ganzen *Larenz/Canaris* ¹³1994, § 80 I, S. 491 ff.; *Staudinger-Hager* ¹³1999, § 823 Rz. C 1 f.; jeweils m. w. N.

⁷⁷ Hierzu führt namentlich die verbreitete Qualifikation des Allgemeinen Persönlichkeits- rechts als generalklauselartiges „Rahmenrecht“ bzw. als subsidiärer Auffangtatbestand; vgl. BGHZ 45, 296, 307; BGHZ 50, 133, 143; zusammenfassend *MünchKomm-Wagner* ⁶2013, § 823 Rz. 242; kritisch *Larenz/Canaris* ¹³1994, § 80 I 6, III 2, S. 496 ff., 518 ff.

⁷⁸ Zum Urheberpersönlichkeitsrecht vgl. §§ 11 ff. UrhG; zum Ganzen *Jänich* 2002, S. 243 ff.

⁷⁹ Dazu *Jänich* 2002, S. 245 ff.; *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* ⁶2010, Art. 14 Rz. 12 ff.; zum amerikanischen Recht ausführlich *Radin* 1982, S. 957 ff.

⁸⁰ Vgl. *Wieland*, in: *Dreier* ²2004, Art. 14 Rz. 38; *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* ⁶2010, Art. 14 Rz. 111; *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau* ¹²2011, Art. 14 Rz. 9; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* ¹²2012, Art. 14 Rz. 6 ff.

Insgesamt lässt sich damit konstatieren, dass seit der Anerkennung subjektiv-absoluter Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte das Tor zu deren eigentumsanaloger Verrechtlichung und damit zur Durchsetzung eines „weiten“ Eigentumsverständnisses auch im deutschen Privatrecht aufgestoßen ist. Dabei kommt es weder darauf an, ob die Anerkennung eines solchen „weiten“ Eigentumsbegriffs als Rechtsbegriff neben § 903 BGB dogmatisch funktional wäre, noch, ob sich seine Wertungssubstanz im geltenden Recht unmittelbar auf vernunftrechtliche Grundlagen zurückführen lässt.⁸¹ Entscheidend kommt es vielmehr allein auf die strukturelle *Denkmöglichkeit* eines nichtgegenständlichen, rein personenbezogenen, subjektiv-absoluten Rechts an, in dem sich der Güterschutzgedanke des Eigentumsbegriffs mit der absoluten Schutzwürdigkeit der Persönlichkeit verbindet. Ist ein solches unkörperliches Eigentum erst einmal anerkannt, drängt es aufgrund des vernunftrechtlichen Mechanismus der Eigentumsbegründung, wonach die individuelle Zuweisung von Eigentumsrechten immer gerechtfertigt ist, wenn knappe Güter nur durch individuelle Arbeit bzw. Okkupation entstehen oder nutzbar gemacht werden können, von selbst in die Richtung immer weitergehender Propertisierung der individuellen Persönlichkeitssphäre.

Die Wirksamkeit dieses Mechanismus im geltenden Recht lässt sich etwa anhand der Grundsatzentscheidung des BGH im Fall „Marlene Dietrich“ zum Problem des postmortalen Persönlichkeitsschutzes demonstrieren.⁸² In dieser Entscheidung erkannte der BGH die Vererblichkeit und deliktsrechtliche Schutzfähigkeit der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts durch Schadensersatzansprüche des Erben gemäß § 823 Abs. 1 BGB an und rückte das allgemeine Persönlichkeitsrecht damit in die Nähe eines eigenständigen Immaterialgüterrechts, auch wenn die dafür entscheidende Frage nach der lebzeitigen Verwertbarkeit und Schutzfähigkeit der Persönlichkeit nach dem

⁸¹ Letzteres wäre unter dem rechtspositivistischen Methodenverständnis des geltenden Rechts ohnehin kein gangbarer Begründungsweg. Dazu beispielhaft bereits *Gareis* 1877a, S. 198f., der sich ausdrücklich *gegen* die unmittelbare naturrechtliche Begründung des Persönlichkeitsrechts verwahrt: „Nicht ein einziges aller hierhergehörigen Rechte ist in allen Staaten und Zeiten gleichmäßig anerkannt oder auch nur überhaupt anerkannt worden. Auch diese Rechte sind vom positiven Recht (Gesetz oder Gewohnheit) der einzelnen Rechtsgebiete und Zeitalter entsprechend dem jeweiligen Kultur- und Bedürfnisleben, insbesondere unter dem Eindrucke bestimmter volkswirtschaftlicher Anschauungen, creirt worden. Alle aber tragen den (verschieden entwickelten) Rechtsgedanken in sich: Rechtssubjekte verlangen die Anerkennung ihrer Individualität, Anerkennung ihrer Thätigkeit als Individuen, Anerkennung der Beherrschung ihres Individuellen.“ Treffender lässt sich der Rechtsgedanke der Moderne kaum darlegen. Dazu aus allgemeinerer Perspektive nochmals *Gareis* 1877b, S. 137ff.

⁸² BGH, Urt. v. 1. 12. 1999, I ZR 49/97, BGHZ 143, 214 – Marlene Dietrich; vgl. auch BGH, Urt. v. 1. 12. 1999, I ZR 226/97, GRUR 2000, S. 715 – Der blaue Engel; inzwischen modifizierend und restriktiver BGHZ 169, 193, 198f. – kinski-klaus.de. Befürwortend zu dieser Rechtsprechung *Wagner* 2000, S. 717ff.; *Jänich* 2002, S. 289f.; MünchKomm-Wagner 62013, § 823 Rz. 243ff.; kritisch dagegen *Schack* 2000, S. 1060ff.

Vorbild des US-amerikanischen *right of publicity* letztlich offen blieb.⁸³ Was hier jedoch vor allem interessiert, ist die Argumentationsstrategie des BGH, anhand derer sich anschaulich nachvollziehen lässt, wie an der Grenze zwischen persönlicher Freiheit und individueller Rechtssphäre jederzeit neue immaterielle, subjektiv-absolute Rechte mit Eigentumscharakter entstehen können: Die Vererblichkeit des Persönlichkeitsrechts sei geboten, da es unbillig sei, „den durch die Leistungen des Verstorbenen geschaffenen ... Vermögenswert nach seinem Tode dem Zugriff eines jeden beliebigen Dritten preiszugeben, statt diesen Vermögenswert seinen Erben oder Angehörigen ... zukommen zu lassen.“⁸⁴

Der Gerechtigkeitsaspekt, auf dem diese Begründung basiert, liegt im Stichwort der „Leistungen des Verstorbenen“. Dieser Grundgedanke der Lockeschen Arbeitstheorie lässt es nach Ansicht des BGH unbillig erscheinen, die kommerzielle Ausbeutung des knappen Gutes „bekannte Persönlichkeit“ in die Hände beliebiger Dritter zu legen. Von den Befürwortern der Entscheidung wurde dementsprechend auf die Anreizfunktion der Immaterialgüterrechte für die Erschaffung kreativer Individualleistungen hingewiesen.⁸⁵ Nun ist es zwar keineswegs ausgemacht, dass eine immaterialgüterrechtliche Verfestigung des Persönlichkeitsrechts wirklich, wie vom BGH beansprucht, zu einer Stärkung des Persönlichkeitsschutzes führt oder ob sie sich nicht vielmehr in letzter Konsequenz sogar *gegen* die zu schützende Persönlichkeit richtet, indem sie deren Wirkungssphäre im Verhältnis zu Dritten und Nachgeborenen auf den Raum eines vermögenswerten Ausschließlichkeitsrechts verengt.⁸⁶ Doch unabhängig von der Berechtigung dieses Einwands bleibt jedenfalls festzuhalten, dass der BGH mit seiner Argumentation in der ersten Moderne angekommen ist, in der das weite Grundprinzip der Eigentumsbegründung letztlich zur Propertisierung *aller* aus der persönlichen Freiheit abgeleiteten Güter einlädt.

IV. Kern-Peripherie-Struktur und institutionelle Absicherung

Insgesamt resultiert aus dem Zusammenspiel der bisher erörterten ideengeschichtlichen Traditionen also ein Eigentumsverständnis, das sich bereits auf der Grundlage der Wertungen der ersten Moderne allein – also *vor* dem Ansetzen jeder Kritik – als Kern-Peripherie-Struktur beschreiben lässt, in der das durch seine Körperlichkeit klar definierte und durch sachenrechtliche Grund-

⁸³ BGHZ 143, 214, 217 ff., insbes. 221 f.; zur Interpretation ähnlich Wagner 2000, S. 717 ff.; Jänich 2002, S. 289 f. Insgesamt scheint die Herausbildung eines vollausgeformten *right of publicity* nach der neueren Rechtsprechung eher unwahrscheinlich; vgl. BGHZ 169, 193, 198 f. – kinski-klaus.de.

⁸⁴ BGHZ 143, 214, 224.

⁸⁵ So insbesondere Wagner 2000, S. 718.

⁸⁶ Kritisch in diesem Sinne Schack 2000, S. 1061 f.; vgl. auch nachstehend § 6 II bei Fn. 41 ff.

sätze institutionell abgesicherte Sacheigentum als Begriffskern von einer Peripherie zunehmend vergeistigter, personalisierter und entmaterialisierter „weiterer“ Eigentumsformen flankiert wird.⁸⁷ Von einer begrifflichen „Auflösung“ des engen Sacheigentumsbegriffs im Konflikt mit konkurrierenden weiteren Eigentumsformen kann also zunächst ebenso wenig die Rede sein wie von einem normativ einheitlichen, scharfumrissenen Eigentumskonzept. Die Wahrheit liegt eher zwischen beiden Extremen: Enge und weite Eigentumsbegrifflichkeiten koinzidieren im Eigentumsdenken der ersten Moderne und erweisen sich wohl gerade durch die wechselseitige Stützung und Vernetzung ihrer institutionellen und normativen Voraussetzungen als gegenseitig stabilisierend.

Ziel des vorliegenden Abschnitts ist es nun abschließend, die Mechanismen dieser institutionellen Absicherung anhand der Dogmatik des geltenden Rechts konkret nachvollziehbar zu machen. Es geht im Einzelnen darum, die dogmatischen Grenzziehungen zu identifizieren, die trotz aller normativen Einebnungsdynamik dennoch die Bewahrung und gegenseitige begriffliche „Reinigung“ von Eigentumskernbereich, Peripherie und dem externen Bereich obligatorischer Rechte ermöglichen. Drei bisher schon begegnete Gruppen von absolut-ausschließlichen Zuordnungsrechten sollen dazu betrachtet werden: Zum einen die körperlich-dinglichen Rechte im engeren Sinne des BGB, d.h. Sacheigentum sowie beschränkt-dingliche Rechte, zum anderen die bisher diskutierten Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte sowie schließlich die bisher nur kurz erwähnte Fallgruppe teilweise verdinglichter obligatorischer Rechte.⁸⁸ Eine abschließende Aufzählung eigentumsförmiger Zuordnungsrechte soll damit nicht unternommen werden. Vielmehr lassen sich unschwer weitere Beispiele für „neue“ Formen zuweisungsfähiger Güter angeben, bei denen sich die Frage nach einer eigentumsanalogen Verrechtlichung stellt, so etwa für Sportübertragungsrechte, Internet-Domains, virtuelle Güter, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder elektrische Energie.⁸⁹

Ausgangspunkt für die Bestimmung der dogmatischen Eigenschaften des Eigentumskernbereichs bleibt – trotz aller oben erörterten Probleme des Dinglichkeitsbegriffs – die erste Gruppe der körperlich-dinglichen Rechte im engeren Sinne. Fragt man nach deren dogmatischen Charakteristika, so gelangt man zu einem zweiteiligen Kriterienkatalog, der zum einen die bereits erörterte Absolutheit der Zuordnungswirkung mit resultierendem absolutem Klage-, Verfügungs- und Sukzessionsschutz sowie Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsfestigkeit und zum anderen die allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätze wie *numerus clausus*, Spezialitäts- und Publizitätsprinzip umfasst.⁹⁰ Teilweise werden darüber hinaus noch weitere Kriterien wie das Trennungs- und Abstrakti-

⁸⁷ Vgl. *di Robilant* 2010, S. 20 ff., 35 ff.

⁸⁸ Grundlegend *Canaris* 1978, S. 371 ff.

⁸⁹ Zu diesen und weiteren Fallgruppen *Peukert* 2008, S. 136 ff. m. w. N.

⁹⁰ *Canaris* 1978, S. 373 ff., 376 ff.; ähnlich *Jänich* 2002, S. 187 ff., insbes. 198 ff., 202 ff., 237 ff.

onsprinzip, die typische Körperlichkeit bzw. Besitzbezogenheit dinglicher Rechte, ihre begriffliche Ungeteiltheit oder Totalität, ihre grundsätzlich unbestimmte Dauer usw. genannt.⁹¹

Legt man diese Maßstäbe nun an die beiden genannten Gruppen weiterer Eigentumsformen, nämlich die verdinglichten obligatorischen Rechte einerseits und die absoluten Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte andererseits an, so zeigt sich eine geradezu verblüffende Fülle an Kombinations- und Abstufungsmöglichkeiten von verschiedenen Graden an Verdinglichung bzw. „Verabsolutierung“ zwischen rein obligatorischen Ansprüchen einerseits und dinglichen Rechten andererseits. Bereits anhand der eher vereinzelt Fälle verdinglichter obligatorischer Rechte im geltenden Recht gelangt etwa Canaris zu der Auffassung, es stehe „der Rechtsordnung grundsätzlich frei, eine Rechtsposition nicht mit allen, sondern nur mit einzelnen Charakteristika der Dinglichkeit zu versehen und dadurch Zwischenstufen zwischen echten dinglichen Rechten und rein obligatorischen Rechten zu schaffen.“⁹² Canaris legt dies u. a. anhand der Rechtsstellungen des Vormerkungsberechtigten, des schuldrechtlich Besitzberechtigten, des Kommittenten sowie des Treugebers bei der Vollrechtstreuhand dar. Am weitesten reicht danach der dingliche Schutz der Vormerkung, die sich von einem echten dinglichen Recht nur durch ihre obligatorische Grundlage in der gesicherten Forderung bzw. das Fehlen eines eigenständigen dinglichen Anspruchs unterscheidet (§ 883 Abs. 1 S. 1 BGB).⁹³ Die Ähnlichkeit mit einem echten dinglichen Recht geht in diesem Fall immerhin so weit, dass Analogien zu den entsprechenden Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs, des Nutzungs-, Schadens- und Verwendungsersatzes möglich und geboten sind.⁹⁴ Wesentlich schwächer ist dagegen das obligatorische Recht zum Besitz ausgestaltet, das hauptsächlich im Falle des § 566 BGB – Kauf bricht nicht Miete – teilverdinglichte, allerdings wohl weniger dem Rechts- als vielmehr dem Sozialschutz geschuldete Auswirkungen besitzt.⁹⁵ Etwa in der Mitte zwischen diesen beiden Extremen angesiedelt ist schließlich die Verdinglichung treuhandrechtlicher Rechtspositionen wie der Stellung des Kommittenten und des Treugebers, deren Ansprüche gegen den Kommissionär bzw. Treuhänder jeweils Vollstre-

⁹¹ Jänich 2002, S. 212 ff., 221 ff., 226 ff., 264 ff.

⁹² Canaris 1978, S. 425.

⁹³ Zu den dinglichen Wirkungen der Vormerkung vgl. §§ 883 Abs. 2, 3, 884 BGB, 106 InsO, 48 ZVG; dazu Canaris 1978, S. 381 ff.; Assmann 1998, S. 78 ff.; Staudinger-Gursky 2008, § 883 Rz. 328 ff.; Baur/Stürner¹⁸2009, § 20 Rz. 33 ff., S. 260 ff.; Auer 2007b, S. 1122 ff.

⁹⁴ Analog §§ 892, 893 2. Alt., 987 ff., 994 ff. BGB; die Reichweite ist im Einzelnen str. Vgl. zum Nutzungsersatz BGHZ 144, 323, 327; aus dem Schrifttum zum Ganzen Canaris 1978, S. 387 ff.; Staudinger-Gursky 2008, § 883 Rz. 341 ff., § 888 Rz. 77 ff., § 892 Rz. 58 ff.

⁹⁵ Vgl. Canaris 1978, S. 392 ff. Hinsichtlich § 566 BGB stellt sich unter Berücksichtigung von Art. 14 Abs. 1 GG eher die Frage nach einer Teilverdinglichung des wohnraummietvertraglichen Bestandsschutzes; dazu BVerfGE 89, 1, 5 ff. sowie Neuner 1999, S. 259 ff. m. w. N.

ckungs-, Insolvenz- sowie teilweise auch Verfügungsschutz im Verhältnis zu Dritten genießen.⁹⁶

Es ist nicht erforderlich, die Mannigfaltigkeit möglicher Beispiele hier fortzusetzen. Entscheidend ist vielmehr, was daraus methodisch für die Struktur der teilverdinglichten Eigentumsperipherie folgt. Canaris ist der Auffassung, dass die Annahme einer „Typenreihe“⁹⁷ oder gar eines „beweglichen Systems“⁹⁸ der dinglichen bzw. teilverdinglichten Rechte im Sinne einer gleitenden Skala von „dinglich“ über „teilverdinglicht“ bis hin zu „rein obligatorisch“ trotz aller hier gar nicht im Einzelnen wiederzugebenden Abstufungen mit dem sachenrechtlichen *numerus-clausus*-Prinzip unvereinbar und daher ausgeschlossen sei.⁹⁹ Dieses enthalte zwar kein allgemeines Verbot der Rechtsfortbildung; letztere dürfe jedoch nur zur Ausbildung „einzelner, fest umrissener Tatbestände der Verdinglichung, nicht aber zu einer generalklauselartigen Durchbrechung des *numerus-clausus*-Prinzips führen.“¹⁰⁰ Zutreffend ist diese Argumentation sicherlich hinsichtlich der grundsätzlichen Funktion des *numerus-clausus*-Prinzips, Art und Inhalt absoluter Rechte aus Effizienz- und Verkehrsschutzgründen auf bestimmte, abschließend normierte Typen zu beschränken. Doch fragt sich, ob der daran geknüpfte Unterschied zwischen „typologischem“ und „abstrakt-begrifflichem Denken“ vor allem im Zusammenhang der Rechtsfortbildung wirklich so erheblich sein kann wie von Canaris beansprucht.¹⁰¹ Denn selbst wenn die Entstehung dinglicher „Generalklauselrechte“ mit variablen Tatbestandsmerkmalen ausgeschlossen sein sollte, bleibt die Entstehung neuer dinglicher Typen und Typenreihen mit zwar jeweils für sich fixierten, untereinander aber fast beliebig ausdifferenzierbaren Zwischenformen zulässig.¹⁰² Solchen Neuschöpfungen lässt sich das *numerus-clausus*-Prinzip selbst dann nicht entgegenhalten, wenn im Ergebnis quasi fließende Übergänge vom Eigentumskernbereich zur teilverdinglichten Peripherie bis hinein in den „ausfransenden“ Bereich bloßer obligatorischer Rechte resultieren. Ein „Abstandsgebot“ zwischen einzelnen Typen absoluter Rechte lässt sich dem *numerus-clausus*-Prinzip jedenfalls kaum entnehmen.¹⁰³

⁹⁶ Zum Ganzen Canaris 1978, S. 405 ff., 410 ff. m. w. N.

⁹⁷ Dazu Larenz⁶1991, S. 461 ff.; übereinstimmend Larenz/Canaris³1995, S. 290 ff.; vgl. ferner Auer 2005, S. 159 ff. m. w. N.

⁹⁸ Wilburg 1941, S. 26 ff.; Wilburg 1950, S. 4 ff.; dazu Canaris²1983, S. 74 ff.; zur methodischen Einordnung auch Auer 2005, S. 85 f., 159 ff.

⁹⁹ Canaris 1978, S. 376 ff.

¹⁰⁰ Ebd., S. 377.

¹⁰¹ So ausdrücklich Canaris 1978, S. 377.

¹⁰² Eingehend Kern 2013, S. 229 f. zur mangelnden Eignung des *numerus-clausus*-Prinzips, die Rechtsfortbildung im Bereich dinglicher Rechte durch Ausschluss neuer oder Konservierung vorhandener Typenbildungen wirksam zu begrenzen. Vgl. auch Staudinger-Seiler 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 42 ff. zu nachträglichen Erweiterungen des gesetzlichen Typenkatalogs.

¹⁰³ Daraus folgt freilich keinesfalls die Funktionslosigkeit des *numerus-clausus*-Prinzips.

Dies wird noch deutlicher, wenn man sich schließlich der dritten Gruppe der absoluten Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte zuwendet.¹⁰⁴ Legt man an die anerkannten Immaterialgüterrechte des geistigen Eigentums die oben herausgearbeiteten Maßstäbe der Verdinglichung bzw. Verabsolutierung an, so ergeben sich zwar zunächst klare Anhaltspunkte für eine Vergleichbarkeit mit den dinglichen Rechten des BGB. Urheberrechte, Patente, Marken usw. verkörpern durchweg absolute Ausschließlichkeitsrechte mit eigentumsähnlichem Zuweisungs- und Ausschlussgehalt zugunsten des Inhabers.¹⁰⁵ Im Verhältnis zu Dritten sind sie durch Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche umfassend geschützt.¹⁰⁶ Absoluten Verfügungsschutz im Verhältnis zu Dritten genießen die Immaterialgüterrechte mit Ausnahme des nicht übertragbaren, stark persönlichkeitsrechtlich geprägten Urheberrechts durch unmittelbar dinglich wirkende Übertragung im Wege der Zession, §§ 398, 413 BGB.¹⁰⁷ Daraus sowie aus ihrer spezifischen dogmatischen Fixierung ergibt sich schließlich auch die Geltung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips, des Spezialitäts- bzw. Bestimmtheitsgrundsatzes sowie vor allem des *numerus-clausus*-Prinzips.¹⁰⁸ So lässt die dogmatische Ausgestaltung des geistigen Eigentums durch eine Vielzahl von Spezialgesetzen, die die einzelnen Immaterialgüterrechte seit dem neunzehnten Jahrhundert außerhalb der Dogmatik des bürgerlichen Rechts etabliert haben, zunächst grundsätzlich nur eine kleine Zahl gesetzlich fixierter und in ihrer Entstehung meist stark formalisierter Rechte zu.¹⁰⁹ Zugleich kommt

Im Gegenteil finden sich gerade in jüngerer Zeit Versuche zu seiner rechtsökonomischen, rechtsvergleichenden oder dogmatisch-wertenden Rekonstruktion. Vgl. *Merrill/Smith* 2000, S. 24 ff.; *Akkermans* 2008, S. 565 ff.; *Kern* 2013, S. 452 ff. und *passim*. Vgl. auch nachstehend bei Fn. 125.

¹⁰⁴ Deren Berücksichtigung im Zusammenhang der Problematik der „Verdinglichung“ bzw. „Verabsolutierung“ sonstiger Rechte erscheint vom Standpunkt eines „weiten“ Eigentumsverständnisses aus geboten. Vgl. auch *Staudinger-Seiler* 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 36 zur teilweisen Geltung der verengend als „sachenrechtlich“ bezeichneten Prinzipien für absolute Rechte im Allgemeinen.

¹⁰⁵ § 11 UrhG, § 9 PatG, §§ 14 Abs. 1, 15 Abs. 1 MarkenG, § 11 Abs. 1 GebrMG, § 7 Abs. 1 DesignG; dazu *Jänich* 2002, S. 201; *Götting* 2010, § 5 Rz. 1 ff., S. 51 ff.; *Haedicke*, in: *Haedicke/Timmann* 2012, § 1 Rz. 2, S. 3.

¹⁰⁶ § 97 UrhG, § 139 PatG, §§ 14 Abs. 5 ff., 15 Abs. 4 ff. MarkenG, § 24 GebrMG, § 42 DesignG; ferner subsidiär § 823 Abs. 1, 2 BGB; dazu *Staudinger-Hager* 1999, § 823 Rz. B 137. Ein dem § 985 BGB entsprechender dinglicher Herausgabeanspruch scheidet zwar aus konstruktiven Gründen aus, da ein Auseinanderfallen von Rechtsinhaberschaft und Besitz bei Immaterialgüterrechten anders als bei körperlich-dinglichen Rechten nicht möglich ist. § 8 S. 1, 2 PatG enthält mit der „Patentvindikation“ jedoch einen strukturell an § 894 BGB angelehnten Berichtigungsanspruch. Dazu *Jänich* 2002, S. 301 ff.; *Chakraborty/Timmann/Pansch*, in: *Haedicke/Timmann* 2012, § 3 Rz. 110 ff., S. 293; jeweils m. w. N.

¹⁰⁷ Dazu *Jänich* 2002, S. 266 ff. Ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten kommt nach überwiegender Ansicht selbst bei Registerrechten wie dem Patent- und Markenrecht nicht in Betracht; vgl. ebd., S. 278 ff.

¹⁰⁸ Zum Ganzen ausführlich *Jänich* 2002, S. 209 ff., 237 ff., 265 ff. m. w. N.

¹⁰⁹ Zum *numerus clausus* im Bereich des geistigen Eigentums bereits *Raiser* 1961, S. 467 ff.; aus jüngerer Zeit *Jänich* 2002, S. 237 ff. m. w. N.

in dieser enumerativen Ausgestaltung der wesentliche, für das gesamte Recht des geistigen Eigentums zentrale Grundsatz zum Ausdruck, dass Ideen als solche grundsätzlich nicht Gegenstand absoluter Ausschließlichkeitsrechte, sondern frei von Schutzrechten der allgemeinen Verfügbarkeit zugänglich sein sollen.¹¹⁰ Dahinter steht die Erwägung, dass die Zuweisung geistiger Eigentumsrechte zwar einerseits die nötigen Anreize zur Schöpfung kreativer Individualleistungen schaffen soll, aber andererseits niemals so weit gehen darf, deren Verbreitung und Eingang in den allgemeinen Kenntnis- und Entwicklungsfortschritt zu behindern.¹¹¹ Der *numerus clausus* der geistigen Eigentumsrechte besagt also nichts anderes, als dass deren Begründung nur im Rahmen des Erforderlichen zulässig sein soll, um eine vollständige Propertisierung der geistigen Welt durch subjektive Ausschließlichkeitsrechte, wie sie die physische Welt längst unumkehrbar erfahren hat, zu verhindern.¹¹²

Andererseits ist die normative Wirksamkeit eines so verstandenen *numerus clausus* jedoch gerade im Bereich des geistigen Eigentums besonders schwach.¹¹³ Raiser konstatierte bereits im Jahre 1961, dass das als Herrschaftsrecht konstruierte Immaterialgüterrecht besonders leicht dazu verführe, „beliebige Werte außerhalb der sinnlich erfahrbaren Welt zu Gegenständen subjektiver Rechte zu erklären.“¹¹⁴ Dies lässt sich schon daran ablesen, dass nach allem Gesagten bereits die *Entstehung* und begriffliche Anerkennung des „geistigen Eigentums“ gegen die ausdrückliche Beschränkung des bürgerlichen Rechts auf das Sacheigentum einer geradezu planwidrigen Rechtsneuschöpfung gleichkam, durch die sich der weite, personalisierte Eigentumsbegriff der Moderne gegen die hergebrachten Sachstrukturen körperlich-dinglicher Eigentumsrechte durchsetzte. Diese Dynamik hat sich seitdem noch verschärft. Dies ist zum einen darauf zurückzuführen, dass sich die Konturen der Immaterialgüterrechte anders als die Grenzen körperlich-dinglicher Rechte gerade nicht anschaulich entlang der physischen Sachgrenzen körperlicher Objekte abstecken lassen, sondern mit neuentstandenen geistig-persönlichen Schutzinteressen auch neue Bedürfnisse nach rechtsförmiger Verdinglichung aufwerfen. Hinzu kommt zum anderen die große Bedeutung technischen, insbesondere medientechnischen Wandels für die Möglichkeiten der Nutzung und Verbreitung geistigen

¹¹⁰ Vgl. Jänich 2002, S. 237.

¹¹¹ Dem dient namentlich die zeitliche Befristung des geistigen Eigentums durch Schutzfristen; vgl. § 64 UrhG, § 16 PatG, § 47 MarkenG, § 23 Abs. 1, 2 GebrMG, § 27 Abs. 2 DesignG; dazu Jänich 2002, S. 223 ff.; Boyle 2008, S. 21 ff.; Götting 2010, § 5 Rz. 41 ff., S. 63 ff. Zum zugrundeliegenden Problem der Ökonomie öffentlicher Güter nachstehend § 6 II bei Fn. 34 ff.

¹¹² Dazu eindrucksvoll Raiser 1961, S. 467, wonach „im Bereich der europäischen Kultur ... [die] Ausdehnung des Kreises dieser Güter auf praktisch alle Gegenstände der räumlich-körperlichen Außenwelt, soweit sie irgendeinen Knappheitswert haben, also auf Grundstücke und Fahrnis schlechthin“ „längst vollzogen“ sei.

¹¹³ Vgl. Raiser 1961, S. 467.

¹¹⁴ Ebd., S. 468.

Eigentums. Mit deren kontinuierlicher Erweiterung geht typischerweise auch die Entstehung von Schutzlücken oder neuen Schutzbedürfnissen einher, die über kurz oder lang zur weiteren Expansion der bestehenden Rechtsformen zwingt.

Ein Beispiel aus jüngerer Zeit bildet die urheberrechtliche Vergütung für Drucker, Plotter und PCs gemäß § 54a Abs. 1 UrhG a. F., die die Hersteller, Importeure und Händler von Vervielfältigungsgeräten und Speichermedien betrifft.¹¹⁵ Der BGH hatte eine entsprechende Abgabepflicht für Drucker und Plotter nach der Altfassung der Vorschrift noch im Jahre 2007 gegen die Entscheidungen der Vorinstanzen und die überwiegende Meinung in der Literatur abgelehnt, da Drucker – anders als Scanner – auch in Gerätekombinationen mit PCs keine „zur Vornahme von Vervielfältigungen durch Ablichtung eines Werkstücks oder in einem vergleichbaren Verfahren“ bestimmten Geräte seien.¹¹⁶ Diesen Vervielfältigungsbegriff des § 54a Abs. 1 UrhG a. F. sah der BGH im rechtspolitischen Bestreben, ein Ausufern der urheberrechtlichen Geräteabgabe in den diffusen Bereich digitaler Vervielfältigungsformen hinein zu verhindern, nur bei *analogen*, nicht dagegen bei *digitalen* Vorlagen als erfüllt an, so dass bloße Drucker als Vervielfältigungsgeräte ausscheiden sollten.¹¹⁷ Dieser Versuch, den Schutzzumfang des Urheberrechts auf dem Stand der vorhandenen Technologie einzufrieren, wurde indessen sowohl für Drucker als auch für PCs im Jahre 2010 vom Bundesverfassungsgericht kassiert,¹¹⁸ das dem BGH nicht nur das Gebot verfassungskonformer Auslegung am Maßstab des weiten Eigentumsbegriffs des Art. 14 Abs. 1 GG entgegenhielt, der selbstverständlich auch das Urheberrecht an digitalen Werkvorlagen umfasst,¹¹⁹ sondern dem Fall zudem eine europarechtliche Wendung gab, indem die eigentliche Aufhebung wegen Nichtbeachtung der Pflicht zur Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267

¹¹⁵ Neugefasst mit Wirkung vom 1. 1. 2008 durch das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, sog. „2. Korb“. Nach der Neufassung dürfte sich die Streitfrage erledigt haben, da Drucker und Plotter nunmehr zweifelsfrei von der Vorschrift erfasst sind; vgl. *v. Ungern-Sternberg* 2008, S. 247 f.; *Schricker*, in: *Schricker/Loewenheim* 42010, § 54 Rz. 14; *Arlt* 2011, Nr. 313015; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel* 32013, § 54 Rz. 15.

¹¹⁶ BGH, Urt. v. 6. 12. 2007, I ZR 94/05, BGHZ 174, 359 – Drucker und Plotter; anders für Scanner BGH, Urt. v. 5. 7. 2001, I ZR 335/98, GRUR 2002, 246 ff. – Scanner; kritisch zur erstgenannten Entscheidung *v. Ungern-Sternberg* 2008, S. 247 ff.; jeweils m. w. N.

¹¹⁷ BGHZ 174, 359, 361 ff. – Drucker und Plotter. Zum berechtigten Kern des vom BGH verfolgten Anliegens einer Verhinderung urheberrechtlicher Überprotektion im Bereich digitaler Werkkopien allerdings *Boyle* 2008, S. 42 ff., 54 ff.; vgl. auch nachstehend § 6 II bei Fn. 25 ff.

¹¹⁸ BVerfG, Beschluss v. 30. 08. 2010, 1 BvR 1631/08, NJW 2011, 288 – Scanner und Plotter; in der Folge auch BVerfG, Beschluss v. 21. 12. 2010, 1 BvR 506/09, GRUR 2011, 225 – PCs, ferner Beschlüsse v. 10. 11. 2010, 1 BvR 2065/10, ZUM 2011, 236 sowie v. 21. 12. 2010, 1 BvR 2742/08, 1 BvR 2760/08, ZUM 2011, 313; zustimmend *Dreier* 2010, S. 1002 ff.; *Arlt* 2011, Nr. 313015.

¹¹⁹ BVerfG GRUR 2010, 1001 f. [Rz. 59 ff.].

Abs. 3 AEUV, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bzw. zur richtlinienkonformen Auslegung am Maßstab der 2001 erlassenen Urheberrechtsrichtlinie erfolgte.¹²⁰ Der Schutz des geistigen Eigentums drängt inzwischen also sogar mehrdimensional zur Expansion: rechtstatsächlich, einfachgesetzlich, verfassungs- und europarechtlich.

Nimmt man schließlich die bereits oben anhand des postmortalen Persönlichkeitsschutzes ausschnittsweise beobachtete Entwicklung hinzu, dass sich Persönlichkeitsrechte wie das Recht am eigenen Bild (§ 22 KunstUrhG), das Namensrecht (§ 12 BGB) und schließlich sogar das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht mehr auf rein ideelle Schutzzwecke beschränken lassen, sondern vermögensrechtliche Dimensionen entfalten und sich bei hinreichender Ablösung von ihrem Träger schließlich sogar zu selbständig übertragbaren Immaterialgüterrechten verdichten können,¹²¹ so wird vollends deutlich, dass sich der Gesamtbereich der subjektiv-absoluten, eigentumsanalogen Rechte jedenfalls kaum allein auf der Grundlage von *numerus clausus*, Enumerationsprinzip, einem engen Eigentumsverständnis oder vergleichbaren rechtstheoretischen Trennlinien gegen eine immer weitergehende Expansion in die Richtung proprietisierter Persönlichkeitsrechte immunisieren lässt. Anhand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts lässt sich auch gut demonstrieren, dass sich durch derartige institutionelle Absicherungen selbst die Entstehung generalklauselartiger Rechte an der Eigentumsperipherie letztlich kaum verhindern lässt.¹²²

Als weiteres einschlägiges Beispiel sei in diesem Zusammenhang schließlich das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb genannt, das als Hybrid zwischen dinglichem Recht, Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht von der Rechtsprechung dem Schutz „sonstiger Rechte“ durch § 823 Abs. 1 BGB unterstellt wurde, um eine empfundene Schutzlücke bei unmittelbaren Eingriffen in die jedenfalls partiell dinglich-persönlich verdichtete Vermögensposition „Gewerbebetrieb“ zu schließen.¹²³ Unabhängig von der Berechtigung dieser Rechtsfortbildung sollte nach allem bisher Gesagten jedenfalls deutlich geworden sein, dass die Rechtsprechung durch die Anerkennung eines durch § 823 Abs. 1 BGB *absolut geschützten Rechts* auch in diesem Fall dem für das Eigentumsdenken der Moderne typischen Reflex gefolgt ist, Freiheitskollisionen im Bereich knapper, vermögenswerter, durch individuelle Leistung wenigstens ansatzweise zuweisungsfähiger Güter grundsätzlich durch

¹²⁰ BVerfG GRUR 2010, 1000f.; vgl. Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22. Mai 2001, ABl. L 167 v. 22. 6. 2001, S. 10.

¹²¹ BGHZ 143, 214, 217ff. – Marlene Dietrich; vgl. vorstehend bei Fn. 82ff.

¹²² A. A. *Canaris* 1978, S. 377.

¹²³ Dazu mit eingehender Kritik *Larenz/Canaris* ¹³1994, § 81, S. 538ff.; ferner *Staudinger-Hager* ¹³1999, § 823 Rz. D 1ff.; vgl. näher nachstehend § 5 II.

Propertisierung, also durch die Schaffung ausschließlicher Zuweisungsrechte zu begegnen.¹²⁴

Was bleibt bei alledem von der Funktion des *numerus-clausus*-Prinzips und vergleichbaren institutionellen Absicherungen eines kanonischen Verständnisses absoluter Rechte bestehen? Nach hier vertretener Ansicht jedenfalls ein Aspekt: die Aufgabe, die Neubegründung eigentumsähnlicher Rechte zwar nicht zu verhindern, ihrer Entstehung jedoch eine besondere Argumentationslast aufzubürden und sie damit unter Begründungszwang zu stellen.¹²⁵ Das *numerus-clausus*-Prinzip wird also zwar kaum jemals einer Neubegründung absoluter Rechte entgegenstehen, doch es zwingt in jedem solchen Fall zur Beantwortung der Frage, ob die Begründung eines absoluten Ausschließlichkeitsrechts zugunsten Einzelner unter Ausschluss der allgemeinen Handlungsfreiheit im konkreten Fall tatsächlich gerechtfertigt ist.¹²⁶ Dies besagt letztlich nichts anderes, als dass subjektive Ausschließlichkeitsrechte innerhalb der allgemeinen Sphäre konkurrierender allgemeiner Handlungsfreiheiten nicht die Regel, sondern die begründungsbedürftige *Ausnahme* darstellen; dass es also *nicht* möglich ist, im kantischen Sinne von der wechselseitigen Begrenzung der individuellen Freiheitssphären auf den jeweiligen Umfang der gerechtfertigten individuellen Rechtssphären zu schließen.¹²⁷ Der *numerus clausus* der dinglichen Rechte und Immaterialgüterrechte enthält, wenn man so will, die rechtspositivistische Antwort auf das Legitimationsdilemma der modernen Rechtsbegründung. Er transportiert und perpetuiert den Legitimationsanspruch der Eigentumstheorie der ersten Moderne paradoxerweise gerade dann, wenn er im Rahmen der immer weiter fortschreitenden Vergeistigung und Personalisierung der Eigentumsformen eine normative *Rechtfertigung* jedes einzelnen subjektiven Ausschließlichkeitsrechts erzwingt.

¹²⁴ Dazu bereits Raiser 1961, S. 471. Aus jüngerer Zeit zur „Entgrenzung“ des Eigentums im Rechtsdenken der Moderne grundlegend Siegrist 2007, S. 9 ff.

¹²⁵ Umfassend Kern 2013, S. 463 ff. zu den komplexen Begründungsmustern, die der Anwendung des *numerus-clausus*-Prinzips im Einzelfall zugrundeliegen können.

¹²⁶ Paradigmatisch Larenz/Canaris¹³1994, § 81 IV 1, S. 561, hinsichtlich des Rechts am Gewerbebetrieb.

¹²⁷ Näher nachstehend § 5 I, II.

§ 5 Dekonstruktion des Eigentums: Bündeltheorie und Sozialbindung

Bis hierher konnte gezeigt werden: Der Eigentumsbegriff der ersten Moderne beruht auf zwei spannungsreich aufeinander bezogenen Traditionen, dem auf Dinglichkeit gegründeten „engen“ Sacheigentum des römischen und gemeinen Rechts sowie dem „weiten“ Eigentumsdenken des Vernunftrechts, von dessen Warte aus erst der normative Bezug des Eigentums zur Person und damit dessen privatrechtssystematische Zentralstellung erschließbar wurde. Beide Traditionen lassen sich bis heute innerhalb der Auslegung des problematischen Dinglichkeitsbegriffs sowie anhand des heiklen Gleichgewichts zwischen institutioneller Bewahrung und unaufhaltsamer Expansion der anerkannten Typen subjektiv-absoluter Rechte nachvollziehen.

Im Folgenden geht es darum, dieses heikle Gleichgewicht des Eigentumsdenkens der ersten Moderne mit der Kritik der zweiten Moderne zu konfrontieren. Dabei sind von den im ersten Teil der Untersuchung unterschiedenen drei Stoßrichtungen der Kritik im Zusammenhang der Eigentumstheorie vor allem zwei relevant: Die Dekonstruktion des subjektiven Rechts sowie der Einbruch des öffentlichen Rechts in das Privatrecht.¹

I. Eigentum als „Rechtbündel“

Welche Angriffsflächen Begriff und Begründung des subjektiven Rechts einer analytisch oder ideologiekritisch motivierten Kritik bieten, wurde oben bereits ausführlich dargestellt. In Erinnerung gerufen seien hier vor allem die Grundzüge von Wesley N. Hohfelds Analyse des Rechtsbegriffs.² Denn diese entfaltete ihre kritische Sprengkraft gerade im Rahmen der angloamerikanischen Eigentumstheorie, indem sie maßgeblichen Anteil an der Entstehung der sogenannten „Bündeltheorie“ des Eigentums hatte. Danach lässt sich das Eigentum ebenso wie jedes andere dingliche oder absolute Recht analytisch abschließend als „Bündel“ rein relativer, interpersonaler Rechtsbeziehungen darstellen, so

¹ Vorstehend § 2 II, III.

² Hohfeld 1913, S. 16ff.; Hohfeld 1917, S. 710ff.; dazu bereits eingehend vorstehend § 2 II bei Fn. 48ff.

dass im Ergebnis sowohl der unmittelbare Sachbezug der dinglichen Rechte als auch der Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten obsolet wird.³ Im Ergebnis führt die Bündeltheorie also zu einem analytischen „Tod des Eigentums“: Wenn das Eigentum nichts anderes ist als ein beliebig zusammengesetztes Bündel relativer Rechte, dann lässt sich aus seinem Sachbezug nichts mehr über die Reichweite seines gerechtfertigten Schutzzumfangs ableiten.⁴

Mit Hohfelds oben erläuterten Analyse des subjektiven Rechts hängt diese Eigentumskritik nun zunächst insoweit zusammen, als aus der Rückführung aller subjektiven Rechte auf die vier Grundrelationen Recht, Pflicht, Freiheit und Nicht-Recht folgt, dass Kategorisierungen wie „dingliche“ im Gegensatz zu „obligatorischen“ oder „absolute“ zu „relativen“ Rechten nicht elementar sein können.⁵ Elementar sind allein Rechtsrelationen zwischen jeweils zwei Personen, die sich in der Form einer der vier genannten Grundkategorien ausdrücken lassen, während sich komplexere Rechte wie dingliche oder absolute Rechte stets auf ein „Bündel“ elementarer Rechts-, Freiheits- und Pflichtenverhältnisse zurückführen lassen. Der gegen „jedermann“ gerichtete Klageschutz dinglicher Rechte erschöpft sich dann darin, dass sie sich aus einer unbestimmten Vielzahl von jeweils relativen Einzelansprüchen im Verhältnis zwischen je zwei Personen zusammensetzen, während sich der „unmittelbare Sachbezug“ dinglicher Rechte in der viergliedrigen Matrix rechtlicher Grundrelationen gar nicht darstellen lässt und daher aus der Eigentumstheorie herausfällt.⁶ Was dingliche von obligatorischen Rechten unterscheidet, ist dann nur noch die jeweilige Größe und Anspruchsrichtung des relativen Rechtebündels: Dingliche Rechte umfassen nicht nur einzelne Ansprüche einer bestimmten Person gegen eine andere, sondern ein ganzes *Bündel* von Anspruchsrechten, Pflichten und Freiheiten, die dem jeweils Berechtigten an einer Sache im Verhältnis zu *jedem* anderen Individuum zustehen.⁷

³ Grundlegend *Hohfeld* 1913, S. 21 ff.; *Hohfeld* 1917, S. 713 ff., insbes. 718 ff.; in der Folge *Hale* 1922, S. 214 ff.; *Honoré* 1961, S. 112 ff.; *Ackerman* 1977, S. 27, 97 ff., 156 ff.; *L. C. Becker* 1977, S. 18 ff.; *Grey* 1980, S. 69 ff.; *Munzer* 1990, S. 22 ff.; *Stepanians* 2005, S. 234 ff.; *Singer* 2009, S. 1031 ff.; in der deutschsprachigen Tradition parallel *Kelsen* 1934, S. 44 ff.; *Kelsen* ²1960a, S. 135 ff. Im neueren Schrifttum zeigen sich allerdings Tendenzen, die Einsichten der Bündeltheorie als zwar unbestreitbar, aber letztlich nicht weiterführend darzustellen und zum unmittelbar-dinglichen Sachbezug als Kern des Eigentumsbegriffs zurückzukehren; vgl. nachstehend Fn. 12 m. w. N. Im Folgenden wird es darauf ankommen, den ungeachtet dieser Einwände bis heute relevanten, nichttrivialen Sachgehalt der Bündeltheorie herauszuarbeiten.

⁴ Paradigmatisch *Grey* 1980, S. 77; dazu *Singer* 2009, S. 1033 m. w. N.

⁵ Vgl. *Hohfeld* 1917, S. 713 ff.; ähnlich *Kelsen* ²1960a, S. 135 ff.; zur Interpretation *Penner* 1997a, S. 23 ff.; *Stepanians* 2005, S. 234 ff.

⁶ So insbesondere *Kelsen* ²1960a, S. 135 ff.; dazu *Stepanians* 2005, S. 236 f.

⁷ *Hohfeld* 1917, S. 718 ff.; ähnlich bereits *Oertmann* 1892, S. 439, 459 sowie in der Folge eingehend *Kelsen* ²1960a, S. 137.

Beispielsweise lässt sich die Aussage „A ist Eigentümer von X“ analytisch in eine Vielzahl von subjektivrechtlichen Einzelaussagen auflösen, etwa: A hat das *Recht*, von B Herausgabe und Unterlassung der Störung seines Besitzes zu verlangen; B trifft gegenüber A die *Pflicht* zur Herausgabe und Nichtstörung; zugleich besteht ein *Nicht-Recht* des B, die Nutzung oder Verfügung über das Eigentum durch A zu verhindern und eine entsprechende *Freiheit* des A im Verhältnis zu B, ebendies zu tun. Entsprechende Aussagen lassen sich gegenüber beliebigen Anspruchsgegnern C, D, E usw. treffen, so dass sich das Eigentum insgesamt – wie jedes andere absolute Recht – als komplexes Rechte-, Pflichten- und Freiheitsbündel zwischen dem Eigentümer und einer unbestimmten Vielzahl potentieller Anspruchsgegner darstellt, innerhalb dessen der Bezug auf die Sache allenfalls noch mittelbare Bedeutung besitzt.⁸

Versteht man die Bündeltheorie zunächst nur in diesem Sinne, ergeben sich bereits auf den ersten Blick Parallelen zum oben erörterten Streit über den Dinglichkeitsbegriff im deutschen Rechtsdenken.⁹ Auch der Streit um die Bündeltheorie entzündet sich an der Frage nach der eigenständigen Bedeutung des Sachbezugs dinglicher Rechte; ihr Grundgedanke stellt sich in diesem Zusammenhang letztlich als Radikalisierung der bereits von Oertmann gezogenen Konsequenz dar, den Sachbezug dinglicher Rechte vollständig im absoluten Klageschutz und diesen wiederum in einer Vielzahl von relativen Klagerelationen im Verhältnis zu „jedermann“ aufgehen zu lassen.¹⁰ Versteht man die Bündeltheorie in diesem Sinne, liegen jedoch gerade im Vergleich mit der deutschen Debatte auch die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit auf der Hand und erklären die im amerikanischen Schrifttum seit einiger Zeit zunehmende Kritik an der Dominanz des Bündelparadigmas in der Eigentumstheorie. Bereits anhand der deutschen Debatte sollte die Beobachtung zu denken gegeben haben, dass sich der durch den Dinglichkeitsbegriff implizierte unmittelbare Sachbezug trotz aller Kritik *nicht* einfach aus der Theorie dinglicher Rechte eliminieren ließ.¹¹ Entsprechend wird in jüngerer Zeit auch innerhalb der amerikanischen Eigentumstheorie wieder argumentiert, dass es verfehlt sei, aus der Bündeltheorie eine begriffliche Dekonstruktion des Eigentums ableiten zu wollen. Vielmehr zeige sich gerade umgekehrt an der Vernachlässigung des Sachaspekts dinglicher Rechte die Unzulänglichkeit von Hohfelds Rechtsanalyse.¹²

⁸ Entsprechende Beispiele bei *Hohfeld* 1917, S. 719; *Hale* 1922, S. 214; *Penner* 1997a, S. 23; *Stepanians* 2005, S. 238.

⁹ Vorstehend § 4 I bei Fn. 13 ff.

¹⁰ *Oertmann* 1892, S. 427 ff., insbes. S. 439, 459.

¹¹ Wie gesehen konnte sich die Ansicht Oertmanns in der deutschen Debatte über den Dinglichkeitsbegriff nicht durchsetzen; dazu bereits vorstehend § 4 I bei Fn. 24 m. w. N.

¹² So *Alexander* 1982, S. 1558 ff.; *Harris* 1996, S. 119 ff.; *Penner* 1996, S. 711 ff.; *Penner* 1997a, S. 23 ff.; *Heller* 1999, S. 1192 ff.; *Merrill/Smith* 2001, S. 364 ff.; *Lametti* 2003, S. 325 ff., 337 ff.; *Underkuffler* 2003, S. 12 ff.; *Bell/Parchomovsky* 2008, S. 1015 ff.; *di Robilant* 2010, S. 35 ff.

So wird etwa darauf verwiesen, dass die Bündeltheorie nicht in der Lage sei, die Unerheblichkeit einer Veräußerung der Sache für den jeweiligen Inhalt der Rechtsverhältnisse des Eigentümers zu unbeteiligten Dritten zu begründen: Veräußert A seine Sache an B, so gingen alle Rechte und Pflichten im Verhältnis zwischen A und beliebigen Dritten C, D, E usw. unter und würden durch ein neues Pflichtenbündel ersetzt, das nunmehr ausschließlich Rechte und Pflichten zwischen B und C, B und D, B und E usw. enthielte. Jede Eigentumsveräußerung hätte also einen Austausch *aller* unbestimmt zahlreichen Rechts- und Pflichtenstellungen im Verhältnis zu *sämtlichen* unbeteiligten Dritten zur Folge.¹³ Eine solche Sichtweise widerspricht jedoch nicht nur der Lebensanschauung und begrifflichen Ökonomie, wonach die Rechtsverhältnisse unbeteiligter Dritter gerade nicht an eine bestimmte Person, sondern an den *jeweiligen* Eigentümer der Sache gebunden sind und durch einen Eigentümerwechsel nicht tangiert werden, sondern jedenfalls im deutschen Rechtsdenken auch dem positiven Recht, das die Unterscheidung zwischen subjektiv-persönlichen, nur einer *bestimmten* Person zustehenden, und subjektiv-dinglichen, dem *jeweils* an einer Sache Berechtigten zustehenden Rechten ohne weiteres anerkennt.¹⁴ Der Kritik an der Bündeltheorie ist damit zuzugeben, dass sich der Sachbezug allenfalls dann vollständig aus der Eigentumstheorie eliminieren lässt, wenn man gewillt ist, deren konstruktive Reduktion auf eine Theorie obligatorischer Rechte durch erhebliche begriffliche Verkürzungen zu erkaufen.

Angesichts dessen fragt es sich jedoch, ob der theoretische Wert der Bündeltheorie nicht noch in etwas anderem liegt als in der Reduktion dinglicher auf persönliche Rechte. Nach hier vertretener Ansicht erschließt sich die eigentliche Leistungsfähigkeit des Bündelparadigmas erst mit Blick auf den zweiten Grundgedanken von Hohfelds Rechtstheorie, nämlich die oben erläuterte normative Unabhängigkeit von Recht und Freiheit.¹⁵ Im vorstehenden Zusammenhang wurde diese Analyse bereits auf der Makroebene der Rechtsbegründung durch das Vernunftrecht zur Anwendung gebracht.¹⁶ Entsprechendes ist jedoch auch und erst recht auf der Mikroebene des positiven Rechts möglich. Insoweit erlaubt Hohfelds Rechtsanalyse eine wirksame Kritik der Rechtfertigung neuer Eigentumsformen, indem sie zwei naheliegende Schlüsse als gerade *nicht* zwingend bzw. als eigens begründungsbedürftig aufweist: zum einen die grundsätz-

¹³ Vgl. Penner 1997a, S. 23.

¹⁴ Die Unterscheidung besitzt etwa in der Differenzierung zwischen subjektiv-persönlichen und subjektiv-dinglichen Reallasten gemäß §§ 1110, 1111 BGB eine gesetzliche Grundlage. Vgl. auch die weiterführende Charakterisierung dinglicher Rechte durch Canaris 1978, S. 373: Danach liegt deren Eigenheit in der Zweiteilung zwischen Recht und Sache, während obligatorische Forderungen dem Gläubiger zwar ebenfalls mit absoluter Wirkung zugeordnet sind, ihrerseits aber keine *weitere* absolute Zuordnung eines außerhalb ihrer selbst liegenden Gegenstands bewirken.

¹⁵ Vorstehend § 2 II bei Fn. 51 ff.

¹⁶ Vorstehend § 2 II bei Fn. 55 ff. m. w. N.

liche Ableitung individueller Ausschließlichkeitsrechte aus bloßen individuellen Schutzinteressen oder Handlungsfreiheiten sowie zum anderen deren unhinterfragte Ausgestaltung als umfassende Rechtssphären nach dem Vorbild des Sacheigentums. Beide Schlüsse sind im Sinne Hohfelds denkfehlerhaft, da aus einer einfachen Freiheit wie gesehen nicht nur kein Recht, sondern vor allem keine zwingende Abgrenzung und damit auch kein zwingender Zuschnitt der jeweiligen Rechtssphären folgt.

Richtig verstanden besagt die Bündeltheorie also folgendes: Eigentum und andere individuelle Ausschließlichkeitsrechte gewähren keine umfassenden Rechtssphären, sondern stets nur konkret begründungsbedürftige „Bündel“ einzelner Befugnisse.¹⁷ Die individuelle Freiheit rechtfertigt ohne Hinzunahme weiterer Begründungselemente weder die Annahme eines Ausschließlichkeitsrechts noch eine bestimmte, insbesondere umfassende Ausgestaltung seines Schutzzumfangs. Dingliche Rechte lassen sich damit zwar möglicherweise nicht abschließend als „Bündel“ obligatorischer Rechte, wohl aber als „Bündel“ konkreter, inhaltlich vielfältig beschränkter sachbezogener Einzelbefugnisse darstellen. Damit liefert die Bündeltheorie ein wesentliches analytisches Werkzeug, um das für die erste Moderne charakteristische „Sphärenmodell“ des Eigentums sowie vor allem dessen Modellfunktion für weitere dinglich-absolute Ausschließlichkeitsrechte in Frage zu stellen.

Im Ergebnis setzt sich die Rechtskritik, die auf der Ebene des Vernunftrechts begonnen wurde, damit auf der Ebene des positiven Rechts im Zusammenhang jeder einzelnen Rechtsbegründungsfrage fort. Bereits anhand des Sacheigentums, also des Eigentumskernbereichs, steht die Tragfähigkeit des klassisch-modernen Sphärenmodells in Frage, wenn etwa Windscheid es einerseits paradigmatisch für die erste Moderne ablehnt, „daß das Eigentum aus einer Summe einzelner Befugnisse bestehe, daß es eine Verbindung einzelner Befugnisse sei“,¹⁸ er jedoch andererseits bei der Erörterung der Eigentumsschranken doch auf eine solche zumindest ansatzweise „bündelförmige“ Einzelbetrachtung der Eigentümerbefugnisse rekurrieren muss, indem er ausführt, dass „aus der Gesamtheit der Beziehungen“ des Eigentumsrechts „durch eine besondere That des Rechts eine oder die andere Beziehung herausgenommen und dem Willen des Eigenthümers entzogen“ werden könne, ohne dass dieser sein Eigentum verliere.¹⁹

¹⁷ In diesem Sinne zutreffend zur Bedeutung der Bündeltheorie *Honoré* 1961, S. 112 ff.; *avant la lettre* auch *Oertmann* 1892, S. 447 ff. Am leistungsfähigsten erscheint die Bündelmetapher, wenn sie nicht zur Widerlegung der Möglichkeit dinglicher Rechte schlechthin, sondern vielmehr auf mittlerer Abstraktionshöhe als Einwand gegen scheinbar vorgegebene Sachstrukturen subjektiver Rechte eingesetzt wird.

¹⁸ *Windscheid/Kipp* 1906, Bd. 1, § 167, S. 857.

¹⁹ *Ebd.*, S. 858; ähnlich im Vorfeld der ersten Kommission des BGB auch deren Mitglied *Johow*, der den Inhalt des Eigentums als „in dem Grade dehnbar und unbestimmt“ beschreibt, „daß er sich ohne Widerstreben durch das positive Recht begrenzen läßt.“ Dabei seien die

Nun ist die Nichtbeachtung der Bündeltheorie bzw. der Hohfeldschen Rechtskritik beim Sacheigentum noch vergleichsweise unschädlich, da sich dessen Grenzen – wie gesehen – in den meisten Fällen tatsächlich ontologisch naheliegend entlang der physischen Sachgrenzen nachzeichnen lassen, so dass sich die wechselseitige Abgrenzung unterschiedlicher Rechtssphären ebenso naturgemäß aus der ontologischen Struktur der Gegenstandswelt zu ergeben scheint wie die innerhalb der physischen Sachgrenzen jeweils unbegrenzte Befugnis des jeweiligen Eigentümers.²⁰ Tatsächlich liegt die Besonderheit des Sacheigentums gerade darin, dass seine Sphärenstruktur die klassisch-ontologische Beschaffenheit der Gegenstandswelt abbildet und darin in den meisten Fällen jedenfalls für das positive Recht zugleich ihre Legitimation findet. Denn im Falle *eindeutiger* Abgrenzbarkeit der jeweiligen Rechts- und Freiheitssphären besteht für Hohfelds Kritik der Rechtsbegründung kein Ansatzpunkt. Dies bedeutet jedoch im Umkehrschluss, dass die Tragfähigkeit des Sphärenmodells als Analogiegrundlage umso mehr versagen muss, je weiter sich die Begründung neuer subjektiver Ausschließlichkeitsrechte von den materiellen Grundlagen des Sacheigentums löst. Das heißt: Je mehr die Legitimationswirkung des Vernunftrechts in die Richtung zunehmender Entmaterialisierung des Bereichs subjektiver Ausschließlichkeitsrechte drängt, desto mehr versagt das Sphärenmodell als Grundlage ihrer Strukturbeschreibung und desto eher lässt sich das kritische Potential der Bündeltheorie entfalten. Paradoxerweise geht also auch hier wieder gerade die *maximale Durchsetzung* des personalistischen Rechtsbegriffs der ersten Moderne Hand in Hand mit der *maximalen Kritikanfälligkeit* seiner positivrechtlichen Ausformungen. Diese widerstehen der Delegitimation durch Hohfelds Rechtskritik nur dann, wenn ihr grenzenloses Ausufern in den Bereich der allgemeinen Handlungsfreiheit durch institutionelle Absicherungen wie *numerus clausus*, Bestimmtheitsgrundsatz usw. verhindert werden kann.²¹ Doch gerade dies erweist sich aufgrund der Spannung zwischen Dinglichkeit und Personalität, die das gesamte Eigentumsdenken der ersten Moderne durchzieht, oft als unmöglich.

Grenzen des Eigentums „von vornherein unbestimmbar“ und der Gesetzgeber folglich befugt, „diese oder jene Befugniß, welche das Eigenthum gewährt, entweder von demselben loszulösen oder anderen Personen neben dem Eigenthümer einzuräumen.“ Alle Zitate bei *Johow* 1880/1982, S. 499f.

²⁰ Zur ontologischen Problematik des Sacheigentums bereits vorstehend § 4 I bei Fn. 18ff.; dort auch zu den Ausnahmefällen, in denen die rechtlichen und physischen Sachgrenzen divergieren.

²¹ Zu deren Funktion vorstehend § 4 IV ab Fn. 90ff.

II. Beispiel: Das Recht am Gewerbebetrieb

Was dies konkret bedeutet, sei abschließend anhand des bereits erwähnten, insoweit wohl zu Recht besonders kritikanfälligen „Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ demonstriert.²² Bemerkenswert an diesem durch höchstrichterliche Rechtsfortbildung entstandenen „sonstigen“ Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist zunächst, dass bei seiner Anwendung nicht einmal mehr der Anspruch erhoben wird, es tatbestandlich so weitgehend zu präzisieren, dass eine vollständige Gleichstellung mit den übrigen absoluten Rechten im Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB gerechtfertigt erscheint. Stattdessen ist in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass das Recht am Gewerbebetrieb lediglich als subsidiärer Auffangtatbestand und Rahmenrecht zur Anwendung kommen soll, um sonst bleibende Lücken im Rechtsschutz der gewerblichen Betätigung zu schließen.²³ Daran entzündet sich bis heute vehemente Kritik, die in diesem offenen, selbst durch Fallgruppen nur unvollständig präzisierbaren Tatbestand eine verkappte „Generalklausel“ zum Ausgleich von primären Vermögensschäden erblickt,²⁴ welcher der Zuweisungs- und Ausschlussgehalt eines absoluten Rechts fehle²⁵ und die als bloße „Zweckerfindung“ zur Statuierung beliebiger unternehmensbezogener Vermögensschutzpflichten gegen die verfassungsrechtliche Bindung der Gerichte an Gesetz und Recht verstoße.²⁶

Fragt man indessen, worin der eigentliche Kern dieser Kritik liegt, fällt die Antwort weniger leicht als erwartet. Dass das Recht am Gewerbebetrieb den für § 823 Abs. 1 BGB erforderlichen eigentumsanalogen Zuweisungs- und Ausschlussgehalt vermissen lasse, läuft letztlich auf eine *petitio principii* hinaus. Denn es wäre ja gerade zu *begründen*, *ob* bzw. inwieweit der Gewerbebetrieb als Schutzgut eines individuellen Ausschließlichkeitsrechts in Betracht kommt.²⁷ Dass dies jedenfalls nicht schon deswegen ausgeschlossen ist, weil es sich dabei um eine möglicherweise präzisierungsbedürftige Generalklausel handelt, zeigt das Beispiel des tatbestandlich kaum weniger offenen allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Auch an einem ganz entsprechend verfassungsrechtlich anerkannten individuellen Schutzinteresse fehlt es nicht.²⁸ Einen tragfähigen

²² Grundlegend RGZ 58, 24, 28 ff. – Jutfaser; BGHZ 3, 270, 278 ff. – Constanze; zum Ganzen *Larenz/Canaris*¹³1994, § 81, S. 538 ff.; *Staudinger-Hager*¹³1999, § 823 Rz. D 1 ff.; MünchKomm-Wagner⁶2013, § 823 Rz. 250 ff.; jeweils mit zahlr. w. N.

²³ St. Rspr. seit BGHZ 45, 296, 307 f. – Höllenfeuer; dazu *Larenz/Canaris*¹³1994, § 81 I 4, S. 543 f.; *Staudinger-Hager*¹³1999, § 823 Rz. D 20 ff.

²⁴ So insbes. v. *Caemmerer* 1960, S. 90 ff.; *Larenz/Canaris*¹³1994, § 81 II 1, 2, S. 544 f.; vgl. auch MünchKomm-Wagner⁶2013, § 823 Rz. 252 ff.

²⁵ V. *Caemmerer* 1960, S. 89; *Larenz/Canaris*¹³1994, § 81 II 1, 2, S. 544.

²⁶ So insbesondere *Larenz/Canaris*¹³1994, § 81 II 2, S. 545.

²⁷ Ähnlich zu Recht *Larenz/Canaris*¹³1994, § 81 II, S. 544 gegen den noch weitergehenden Einwand, dass ein Gesamtkomplex von Rechten und Rechtsverhältnissen wie der Gewerbebetrieb von vornherein nicht Gegenstand eines einheitlichen subjektiven Rechts sein könne.

²⁸ Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG.

Einwand stellt es auch nicht ohne weiteres dar, dass dem Recht am Gewerbebetrieb die „gegenständliche Verkörperung“ fehle.²⁹ Denn es bedarf ja – wie die Beispiele der Immaterialgüterrechte, des Persönlichkeitsrechts sowie der übrigen bisher erörterten „erweiterten“ Eigentumsformen gezeigt haben – gerade keines *körperlichen* Gegenstands und damit auch keiner gegenständlichen Verkörperung, um ein subjektives Ausschließlichkeitsrecht zu begründen. Vorstehend wurde das Recht am Gewerbebetrieb bereits als Hybrid zwischen dinglichem Recht, Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht beschrieben.³⁰ Sucht man auf dieser Linie nach seiner möglichen dogmatischen Einordnung etwa in Analogie zu den anerkannten Immaterialgüterrechten, so hängt seine Legitimationsfähigkeit als vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht letztlich – mit Hohfeld – davon ab, ob sich *über* das individuelle Schutzinteresse an der freien gewerblichen Betätigung *hinaus* hinreichende argumentative Substanz dafür aufbieten lässt, den Gewerbebetrieb unter Ausschluss der allgemeinen Handlungs- und Wettbewerbsfreiheit der Ausschließlichkeitsbefugnis des Gewerbetreibenden zuzuweisen.

Dass diese argumentative Substanz nun nicht allein aus der angeblichen „gegenständlichen Verkörperung“ der unternehmerischen Betätigung im Gewerbebetrieb folgen kann, tritt allerdings bereits in der zur Begründung des Rechts am Gewerbebetrieb führenden „Jutefaser“-Entscheidung des Reichsgerichts klar zutage. Zwar bedient diese sich zunächst des Bildes der „gegenständlichen Verkörperung“, um den argumentativen Hiatt zwischen bloßer freier Gewerbeausübung und pflichtenbewehrtem Ausschließlichkeitsrecht zu überwinden.³¹ In den nachfolgenden Ausführungen wird dieser Gedanke jedoch auffällig nicht weiter entfaltet. So fehlt etwa jede Auseinandersetzung mit den naheliegenden sachenrechtlichen Prinzipien des *numerus clausus*, des Bestimmtheitsgrundsatzes usw. Der entscheidungstragende Gesichtspunkt liegt vielmehr in einem anderen Aspekt, nämlich in der zugrundeliegenden *unberechtigten Schutzrechtsverwarnung*: Die Beklagte hatte dem Kläger unter Berufung auf ein in Wirklichkeit nicht bestehendes Gebrauchsmusterrecht die Produktion von Textilien untersagt und dadurch den geltend gemachten Schaden infolge Betriebseinstellung verursacht. Es ist *dieser* Aspekt, auf den sich das Reichsgericht maßgeblich stützt, um die Haftung des unberechtigten Verwarners als „Korrelat“ zu der „bevorzugten Stellung“ des Schutzrechtsinhabers zu kon-

²⁹ So *Larenz/Canaris* 131994, § 81 II 1, S. 544 gegen RGZ 58, 24, 30 – Jutefaser.

³⁰ Vorstehend § 4 IV bei Fn. 123. Zur persönlichkeitsrechtlichen Einordnung des Rechts am Gewerbebetrieb insbesondere *Fikentscher* 1983, §§ 21 III 3e, 22 I 2, S. 112f., 131ff. („wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht“); gegen jede Qualifikation als absolutes Recht dagegen *v. Caemmerer* 1960, S. 89ff.

³¹ Vgl. RGZ 58, 24, 29f.

struieren, der kraft seines Rechts über ein faktisches Monopol zum Ausschluss jeglicher Konkurrenz verfügt.³²

Damit wird möglicherweise ein Grund dafür erkennbar, weshalb das Recht am Gewerbebetrieb in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zunächst wesentlich anhand derartiger Fälle unberechtigter Schutzrechtsverwarnungen entwickelt wurde.³³ Genau in diesen Fällen existiert nämlich ein hinreichend konkretes Argument, um den Fehlschluss von der bloßen Freiheit des Gewerbetreibenden auf ein absolutes Recht am Gewerbebetrieb zu überwinden, nämlich das in Anspruch genommene vermeintliche Ausschließlichkeitsrecht des *Verwarners*. Nur aufgrund der Symmetrie zwischen dem eingestellten Gewerbebetrieb und einem tatsächlich *anerkannten* und in seinen Umrissen hinreichend klar umrissenen Ausschließlichkeitsrecht, nämlich dem jeweils angemäßen gewerblichen Schutzrecht, erscheint es nach Ansicht des Reichsgerichts mit der allgemeinen Wettbewerbsfreiheit vereinbar, den geschädigten Gewerbetreibenden genau im Umfang des Schadens aus der behaupteten Nichtverfügbarkeit dieses Ausschließlichkeitsrechts zu entschädigen. Es ist also nicht die physische Substanz, sondern vielmehr der hypothetische Umriss eines *Immaterialgüterrechts*, in dem der Gewerbebetrieb seine Verkörperung als Ausschließlichkeitsrecht findet und das damit auch für die Struktur möglicher Verletzungshandlungen ausschlaggebend ist. Diesem Argument ist in späteren Entscheidungen auch der Bundesgerichtshof gefolgt.³⁴ Unabhängig von seiner Tragfähigkeit im Übrigen ist damit jedenfalls festzuhalten, dass der Aspekt der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung wenigstens seiner *Struktur* nach geeignet ist, ein subjektives Ausschließlichkeitsrecht am Gewerbebetrieb unter begründetem Ausschluss der Wettbewerbsfreiheit anderer zu rechtfertigen.³⁵

Unhaltbar wird die Annahme eines absolut geschützten Rechts am Gewerbebetrieb hingegen dann, wenn man die Beschränkung auf Schutzrechtsanmaßungen aufgibt und den Gewerbebetrieb in *all* seinen Erscheinungsformen gegen *beliebige* Arten von Verletzungen schützen will. Dies lässt sich anhand der grundlegenden „Constanze“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs demonstrieren, der ein Sachverhalt von geschäftsschädigenden Werturteilen nicht wettbewerblicher Art zugrundegelegt hatte. Der BGH sah es in diesem Fall als gerechtfertigt an, nicht nur den Bereich des Wettbewerbs und der gewerblichen

³² So nachdrücklich RGZ 58, 24, 30.

³³ Zum Gebrauchsmuster RGZ 94, 258, 250f.; zum Patent RGZ 94, 271, 276; 141, 336, 338; RG GRUR 1942, 54, 55; vgl. *Staudinger-Hager*¹³1999, § 823 Rz. D 52; MünchKomm-Wagner⁶2013, § 823 Rz. 262ff.; jeweils m. w. N.

³⁴ Etwa BGHZ 38, 200, 204f. – Kindernähmaschinen; BGHZ 62, 29, 32f. – Maschinenfester Strumpf; BGHZ 71, 86, 90 – Fahrradgepäckträger II.

³⁵ Auch hinsichtlich dieser Fallgruppe wird die Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb jedoch kritisiert und stattdessen für eine wettbewerbsrechtliche Lösung plädiert. So insbesondere *Larenz/Canaris*¹³1994, § 81 III 4, S. 554ff.; vgl. auch *Staudinger-Hager*¹³1999, § 823 Rz. D 53; MünchKomm-Wagner⁶2013, § 823 Rz. 263; jeweils m. w. N.

Schutzrechte, sondern den „gesamten gewerblichen Tätigkeitskreis“ dem Schutz des Rechts am Gewerbebetrieb zu unterstellen und dieses nicht nur gegen Eingriffe in seinen Bestand, sondern gegen *jede* unmittelbare Störung zu schützen. Denn, so der BGH, „wie das Eigentum nicht nur in seinem Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Ausstrahlungen ... durch § 823 Abs. 1 BGB vor unmittelbaren Eingriffen geschützt ist, muß nach dieser Schutzvorschrift auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht nur in seinem eigentlichen Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen ist, vor unmittelbaren Störungen bewahrt bleiben.“³⁶

Diese Begründung, die nichts weiter enthält als einen Analogieschluss vom allumfassenden Schutzzumfang des Eigentums auf den mutmaßlich ebenso allumfassenden Schutzzumfang des Rechts am Gewerbebetrieb, stellt nun geradezu einen paradigmatischen Fall eines Fehlschlusses im Sinne Hohfelds dar. Denn es ist nach allem bisher Gesagten nicht möglich, von der bloßen Anerkennung eines Rechts am Gewerbebetrieb auf dessen umfassende Rechtsstruktur nach dem Vorbild des Sacheigentums zu schließen. Ein solcher Schluss muss bei einem allenfalls als Immaterialgüterrecht konstruierbaren Zuordnungsrecht wie dem Recht am Gewerbebetrieb versagen. Der Schluss von der Anerkennung eines Rechts auf seine umfassende Sphärenstruktur bedeutet, dass im Umfang der anerkannten Rechtssphäre jede konkurrierende Freiheit ausgeschlossen ist. Dass dieser Schluss jedoch gerade beim Gewerbebetrieb, der seinem ganzen Zweck nach auf Wettbewerb unter möglichst weitgehender Zulassung konkurrierender Freiheiten gerichtet ist, weit über jedes teleologisch legitime Schutzinteresse hinauschießt, zeigen die geradezu verfassungswidrigen Konsequenzen der „Constanze“-Doktrin:³⁷ Wo kein Recht, sondern eine bloße Freiheit – selbst in der Form eines verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheitsgrundrechts gemäß Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG – besteht, ist für den von der „Constanze“-Entscheidung postulierten Abwägungsvorrang zugunsten des Gewerbebetriebs kein Raum. Das verfassungsrechtlich gebotene Schutzminimum zugunsten der gewerblichen Tätigkeit wird vielmehr durch die allgemeinen Vorschriften des BGB und des Wettbewerbsrechts hinreichend gewährleistet.³⁸

³⁶ BGHZ 3, 270, 279 f. – Constanze.

³⁷ Dazu statt aller *Larenz/Canaris* ¹³1994, § 81 IV 1c, S. 561 f.

³⁸ Insbesondere §§ 824, 826 BGB, 3 UWG; dazu nur *Larenz/Canaris* ¹³1994, § 81 IV 1c, S. 561 f. Aus rechtsvergleichender Perspektive sei auf die strukturanaloge Fragestellung hingewiesen, die der ebenso berühmten wie problematischen Entscheidung des amerikanischen Supreme Court im Fall „International News Service v. Associated Press“ zugrundelag (248 U.S. 215 (1918)): Die beklagte Nachrichtenagentur hatte Nachrichtenartikel der Klägerin nach deren Publikation im Osten der USA per Telegraph in den Westen geschickt und sie dort unter Ausnutzung der Zeitzonendifferenz als eigene „frische“ Nachrichten in Verkehr gebracht. Die Mehrheitsmeinung des Supreme Court gestand der Klägerin ein deliktisch geschütztes „Quasi-Eigentum“ (*quasi-property*) an den bereits veröffentlichten Nachrichten zu,

Insgesamt zeigt das Beispiel des Rechts am Gewerbebetrieb damit paradigmatisch, wie mit dem zunehmenden Expansionsdrang der vergeistigten Eigentums- und Güterzuweisungsformen der Moderne die Legitimationsleistung und Analogiefunktion des klassischen Sacheigentums abnimmt. Je mehr sich die Grenzen zwischen den individuellen Freiheitssphären von den physischen Sachgrenzen ablösen, desto weniger gelingt es, auf der Grundlage der Sacheigentumsanalogie den Übergang von Freiheit zu Recht und von Recht zu absoluter Rechtssphäre unter Ausschluss aller konkurrierenden Freiheiten zu begründen.³⁹ Freiheit und Ausschließlichkeitsrecht fallen immer weiter auseinander, je weiter sich die Dogmatik absoluter Zuweisungsrechte vom Kernbereich des Sacheigentums ablöst. Je weiter man das autonomiebasierte Sphärendenken der ersten Moderne in den Bereich nichtkörperlicher Rechtspositionen hinein ausdehnt, desto mehr versagt seine Erklärungskraft und erweist sich im Hohfeldschen Sinne als bloße Scheinbegründung. Dass der Schluss von individueller Freiheit auf den Bestand eines subjektiven Rechts am Gewerbebetrieb dabei aber *trotz* seiner Fehlerhaftigkeit als Rechtfertigungsmechanismus *performativ wirksam* wird, also etwa in der „Constanze“-Entscheidung *tatsächlich* als rechtsdogmatisches Argument herangezogen wird und „funktioniert“, zeigt wiederum das Nebeneinander von erster und zweiter Moderne im Rechtsdiskurs der Moderne an. Der von Hohfeld aufgezeigte Fehlschluss von Freiheit auf Recht wirkt auch auf der Ebene des einfachen Rechts als Diskursmechanismus, der das normative Defizit der Rechtsbegründung der ersten Moderne überbrückt und gegen Kritik immunisiert.⁴⁰

III. Einbruch des öffentlichen Rechts und Sozialbindung

Selbst wenn man den bisherigen Darlegungen zur Bündeltheorie auf der Grundlage von Hohfelds Analytik des subjektiven Rechts nicht folgen will, wird die bündeltheoretische Dekonstruktion des modernen Eigentumsbegriffs jedoch spätestens dann unabweisbar, wenn man die zweite Kritik der Unhaltbarkeit eines von öffentlichrechtlichen Überlagerungen „gereinigten“ Privatrechtsbegriffs hinzunimmt.⁴¹ Gerade diese Kritik des Einbruchs des öffentlichen Rechts in das Privatrecht findet im Rahmen der Eigentumstheorie breite Angriffsflächen, zumal der römisch-gemeinrechtliche Eigentumsbegriff wie gesehen seit

während das Minderheitenvotum (O. W. Holmes) ein deliktisch geschütztes „Eigentumsrecht“ ablehnte und das Verhalten der Beklagten zu Recht als bloßen Wettbewerbsverstoß qualifizierte.

³⁹ Zu Recht attestiert Canaris der Rechtsprechung zum Gewerbebetrieb insoweit „freiheitswidrige Sprengkraft“; vgl. *Larenz/Canaris* ¹³1994, § 81 IV 1c, S. 561.

⁴⁰ Dazu auf der globalen Ebene des Vernunftrechts bereits vorstehend § 2 II bei Fn. 62.

⁴¹ Vorstehend § 2 III.

seiner Definition durch Bartolus unter Gesetzesvorbehalt stand und in dieser Form auch in die meisten neuzeitlichen Kodifikationen Eingang gefunden hat.⁴² So scheint die Qualifikation des privatrechtlichen Eigentumsbegriffs durch öffentlichrechtliche Schranken- und Gemeinwohlvorbehalte innerhalb einer Eigentumsverfassung, die auch in ihrer geschichtlichen Entwicklung niemals frei von hoheitlichen Beschränkungen war, auf den ersten Blick eine bloße Selbstverständlichkeit auszusprechen.

Tatsächlich besteht die Funktion des Gesetzesvorbehalts im Eigentumsdenken der ersten Moderne jedoch gerade nicht in der Einbeziehung, sondern vielmehr in der *Ausklammerung* hoheitlicher Beschränkungen aus der privatrechtlichen Eigentumsdogmatik.⁴³ Durch die vernunftrechtliche Identifikation von absolutem Eigentum und subjektivem Privatrecht verengte sich der Rahmen der Eigentümerbefugnisse ganz auf das Privatrecht, so dass hoheitliche Beschränkungen, die gerade im Grundstücksrecht zu allen Zeiten wesentlicher Bestandteil der Besitzrechtsordnung gewesen waren, begrifflich dem öffentlichen Recht zugeordnet und damit ganz aus der privatrechtlichen Diskussion des Eigentumsbegriffs ausgeschieden werden konnten.⁴⁴ Erst durch diese „Reinigung“ des privatrechtlichen Begriffskerns von heteronomen Beschränkungen und deren Ausklammerung in den Bereich des öffentlichen Rechts konnte das Eigentum in seinem Kernbereich als schrankenlos und absolut wahrgenommen werden, während Beschränkungen des Eigentums im Eigentumsdenken der ersten Moderne, wo sie anerkannt waren, allenfalls als temporär, peripher und marginal, niemals jedoch von begriffsdefinierendem Interesse für den Eigentumskernbereich verstanden wurden. Erst dadurch erhielt auch die klassische Eigentumsdefinition ihren modernen Sinn, der die absolute und unbeschränkte Sachherrschaft des Eigentümers in den Vordergrund, den öffentlichrechtlichen Schrankenvorbehalt hingegen in den Hintergrund treten lässt. Die begriffliche Trennung zwischen unbeschränktem privatrechtlichem Eigentumskern und öffentlichrechtlicher Schrankenperipherie erweist sich damit als eine weitere asymmetrisch-dualistische Trennlinie im kantischen Sinne, strukturanalog mit den bereits begegneten Aufspaltungen von Freiheit und Natur sowie Vermögens- und Familienrecht.⁴⁵

⁴² Vorstehend § 4 bei Fn. 1 ff., 45.

⁴³ So Bullinger 1968, S. 37 ff.; Grimm 1972, S. 233 ff.; Schwab, in: Brunner/Conze/Koselleck 1975, Bd. 2, S. 89 ff., 94 ff. (Eigentum); a. A. Bürger²1995, S. 94 ff., 327 ff. Letzterer Ansicht ist jedoch entgegenzuhalten, dass die bloße Tatsache hoheitlicher Eigentumsbeschränkungen in der Rechtspraxis des 19. Jahrhunderts keinen Einwand gegen die *konzeptionelle* Trennung zwischen nominell unbeschränktem Privateigentum und öffentlichrechtlichem Schrankenvorbehalt darstellt.

⁴⁴ Insbesondere zur Bodenreform Schwab, in: Brunner/Conze/Koselleck 1975, Bd. 2, S. 89 ff. (Eigentum).

⁴⁵ Vorstehend § 3 bei Fn. 44 sowie 46 ff.

Die theoretische Marginalisierung der Eigentumsbeschränkungen geht dabei sogar so weit, dass der Gesetzesvorbehalt im Rahmen der Eigentumsdefinition gar nicht mehr explizit gemacht werden muss, sondern als implizite Bedingung jeder Eigentumsgewährleistung einfach mitgedacht werden kann, gerade *weil* er keine privatrechtstheoretische Relevanz besitzt. Windscheid drückt dies exemplarisch so aus, dass man in die vollständige Definition des Eigentums lediglich die Maßgabe des „an sich“ aufnehmen müsse: Eigentum sei dasjenige Recht, „welches *an sich* den Willen des Berechtigten entscheidend für die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen macht.“⁴⁶ Auch Savigny hatte seiner Bestimmung des Eigentums als „der unbeschränkten und ausschließenden Herrschaft einer Person über eine Sache“⁴⁷ keine weitere Qualifikation hinzugefügt; erinnert sei zudem an die zitierten Eigentumsbegriffe der europäischen Kodifikationen, von denen etwa das österreichische ABGB keinen expliziten Gesetzesvorbehalt aufweist, was aber an der Möglichkeit gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen anerkanntermaßen nichts ändert.⁴⁸ Der sachenrechtliche Redaktor der ersten Kommission des BGB, Reinhold Johow, fasste diesen Diskursstand von der Warte des späten neunzehnten Jahrhunderts aus so zusammen, dass die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung von Eigentumsbeschränkungen im Ergebnis keinen Unterschied bedeute, da es nach allen Auffassungen jedenfalls unstrittig sei, dass gesetzliche Eigentumsbeschränkungen „den Begriff des Eigenthums nicht aufheben.“⁴⁹

Bereits anhand der nachgeschobenen Frage, „worin der Begriff des Eigenthums zu finden“ sei, „wenn die Herrschaft des Eigenthümers über die Sache durch Rechte dritter Personen an derselben und durch gesetzliche Beschränkungen das Gebiet ihrer Bethätigung zum größten Theil verloren hat“,⁵⁰ zeigt sich indessen, wie kritikanfällig diese begriffliche Reinigung des privatrechtlichen Eigentumskernbereichs ist und wie sehr sich bereits gegen Ende des neunzehnten Jahrhunderts ein Rechtsbewusstsein dafür gebildet hatte, dass sich die aufgeklärt-moderne Trennung von Individuum und Allgemeinheit, Privatem und Öffentlichem im Eigentumsdenken nicht durchhalten bzw. durch bloße öffentlichrechtliche Ausklammerung und Umwidmung der Gemeinwohl- und Pflichtenbindungsaspekte konzeptionell nicht befriedigend lösen lässt. Tatsächlich formierte sich die erste von mehreren Wellen „materialer“ bzw. „sozialer“ Kritik am Privatrechtsmodell der ersten Moderne gerade mit Blick auf das

⁴⁶ *Windscheid/Kipp* 1906, Bd. 1, § 167, S. 858: „An sich: das will eben sagen: so lange das Recht den Spruch, den es in der Verleihung des Eigenthums gethan hat, nicht in dieser oder jener einzelnen Beziehung zurückgenommen hat.“ Daraus folgt ein asymmetrisches Kern-Peripherie- bzw. Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen umfassendem Eigentumsrecht und lediglich im Einzelfall eingreifenden Beschränkungen.

⁴⁷ *Savigny* 1840, Bd. 1, § 56, S. 367.

⁴⁸ Vorstehend § 4 bei Fn. 1 ff.

⁴⁹ *Johow* 1880/1982, S. 497.

⁵⁰ Ebd., S. 498.

angeblich schrankenlose „liberale“ Privateigentum. In Deutschland ging diese Entwicklung seit der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts von Rudolf v. Jhering und Otto v. Gierke aus,⁵¹ während fast zeitgleich auch die soziale Rechtsschule in Frankreich und der amerikanische Rechtsrealismus eine Abkehr von Individualismus, Willenstheorie und subjektivem Recht und eine Hinwendung zu „sozialen“ und interessengeleiteten Eigentumsbegriffen propagierten.⁵²

Bei Jhering wird diese Kritik als Gegensatz zwischen einer „individualistischen“ und einer „gesellschaftlichen“ Eigentumstheorie entfaltet. Jhering hält sowohl die Vorstellung eines an sich unbeschränkten Eigentums als auch die Konsequenz, dass jede Eigentumsbeschränkung als Eingriff in das Eigentümerrecht zu bewerten ist, für „grundirrig“⁵³ bzw. für einen „Rest jener ungesunden naturrechtlichen Vorstellung, welche das Individuum auf sich selber isolierte“: „Ein Eigentum in solcher Gestalt kann die Gesellschaft nicht dulden und hat sie nie geduldet – die ‚Idee‘ des Eigentums kann nichts mit sich bringen, was mit der ‚Idee der Gesellschaft‘ in Widerspruch steht.“⁵⁴ Danach stellt selbst eine Enteignung keinen Eingriff in das Eigentum dar, da diese nicht als „Abnormität“ unter „Verstoß gegen die Eigentumsidee“ zu werten sei, sondern vielmehr die begriffsimmanente soziale Funktion des Eigentums erst realisiere.⁵⁵ Ganz entsprechend argumentiert auch Gierke in seiner bekannten, in der berühmten Forderung nach dem „Tropfen sozialistischen Öles“ kulminierenden Reaktion auf den ersten Entwurf des BGB, dass das Eigentum „schon seinem Begriff nach kein absolutes Recht“ sei: „Alle ihm im öffentlichen Interesse gesetzten Schranken mit Einschluß der Möglichkeit der Enteignung sind in sei-

⁵¹ *Jhering* ³1893, Bd. 1, S. 518 ff.; *Jhering* ⁵1891, § 1, S. 7; *Gierke* 1889/1948, S. 14 ff.; dazu *Peter* 1949, S. 39 ff., 51 ff.; *Schwab*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* 1975, Bd. 2, S. 105 ff., insbes. 107 (Eigentum).

⁵² In Frankreich *Gény* ²1919; *Demogue* 1911; *Duguit* ²1920; in den USA *Hohfeld* 1913, 1917; *Hale* 1922, 1923; dazu *Kennedy* 2006, S. 37 ff. sowie vorstehend § 2 Fn. 42 m. w. N. Die Auswirkungen dieser Strömungen wirkten durch das Zeitalter des europäischen Totalitarismus hindurch bis in die antiformalistische Dogmatik- und Methodenkritik der Gegenwart, deren Schibboleth ebenfalls oft ein „soziales“ oder „materiales“ Eigentums- und Privatrechtsverständnis ist. Nur angemerkt sei, dass auch im deutschen Rechtsdenken der NS-Zeit allgemein-zeitgenössische, international wirksame rechtsrealistische Tendenzen zum Tragen kommen. Nicht fern von Hale und Hohfeld liegt etwa die Dekonstruktion des schrankenlosen Privateigentums durch *Wieacker* 1935, S. 23. Danach habe die „bisherige Rechtslehre“ vergeblich versucht, „sich einen zivilrechtlichen Eigentumsbegriff ungetrübt zu erhalten, indem sie die Mehrzahl der Eigentumsbeschränkungen in die Sondersphäre des öffentlichen Rechtes abdrängte.“ Denn: „Dieser Dualismus der Konstruktion bricht in sich zusammen, sobald – und diese Erkenntnis ist jetzt allgemein – öffentliches Recht und Privatrecht nicht mehr als ursprünglich gesonderte Rechtswelten geschieden werden: denn auch Privatrechte sind als Regeln sozialer Ordnung gesetzt.“

⁵³ *Jhering* ³1893, Bd. 1, S. 519.

⁵⁴ Beide Zitate ebd., S. 523.

⁵⁵ Ebd., S. 526 ff., insbes. 527.

nem Begriff angelegt und entstammen seinem innersten Wesen.“⁵⁶ Ebenso führt schließlich Léon Duguit aus Sicht der französischen sozialen Rechtsschule aus, dass das Eigentum an volkswirtschaftlich produktiven Gütern im Gegensatz zur überwundenen individualistischen Auffassung des Code civil nicht mehr als subjektives Recht, sondern vielmehr als „soziale Funktion“ zu deuten sei, die den Eigentümer nicht als Inhaber eines privaten Herrschaftsrechts, sondern vielmehr als im öffentlichen Interesse pflichtgebundenen Träger gesellschaftlichen Reichtums anspreche: „La propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire; elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse.“⁵⁷

Bemerkenswert sind die Ausführungen Duguits vor allem deswegen, weil sie über Jhering und Gierke hinaus ein konkretes gesellschaftstheoretisches Ziel der „neuen“ Eigentumstheorie ausmachen, nämlich – unter expliziter Berufung auf Auguste Comte – die „soziale Interdependenz“ innerhalb der Gesellschaft.⁵⁸ Die Pflichten, die Duguit dem Inhaber gesellschaftlichen Reichtums auferlegen will, sollen nicht etwa beliebigen Formen der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtssteigerung oder der Vermeidung sozialer Konflikte, sondern spezifisch der Aufrechterhaltung und Steigerung der sozialen Interdependenz in einer Gesellschaft dienen, in der jedes Individuum primär dazu verpflichtet sei, die mit seinem Platz innerhalb der Gesellschaft verbundenen Aufgaben zu erfüllen.⁵⁹ Um die Wende zum zwanzigsten Jahrhundert reagierte der privatrechtliche Diskurs der Moderne mit derartigen Vorstößen zu einer sozialwissenschaftlich informierten Jurisprudenz – systemtheoretisch formuliert – auf einen Wandel in seiner Systemumwelt, nämlich auf die neu entstandene Sozialwissenschaft, die ihrerseits versuchte, den während des neunzehnten Jahrhunderts zunehmend dringlich empfundenen Wandel der gesellschaftlichen Grundlagen im Verhältnis von Staat und bürgerlicher Gesellschaft auf den Begriff zu bringen. Nicht zufällig erinnert Duguits insoweit besonders expliziter Versuch, den Eigentümer auf eine Verpflichtung gegenüber der „sozialen Interdependenz“ festzulegen, nicht nur an Comte, sondern vor allem an Emile Durkheims oben erörterte Soziologie der gesellschaftlichen Arbeitsteilung mit all ihren Implikationen für die Rolle eines Individuums, dessen normsetzende Kraft nicht

⁵⁶ Gierke 1889/1948, S. 16. Es folgt ebd., S. 18f., eine aufschlussreiche Reflexion über den „Aberglauben“, „daß das Eigenthum ein von allen übrigen Rechten spezifisch verschiedenes Recht ist, – ein Recht, das gewissermaßen die Sache selbst aufzehrt, sich mit einem Stück der Körperwelt deckt und nur noch für Rechte von völlig anderer Struktur Raum läßt.“ Vgl. zur ontologischen Problematik vorstehend § 4 I Fn. 18 ff.

⁵⁷ Duguit ²1920, S. 158; ähnlich auch ebd., S. 21. Zur Lehre Duguits mit eingehender Kritik Hauriou 1925/1965, S. 31 ff.; Peter 1949, S. 129 ff., insbes. 155 ff.; Grimm 1973, S. 27 ff., 57 ff.

⁵⁸ Duguit ²1920, S. 158: „La propriété est pour tout détenteur d'une richesse le devoir ... d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et à accroître l'interdépendance sociale.“

⁵⁹ Ebd.: „Tout individu a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction en raison directe de la place qu'il y occupe.“

mehr hinreicht, das gesellschaftliche Allgemeine in der sich immer weiter ausdifferenzierenden Gesellschaft zu begründen.⁶⁰

Was ist nun der eigentliche Sinn dieses theoretischen Wandels? Darf man die „sozialen“ Eigentumstheorien tatsächlich dahingehend beim Wort nehmen, dass – wie Duguit behauptet – „tout le système est en train de disparaître“?⁶¹ An dieser Stelle ist es nunmehr unabweisbar, sich mit Wieackers These vom Wandel des dem Privatrechtsdenken zugrundeliegenden „Sozialmodells“ auseinanderzusetzen, die ebenfalls maßgeblich am Beispiel des sozial gebundenen Eigentums entfaltet wird.⁶² In der Tat sind die Parallelen gerade zu Duguit so augenfällig, dass es naheliegt, in dessen Schrift eine wesentliche Inspirationsquelle für Wieackers vielzitierte These von der angeblichen „Rückverwandlung“ der „formalen Freiheitsethik“ des BGB in eine „materiale Ethik sozialer Verantwortung“ zu vermuten.⁶³ Jenseits dieser Schlagworte zielte Wieacker – wie der vollständige Titel seiner Abhandlung zum „Sozialmodell“ verrät – auf eine ehrgeizige sozialwissenschaftliche Theorie der Moderne im Recht, der es über die Kritik des „liberalen“ Privatrechtsmodells hinaus vor allem um die affirmativen Dimensionen einer soziologischen Theorie der gesellschaftlichen Integration durch „Kooperation“ ging.⁶⁴ Die eigentlich brisanten Ausführungen Wieackers künden von einer arbeitsteiligen Transformation der Privatrechtsgesellschaft im Sinne Duguits und Durkheims, in der das „Rechtspathos der Zusammenarbeit“ das „Pathos des Wettbewerbs zurückgedrängt“ habe, wobei „das spezifische Ethos der bürgerlichen Gesellschaft des neunzehnten Jahrhunderts“, die „Freiheit“, in „das Ethos unserer Zeit“, die „Verantwortung“ übergegangen sei und in der schließlich gerade wegen der „Gewinnung neuer sozialer Einsichten“ nur noch sehr wenig von den Grundstrukturen des bisherigen Privatrechts erhalten bleibe.⁶⁵ „Die Gesamtbilanz würde zeigen, daß die heutige Interpretation des bürgerlichen Rechts vielfach nicht mehr daran denkt, die Privatrechtsordnung ihrem ursprünglichen Sinn gemäß als ein Aggregat von subjektiven Rechten, von ‚Willensmacht‘ der Individuen anzusehen; sie betrachtet vielmehr die Rechtsverhältnisse wesentlich als Sozialfunktionen.“⁶⁶

⁶⁰ Zum Einfluss Durkheims auf Duguit vgl. *Haurion* 1925/1965, S. 31; zu Durkheim vorstehend § 2 I bei Fn. 21 ff.

⁶¹ *Duguit* 1920, S. 155; ähnlich auch *Wieacker* 1953, S. 23, wonach „der Geltungsanspruch des bürgerlichen Rechts und seiner Rechtsideale verschwunden“ sei.

⁶² Grundlegend *Wieacker* 1953, S. 18 ff.; zum sozialen Eigentumsbegriff ebd., S. 22 f.; vgl. bereits *Wieacker* 1935, S. 19 ff., 46 ff. sowie in der Folge *Wieacker* 1960/1974, S. 47; *Wieacker* 1967, S. 550 ff.

⁶³ *Wieacker* 1953, S. 18; vgl. vorstehend Einführung Fn. 2.

⁶⁴ *Wieacker* 1953, S. 24 f. Der vollständige Titel der Abhandlung lautet: „Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft“ (Hervorhebung hinzugefügt). Vorliegend kommt es gerade auf den zweiten Teil der damit umrissenen theoretischen Zielsetzung an.

⁶⁵ Alle Zitate ebd., S. 24 f.

⁶⁶ Ebd., S. 20.

Letztere These – die fast wörtlich von Duguit entlehnt zu sein scheint – trifft nun jedoch gerade im Hinblick auf die Entwicklung des Eigentumsdenkens offensichtlich nicht zu. Im Gegenteil: Wiederum gilt vielmehr, dass selbst angesichts der unbestreitbaren Zunahme hoheitlicher Eigentumsschranken seit dem neunzehnten Jahrhundert keine Rede von einer Verabschiedung des privatrechtlich-umfassenden Eigentumsbegriffs der ersten Moderne sein kann. Dies gilt nicht nur für den Erscheinungszeitpunkt von Wieackers Abhandlung im Jahre 1953, sondern erst recht für das gegenwärtige Eigentumsverständnis, das in der Praxis stärker als je zuvor durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen etwa aus den Bereichen des Bau-, Infrastruktur-, Umwelt- und Immissionschutzrechts usw. geprägt ist.⁶⁷ Dennoch hatten und haben all diese Eigentumsbeschränkungen trotz ihrer erheblichen rechtspraktischen Auswirkungen gerade *nicht* zur Folge, dass die Trennung zwischen unbeschränktem Privateigentum und öffentlichrechtlichem Schrankenvorbehalt oder die subjektivrechtliche Deutung des Eigentums ihre konzeptionelle Tragfähigkeit verloren hätten.⁶⁸ Wiederum liegt der eigentlich erklärungsbedürftige Tatbestand im Gegenteil gerade in der *Koexistenz* von immer weitreichenderen Eigentumsbeschränkungen mit dem unveränderten *Fortbestand* des Privatrechtsmodells der ersten Moderne.

Um diesen Diskurstatbestand zu bewältigen, bedarf es also einer komplexeren Gesellschaftstheorie als der Hypothese von sich gegenseitig ablösenden, jeweils in sich geschlossenen „Sozialmodellen“ von „Freiheit“ und „Verantwortung“. Gesellschaftliche Moderne ist mehr als ein „Sozialmodell“. Die Kritik an der mangelnden Bindekraft des modernen Individualismus ist – wie gesehen – *selbst* Differenzierungssymptom und Ausdruck der Verlustdiagnose der zweiten Moderne, mithin selbst *Teil* des modernen Argumentationszusammenhangs und seiner individualistischen Diskursvoraussetzungen.⁶⁹ Wieackers These, dass sich im Selbstbild der bürgerlichen Gesellschaft seit dem neunzehnten Jahrhundert eine wesentliche Wandlung ereignet habe, drückt damit zwar eine zutreffende Intuition aus. Was sich gewandelt hat, ist jedoch nicht das Nebeneinander von Freiheit und Sozialbindung und folglich auch nicht das auf dieser

⁶⁷ So bereits Peter 1949, S. 66ff. sowie Wieacker ²1967, S. 553, wonach „die soziale Inpflichtnahme des Grundeigentums ein Ausmaß erreicht [hat], das in der Geschichte des Privateigentums ohne Beispiel ist und vermutlich in keinem früheren Jahrhundert der europäischen Geschichte vom allgemeinen Rechtsbewußtsein ertragen worden wäre.“ Ähnlich auch Staudinger-Seiler 2012, §§ 854–882, Einl. zum SachenR, Rz. 68ff., 87ff.

⁶⁸ Eindringlich Peter 1949, S. 31 ff., 80ff., 101 ff., insbes. 102, 110, wonach „die rein zahlenmäßige Vermehrung der Eigentumsschranken seit dem 19. Jahrhundert ihre Rechtsnatur und diejenige des Eigentums nicht verändert haben kann.“ – „Der juristische Begriff des Eigentums ... ist unverändert geblieben trotz all den geistigen und ökonomischen Revolutionen der letzten 100 Jahre.“ Ähnlich auch Schwab, in: Brunner/Conze/Koselleck 1975, Bd. 2, S. 108f. (Eigentum).

⁶⁹ Vgl. vorstehend § 2 I bei Fn. 39.

Struktur basierende Privatrechtsmodell der ersten Moderne, sondern vielmehr die theoretische Reflexion der Einsicht, dass die normative Kraft der individuellen Freiheit nicht ausreicht, um die Legitimationslücke zwischen bürgerlicher Gesellschaft und staatsförmig verfasster normativer Allgemeinheit zu überbrücken. Die Moderne ist sich seit ihrer reflexiven Wende seit Mitte des neunzehnten Jahrhunderts der Unzulänglichkeit ihrer eigenen Legitimationsgrundlagen bewusst geworden. In *diesem* Bewusstwerden liegt der Kern von Wieackers Intuition, dass in die Lücke zwischen individueller Besonderheit und gesellschaftlicher Allgemeinheit *etwas* treten *müsse*, dass sich also die soziale Integration der modernen Privatrechtsgesellschaft in Anbetracht der Unzulänglichkeit ihrer „liberalen“ Grundlagen nicht anders als auf der Grundlage eines allgemeinen, normativ-integrativen Prinzips wie Verantwortung, Zusammenarbeit, Arbeitsteilung usw. denken lasse.

Betrachtet man die „soziale“ Kritik des „liberalen“ Eigentumsbegriffs vor diesem Hintergrund, so wird damit deutlich, dass man sie ebenso wie andere affirmative oder kritische Theorien darüber, was die Gesellschaft der Moderne „ist“ oder „sein soll“, nicht beim Wort nehmen, sondern als performative Äußerungen dieser spannungsreichen Moderne selbst betrachten muss. Es geht bei dieser Kritik letztlich nicht um den Wandel von „Freiheit“ zu „Verantwortung“ bzw. von „liberalem“ zu „sozialem“ Eigentumsdenken, sondern das Eigentumsdenken der Moderne formiert sich *jenseits* der Entgegensetzung von „liberal“ und „sozial“ als aporetisch individualistisch, als individualistisch mit der Einsicht in die mangelnde Tragfähigkeit seiner eigenen individualistischen Rechtfertigungsmechanismen. Die Rede von „liberalen“ oder „sozialen“, freiheits- oder verantwortungsbasierten Sozialmodellen dient dem Privatrechtsdiskurs der Moderne dazu, sich auf dem Boden der funktional ausdifferenzierten, individualistischen Gesellschaft der Moderne seiner eigenen Aporien zu verge-wissern.

Es greift daher zu kurz, die Entwicklung des modernen Privatrechts als Abfolge konsekutiver „Sozialmodelle“ zu deuten. Privatrecht *ist* Moderne, nämlich Ausfluss einer ungeteilten, wenn auch reflexiv gewendeten individualistischen Moderne, in der der Graben zwischen Allgemeinem und Besonderem, Öffentlichem und Privatem aufgebrochen ist und sich etwa in der Eigentumsdogmatik als Spannungsverhältnis zwischen Privatnützigkeit und Sozialbindung präsentiert, ohne dabei den Boden des absolut-ungeteilten Privateigentumsbegriffs der ersten Moderne jemals zu verlassen. Die eigentliche ideengeschichtliche Trennlinie, die den Privatrechtsdiskurs der Moderne definiert, verläuft nicht zwischen „liberalen“ und „sozialen“ Privatrechtsmodellen, sondern *zwischen Moderne und Vormoderne*. So betrachtet stellt es ein vergebliches Unterfangen dar, die Verantwortungsdimension des modernen Privatrechts mit Wieacker durch Rekurs auf die „ethischen Grundlagen des älteren

europäischen Gemein- und Naturrechts“ konkretisieren zu wollen.⁷⁰ Die individualistische Diskursstruktur des modernen Privatrechts ist selbst an der Grenze ihrer faktischen Selbstaufhebung durch soziale Wertungen unhintergebar. Zu den ungeteilten normativen Gültigkeiten der Vormoderne führt kein Weg mehr zurück.

IV. Beispiel: Nassauskiesung

Im Hinblick auf die Dogmatik des modernen Eigentums sei dies abschließend anhand eines besonders einschneidenden Falles einer öffentlichrechtlichen Inhalts- und Schrankenbestimmung demonstriert: der Beschränkung des Grundeigentums durch wasserrechtliche Vorschriften, namentlich durch das 1957 in Kraft getretene Wasserhaushaltsgesetz, das das Recht zur Gewässerbenutzung im Gegensatz zu seinen landesrechtlichen Vorläufervorschriften erstmals vollständig aus der privatrechtlichen Eigentumsordnung der §§ 903 ff. BGB ausklammerte und dem bis heute gültigen öffentlichrechtlichen Erlaubnis- und Bewilligungssystem unterstellte. Vor diesem Hintergrund gelangte das Bundesverfassungsgericht in der „Nassauskiesungsentscheidung“ aus dem Jahre 1981 bekanntlich zu der Erkenntnis, dass die Vorschriften des WHG als Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG verfassungskonform seien, und führte damit eine grundsätzliche Neuordnung des Verhältnisses von Inhalts- und Schrankenbestimmung sowie Enteignung herbei.⁷¹

Vom vorliegenden Standpunkt aus ist zunächst die prozessuale Vorgeschichte der Entscheidung von Interesse, anhand derer sich konkret nachvollziehen lässt, wie sich der Fortbestand des nominell umfassenden privatrechtlichen Eigen-

⁷⁰ So *Wieacker* 1953, S. 18. Wohlweislich hatten sich etwa *Jhering* und *Gierke* zu der affirmativen Frage nach den normativen Grundlagen des „sozialen“ Privatrechtsverständnisses gar nicht geäußert. *Wieackers* Intuition, die auf die Wertungsstrukturen der Vormoderne abzielt, erweist sich zwar wiederum insoweit als treffsicher, als die Moderne *selbst* wie gesehen nicht ohne paradoxen Zusammenhang mit vor- und gegenmodernen Wertungsenklaven denkbar ist. Doch ein geradliniges „Zurück“ zu einer ungebrochenen Vormoderne folgt daraus gerade nicht. Dem entspricht die bemerkenswerte normative Unschärfe des „sozialen“ Rechtsparadigmas bis in die Gegenwart hinein. Zu einer Typisierung *Kennedy* 2006, S. 37 ff., insbes. 39.

⁷¹ Grundlegend BVerfGE 58, 300, 317 ff. – Nassauskiesung; davor wegweisend bereits BVerfGE 52, 1 – Kleingartenrecht; seitdem etwa BVerfGE 100, 226, 240 ff. – Denkmalvilla; BVerwGE 94, 1 – Herrschinger Moos; BGHZ 100, 136 – Kleingartenrecht II; teils abweichend nach wie vor die Rechtsprechung des BGH insbesondere zum enteignenden Eingriff; vgl. BGHZ 91, 20 – Kläranlage; BGHZ 132, 181 – Computertomograph; BGHZ 136, 182 – Reichenau; BGHZ 170, 260 – Grundbuchamt. Aus der Literatur mit differenzierter Würdigung *Lege* 1990, S. 864 ff.; *Wieland*, in: *Dreier* 2004, Art. 14 Rz. 84; *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* 62010, Art. 14 Rz. 198; *Lege* 2011b, S. 1084 ff.; *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf* 12011, Art. 14 Rz. 36 ff.

tumsbegriffs des § 903 BGB mit der plötzlichen Ausklammerung eines ganzen *Bereichs* vermögenswerter Nutzungsrechte, die zuvor Teil der Eigentümerbefugnisse gewesen und als solche auch ausgeübt worden waren, argumentativ in Einklang bringen lässt. Dem Ausgangsrechtsstreit lag eine Klage auf Enteignungsentschädigung eines Kiesabbauunternehmens zugrunde, das auf zwei gepachteten Grundstücken seit 1936 Kiesabbau bis unter die Grundwasserlinie betrieben hatte. Eine weitere Erlaubnis zu dieser sog. Nassauskiesung wurde im Jahre 1973 auf der Grundlage des WHG versagt, nachdem die Grundstücke in das Wasserschutzgebiet eines benachbarten Wasserwerks einbezogen worden waren.⁷² Auf dieser Grundlage wäre der geltend gemachte Anspruch auf Enteignungsentschädigung nach der bis zur Nassauskiesungsentscheidung herrschenden Enteignungsdogmatik des BGH und des BVerwG wohl begründet gewesen. Denn sowohl die bis dato einschlägige „Sonderopfertheorie“ des BGH⁷³ als auch die entsprechende „Schweretheorie“ des BVerwG⁷⁴ beruhten auf der Prämisse eines gleitenden Übergangs zwischen *leichten* Eingriffen in den Eigentumsschutzbereich, gleichbedeutend mit entschädigungslosen Inhalts- und Schrankenbestimmungen als Konkretisierung der Sozialbindung des Eigentums einerseits (Art. 14 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GG), sowie *schweren* Eingriffen gleich entschädigungspflichtigen Enteignungen andererseits (Art. 14 Abs. 3 GG). Diesen „Schwellentheorien“⁷⁵ lag jeweils die unausgesprochene Voraussetzung zugrunde, dass schwere Beeinträchtigungen der Eigentümerbefugnisse schon begrifflich nicht anders denn als – das umfassend gedachte Eigentum *begrifflich intakt* lassende – „Enteignungen“ gedacht werden könnten.

In dieses Schema ließ sich jedoch die erstmals 1976 in das WHG aufgenommene Vorschrift des § 1a Abs. 3 Nr. 1 WHG a. F.,⁷⁶ die das Recht am Grundwasser ausdrücklich und *entschädigungslos* aus dem Grundstückseigentum ausklammerte und sich insoweit gezielt gegen die Eigentumsdogmatik des BGH richtete,⁷⁷ nicht mehr einfügen. Der im Ausgangsfall mit der Frage der Enteignungsentschädigung befasste BGH sah sich daher zur Vorlage der Frage an das BVerfG veranlasst, ob es sich bei §§ 1a Abs. 3, 2 Abs. 1, 6 WHG a. F., auf deren Grundlage die Erlaubnis zur Nassauskiesung versagt worden war, *noch* um zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmungen oder *schon* um verfassungswidrige, weil nicht durch eine Entschädigungsregelung flankierte Enteignungs-

⁷² BVerfGE 58, 300, 309; vgl. auch den Vorlagebeschluss des BGH v. 13.7. 1978, III ZR 28/76, NJW 1978, 2290.

⁷³ Seit BGHZ 6, 270 – Zwangseinweisung; davor wegweisend bereits RGZ 116, 268 – Galgenberg („Einzelakttheorie“); in der Folge etwa BGHZ 60, 126 – Ur-Nassauskiesung.

⁷⁴ Seit BVerwGE 5, 143 – Baulandqualität.

⁷⁵ Zur Interpretation und Terminologie („Schwellen-“ bzw. „Trennungstheorie“) vgl. *Lege* 1990, S. 864f.; *Lege* 2011b, S. 1086f.; ferner *Deppenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* 62010, Art. 14 Rz. 253 ff.

⁷⁶ Entspricht § 4 Abs. 2, 3 WHG n. F.

⁷⁷ Zum Hintergrund instruktiv *Lege* 2011b, S. 1085.

tatbestände handele.⁷⁸ Dabei beruhte die Vorlagefrage des BGH wiederum auf der – vom BVerfG schließlich verworfenen – Prämisse aller „Schwellentheorien“, dass eine aufgrund ihrer Schwere verfassungswidrige Inhalts- und Schrankenbestimmung letztlich in eine Enteignung „umschlagen“ müsse und damit letztlich allein nach ihrer Entschädigungsfähigkeit zu beurteilen sei.

Von Interesse ist nun, wie der BGH diese Prämisse begründete: Das Grundeigentum, so der Senat, umfasse gemäß §§ 903, 905 S. 1 BGB prinzipiell auch die Verfügungsbefugnis über das Grundwasser als Teil des Erdkörpers.⁷⁹ Damit sei jedoch den Anforderungen an eine verfassungsmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung nicht mehr genügt, wenn die Befugnis zur Verfügung über das Grundwasser dem Eigentümer *ganz* entzogen und einer ausschließlich öffentlichrechtlichen Benutzungsordnung unterstellt werde. Ein solches „lückenhaftes“, einer „potentiell totalen Sozialbindung“⁸⁰ unterworfenen Grundeigentum sei mit der grundsätzlichen Privatnützigkeit und Verfügungsfreiheit zugunsten des Eigentümers nicht mehr vereinbar. „Ein Grundeigentum, dessen Bestandsgarantie überall dort Lücken aufweist, wo es mit Grundwasser in Berührung kommt, dient i. S. von Art. 14 II 2 GG nicht mehr nur „zugleich“ dem Wohl der Allgemeinheit. Sein Gebrauch wird vielmehr grundsätzlich auf das Wohl der Allgemeinheit ausgerichtet, wodurch die Grenze zwischen (entschädigungsloser) Sozialbindung (Art. 14 II 2 GG) und Enteignung (Art. 14 III GG) begrifflich und praktisch aufgehoben ist.“⁸¹ Mit anderen Worten legte der BGH seiner Auslegung des Art. 14 GG geradezu selbstverständlich das für den gesamten Eigentumsdiskurs der ersten Moderne typische „Sphärenmodell“ des Eigentums zugrunde und gelangte auf dieser Grundlage zur Annahme eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen Privatnützigkeit und Sozialbindung unter argumentativem *Vorrang* des privaten Verfügungsinteresses, das selbst hinter wesentliche Gemeinwohlbelange wie den Gewässerschutz niemals ganz zurücktreten dürfe.⁸²

Vor diesem Hintergrund wird die Sensation verständlich, die in der diese Prämissen zurückweisenden Entscheidung des BVerfG lag. Bekanntermaßen verwarf das BVerfG die „Schwellentheorien“ des BGH und BVerwG zugunsten seiner eigenen, heute weitgehend herrschenden „Trennungstheorie“, wonach Inhalts- und Schrankenbestimmung sowie Enteignung im Interesse der Rechtssicherheit und gesetzgeberischen Entscheidungsprärogative jeweils strikt nach ihren jeweils eigenen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen zu beurteilen und zu trennen sind, so dass ein wechselseitiges „Umschlagen“ beider Rege-

⁷⁸ BGH NJW 1978, 2290ff.

⁷⁹ Ebd., S. 2291.

⁸⁰ Ebd., S. 2293.

⁸¹ Ebd.

⁸² Ebd., S. 2292f.

lungsformen ineinander ausgeschlossen ist.⁸³ Entscheidend ist nun, dass das BVerfG seiner Argumentation dabei letztlich nichts anderes als eine verfassungsrechtlich fundierte „Bündeltheorie“ des Eigentums zugrundelegte und die „Sphärentheorie“ des BGH damit mit der Kritik der zweiten Moderne parierte. So kommt nach den Ausführungen des BVerfG ein „Umschlagen“ einer Inhalts- und Schrankenbestimmung in eine Enteignung schon deshalb nicht in Betracht, weil für letztere von vornherein kein Raum sei, wenn dem Eigentümer keine konkrete Rechtsposition im Schutzbereich der Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG entzogen wird; gerade an einer solchen fehle es jedoch im Bereich wirksamer Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums.⁸⁴ Indem es die *Gleichrangigkeit* von öffentlichem Recht und Privatrecht bei der Bestimmung von Inhalt und Umfang des Eigentums hervorhob, ließ das BVerfG also keinen Raum mehr für einen Argumentationsvorrang zugunsten einer umfassenden privaten Eigentumssphäre. Vielmehr erhob es gerade die „Bündelförmigkeit“ bzw. die öffentlichrechtlich disponible Lückenhaftigkeit der Eigentümerbefugnisse zum Definitionsmerkmal des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs.⁸⁵

Doch was hindert dann noch die vollständige Dekonstruktion des Eigentumsbegriffs, wenn sich selbst dessen Bestandsgarantie nicht mehr anders als durch Rekurs auf die *jeweils* in Kraft befindlichen Inhalts- und Schrankenbestimmungen konkretisieren lässt? Auf diese Frage besitzt auch das BVerfG – und mit ihm die durch die Nassauskiesungsentscheidung begründete verfassungsrechtliche Eigentumsdogmatik – letztlich keine überzeugende Antwort. Zwar erkennt das BVerfG an, dass die Instituts- und Bestandsgarantie des Art. 14 GG eine „wesentliche Schmälerung“ der Gewährleistung des Privateigentums verbiete,⁸⁶ doch folge daraus gerade nicht, dass jedes Rechtsgut privatrechtlicher Herrschaft unterworfen sein müsse.⁸⁷ Im Ergebnis bleibt der

⁸³ BVerfGE 58, 300, 328ff.; zustimmend *Lege* 1990, S. 864f.; *Lege* 2011b, S. 1086f.; teils kritisch *Deppenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* 62010, Art. 14 Rz. 254.

⁸⁴ BVerfGE 58, 300, 336ff.

⁸⁵ So ausdrücklich BVerfGE 58, 300, 336: „Die bürgerlich-rechtliche Eigentumsordnung ist keine abschließende Regelung von Inhalt und Schranken des Eigentums. Den privatrechtlichen Eigentumsvorschriften kommt im Rahmen des Art. 14 GG auch kein Vorrang vor den öffentlichrechtlichen Vorschriften zu, die eigentumsrechtliche Regelungen treffen. Welche Befugnisse einem Eigentümer zu einem bestimmten Zeitpunkt konkret zustehen, ergibt sich vielmehr aus der Zusammenschau aller in diesem Zeitpunkt geltenden, die Eigentümerstellung regelnden gesetzlichen Vorschriften. Ergibt sich hierbei, daß der Eigentümer eine Befugnis nicht hat, so gehört diese nicht zu seinem Eigentumsrecht.“

⁸⁶ Zur Bedeutung der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie des Eigentums *Deppenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* 62010, Art. 14 Rz. 222f.

⁸⁷ BVerfGE 58, 300, 339. Im Ergebnis ist im Zuge der Neugestaltung eines Rechtsbereichs selbst die völlige Beseitigung bisher bestehender Eigentumsrechte möglich; vgl. *Wieland*, in: *Dreier* 2004, Art. 14 Rz. 84. Zum Ausnahmefall ausgleichspflichtiger Inhalts- und Schrankenbestimmungen HGR-*Deppenheuer* 2013, Bd. 5, § 111 Rz. 92ff., S. 42f.

Konflikt zwischen Privatnützigkeit und potentiell totaler Sozialbindung des Eigentums ungelöst.

Damit wird abschließend noch einmal deutlich, welche Bedeutung die Wende zur zweiten Moderne im Eigentumsdenken besitzt: Sie hebt den Kern des privatnützigen Eigentumsbegriffs nicht auf und implantiert auch kein neues „Sozialmodell“. Sie spielt sich vielmehr *innerhalb* der hergebrachten Eigentumsdogmatik ab und führt dort zu subtilen Begriffsverschiebungen, die sich etwa als Einebnung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen Privatnützigkeit und Sozialbindung mit einer entsprechenden Verschiebung der Argumentationslastverteilung deuten lassen. Macht man sich die Sichtweise des BVerfG zueigen, dass Privatrecht und öffentliches Recht gleichermaßen an der Bestimmung des Eigentumsinhalts beteiligt sind, führt letztlich kein Weg an einer verfassungsrechtlich legitimierten „Bündeltheorie“ als Quintessenz des Eigentumsdenkens der zweiten Moderne vorbei. Das private Eigentum kann, *ohne* seinen freiheitlichen Legitimationsanspruch einzubüßen, nahezu vollständig hinter öffentlichrechtlichen Überlagerungen zurücktreten, eben *weil* es in der Rechtspraxis der zweiten Moderne nur mehr ein „Bündel“ jederzeit beschränkbarer Befugnisse darstellt.

§ 6 Dialektik des Eigentums: Selbstlimitierung und Paternalismus

Das vorangegangene Teilkapitel endete mit der Neuordnung der verfassungsrechtlichen Eigentumsdogmatik durch den Nassauskiesungsbeschluss des BVerfG als Beispiel dafür, wie das Rechtsbewusstsein der zweiten Moderne inzwischen die Ebene der theoretischen Kritik verlassen hat und in die Praxis des Eigentumsdenkens eingegangen ist. Sowohl die Auflösung des klassischen „Sphärenmodells“ des Eigentums als auch die Einebnung des Unterschieds zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Regelungen bei der Definition des Eigentumsinhalts erwiesen sich vom Standpunkt des BVerfG aus als unausweichlich.

Darüber hinaus eignet sich die Nassauskiesungsentscheidung jedoch noch in einem weiteren, möglicherweise noch wichtigeren Zusammenhang als Anschauungsmaterial für die Wirkungen der zweiten Moderne im Eigentumsdenken. Abstrahiert man von der konkreten Fragestellung nach der Zugehörigkeit des Grundwassers zum Grundeigentum, so liegt der Entscheidung das generelle Problem des Rückzugs des privaten Eigentumsregimes von einem öffentlichen Gut zugrunde, dessen private Bewirtschaftung davor jedenfalls in deutlich größerem Umfang als unter dem WHG als möglich und zulässig erachtet worden war.¹ Damit stellt sich die Frage nach dem *Warum*: Was hat sich verändert, dass dem privaten Eigentumsregime der verantwortungsvolle Umgang mit der Nutzung des Grundwassers nicht mehr zugetraut wird? Weshalb erscheint es unter Abkehr von früheren Rechtsauffassungen plötzlich als verfassungsmäßig geboten, an die Stelle der privaten Eigentumsordnung ein öffentlichrechtliches Bewirtschaftungsregime treten zu lassen?

Dass der Privatrechtsdiskurs der Moderne seit dem Strukturwandel der zweiten Moderne über das nötige Argumentationsrepertoire verfügt, um einen derartigen Wandel herbeizuführen, sollte nach den Ausführungen im vorangegangenen Kapitel außer Zweifel stehen. Der Blick richtet sich daher nunmehr auf die übergeordnete Frage, *weshalb* es in manchen Fällen des rechtlichen und rechtstatsächlichen Umgangs mit privaten Eigentumsrechten plötzlich zu einer

¹ Allerdings gab es bereits vor Inkrafttreten des WHG umfangreiche landesrechtliche Regelungen des Wasserrechts. Im konkreten Fall war vor Inkrafttreten des WHG das Preussische Wassergesetz von 1913 einschlägig. Zur Gesetzgebungsgeschichte eingehend BVerfGE 58, 300, 302 f.

derart gewandelten Praxis kommt, die der bisher festgestellten Tendenz in die Richtung immer weitergehender Propertisierung individueller Rechtspositionen offenbar zuwiderläuft.

Den Ansatzpunkt für eine Beantwortung dieser Frage wird im Folgenden die zweite Gruppe von Diskursbefunden bilden, die im ersten Teil dieser Untersuchung mit der Wende zur zweiten Moderne in Verbindung gebracht wurde und deren Gemeinsamkeit in der negativen Dialektik der modernen Begriffs- und Lebenswelt bestand: nämlich in der Beobachtung, dass es oft nicht der Misserfolg, sondern vielmehr gerade der *Erfolg* der Institutionen der ersten Moderne ist, der sich auf seinem Höhepunkt in sein Gegenteil verkehrt.² Nach diesem Muster ist im Folgenden nach den Selbstaufhebungstendenzen im Eigentumsdiskurs der Moderne zu suchen, die dessen Gestalt in der zweiten Moderne erst vervollständigen.

I. „Tragödie der Allmende“ und Dialektik der Propertisierung

Im Eigentumsdenken der Moderne sind Phänomene der Selbstaufhebung privater Rechtsregimes bzw. der Rekollektivierung privater Ressourcen, wie sie in der Nassauskiesungsentscheidung am Beispiel des Verfügungsrechts über das Grundwasser exemplarisch vorgeführt werden, seit langem bekannt. Will man ihre Struktur verstehen, ist es zunächst nötig, nochmals präziser als bisher auf die Voraussetzungen des gegenteiligen Vorgangs der Propertisierung bzw. der *Begründung* privater Ausschließlichkeitsrechte einzugehen. Die Entstehung privater Ausschließlichkeitsrechte wurde bisher allein unter dem Gesichtspunkt der vernunftrechtlichen Eigentumstheorie, namentlich der Lockeschen Arbeitstheorie diskutiert. An die Person geknüpfte private Eigentumsrechte erwiesen sich danach als notwendige und hinreichende Voraussetzung des an den Rechtsbegriff der ersten Moderne geknüpften Legitimationsanspruchs und damit zugleich als rechtsstaatliche Antwort auf das Hobbessche Problem des Zusammenlebens antagonistischer Individuen in einem integrierten Gemeinwesen. Dessen Lösung bestand vom Standpunkt Lockes oder Kants wie gesehen darin, jedem Individuum seine jeweilige Freiheitssphäre als gerechtfertigte ausschließliche Rechtssphäre zuzuweisen und zugleich mit der Legitimation des Gemeinwesens zu verknüpfen.³ Dieses Ergebnis ist nunmehr durch einen Blick auf die ökonomische Theorie der Entstehung ausschließlicher Zuweisungsrechte zu bestätigen und theoretisch zu vertiefen.

Einer der wichtigsten Beiträge der ökonomischen Theorie zur Erklärung der Entstehung individueller Ausschließlichkeitsrechte bzw. *property rights*, auf

² Vgl. vorstehend § 3.

³ Vgl. vorstehend § 1 III bei Fn. 105 ff.

dessen Grundlage im Folgenden auch die Ausnahmen einer effizienten Gemeinfreiheit von Ressourcen erklärbar werden, liegt im Gesichtspunkt der „Tragödie der Allmende“ bzw. „Tragedy of the Commons“.⁴ Dieses auf einen einflussreichen Aufsatz von Garrett Hardin aus dem Jahre 1968 zurückgehende Schlagwort umschreibt eine generelle Problematik des menschlichen Umgangs mit gemeinsam genutzten Ressourcen, die sich auf den verschiedensten Ebenen von der sprichwörtlichen lokalen Allmende bis hin zu globalen Phänomenen der Bevölkerungsexplosion und Umweltzerstörung beobachten lässt.⁵ Danach ist in Abwesenheit durchsetzbarer Regeln zur wirksamen Begrenzung der jeweiligen individuellen Nutzung unweigerlich die exzessive Nutzung, Ausbeutung und schließlich Zerstörung des gemeinsamen Gutes programmiert. Denn für die einzelnen Berechtigten, die sich untereinander in der Situation eines „Gefangenendilemmas“⁶ befinden, ist es jeweils *individuell* rational, das der gemeinsamen Ressource zuträgliche Maß an individueller Nutzung zu über-

⁴ Grundlegend *Hardin* 1968, S. 1243 ff. Seit Hardins Arbeit ist die Problematik der Allmende in den Blickpunkt der ökonomischen Theorie gerückt. Dabei wurden auch vermittelnde Lösungsmodelle entworfen, die vorliegend jedoch außer Betracht bleiben können, da sie die schon bei Hardin dargelegten theoretischen Grundlagen unberührt lassen. Vgl. aus jüngerer Zeit *Ostrom* 1990, S. 1 ff. sowie die Beiträge in *Ostrom* u. a. 2002 sowie *Hess/Ostrom* 2007a; speziell aus rechtswissenschaftlicher Sicht *Nagel* 1989, S. 21 f.; *Heller* 1998, S. 621 ff.; *Dagan/Heller* 2001, S. 549 ff.; *Landes/Posner* 2003, S. 11 ff.; *Boyle* 2008, S. 1 ff.

⁵ Unter „Allmende“ bzw. „Commons“ oder „Common Pool“ sind dabei materielle oder immaterielle Güter zu verstehen, die nicht durch Ausschließlichkeitsrecht einzelnen Berechtigten zugewiesen sind, sondern deren Nutzung entweder jedermann oder einer bestimmten oder unbestimmten Vielzahl von Berechtigten offensteht, wobei Zugang und Nutzung reguliert oder unreguliert sein können („limited access“ bzw. „open commons“). Steht der Zugang jedermann offen, ist insbesondere im Bereich des geistigen Eigentums auch von „Common Domain“ oder „Gemeinfreiheit“ die Rede. Eine detaillierte Abgrenzung ist hier nicht erforderlich, da die Grundgedanken in allen Fällen dieselben sind. Zum „Commons“-Begriff *Ostrom* 1990, S. 30 ff.; *Dagan/Heller* 2001, S. 555 ff.; *Dietz* u. a. 2002, S. 3 ff.; *Benkler* 2006, S. 60 ff.; *Hess/Ostrom* 2007b, S. 4 ff.; speziell zur Rechtsnatur der urheberrechtlichen Gemeinfreiheit *A. Canaris* 2009, S. 82 ff.

⁶ Dabei handelt es sich um ein spieltheoretisches Modell zur Erklärung des Phänomens, dass nichtkooperative Handlungsstrategien unabhängig von der Kooperationsbereitschaft des Spielpartners individuell rational sein können und daher gewählt werden, obwohl sie zu kollektiv suboptimalen Ergebnissen führen. Folgendes Modell liegt meist zugrunde: A und B befinden sich wegen Verdachts der gemeinschaftlichen Begehung eines Verbrechens in Untersuchungshaft. Wenn beide schweigen (= kooperieren), können sie nur zu einer mäßigen Freiheitsstrafe von jeweils 1 Jahr verurteilt werden. Sagt dagegen einer gegen den anderen aus (= kooperiert *nicht*), erhält er als Kronzeuge vollständigen Straferlass, während der andere für das nachgewiesene Verbrechen zu 5 Jahren Gefängnis verurteilt wird. Sagen schließlich beide gegeneinander aus, erhalten beide die volle, aber aufgrund der Kronzeugenregelung jeweils gemilderte Strafe von 4 Jahren. Was werden A und B tun? Die möglichen Handlungsalternativen lassen sich in folgender Matrix darstellen:

	B schweigt (kooperiert)	B sagt aus (kooperiert nicht)
A schweigt (kooperiert)	1/1	5/0
A sagt aus (kooperiert nicht)	0/5	4/4

schreiten, selbst wenn dies *kollektiv* zur suboptimalen, nichtrationalen Überbeanspruchung der Ressource führt.⁷ Mehr noch: Da dies jeweils unabhängig vom Verhalten der jeweils anderen Berechtigten gilt, liegt die individuell optimale Strategie in *jedem* Fall – unabhängig davon, ob sich die anderen Beteiligten jeweils regelkonform oder regelwidrig verhalten – darin, die jeweils eigenen Nutzungsgrenzen zu überschreiten.⁸ Daraus folgt zugleich, dass bloße sanktionslose Vereinbarungen zwischen den Beteiligten über die Grenzen der individuellen Nutzung nicht geeignet sind, das Gefangenendilemma zu durchbrechen und einen Ausweg aus der Tragödie der Allmende zu weisen. Vielmehr liegt deren wörtliche Tragik gerade in der Zwangsläufigkeit und Unabwendbarkeit, mit der die gemeinsame Nutzung begrenzter Ressourcen schließlich in deren Ausbeutung und Zerstörung mündet. „Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit – in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all.“⁹

Betrachtet man die Struktur dieses Argumentationsgangs sowie mögliche Auswege, so liegt es auf der Hand, dass die „Tragödie der Allmende“ letztlich nur eine weitere, ökonomische Wendung des Hobbesschen Problems darstellt bzw. mit diesem strukturanalog ist. Beiden Denkfiguren liegt die Unausweichlichkeit des Gefangenendilemmas zugrunde, das alle Mitglieder eines nichtregulierten Gemeinwesens beständig dazu zwingt, sich die Nutzung von möglichst großen Anteilen an den für alle verfügbaren, begrenzten Ressourcen im Kampf gegen alle anderen Mitglieder zu sichern. Hobbes' Diagnose des *bellum omnium contra omnes* bedeutet – ökonomisch gewendet – nichts anderes, als dass ein verantwortungsvoller Umgang mit gemeinsam genutzten, begrenzten Ressourcen in Abwesenheit wirksamer Regulierung unmöglich ist. Zugleich erweisen sich auch die von Hardin vorgeschlagenen Auswege aus der Tragödie der Allmende als bereits in den ideengeschichtlichen Versuchen zu einer Lösung des Hobbesschen Problems vorgezeichnet. Vereinfacht gesprochen gibt es ge-

Das auf den ersten Blick überraschende Ergebnis lautet bekanntlich, dass sowohl A als auch B *unabhängig* von der Strategie des jeweils anderen und auch unabhängig von eventuellen Absprachen aussagen und damit jeweils 4 Jahre Gefängnis, also das kollektiv schlechtestmögliche Ergebnis wählen werden, da genau dies jeweils individuell rational ist. Denn die nichtkooperative Strategie führt in jeder Situation für jeden Beteiligten selbst bei vorangegangener Absprache individuell zu einer um jeweils ein Jahr milderer Strafe, als sie bei kooperativer Strategie zu erzielen wäre. Die Bedeutung dieses Modells als allgemeiner Erklärungsansatz für das Versagen kollektiver Rationalität im Umgang mit gemeinsamen Gütern und Entscheidungssituationen (Hobbessches Problem) liegt auf der Hand. Aus der umfangreichen Literatur dazu (sowie zu Abwandlungen, die hier außer Betracht bleiben können) etwa *Rapoport/Chammah* 1965, S. 24 ff.

⁷ Grundlegend *Hardin* 1968, S. 1244 ff.; in der Folge *Ostrom* 1990, S. 2 ff.

⁸ Dazu nur *Ostrom* 1990, S. 4 f.

⁹ *Hardin* 1968, S. 1244.

nau zwei solche Auswege: *Regulierung* oder *Propertisierung*.¹⁰ Der erste Weg impliziert die Einsetzung eines Hobbesschen „Leviathan“, der die Nutzung der gemeinsamen Ressource unter ein hoheitliches Benutzungsregime stellt und sie damit der individuellen Verfügungsbefugnis vollständig oder teilweise entzieht. Der zweite Weg ist dagegen wiederum der zuerst von Locke und Kant beschrittene der Begründung privater Eigentumsrechte an den ursprünglich gemeinsam genutzten Ressourcen.

Den Lockeschen und kantischen Theorien subjektiver Individualrechte lässt sich damit ein ökonomisches Argument für deren Begründung an die Seite stellen: Subjektive Ausschließlichkeitsrechte bzw. Eigentumsrechte sind nicht nur vernunftrechtlich gerechtfertigt, sondern auch ökonomisch effizient, wenn bzw. soweit sie eine Lösung des Hobbesschen Problems bzw. der Tragödie der Allmende darstellen. Aus ökonomischer Sicht ermöglichen es Eigentumsrechte, positive und negative Externalitäten, d. i. solche nützlichen oder schädlichen Effekte menschlicher Aktivitäten, die außer dem Handelnden weitere Dritte betreffen, zu internalisieren, d. h. ihren wahren Nutzen *und* ihre wahren Kosten dem Verursacher zuzuweisen und damit einen Anreiz dafür zu setzen, dass nur effiziente Nutzungen des zugewiesenen Gutes unternommen werden.¹¹ Eine solche Internalisierung wird nun in aller Regel genau dann erfolgen, wenn ihr Nutzen die damit verbundenen Kosten übersteigt.¹² Anders gewendet: Sobald sich für diejenigen, die von Externalitäten betroffen sind, ein höherer Nutzen daraus ergibt, deren Vor- und Nachteile ausschließlich selbst zu tragen statt sie mit anderen Berechtigten zu teilen, werden unregelte gemeinschaftliche Benutzungsregimes durch Ausschließlichkeitsrechte ersetzt. Ein Ausweg aus der Tragödie der Allmende ist auf der Grundlage privater Eigentumsrechte also genau dann möglich, wenn sich das dem Gefangenendilemma zugrundeliegende *freeriding* bzw. Trittbrettfahren zulasten der übrigen Berechtigten nicht mehr lohnt, weil der Nutzen einer ausschließlichen Zuweisung der Vorteile die mit der gleichzeitigen ausschließlichen Zuweisung der Nachteile verbundenen Kosten übersteigt. Bemerkenswert ist, wie sehr diese ökonomische Struktur der Anerkennung von Privateigentum im Kern der Lockeschen Arbeitstheorie entspricht. Wie gesehen zielte auch Locke durch die ausschließliche Zuweisung der Früchte individueller Arbeit genau auf den Ausschluss des Trittbrettfahrens zu-

¹⁰ Ebd., S. 1245; dazu sowie mit weiteren Varianten teils kritisch *Ostrom* 1990, S. 8ff.; *Dagan/Heller* 2001, S. 555 ff.; *Dietz* u. a. 2002, S. 11 ff.

¹¹ Grundlegend *Demsetz* 1967, S. 348 ff. Dies gilt nach *Coase* 1960, S. 1 ff., 6 ff. jedenfalls in Abwesenheit von Transaktionskosten bekanntlich unabhängig davon, *welchem* der Beteiligten das Eigentumsrecht zugewiesen wird. Zu diesen Grundlagen der ökonomischen Eigentumstheorie *Calabresi/Melamed* 1972, S. 1093 ff.; *Nagel* 1989, S. 22 ff.; *Eidenmüller* 2005, S. 59 ff.

¹² *Demsetz* 1967, S. 350 ff.

lasten fremder Arbeitsleistung als Grundgedanke und Ziel alles Privateigentums.¹³

Doch welche Voraussetzungen müssen nun *konkret* vorliegen, damit sich die Zuweisung von Eigentumsrechten tatsächlich als effizientes Mittel zur Internalisierung von Externalitäten darstellt, und wann versagen private Eigentumsrechte angesichts dieser Aufgabe? Letzteres wird nach dem oben Gesagten jedenfalls dann der Fall sein, wenn sich die Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten nicht „lohnt“, weil die Kosten der Internalisierung höher sind als der damit verbundene Nutzen für die potentiellen Rechteinhaber. Dies ist nun umso wahrscheinlicher, je mehr Personen von einer Externalität betroffen sind.¹⁴ Je größer und unbestimmter der Kreis der Betroffenen, desto kostspieliger der Versuch, mit allen Betroffenen z.B. eine Entschädigungsregelung zu vereinbaren; desto geringer zugleich die jeweils individuelle Motivation, eine solche anzustreben und desto größer im Ergebnis der Anreiz, nichts an der oft gerade in diesen Fällen besonders gravierenden Tragödie der Allmende mit entsprechenden Konsequenzen für die Zerstörung des gemeinsam genutzten Gutes zu ändern. Zu den Fällen, in denen diese Situation auftritt, gehören namentlich Umweltschäden, die oftmals zulasten einer großen oder gar unbestimmten Zahl von Dritten einschließlich der Angehörigen künftiger Generationen wirken. So ist es etwa nahezu unmöglich, die wahren Kosten von globalen Phänomenen wie dem anthropogenen Klimawandel den oftmals gar nicht individuell feststellbaren Verursachern bzw. Nutznießern der jeweils ursächlichen Externalitäten aufzuerlegen.

Doch bedarf es letztlich gar keines Verweises auf solche globalen Katastrophen, da die Ineffizienz privater Ausschließlichkeitsrechte bereits an einem viel früheren Punkt erreicht ist. Ein klassisches Beispiel einer negativen Externalität zulasten einer unbestimmten Vielzahl von Betroffenen ist die Emission von Imponderabilien wie etwa Rauch.¹⁵ Sobald der Rauch nicht nur aus einer einzigen lokalisierbaren Quelle stammt, sondern aus einem Industriegebiet mit vielen Emittenten, dessen Emissionen überörtlich wirken, besteht – abgesehen von allenfalls annäherungsweise wirksamen Ausgleichsmechanismen wie Steuern oder Emissionszertifikaten¹⁶ – keine realistische Möglichkeit mehr, die kon-

¹³ So explizit *Locke* 1690/1988, II.5, § 34, S. 291: „He ... ought not to meddle with what was already improved by another's Labour: If he did, 'tis plain he desired the benefit of another's Pains, which he had no right to.“ Zu Lockes Eigentumstheorie vorstehend § 1 II bei Fn. 60ff.

¹⁴ Dazu ausführlich *Demsetz* 1967, S. 354ff.

¹⁵ Beispiel ebd., S. 357.

¹⁶ So hat sich der aufgrund der EU-Emissionsrechtehandelsrichtlinie (Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über ein System für den Handel mit Treibhausemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 13. Oktober 2003, ABl. L 275 v. 25. 10. 2003, S. 32; dazu *Götz/Martínez Soria*, in: *Dauses* 2012, Bd. 2, H III, Rz. 126) seit dem 1. 1. 2005 entwickelte EU-weite Handel mit

kreten Emissionen jeweils den konkreten Nutznießern und Geschädigten zuzurechnen und damit zu einer zwischen allen Beteiligten effizienten Internalisierung dieser Externalitäten zu gelangen.

Damit sollte erkennbar werden, weshalb es im Fall der Nassauskiesungsentscheidung letztlich unvermeidlich war, dem Grundstückseigentümer die Berechtigung zur Nutzung des Grundwassers zu entziehen. Auch Schädigungen des Grundwassers lassen sich nicht auf die jeweiligen Grundstücksgrenzen beschränken, sondern haben als negative Externalitäten erhebliche Auswirkungen auf eine Vielzahl weiterer Grundwassernutzer.¹⁷ Im Verhältnis zum Grundeigentum stellte sich das Grundwasser vor Inkrafttreten des WHG also als Allmende dar, die jedem Grundstückseigentümer fast zwangsläufig Anreiz zur exzessiven Nutzung gab. Damit erweist sich nicht nur die rechtspolitische Entscheidung des WHG, die Verfügungsbefugnis über das Grundwasser vom Grundstückeigentum zu trennen, sondern darüber hinaus auch die weitere Entscheidung, das Wasserrecht jeglichem subjektivrechtlichen Anspruchssystem zu entziehen und vollständig hoheitlicher Kontrolle zu unterwerfen, als zutreffend und die Entscheidung des BVerfG insoweit als gerechtfertigt.

Doch das Problem reicht noch tiefer. Von Interesse ist die Nassauskiesungsentscheidung nicht nur als Beispiel für das Versagen der privatrechtlichen Eigentumsordnung angesichts der Regelungsaufgabe der Grundwassernutzung, sondern darüber hinaus für die immanente *Dynamik* dieses Vorgangs, die hier im *Rückzug* der privatrechtlichen Eigentumsordnung von einem Gut – nämlich dem Grundwasser – zum Ausdruck kommt, das dieser *vor* Inkrafttreten des WHG jedenfalls grundsätzlich angehört hatte, ohne dass dies im Hinblick auf mögliche Externalitäten als Problem empfunden worden wäre. Die Nassauskiesungsentscheidung zeigt damit sehr anschaulich, wie sich die Nutzungsmöglichkeiten an Gütern im Zuge des technischen und sozialen Wandels laufend verschieben und kontinuierlich sowohl neue Allmendesituationen als auch den Bedarf nach neuen Ausschließlichkeitsrechten an gemeinsam genutzten Gütern entstehen lassen.¹⁸ Weder die Tragödie der Allmende noch der Vorgang der Propertisierung stellen statische Phänomene dar. So hängt etwa die Antwort auf die Frage, ob und wann der Gebrauch natürlicher Ressourcen etwa durch Jagd, Fischerei, Wasser- und Bodennutzung in einen exzessiven Verbrauch

Emissionszertifikaten inzwischen unter verschiedenen Aspekten als problematisch erwiesen. Im Januar 2011 war der Handel bereits wegen gravierender Datensicherheitsprobleme ausgesetzt; vgl. *Viefhues* 2011, Nr. 313704. Gegenwärtig steht der auf ein Marktversagen hindeutende anhaltende Preisverfall der Emissionszertifikate in der Debatte; vgl. Mitteilung der Kommission „Ein Rahmen für die Klima- und Energiepolitik im Zeitraum 2020–2030“ v. 22. 1. 2014, COM(2014) 15 final, 2.4, S. 10. Zur Kritik auch *Schlüter* 2003, S. 1213 ff.; *Kerkehoff* 2012, S. 14.

¹⁷ So zu Recht auch das BVerfG; vgl. BVerfGE 58, 300, 343 ff.

¹⁸ Zu entsprechenden Gründen für die gesteigerten Anforderungen an den Grundwasserschutz ausführlich BVerfGE 58, 300, 340.

mündet, wesentlich von konkreten Gegebenheiten wie der jeweils erreichten Bevölkerungsdichte und dem jeweiligen Industrialisierungsgrad ab.¹⁹ Entsprechend ist die Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten an einem öffentlichen Gut erst dann sinnvoll, wenn eine geteilte Nutzung überhaupt in Betracht kommt bzw. so wertvoll wird, dass ein Anreiz zur kollektiv exzessiven Nutzung entsteht.

Wesentlich ist nun folgende Beobachtung: Es ist gerade die Wende zur Moderne mit ihrer Tendenz zur immer *weitergehenden* Propertisierung von individuellen Freiheitsräumen, die ihrerseits neue Allmendesituationen schafft, dabei aber selbst immer *weniger* in der Lage ist, diese durch die Gewährleistung neuer Eigentumsrechte zu bewältigen.²⁰ Mit zunehmender Interdependenz der Eigentumsrechte in der modernen Gesellschaft sind geteilte und konkurrierende Güternutzungen, die Anreize zur exzessiven Nutzung geben, nicht seltener, sondern vielmehr *häufiger* zu beobachten. Eigentumsrechte wirken wie ein Hebel, der die individuellen Nutzungsmöglichkeiten von Gütern potenziert und damit die Wirkungssphäre der Person erweitert.²¹ Doch mit erweiterten Nutzungsmöglichkeiten potenzieren Eigentumsrechte zugleich die damit verbundenen Externalitäten. Mehr Eigentumsrechte bedeuten also auf Dauer nicht weniger, sondern *mehr* Externalitäten, *mehr* soziale Interdependenz auf zuvor ungekannten Gebieten, *mehr* gemeinsam genutzte Güter und damit schließlich auch *mehr* Möglichkeiten zu einer Tragödie der Allmende.

Eigentumsrechte bieten damit jedenfalls langfristig und global betrachtet keine Lösung dieses Problems, sondern können vielmehr gerade umgekehrt noch zu seiner Verschärfung beitragen. So wird das Grundwasser zur gefährdeten Allmende, nicht obwohl, sondern gerade *weil* das Grundeigentum den Grundstückseigentümern innerhalb der Grundstücksgrenzen ein grundsätzlich umfassendes Nutzungsrecht einräumt. Erst die individuelle Zuweisung der umfassenden Nutzungsbefugnis an Grund und Boden macht diese überhaupt wirtschaftlich möglich und ermöglicht damit zugleich einen Zugriff auf das Grundwasser, den es ohne sie nicht gäbe; oder anders gewendet: Das Grundwasser wird nur deshalb zur geteilten Ressource, *weil* es durch das Privateigentum an Grund und Boden in dieser Form nutzbar geworden ist. Dabei suggeriert das Grundeigentum – dem „Sphärenmodell“ des Eigentums der ersten Moderne entsprechend – eine klare Aufteilbarkeit der jeweiligen Befugnisphären. Doch diese erweist sich als illusorisch, da jede scheinbar klar begrenzte Rechtezuweisung an die jeweiligen Eigentümer tatsächlich das *gesamte*, aus dem Zusammenspiel *aller* Befugnisphären resultierende Netz von Externalitä-

¹⁹ Vgl. *Hardin* 1968, S. 1245: „morality is system-sensitive.“

²⁰ Ähnlich *Beck* 1986, S. 42f., 50ff.

²¹ So bereits *Savigny* 1840, Bd. 1, § 53, S. 336: Eigentum und Obligation als „künstliche Erweiterung unsrer eigenen persönlichen Kräfte, als neue Organe, die unserm Naturwesen künstlich hinzugefügt werden.“

ten und Interdependenzen neu definiert und *verändert*. Auf komplexe, dynamische Interdependenzen ist das statische Eigentumsmodell der ersten Moderne jedoch nicht vorbereitet.

Besonders deutlich wirkt sich dieser Effekt auf globaler Ebene aus. So drängt sich schon anhand der inzwischen über vierzig Jahre alten klassischen Darlegung der „Tragödie der Allmende“ durch Garrett Hardin die Frage auf, weshalb die von ihm selbst vorgeschlagene Lösung der Propertisierung, also der Beseitigung gemeinsamer Nutzungssituationen an öffentlichen Gütern durch die Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten, zwar auf lokaler und selbst staatlicher Ebene wirksam sein mag, auf globaler Ebene jedoch versagt. Jedenfalls war es auf dieser Grundlage bis heute nicht möglich, die globalen Hauptprobleme, auf die es Hardin bei seinen Ausführungen vor allem ankam – vor dem Horizont der 1960er Jahre war dies namentlich die globale Bevölkerungsexplosion – einer Lösung zuzuführen.²² Im Gegenteil: Seitdem hat sich bekanntlich nicht nur das Weltbevölkerungsproblem nochmals wesentlich verschärft, sondern hinzugekommen sind namentlich in Form von Umweltrisiken weitere globale Bedrohungen der gemeinsamen Lebensgrundlagen. Fragt man nun, warum die Zuweisung von Eigentumsrechten angesichts derartiger Probleme versagt, so muss die Antwort vom hier vertretenen Standpunkt aus lauten: Eigentums- und sonstige Ausschließlichkeitsrechte mögen zwar auf lokaler, partieller Ebene geeignet sein, geteilte Güternutzungen aufzulösen und Anreize zur exzessiven Nutzung von Gütern zu beseitigen. Doch im globalen Maßstab verfehlen sie dieses Ziel umso mehr, je weiter sie im klassischen Sinne der ersten Moderne auf der Mikroebene des einzelnen Subjekts angesiedelt sind und damit geradezu zwangsläufig an der Komplexität der Wechselwirkungen zwischen den Handlungen aller Akteure innerhalb des Systems vorbeigehen. Je mehr Externalitäten auf globaler Ebene unbeherrschbar werden – zu denen wiederum namentlich solche gehören, die überhaupt erst durch die Hebelwirkung von lokalen Ausschließlichkeitsrechten etwa an Kapital und Rohstoffen zu globaler Bedeutung gelangen –, desto mehr verflüchtigt sich die normative Tragkraft subjektgebundener Ausschließlichkeitsrechte. Die globale Gesellschaft verschwendet wesentliche Ressourcen gerade deswegen, *weil* sie einzelnen Individuen ohne Blick auf das Ganze zugewiesen sind, und die Begründung weiterer Ausschließlichkeitsrechte bietet auf globaler Ebene keinen Ausweg aus diesem Dilemma. Insgesamt stellt sich das globale Ökosystem als eine einzige große Allmende dar, deren

²² Hardin selbst lässt erkennen, dass ein Ausweg aus globalen Allmendesituationen nur auf der Grundlage von Regulierung und Zwang möglich sein könnte. Hinsichtlich des globalen Bevölkerungsproblems impliziert dies nach seiner Auffassung den Ausschluss des Grundrechts auf reproduktive Selbstbestimmung. Bloße Appelle an die reproduktive Vernunft wirken dagegen langfristig sogar kontraproduktiv, da sie die Anlagen für verantwortungsvolles Handeln nach und nach aus dem menschlichen Genpool eliminieren. Zum Ganzen grundlegend *Hardin* 1968, S. 1246 ff.

komplexes Externalitätenproblem sich schlechterdings nicht mehr internalisieren lässt.

Damit ist nun der Punkt erreicht, an dem sich das Versagen der modernen Eigentumsordnung angesichts von Phänomenen der Selbstgefährdung und Selbstaufhebung diagnostizieren lässt, das oben als ein charakteristischer Aspekt der zweiten Moderne beschrieben wurde.²³ Indem sich die Gewissheit der Beherrschbarkeit von Externalitäten verflüchtigt, verliert das sachontologische Sphärenmodell des Eigentums der ersten Moderne mehr und mehr seine normative Berechtigung, und zwar sogar völlig im Einklang mit den Einschränkungen, die den Eigentumsdiskurs der ersten Moderne von Anfang an begleitet hatten. So war die Begründung von Individualeigentum an natürlichen Ressourcen bereits nach Locke wie gesehen nur dort möglich und gerechtfertigt, „where there is enough, and as good left in common for others“, also unter der präzisen Bedingung, dass neben dem Privateigentum auch Gemeinfreiheit unter Überflussbedingungen fortbesteht – „left in common“.²⁴ Privateigentum bietet danach keine abschließende Lösung der Tragödie der Allmende. Vielmehr erscheint der Fortbestand einer unerschöpflichen Allmende gerade *umgekehrt* als rechtfertigende Voraussetzung des schrankenlosen Privateigentums der ersten Moderne und die Unerfüllbarkeit dieser Voraussetzung seit der Wende zur zweiten Moderne als Teil der Tragödie und Dialektik des modernen Eigentums, die nur den Ausweg hoheitlicher Regulation offenlässt, wenn das Mittel weiterer Propertisierung zur Auflösung der immer drängender werdenden Nutzungskonflikte um begrenzte öffentliche Güter versagt.

II. Geistiges Eigentum: Überprotektion und Gemeinfreiheit

Diese Erwägungen sind nun noch um eine weitere Variante des Selbstaufhebungsdiskurses des Eigentums in der zweiten Moderne zu ergänzen, der vor allem in jüngerer Zeit unter dem Stichwort der „Überprotektion“ im Bereich des geistigen Eigentums geführt wird.²⁵ Gegenstand dieser Debatte ist die vor allem rechtspolitisch motivierte Kritik an der seit einiger Zeit zu beobachtenden Tendenz zur fortschreitenden Expansion des Schutzzumfangs des geistigen Eigentums. So ist im Hinblick auf den gegenwärtigen Stand etwa des Urheber- und Patentrechts geradezu von einem „Zeitalter der Expansion der Schutzrech-

²³ Vorstehend § 3 I.

²⁴ *Locke* 1690/1988, II.5, § 27, S. 288.

²⁵ Dazu aus der jüngeren deutschsprachigen Literatur die Beiträge in *Ohly/Klippel* 2007 sowie *Götting/Lunze* 2009, insbes. *Schmidt-Bischoffshausen* 2009, S. 15 ff. m. w. N. In den USA wird die Debatte namentlich über die Grenzen des Urheberrechts im Digitalzeitalter bereits seit längerem mit großer Schärfe geführt; vgl. *Lessig* 2004, S. 62 ff., 116 ff.; *Boyle* 2008, S. 54 ff. sowie die Beiträge in *Hess/Ostrom* 2007.

te“ die Rede,²⁶ die sich mit der vorliegend beobachteten Tendenz zur immer weitergehenden Ausdehnung des Eigentumsdiskurses der ersten Moderne in den Bereich immaterieller Ausschließlichkeitsrechte hinein deckt.²⁷ Der möglichst umfassende Schutz des geistigen Eigentums entspricht vor diesem Hintergrund nicht nur den in der Informationsgesellschaft ständig an Bedeutung zunehmenden Interessen der Rechteinhaber und Rechteevertwerter, sondern folgt wie gesehen mit fast zwingender Konsequenz aus dem personenbezogenen Eigentumsverständnis der ersten Moderne. Auf dieser Grundlage erschien es daher lange Zeit als folgerichtig und erstrebenswert, etwa die urheberrechtliche Schutzfrist für alle Arten von Schöpfungen immer weiter bis auf ihr gegenwärtiges Maß von 70 Jahren post mortem auctoris zu verlängern (§ 64 UrhG)²⁸ oder den patentrechtlichen Schutz möglichst umfassend auf technische Entwicklungen aller Art zu erstrecken.²⁹

Seit einiger Zeit stößt dieser Expansionsdrang jedoch zunehmend an rechtspolitische Grenzen. Jüngst diskutierte Probleme wie die faktische Entwertung des Urheberrechts und seiner Grenzen durch erheblich erweiterte digitale Vielfältigungsmöglichkeiten und dagegen gerichtete Kopierschutzmechanismen,³⁰ die legitime Reichweite von Software- und Biopatenten angesichts des überragenden Interesses an der allgemeinen Verfügbarkeit der zugrundeliegenden informationstheoretischen und genetischen Codes,³¹ oder auch nur die Zulässigkeit einer markenrechtlichen „Reprivatisierung“ gemeinfreier Werke³² werfen dabei allesamt die Frage auf, ob ein möglichst umfassender Schutz geistiger Eigentumsrechte in solchen Fällen überhaupt wünschenswert ist oder nicht vielmehr die legitimen Interessen der Allgemeinheit an der freien Verfüg-

²⁶ *Schmidt-Bischoffshausen* 2009, S. 24 unter Verweis auf *Cornish* 2001, S. 9 ff.

²⁷ Dazu vorstehend § 4 III.

²⁸ Die Frage nach der angemessenen Länge der Schutzfrist gehört zu den zentralen Streitpunkten der Debatte. Eine grundsätzlich kürzere oder jedenfalls flexiblere Frist befürworten unter rechtspolitischen und ökonomischen Gesichtspunkten *Landes/Posner* 2003, S. 210 ff.; *Hilty* 2007, S. 107 ff.; *Schmidt-Bischoffshausen* 2009, S. 28 ff. In den USA war die Frage Gegenstand einer vielbeachteten Entscheidung des Supreme Court, die sich gegen vehemente Kritik der Literatur für die Verfassungsmäßigkeit einer (erneuten) Verlängerung der Urheberrechtsfrist aussprach. Vgl. *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003); dazu kritisch *Hilty* 2003, S. 201 ff.; *Lessig* 2004, S. 213 ff.; *Boyle* 2008, S. 110, 247 f.

²⁹ Zusammenfassend und kritisch *Boyle* 2008, S. 160 ff.; *Haag* 2009, S. 221 ff.

³⁰ Vgl. LG Hamburg, Urt. v. 20. 04. 2012, 310 O 461/10, ZUM 2012, 596 – GEMA/YouTube, wo eine (differenzierende) Haftung der Beklagten für Urheberrechtsverletzungen ihrer Benutzer im Falle der Verletzung von Kontrollpflichten befürwortet wird. Allgemein zu den Verschiebungen der herkömmlichen Urheberrechtsbegriffe im Digitalzeitalter *Lessig* 2004, S. 139 ff.; *Boyle* 2008, S. 85 ff.

³¹ Die Problematik von Software- und Biopatenten erschließt sich, wenn man sich vor Augen hält, dass in beiden Fällen letztlich die immaterialgüterrechtliche Monopolisierung von allgemeinverfügbaren „Sprach“-Codes auf dem Spiel steht, die sich gravierend innovationsfeindlich auswirken kann. Dazu instruktiv und kritisch *Godt* 2007, S. 1 ff.; *Boyle* 2008, S. 160 ff.; zum Ganzen auch *Mes* 2011, § 1 PatG, Rz. 90 ff., 115 ff. m. w. N.

³² Dazu *A. Canaris* 2009, S. 73 ff.

barkeit wissenschaftlicher und kultureller Errungenschaften unverhältnismäßig einschränkt und damit den Schutzzweck des geistigen Eigentums geradezu in sein Gegenteil verkehrt. Auch dabei handelt es sich also wieder um das bereits bekannte Problem der Selbstgefährdung bzw. Selbstaufhebung des dem modernen Eigentumsdenken zugrundeliegenden Legitimationsmechanismus, strukturanalog mit dem vorstehend erörterten Versagen des Eigentums angesichts der Bewältigung der Tragödie der Allmende. Der Unterschied zwischen beiden Fällen liegt – stark vereinfacht und vorbehaltlich der nachfolgenden Präzisierung – darin, dass die gemeinfreie Nutzung geistiger Güter keine negative, sondern eine positive Externalität darstellt; dass also die Grenzen des geistigen Eigentums nicht durch die Unmöglichkeit der Beseitigung, sondern vielmehr durch die Notwendigkeit der Erhaltung eines Bereichs allgemein verfügbarer gemeinfreier geistiger Güter definiert werden, dessen Bedeutung mit steigender Relevanz geistiger Eigentumsrechte nicht etwa schwindet, sondern im Gegenteil noch zunimmt.

Dabei besteht zunächst kein Zweifel daran, dass es des Schutzes geistigen Schaffens durch Formen geistigen Eigentums bedarf, um das der Entstehung geistiger Schöpfungen sonst entgegenwirkende Marktversagen, also das – in diesem Fall sogleich noch näher zu begründende – Versagen des Marktes bei der Erfüllung seiner zentralen Aufgabe, Angebot und Nachfrage nach einem bestimmten Gut durch die Bildung eines angemessenen Preises zu steuern, zu korrigieren. Vorstehend wurde bereits auf die Anreizfunktion hingewiesen, die die Zuweisung von Immaterialgüterrechten für die Erschaffung kreativer Individualleistungen besitzt.³³ Präzisiert man diesen Gedanken, ist zunächst die Beobachtung wesentlich, dass es sich bei geistigen Schöpfungen um sogenannte „öffentliche Güter“ im ökonomischen Sinne handelt, deren Entstehungs- und Nutzungsbedingungen sich grundsätzlich von denen anderer Güterformen unterscheiden. „Öffentliche Güter“ sind solche, deren individuelle Nutzung die gleichzeitige Nutzung durch eine Vielzahl anderer Personen *nicht* ausschließt.³⁴ Letzteres ist hingegen namentlich bei physischen Gütern regelmäßig der Fall: Diese zeichnen sich in der Regel sowohl durch sogenannte „Rivalität“ (*rivalry*) als auch durch „Ausschließbarkeit“ (*excludability*) aus, was zum einen bedeutet, dass ihr Gebrauch durch individuellen Sachkonsum entsprechende Nutzungen derselben Sache durch andere Individuen unmöglich macht, sowie zum anderen, dass der Zugang zu ihrer Nutzung leicht beschränkt und von der Zahlung eines angemessenen Entgelts abhängig gemacht werden kann. Beide Bedingungen zusammengenommen bewirken, dass Preisbildung und Bereitstellung

³³ Vorstehend § 4 III bei Fn. 85; dazu auch *Rehbinder* 162010, § 7 Rz. 73 ff., S. 36 ff.

³⁴ Dazu grundlegend *Samuelson* 1954, S. 387 ff.; dem folgend *Landes/Posner* 2003, S. 14; *Boyle* 2008, S. 2 ff.

bei physischen Gütern meist unproblematisch durch den Marktmechanismus von Angebot und Nachfrage gesteuert werden.³⁵

Anderes gilt hingegen für die Nutzung und Produktion öffentlicher Güter und damit insbesondere für geistige Schöpfungen. Zum einen schließt deren Inanspruchnahme durch einzelne Individuen entsprechende Nutzungen durch andere, ja selbst durch eine unbestimmte Vielzahl von weiteren Nutzern nicht aus. Geistigen Gütern fehlt jedoch meist nicht nur die Rivalität in diesem Sinne, sondern darüber hinaus meist auch die Ausschließbarkeit, da es im Verhältnis zu den mit ihrer Produktion verbundenen Kosten in der Regel leicht ist, sie zu geringen Kosten zu vervielfältigen und weiterzuverbreiten.³⁶ Gäbe es keinen Schutz des geistigen Eigentums, ließe sich jede zusätzliche Nachfrage nach den entsprechenden Werken – Schriftwerken, Kunstwerken, Erfindungen – durch schlichtes Kopieren zu geringen Kosten befriedigen. Wirksam ausschließen ließe sich vom Gebrauch geistiger Schöpfungen jeweils nur der erste Nutzer, der damit der einzige bliebe, der für deren Inanspruchnahme überhaupt ein Entgelt zu leisten hätte.

Der zentrale Schutzgedanke des geistigen Eigentums liegt damit auf der Hand: Dessen Schutz ist unabdingbar, um auch die weiteren Nutzer an den Kosten der Herstellung geistiger Schöpfungen zu beteiligen und damit überhaupt geeignete Anreize für deren Entstehung zu setzen. Ohne den Schutz des geistigen Eigentums wäre der kosten- und zeitintensive Prozess, der zur Entstehung geistiger Werke führt, in vielen Fällen gar nicht durchführbar. Ohne individuelle Ausschließlichkeitsrechte an geistigen Werken daher vorderhand *weniger* Innovationen, *weniger* künstlerische, wissenschaftliche und technische Errungenschaften und damit schließlich auch *weniger* künftiger Bestand an gemeinfreien Werken, die den kulturellen Entwicklungsstand einer Gesellschaft definieren.

Wieder scheint also auf den ersten Blick ähnlich wie im Zusammenhang der oben erörterten Problematik der Allmende an materiellen Gütern zu gelten, dass – zugespitzt – erst das Privateigentum überhaupt Gemeinfreiheit möglich macht. Doch dass dies nur die halbe Wahrheit ist, war bereits im Fall materieller Güter zu beobachten. Im Bereich immaterieller Güter stößt die Propertisierung nun erst recht an Grenzen, die zugleich nochmals die Begrenztheit der klassischen Dingontologie ins Licht rücken. Wie gesehen bestand der Zweck von Ausschließlichkeitsrechten an physischen Gütern darin, diese vor Zerstörung durch exzessive gemeinsame Nutzung zu schützen. Im Bereich geistiger Güter gibt es jedoch offensichtlich keine exzessive Nutzung in diesem Sinne. Im Gegensatz zum Gemeingebrauch an physischen Gütern ist bei geistigen Gütern auch bei noch so weiter Verbreitung kaum je eine Verschlechterung vorstellbar. Der

³⁵ Zum Ganzen instruktiv *Boyle* 2008, S. 2ff.

³⁶ Vgl. ebd., S. 3.

Zweck immaterieller Ausschließlichkeitsrechte erschöpft sich vielmehr wie gesehen darin, die nötigen Anreize für ihre Entstehung zu setzen, während langfristig betrachtet das Interesse des Urhebers an der ausschließlichen Verwertung geistiger Schöpfungen hinter das allgemeine Interesse an ihrer freien Verfügbarkeit als „Mitteilungsgüter“³⁷ zurücktreten muss. Wird das Werk dann immer noch von Monopolrechten des Urhebers blockiert, besteht die akute Gefahr, dass sich deren Schutz schließlich gegen das Werk und damit auch den Urheber selbst richtet.³⁸ Im Bereich nichtkörperlicher Ausschließlichkeitsrechte stößt die im Eigentumsdenken der ersten Moderne immanente Vorstellung einer möglichst umfassenden ausschließlichen Rechtszuweisung und gegenseitigen Abgrenzung individueller Rechtssphären also bereits aus schutzzweckimmanenten Erwägungen an Grenzen, die deutlich enger zu ziehen sind als im Bereich körperlicher Ausschließlichkeitsrechte.

Je mehr sich nun im Eigentumsdiskurs der Moderne die Gewichte von körperlichen hin zu nicht körperlichen Ausschließlichkeitsrechten verschieben, desto eher sind auch die normativen Grenzen dieses Diskurses erreicht und desto leichter verfehlt noch weitergehende Propertisierung zulasten eines frei zugänglichen Bereichs von Gemeinfreiheit ihr Ziel und wendet sich schließlich gegen die Berechtigten. Um dies zu verdeutlichen, sei nun abschließend nochmals auf das bereits erörterte Beispiel der partiellen Verfestigung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes zu einem Immaterialgüterrecht rekurriert, für die wie gesehen die Entscheidung des BGH im Fall „Marlene Dietrich“ grundlegende Bedeutung besitzt.³⁹ Seit dieser Entscheidung ist von einer zweispurigen Struktur des Persönlichkeitsrechts auszugehen, die ähnlich wie das Urheberrecht neben den immateriellen Bestandteilen der Persönlichkeit zusätzlich deren vermögenswerte Dimension als eigenständiges Schutzgut umfasst. Diese Entwicklung steht wie gesehen völlig im Einklang mit der normativen Struktur des Eigentumsbegründungsdiskurses der ersten Moderne.⁴⁰

Und dennoch bestanden gegen diese Rechtsprechung, so sehr sie auch den Interessen der Betroffenen nach wirksamer Kompensation und Abschreckung von Persönlichkeitsverletzungen entgegenkommen mag, von Anfang an Bedenken, die sich inzwischen in einer restriktiveren Fortsetzung der vom BGH begonnenen Rechtsfortbildung niedergeschlagen haben. Eines der von der

³⁷ Auf diesen Gedanken wird in der Gesetzesbegründung zu § 64 UrhG ausdrücklich Bezug genommen; vgl. Amtliche Begründung zur Urheberrechtsreform 1965, BT-Drucks. IV/270 v. 23. 3. 1962, S. 27 ff.; dazu auch *Schmidt-Bischoffshausen* 2009, S. 29; *A. Canaris* 2009, S. 83.

³⁸ Dies zeigt sich etwa am Problem der digitalen Zugänglichmachung „verwaister Werke“. Vgl. Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, ABl. L 299 v. 27. 10. 2012, S. 5, umgesetzt mit Wirkung vom 1. 1. 2014 durch §§ 61–61c UrhG.

³⁹ BGHZ 143, 214 ff. – Marlene Dietrich; dazu bereits vorstehend § 4 III bei Fn. 82 ff.

⁴⁰ So insbesondere *Wagner* 2000, S. 717 ff.

„Marlene“-Entscheidung offengelassenen Hauptprobleme, die Frage nach einer zeitlichen Begrenzung des patrimonalen Persönlichkeitsschutzes, wurde inzwischen in der Folgeentscheidung im Fall „kinski-klaus.de“ durch analoge Anwendung der 10-jährigen Schutzfrist für das postmortale Recht am eigenen Bild gemäß § 22 S. 3 KunstUrhG sachgerecht gelöst.⁴¹ Die eingehenden Ausführungen, die der BGH dieser Frage angesichts der erheblichen Bandbreite der dazu in der Literatur vertretenen Ansichten widmet, werfen jedoch ein Schlaglicht auf die grundsätzliche Problematik des patrimonalen Persönlichkeitsrechts. So spricht einerseits dessen starke Bindung an die verstorbene Person, verbunden mit einem besonders schwach ausgeprägten Interesse der Allgemeinheit an kommerzieller Verfügbarkeit, für eine besonders lange Ausdehnung der Schutzfrist. Gerade die entgegengesetzte Wertung folgt jedoch aus der zugrundeliegenden Anreizlage, da der postmortale Schutz der patrimonalen Persönlichkeitsaspekte kaum jemals überhaupt Anreize zu einer zu Lebzeiten verstärkten Produktion des Gutes „berühmte Persönlichkeit“ setzen wird. Unter Anreizgesichtspunkten ist die Zuweisung eines entsprechenden Immaterialgüterrechts an die Erben einer berühmten Persönlichkeit also selbst unter enger zeitlicher Begrenzung kaum zu rechtfertigen.⁴²

Stattdessen liegt im Gegenteil wiederum das Argument auf der Hand und wird vom BGH seit der Entscheidung „kinski-klaus.de“ auch berücksichtigt, dass sich eine vollständige immaterialgüterrechtliche Verfestigung des Persönlichkeitsrechts letzten Endes gegen die Persönlichkeit selbst richten und deren Schutz damit sogar in sein Gegenteil verkehren kann.⁴³ So versuchten die Erben von Klaus Kinski in der zuletzt genannten Entscheidung, der Beklagten die Verwendung der Domain „kinski-klaus.de“ zu untersagen und entsprechende Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Die Beklagte hatte mit der Namensverwendung jedoch keine kommerziellen Interessen verfolgt, sondern lediglich für eine von ihr veranstaltete Ausstellung zur Person Klaus Kinski geworben. Angesichts dieses Sachverhalts führte der BGH nachvollziehbar aus, dass es nicht das Ziel des postmortalen Schutzes des patrimonalen Persönlichkeitsrechts sein könne, die unter die Meinungsäußerungs- und Kunstfreiheit fallende Auseinandersetzung mit der verstorbenen Persönlichkeit zu kontrollieren; zudem hob er die Notwendigkeit einer Abwägung mit den betroffenen Grundrechten hervor.⁴⁴ Wieder geht es also um die Selbstbegrenzung der modernen Eigentumsordnung gegen ein Übermaß an subjektiv-ausschließlicher Verrechtlichung der individuellen Rechtssphäre, die hier die Gefahr begründet,

⁴¹ Grundlegend BGHZ 169, 193, 198f.; dazu MünchKomm-Wagner 62013, § 823 Rz. 243 m. w. N.; davor bereits Wagner 2000, S. 719.

⁴² Ähnlich Wagner 2000, S. 719.

⁴³ Zur Kritik in diesem Sinne Schack 2000, S. 1062; die dort geäußerten Befürchtungen haben sich seit der Entscheidung „kinski-klaus.de“ allerdings teilweise erledigt.

⁴⁴ Grundlegend BGHZ 169, 193, 197.

dass die ausschließlichsrechtliche Zuweisung der vermögensrechtlichen Persönlichkeitsrechtsaspekte an die Erben konkurrierende Freiheiten übermäßig einschränkt und der Kommerzialisierung der Persönlichkeit im Ergebnis sogar noch Vorschub leistet.⁴⁵

Doch bedarf es auch an dieser Stelle letztlich keiner abschließenden Entscheidung über die angemessene Begrenzung dieser Rechtszuweisung. Wiederrum kommt es nur darauf an, sich über die Struktur der Probleme Klarheit zu verschaffen, die die Eigentumsordnung der ersten Moderne an ihren Grenzen aufwirft. Ebenso wie es auf der Mikroebene von Individualrechtszuweisungen an materiellen Gütern nicht gelingt, das globale Verhältnis von Privateigentum, Externalitäten und Gemeinfreiheit auf den Begriff zu bringen, so stößt auch die individuelle Rechtszuweisung an Immaterialgütern, je weiter sie vordringt, an Grenzen, die ihren eigenen Erfolg in Frage stellen. Gerade an den Grenzen der Verrechtlichung des Persönlichkeitsrechts zeigt sich, dass es nicht nur keine umfassende materielle, sondern auch keine umfassende immaterielle Sachherrschaft des Subjekts über potentielle Rechtsobjekte innerhalb seiner Freiheitssphäre geben kann. Wie das Sacheigentum gibt auch jedes Immaterialgüterrecht allenfalls Auskunft über seine Berechtigung auf der Mikroebene des Subjekts. Doch die Gesamtheit der kulturellen Folgewirkungen subjektiver Ausschließlichsrechte an geistigen Inhalten ist von dieser Ebene aus nicht zugänglich und wird mit zunehmender digitaler Vernetzung und Verfügbarkeit von Informationen immer weniger beherrschbar und damit auch legitimierbar sein.

III. Paternalismus, Rekollektivierung und Gegenmoderne

Die bisherigen Ausführungen zur Selbstaufhebung des Eigentums in seinen Randbereichen verweisen damit schließlich wieder zurück auf ihren Ausgangspunkt, nämlich die gemeinsame Nutzung von Gütern und die damit verbundene „Tragödie der Allmende“. Aus dieser gibt es jedoch wie gesehen noch einen zweiten Ausweg neben der Begründung privater Ausschließlichsrechte: den der *Regulierung*, also der teilweisen oder vollständigen hoheitlichen Bewirtschaftung oder Verstaatlichung einer gemeinsam genutzten Ressource in dem Maße, in dem private Ausschließlichsrechte als Mittel wirksamer Zugangs- und Nutzungskontrolle versagen.⁴⁶ Zugleich ist damit schließlich auch die zweite Seite der oben erörterten Dialektik des Rechtsdenkens der Moderne angesprochen. Denn in den Fällen, in denen – wie in der Nassauskiesungsentcheidung – private Ausschließlichsrechte als Ordnungsmodell versagen

⁴⁵ Ähnlich Schack 2000, S. 1061.

⁴⁶ Vgl. vorstehend bei Fn. 10.

und durch hoheitliche Regulierung ergänzt oder gar ersetzt werden, versagt meist auch das für das Privatrechtsdenken der ersten Moderne fundamentale Ordnungsprinzip der Privatautonomie. Die an seine Stelle tretenden heteronomen und paternalistischen Ordnungsmodelle bieten dann oft paradigmatische Beispiele für die vor- und gegenmodernen Regelungs- und Diskursstrukturen, die trotz aller gegenteiligen Beteuerungen zum integralen Wertungsbestand sowie zu den unausgesprochenen Funktionsvoraussetzungen des modernen Rechtsdenkens gehören.

Anhand der bisher betrachteten Beispiele lassen sich insbesondere zwei Erscheinungsformen solcher hoheitlicher Überlagerungen der privatrechtlichen Eigentumsordnung identifizieren, in denen typischerweise paternalistisches Gedankengut zum Ausdruck kommt und die deshalb fast zwangsläufig in ein Spannungsverhältnis zum zugrundeliegenden Autonomiegedanken geraten.

Zum einen trifft dies auf Regelungen zu, die einzelne, theoretisch eigentumsfähige Güter aus unterschiedlichen Gründen des Individual- oder Allgemeininteresses vollständig aus der Eigentumsordnung ausklammern, indem sie ihnen die Eigentumsfähigkeit absprechen oder Verfügungen über sie ausschließen bzw. so stark einschränken, dass die resultierende Güterordnung von hoheitlicher Bewirtschaftung nicht mehr zu unterscheiden ist. Beispiele für derartige Beschränkungen finden sich – nicht überraschend – wiederum vor allem im Bereich von Persönlichkeits- und Lebensgütern, etwa hinsichtlich menschlicher Körpersubstanzen.⁴⁷ So ist die Vermittlung von Organen nach dem Transplantationsgesetz als rein distributive, zentral administrierte Vermittlungsaufgabe konzipiert, die privatautonome Verfügungen über die ausdrücklich als Common-Pool-Ressource konstruierten Transplantate schon unabhängig vom strafbewehrten Verbot des Organhandels ausschließt.⁴⁸ Nun sind diese Einschränkungen der Privatautonomie im Bereich des Körpers und seiner Bestandteile sicherlich im Interesse von Menschenwürde und körperlicher Unversehrtheit geboten. Fest steht jedoch: Ihrer ganzen Normstruktur und Zwecksetzung nach sind sie paternalistisch angelegt, da sie die Betroffenen in ihrem wohlverstandenen besten Interesse notfalls auch gegen ihren eigenen Willen vor Verfügungen über ihre Körpersubstanzen schützen und damit das Wertprogramm der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG zur imperativen Handlungsnorm auch unter Privaten erheben. Dabei handelt es sich nicht nur um sogenannten „weichen“, liberalen Paternalismus, dem es darum geht, Rationalitätsdefiziten im menschlichen Handeln zu begegnen, sondern um „harten“, präferenzkorrigierenden Paternalismus im

⁴⁷ Zur Problematik von Eigentumsrechten an Körpersubstanzen im Spannungsfeld des Persönlichkeitsrechts *Taupitz* 1995, S. 745 ff.; *Spranger* 2005, S. 1084 ff.; *Werner* 2008, S. 45 ff.

⁴⁸ Vgl. §§ 8, 9, 12, 17 TPG; dazu unter kritischer Würdigung der zur Anwendung kommenden Distributionskriterien *Gutmann/Fateh-Moghadam* 2002, S. 3365 ff.; *Gutmann*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* 2005, § 12 TPG Rz. 20 ff.; *Höfling*, in: *Höfling* ²2013, § 12 TPG Rz. 2, 29 ff.

Interesse übergeordneter Wertvorstellungen.⁴⁹ Vom Standpunkt der vorliegenden Abhandlung lassen sich derartige paternalistische Einschränkungen der Privatautonomie klar als Ausfluss solcher immanent gegenmodernen Wertungsstrukturen deuten, ohne deren Existenz die Legitimationsfähigkeit der autonomiebasierten modernen Privatrechtsordnung nicht gesichert wäre.

Damit wird schließlich auch erkennbar, warum es so schwierig ist, paternalistischen Einschränkungen dieser Art die Legitimation abzusprechen, obwohl ihr paternalistisches Grundprinzip mit dem Autonomiegedanken nicht vereinbar ist: Sie tragen zur Legitimation der modernen Rechtsordnung bei, nicht *obwohl*, sondern gerade *weil* und indem sie deren Wertungen schon im Ansatz durchbrechen und begrenzen. Beruft man sich etwa auf die Notwendigkeit eines Verbots des Organhandels, impliziert dies zugleich die Aussage, dass die autonomiebasierte Privatrechtsordnung der Moderne nicht ohne derartige Korrekturen funktionsfähig ist. Bemerkenswert ist nun, dass dies gerade im Hinblick auf den Schutz von Persönlichkeitsgütern wiederum genau der Intuition entspricht, die bereits bei Kant und Savigny in der Ausklammerung des „Urrechts“ an der eigenen Person aus dem Rechtsbegriff zum Tragen kam.⁵⁰ Kants und Savignys Ablehnung eines Eigentumsrechts an Persönlichkeitsgütern entspricht heute der Ausschluss der Verfügungsbefugnis über biopolitische Ressourcen, der paradoxerweise um so mehr geboten erscheint, je mehr der menschliche Körper und seine Substanzen überhaupt als verfügbare Ressourcen in Betracht kommen. Letztlich spiegeln alle derartigen Beschränkungen die im Personalismus des modernen Eigentumsbegriffs angelegte Dialektik zwischen Autonomie als Schutz der Person und Schutz der Person vor Autonomie wider, die in der Rechtstradition des deutschen Idealismus seit Kant, Hegel und Savigny stets präsent und unfehlbar von dem Reflex begleitet war, die Person gerade *als* höchstes Rechtsgut zu *ent*rechten.⁵¹

Meist jedoch reichen paternalistische Einschränkungen der modernen Eigentumsordnung nicht bis zum vollständigen Ausschluss von Eigentumsfähigkeit oder Verfügungsbefugnis. Als zweite Erscheinungsform paternalistischer Eigentumsbeschränkungen rückt damit wieder die bereits betrachtete umfangreiche Gruppe von Fällen in den Vordergrund, in denen zwar nominell unbeschränkte private Eigentums- oder Ausschließlichkeitsrechte an bestimmten Ressourcen anerkannt, jedoch durch öffentlichrechtliche Inhalts- und Schrankenbestimmungen so wesentlich eingeschränkt sind, dass sich die resultierende Befugnisstruktur nicht mehr als „Rechtssphäre“, sondern realistischerweise

⁴⁹ Zur Terminologie Eidenmüller 2011, S. 814 ff. m. w. N.

⁵⁰ Dazu vorstehend § 4 II bei Fn. 54 und 69.

⁵¹ Dies gilt im Guten wie im Bösen bis in die totalitären Verirrungen des zwanzigsten Jahrhunderts hinein. Diesem ideengeschichtlichen Zusammenhang kann hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden. Vgl. vorstehend § 1 I bei Fn. 41 ff.

allenfalls als „Rechtebündel“ deuten lässt.⁵² Paradigmatisch hierfür sind wie gesehen vor allem die zahlreichen Einschränkungen des Grundeigentums durch Regelungen des Umwelt- und Immissionsschutzrechts, deren Auswirkungen im Fall der Nassauskiesungsentscheidung exemplarisch zum Tragen kommen.⁵³ Wesentlich ist, dass auch die Legitimation derartiger Eigentumsbeschränkungen in vielen Fällen auf eine paternalistische Argumentationsfigur gestützt wird, nämlich auf den Gedanken, dass es die Gesellschaft auch und gerade im Interesse des *Eigentümers selbst* nicht dulden kann, wenn dieser von seinen Gütern keinen „richtigen“ Gebrauch macht:⁵⁴ „Die Gefahren, die Allen drohen, drohen auch Dir; die See, das Feuer, die Seuche, der Feind ereilen auch Dich, im allgemeinen Ruin wirst auch Du mit begraben – die Interessen der Gesellschaft sind in Wirklichkeit Deine eigenen, und wenn letztere in Dein Eigentum eingreift, so geschieht es ebenso sehr Deinet-, als ihretwegen.“⁵⁵

Wieder geht es also um genuinen Paternalismus, der die privatautonomen Präferenzen des einzelnen Eigentümers hinter seine „wohlverstandenen“, „wahren“ Interessen zurücktreten lässt. Zentral für die gesamte vorliegende Untersuchung ist nun wieder die Einsicht, dass sich dieses „wohlverstandene“, „wahre“ Interesse des Eigentümers letztlich unabhängig davon, was damit konkret inhaltlich gerechtfertigt werden soll, stets dadurch auszeichnet, dass es auf einem als *selbstverständlich* vorausgesetzten Interessengegensatz zwischen Privatinteresse und Gemeinwohl beruht. Es bedarf keiner weiteren Erläuterung bzw. ist eine theoretische Selbstverständlichkeit, dass ein Argument auf der Grundlage der Nichtidentität zwischen Einzelem und Gemeinschaft, individueller und kollektiver Rationalität vor dem Bewusstseinshorizont der Moderne *immer* „funktioniert“, indem es einerseits erlaubt, das autonome Individuum als Quelle struktureller Rationalitätsdefizite nach dem Muster des Gefangenendilemmas zu deuten, während es andererseits in Gestalt des hypothetischen „Kollektiven“ immer zugleich eine Rechtfertigungsgrundlage für paternalistische Korrekturen solcher Defizite bereithält. Wiederum gilt damit, dass die Möglichkeit zu solchen Korrekturen keinen Gegensatz zum autonomiebasierten Eigentumsbegriff der Moderne bildet, sondern diesem vielmehr *immanent* ist, indem

⁵² Dazu vorstehend § 5 I, III.

⁵³ Dazu eingehend vorstehend § 5 IV.

⁵⁴ Dieser Gedanke findet sich mit bemerkenswerter Konstanz und durchaus unabhängig vom jeweils zugrundegelegten „Sozialmodell“ als Teil der modernen Eigentumstheorie. Explizit in diesem Sinne äußern sich zwar vor allem die Vertreter eines „sozialen“ Eigentumsbegriffs, so etwa *Jhering* ³1893, Bd. 1, S. 518 ff.; *Gierke* 1889/1948, S. 14 ff.; *Wieacker* 1935, S. 24 f.; doch finden sich entsprechende Äußerungen ebenso bei Befürwortern des klassisch-liberalen Privateigentumsbegriffs, etwa bei *Peter* 1949, S. 40. Instruktiv dazu und aus der Sicht der vorstehenden Abhandlung das Richtige treffend *Siegrist* 2007, S. 44, der *beide* Tendenzen, also Entgrenzung *und* Begrenzung des Eigentums als Ausfluss desselben „zyklischen“ Diskurses deutet, in dem „langfristig ein Bewusstsein dafür [wächst], dass eigentumsförmige Regelungen die ihnen zugeordneten Wirkungen nur unter bestimmten Bedingungen entfalten.“

⁵⁵ *Jhering* ³1893, Bd. 1, S. 524.

sie auf das Grundproblem der Moderne selbst zurückverweist. Paternalistische Eigentumsbeschränkungen sind notwendig, um die Reflexivität des Eigentums in der modernen Gesellschaft zu bewältigen. Wieackers Intuition, dass das Sozialmodell des modernen Privatrechtsdenkens nicht ohne den Wertungsbestand der Vormoderne bestehen könne, erweist sich damit schließlich genau insoweit als zutreffend.⁵⁶

⁵⁶ Tatsächlich offenbart Wieackers Abhandlung unabhängig von der vorstehend (§ 5 III bei Fn. 62 ff.) geäußerten Kritik am „Sozialmodell“ einer „materialen Ethik sozialer Verantwortung“ bemerkenswerte Sensibilität für dessen Ambivalenz zwischen wohlfahrtsstaatlicher Fürsorge und der damit verbundenen Kehrseite einer gesamten Klaviatur dunklerer Töne des „Reaktionären“, „Autoritären“ und „Patriarchalischen“. Eindringlich *Wieacker* 1953, S. 14, 16.

Zusammenfassung

Gegenstand des zweiten Teils der Untersuchung war eine Analyse des Eigentumsdenkens der Moderne auf der Grundlage des im ersten Teil erarbeiteten dreiteiligen Modells moderner Wertungs- und Praxisstrukturen.

Dabei war zunächst zu untersuchen, wie sich die Integration des Eigentumsbegriffs zu einem der Schlüsselbegriffe des modernen Rechts vollziehen konnte (§ 4). Dass diese Entwicklung keineswegs selbstverständlich war, ergab sich schon daraus, dass der Eigentumsbegriff eine entsprechende Stellung im römischen Recht und bis in die Vormoderne hinein nicht besaß. Der entscheidende Schritt zur Moderne lag vielmehr in der Vereinigung zweier ideengeschichtlicher Traditionen, nämlich des „engen“, dinglich-absoluten Eigentumsverständnisses der römisch-gemeinrechtlichen Tradition mit dem „weiten“, autonomie-basierten Eigentumsbegriff des Vernunftrechts. Erst durch die normative „Aufladung“ mit dem Freiheitsgehalt des vernunftrechtlichen Eigentumsbegriffs rückte der römisch-dogmatische Eigentumsbegriff in seine Zentralstellung im modernen Rechtsdenken ein. Zugleich war der moderne Eigentumsbegriff damit jedoch von Anfang an mit einem immanenten Spannungsverhältnis zwischen Dinglichkeit und Personalität, also seinem gleichzeitigen Sach- und Personenbezug belastet, der sich aus dem Fortbestand des römisch-gemeinrechtlichen Dinglichkeitsbegriffs bei gleichzeitiger wesentlicher Erweiterung möglicher Eigentumsgegenstände durch das personenbezogene Vernunftrecht ergab. Aus diesem Grunde befindet sich das moderne Eigentumsdenken bereits vor dem Ansetzen jeder Kritik bis heute in einer ständigen Dynamik, die zur immer weiter fortschreitenden „Vergeistigung“ bzw. Expansion absoluter Ausschließlichkeitsrechte in den Bereich immaterieller Rechts- und Persönlichkeitsgüter hinein führt und durch institutionelle Absicherungen wie das sachenrechtliche *numerus-clausus*-Prinzip kaum aufzuhalten ist.

Doch erst im Lichte der zweiten Moderne wird die immanente Kritikanfälligkeit des in diesem Sinne verstandenen „weiten“ Eigentumsbegriffs der ersten Moderne vollständig erkennbar. Dazu waren zunächst die Erscheinungsformen und Auswirkungen der kritischen Dimension der zweiten Moderne im Bereich des Eigentumsdenkens zu untersuchen (§ 5). Dabei erwiesen sich vor allem die im ersten Teil der Untersuchung erörterten Ansätze zur Dekonstruktion des subjektiven Rechts sowie zur Unabgrenzbarkeit von öffentlichem Recht und Privatrecht als theoretisch fruchtbar. Wesley N. Hohfelds analytische Dekon-

struktion des Rechtsbegriffs sowie die darauf beruhende „Bündeltheorie“ des Eigentums lieferten die argumentative Grundlage dafür, den normlogischen Fehlschluss von einer bloßen Freiheit auf ein pflichtenbewehrtes Recht, der angesichts der Verbindung von dinglicher Sphärenstruktur und autonomiebasierter Legitimation im Eigentumsdenken der Moderne fast unausweichlich ist, zu identifizieren und als unhaltbar zu erweisen. Weiter gelang es auf der Grundlage von Hohfelds Analyse, die zahlreichen öffentlichrechtlichen Überlagerungen der privatrechtlichen Eigentümerbefugnisse in den übergreifenden Diskurszusammenhang der Moderne einzuordnen. Von diesem Standpunkt aus erwies sich namentlich die häufig vorgetragene These vom Wandel des dem modernen Privatrecht zugrundeliegenden „Sozialmodells“ als nicht haltbar. Vielmehr stellten sich sowohl das „liberale“ Paradigma eines schrankenlosen Privateigentums als auch seine „soziale“ Kritik gerade in ihrer jeweiligen Persistenz als Ausfluss der ambivalenten Moderne selbst und damit als untrennbare Bestandteile des modernen Diskurszusammenhangs dar.

Der zweiten Moderne lässt sich jedoch wie im ersten Teil der Abhandlung gezeigt noch eine weitere Gruppe von Diskursbefunden zuordnen, die nicht die theoretische, sondern die *praktische* Reflexivität der modernen Begriffswelt betreffen. Im modernen Eigentumsdenken äußert sich diese Tendenz zur praktischen Selbstaufhebung zum einen darin, dass der immer weiteren Verbreitung subjektiver Ausschließlichkeitsrechte, die durch den expansiven Legitimationsdiskurs der ersten Moderne an sich ohne weiteres als gerechtfertigt und wünschenswert erscheint, zumindest in manchen Bereichen Grenzen gesetzt sind, in denen sich die Wirkungen weiterer Propertisierung in ihr Gegenteil verkehren und damit ihren Zweck vereiteln (§ 6). Eine nähere Präzisierung der Bedingungen einer solchen Selbstaufhebung war auf der Grundlage ökonomischer Modelle der Eigentumsbegründung möglich, die einerseits die Begründung privater Ausschließlichkeitsrechte fordern, um ineffiziente gemeinsame Güternutzungen aufzulösen, andererseits aber jedenfalls dann die Abkehr von privaten Regelungsregimes zugunsten hoheitlicher Regulierung nahelegen, wenn sich die zwischen einzelnen Berechtigungen entstehenden Interdependenzen nicht mehr anders bewältigen lassen. Zu zeigen war, dass genau diese Situation mit steigender Interdependenz in der Gesellschaft der Moderne immer häufiger eintritt, und zwar nicht nur im Bereich materieller, sondern vor allem immaterieller Ausschließlichkeitsrechte. Von diesem Befund aus war schließlich der Blick auf die Art und Weise zu richten, in der die Rechtsordnung auf die Notwendigkeit hoheitlicher Begrenzung der privatrechtlichen Eigentumsordnung reagiert. Dabei stellten sich viele übliche Beschränkungen bzw. notwendige Funktionsbedingungen der modernen Eigentumsordnung wiederum als paternalistisches, gegenmodernes Gedankengut heraus, was zu der abschließenden Erkenntnis führte, dass die Moderne auch im Eigentumsdenken nur als paradoxe Halbmoderne zu haben ist.

Ausblick: Strukturüberlegungen zu einem künftigen Privatrecht

Privatrecht wurde am Eingang zu dieser Untersuchung als *Selbstvergewisserung der Moderne* beschrieben. Moderne ist, um eine Summe aus allem bisher Ausgeführten zu ziehen, das spezifische Zeitbewusstsein, das sich aus der nicht mehr wegzudenkenden Differenz zwischen Individuum und Gemeinschaft, Besonderheit und Allgemeinheit ergibt. Es gibt kein Privatrecht ohne die Existenz eines Bewusstseins dafür, dass diese Differenz existiert und der normativen Überbrückung bedarf. Die Entstehung des Privatrechts lässt sich damit als Antwort auf ein Problem begreifen: das Privatrecht *als* Privatrecht entsteht erst, wenn das Private im Gegensatz zum Allgemeinen zum Problem wird. Die Lösung des modernen Privatrechts besteht darin, das Allgemeine *im* Besonderen zu suchen: nämlich aus den Regeln für die freiheitliche Betätigung des Einzelnen genau das, nämlich *Regeln*, zu formen und diese zu universalisieren, also eine autonome Sphäre für die Willensbetätigung des Einzelnen zu schaffen und sie gerade deshalb, *weil* sie der individuellen Willensentfaltung dient, als allgemeine zu legitimieren.

Als Produkt und typischer Ausfluss der Moderne ist das Privatrecht unlösbar auf die Grundbedingungen der Moderne bezogen, damit aber auch unweigerlich mit deren Kontingenzen und Grenzen verknüpft. So war zu zeigen, dass die auf dem Prinzip personaler Autonomie beruhende Legitimationsform zwar das moderne Recht durchgängig strukturiert und für das Privatrecht geradezu systemdefinierend ist, dass die normative Bindekraft des individuellen Willens entgegen dem modernen Legitimationsversprechen aber gerade nicht hinreicht, um zur Integration mit dem Gesellschaftsganzen zu gelangen. Es gibt keine überzeugende normative Integration der Gesellschaft. Stattdessen tritt mit zunehmender Interdependenz in der industrialisierten und postindustriellen Gesellschaft der Moderne immer stärker deren Dynamik und inhärente Instabilität – als Risiko *und* Chance – in den Vordergrund, die sich im Rechtsdenken in gewandelten Prinzipienstrukturen niederschlägt, die mit dem Autonomiedenken der ersten Moderne auf den ersten Blick nicht vereinbar sind. Eine erste Erscheinungsform der zweiten Moderne im Privatrecht lässt sich damit – thesenhaft zuspitzend – als *Entgrenzung von Innen* beschreiben und durch einen Prinzipienwandel von Autonomie zu objektiver Zurechnung charakterisieren. Derart gewandelte Wertungsstrukturen liegen quer zu hergebrachten Unter-

scheidungen wie absoluten und relativen Rechten, Eigentum und Vertrag, Vertrag und Delikt, Verschuldens- und Gefährdungshaftung und relativieren deren Grenzen.

Erkennbar sind solche Tendenzen bereits seit geraumer Zeit etwa in der Anerkennung eines selbständigen Vertrauensprinzips neben der Vertragshaftung¹ sowie in der parallel gelagerten Ausweitung von Risiko- und Gefährdungshaftungstatbeständen zulasten der hergebrachten, auf Verschulden basierenden Deliktshaftung.² Gerade die zuletzt genannte Entwicklung weist insoweit eine bemerkenswerte Parallele zur vorstehend diskutierten modernen Sinnverschiebung des Eigentumsbegriffs auf, als das deutsche Recht mit dem Dogma des *numerus clausus* der Gefährdungshaftungstatbestände bekanntermaßen eine dem sachenrechtlichen *numerus clausus* strukturanaloge institutionelle Vorkehrung gegen deren rechtspolitisch unerwünschte Ausdehnung enthält. Doch tatsächlich erwies sich die daraus resultierende „Mehrspurigkeit“ des deutschen Deliktsrechts ebensowenig als ernsthaftes Hindernis auf dem Weg zu einer de-facto-Risikohaftung insbesondere in Fällen der fahrlässigen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten,³ wie es auf der Grundlage des sachenrechtlichen *numerus-clausus*-Prinzips möglich war, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auszuschließen. Eine weitergehende Erörterung des Privatrechtsdiskurses der Moderne sieht sich daher vor die Aufgabe gestellt, der *faktischen* Bedeutung objektiver Zurechnungs- und insbesondere Risikokriterien, in denen nach allem Gesagten ein Grundaspekt des soziologischen Diskurses der zweiten Moderne zum Tragen kommt, rechtstheoretisch gerecht zu werden.

Ein zweiter Aspekt, dem sich eine künftige Erörterung des modernen Privatrechtsdiskurses zu widmen hat und dessen erhebliche Bedeutung hier nur angedeutet werden kann, liegt darüber hinaus in der bereits erwähnten Relativierung der Bindung des Privatrechts an den klassisch-modernen Nationalstaat. Ursächlich für diese zunehmende *Entgrenzung von Außen* sind alle bisher nur in Ansätzen erörterten faktischen und rechtlichen Phänomene einer Verlagerung der Privatrechtsschöpfung auf über-, zwischen- und außerstaatliche Akteure, die dazu führen, dass die autonomiebasierte und staatskomplementäre Legitimation des Privatrechts in der „Privatrechtsgesellschaft“ ihre institutionelle Grundlage verliert. Zu den Grundlagen des Privatrechtsdiskurses der zweiten Moderne gehört daher auch der Rechtspluralismus, in den die immer weiter fortschreitende Globalisierung, Europäisierung und Reprivatisierung der Privatrechtsentstehung mündet.⁴

¹ Grundlegend *Canaris* 1971.

² Grundlegend *Esser* 1941.

³ Dazu nur *Jansen* 2003, S. 1 ff., 545 ff.; kritisch dagegen *Canaris* 2005, S. 578 ff.

⁴ Dazu *Michaels/Jansen* 2008, S. 87 ff.

All dies ändert aber – dies sei abschließend betont – nichts daran, dass die Bewusstseinsstruktur der Moderne unser Privatrechtsdenken bestimmt, und zwar unabhängig von der Tragfähigkeit ihrer Legitimationsdiskurse. Moderne: normative Unausweichlichkeit des Subjekts. Selbstvergewisserung der Moderne: Unzulänglichkeit des Prinzips der Subjektivität als normgebender Maßstab. Essenz des privatrechtlichen Diskurses der Moderne: Fortbestand des Autonomieprinzips bei gleichzeitigem Fortschreiten seiner Durchbrechung.

Literatur

Soweit zum ideengeschichtlichen Verständnis erforderlich, wird bei zitierten Werken neben dem Jahr der benutzten Ausgabe zusätzlich das Jahr der Erstauflage bzw. Erstveröffentlichung angegeben. Bei mehrbändigen Werken wird die Jahreszahl des jeweils verwendeten Bandes zitiert.

- Achenwall, G./Pütter, J. S.* (1750/1995), Anfangsgründe des Naturrechts (*Elementa iuris naturae*), hrsg. u. übers. v. J. Schröder, Frankfurt a.M./Leipzig.
- Ackerman, B.* (1977), *Private Property and the Constitution*, New Haven.
- Adomeit, K.* (³2001), *Rechts- und Staatsphilosophie I. Antike Denker über den Staat*, 3. Aufl., Heidelberg.
- Akkermans, B.* (2008), *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen u. a.
- Alexander, G. S.* (1982), *The Concept of Property in Private and Constitutional Law: The Ideology of the Scientific Turn in Legal Analysis*, in: 82 *Colum. L. Rev.*, S. 1545–1599.
- Alexander de Hales* (1954), *Glossa in quatuor libros sententiarum Petri Lombardi*, ed. PP. Collegii S. Bonaventurae, Bd. 3, in: *Bibliotheca Franciscana Scholastica Medii Aevi*, Tom. XIV, Quaracchi, Florentiae.
- Alexy, R.* (1995), *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M.
- (³1996a), *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl., Frankfurt a.M.
 - (³1996b), *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt a.M.
- Aristoteles* (⁴1985), *Nikomachische Ethik*, hrsg. v. G. Bien, 4. Aufl., Hamburg.
- Arlt, C.* (2011), *Verfassungswidrigkeit der BGH-Entscheidung „Drucker und Plotter“*, in: *MMR-aktuell*, Nr. 313015.
- Assmann, D.* (1998), *Die Vormerkung (§ 883 BGB)*, Tübingen.
- Atiyah, P.* (1979), *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford.
- Auer, M.* (2002), *Anmerkung zum Urteil des BAG vom 19.06.2001, 1 AZR 463/00*, in: *EzA § 118 BetrVG 1972 Nr. 73*.
- (2005), *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen.
 - (2007a), *Normativer Rechtspositivismus – Positivistisches Naturrecht. Zur Bedeutung von Rechtspositivismus und Naturrecht jenseits von Rechtsbegriff und Rechtsethik*, in: A. Heldrich/J. Prölss/I. Koller u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Bd. 2, München, S. 931–962.
 - (2007b), *Referendarexamensklausur – Bürgerliches Recht: Vormerkung und EBV – Wie gewonnen, so zerronnen*, in: *JuS*, S. 1122–1127.
 - (2008a), *Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant*, in: *AcP* 208, S. 584–634.
 - (2008b), *Methodenkritik und Interessenjurisprudenz. Philipp Heck zum 150. Geburtstag*, in: *ZEuP* 2008, S. 517–533.

- (2008c), Die primärrechtskonforme Auslegung, in: J. Neuner (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Tübingen, S. 27–54.
- (2008d), The Anti-Network. A Comment on Annelise Riles, in: N. Jansen/R. Michaels (Hrsg.), Beyond the State. Rethinking Private Law, Tübingen, S. 209–216; auch veröffentlicht in: 56 Am. J. Comp. L. (2008), S. 631–638.
- Augsberg, S.* (2003), Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft. Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes, Berlin.
- Austin, J.* (²1873), Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law, hrsg. v. R. Campbell, London.
- Bachmann, G.* (2006), Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen.
- Bartolus de Saxoferrato* (1562/2007), Opera Omnia, ed. I. Concenatius, 5 Bde., Bd. 3: Digestum Novus, Basileae. Reprographischer Nachdruck, Frankfurt a. M.
- Baur, F./Stürner, R.* (¹⁸2009), Sachenrecht, 18. Aufl., München.
- Beauvoir, S. de* (1949/¹⁰2009), Das andere Geschlecht. Sitte und Sexus der Frau, 10. Aufl., Reinbek [Originalausgabe: Le Deuxième Sexe, Paris 1949].
- Bebchuk, L. A.* (2005), The Case for Increasing Shareholder Power, in: 118 Harv. L. Rev., S. 833–914.
- Beck, U.* (1986), Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a. M.
- (1991), Der Konflikt der zwei Modernen, in: W. Zapf (Hrsg.), Die Modernisierung moderner Gesellschaften. Verhandlungen des 25. Deutschen Soziologentages in Frankfurt am Main 1990, Frankfurt a. M./New York, S. 40–53.
- (1996a), Das Zeitalter der Nebenfolgen und die Politisierung der Moderne, in: U. Beck/A. Giddens/S. Lash, Reflexive Modernisierung. Eine Kontroverse, Frankfurt a. M., S. 19–112.
- (1996b), Wissen oder Nicht-Wissen? Zwei Perspektiven reflexiver Modernisierung, in: U. Beck/A. Giddens/S. Lash, Reflexive Modernisierung. Eine Kontroverse, Frankfurt a. M., S. 289–315.
- Beck, U./Bonß, W.* (2001) (Hrsg.), Die Modernisierung der Moderne, Frankfurt a. M.
- Beck, U./Bonß, W./Lau, C.* (2001), Theorie reflexiver Modernisierung – Fragestellungen, Hypothesen, Forschungsprogramme, in: U. Beck/W. Bonß (Hrsg.), Die Modernisierung der Moderne, Frankfurt a. M., S. 11–59.
- Beck, U./Giddens, A./Lash, S.* (1996), Reflexive Modernisierung. Eine Kontroverse, Frankfurt a. M.
- Beck, U./Holzer, B./Kieserling, A.* (2001), Nebenfolgen als Problem soziologischer Theoriebildung, in: U. Beck/W. Bonß (Hrsg.), Die Modernisierung der Moderne, Frankfurt a. M., S. 63–81.
- Becker, C.* (1995), Eher Brunner als Gierke?, in: ZNR 1995, S. 264–267.
- Becker, L. C.* (1977), Property Rights. Philosophic Foundations, London/Henley/Boston.
- Becker, M.* (2003), Der unfaire Vertrag. Verfassungsrechtlicher Rahmen in privatrechtlicher Ausfüllung, Tübingen.
- Bell, A./Parchomovsky, G.* (2008), Reconfiguring Property in Three Dimensions, in: 75 U. Chi. L. Rev., S. 1015–1070.
- Benkler, Y.* (2006), The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom, New Haven/London.
- Bentham, J.* (1789/2005), An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, hrsg. v. J. H. Burns/H. L. A. Hart, Oxford.

- (1843), Anarchical Fallacies, in: *The Works of Jeremy Bentham*, hrsg. v. J. Bowring, Bd. 2, Edinburgh, S. 488–534.
- Berger, J.* (1996a), Editorial: Modernisierung und Modernisierungstheorie, in: *Leviathan 1996*, S. 8–12.
- (1996b), Was behauptet die Modernisierungstheorie wirklich – und was wird ihr bloß unterstellt?, in: *Leviathan 1996*, S. 45–62.
- Berle, A. A./Means, G. C.* (1932/1991), *The Modern Corporation and Private Property*, New Brunswick und London.
- Bien, G.* (1995), Gerechtigkeit bei Aristoteles, in: O. Höffe (Hrsg.), *Die Nikomachische Ethik*, Berlin, S. 135–164.
- Björne, L.* (1984), *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, Ebelsbach.
- Blackstone, Sir W.* (1765–69/1922), *Commentaries on the Laws of England*, hrsg. v. W.D. Lewis, 4 Bde., Philadelphia.
- Blumenberg, H.* (³1997), *Die Legitimität der Neuzeit*, 3. Aufl., Frankfurt a. M.
- Böckenförde, E.-W.* (1973), *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, Opladen.
- (1976), *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a. M.
- (1978), *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin.
- (2002), *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*, Tübingen.
- Bodin, J.* (1583/1977), *Les six livres de la république. Avec l'apologie de René Herpin*, Paris. Reprographischer Nachdruck, Aalen.
- Boehmer, G.* (1950), *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, 1. Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen.
- (²1965), *Einführung in das bürgerliche Recht*, 2. Aufl., Tübingen.
- Boethius, A. M. S.* (1988), *Die Theologischen Traktate*, lat.-dt. Ausgabe, hrsg. v. M. Elsässer, Hamburg.
- Böhm, F.* (1966), Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, in: *ORDO* 17, S. 75–151.
- Bonaventura* (1887), *Commentaria in quatuor libros sententiarum Magistri Petri Lombardi, Tomus III*, in: *Opera Omnia*, ed. PP. Collegii a S. Bonaventura, 10 Bde., Bd. 3, *Claras Aquas (Quaracchi) prope Florentiam*.
- Boyle, J.* (2008), *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven und London.
- Brandt, R.* (1974), *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant*, Stuttgart/Bad Cannstadt.
- (1982), Das Titelbild des Leviathan und Goyas El Gigante, in: U. Bermbach/K.-M. Kodalle (Hrsg.), *Furcht und Freiheit. Leviathan-Diskussion 300 Jahre nach Thomas Hobbes*, Opladen, S. 201–231.
- Brest, P.* (1982), State Action and Liberal Theory: A Casenote on *Flagg Brothers v. Brooks*, in: 130 *U. Pa. Law Rev.*, S. 1296–1330.
- Briesskorn, N.* (1990), *Rechtsphilosophie*, Stuttgart/Berlin/Köln.
- Brown, K. C.* (1965) (Hrsg.), *Hobbes Studies*, Oxford.
- Brüggemeier G./Hart, D.* (1987) (Hrsg.), *Soziales Schuldrecht*, Bremen.
- Brunner, O./Conze, W./Koselleck, R.* (1972–1997), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, 8 Bde., Stuttgart [zit.: Bearbeiter, in: Brunner/Conze/Koselleck].
- Buchda, G.* (1929), *Das Privatrecht Immanuel Kants (Der erste Teil der Metaphysik der Sitten). Ein Beitrag zur Geschichte und zum System des Naturrechts*, Jena.

- Bürge, A.* (1989), 200 Jahre französische Revolution: 200 Jahre Wirtschaftsfreiheit?, in: ZHR 153, S. 367–385.
- (1995), Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus, Frankfurt a. M.
- Bullinger, M.* (1968), Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz.
- (1991), Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart, in: M. Löwisch (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, München, S. 69–91.
- (1996), Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Deutschland, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden, S. 239–260.
- Bungeroth, J.* (1999), Schutz vor dem Verbraucherschutz? Merkwürdigkeiten im Verbraucherkreditgesetz, in: N. Horn/H.-J. Lwowski/G. Nobbe (Hrsg.), Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven. Festschrift für Herbert Schimansky, Köln, S. 280–297.
- Busch, W.* (1979), Die Entstehung der kritischen Rechtsphilosophie Kants 1762–1780, Berlin/New York.
- Bydlinski, F.* (1991), Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York.
- (1994a), Das Privatrecht im Rechtssystem einer „Privatrechtsgesellschaft“, Wien/New York.
- (1994b), Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und Öffentlichem Recht, in: AcP 194, S. 319–351.
- Caemmerer, E. v.* (1960), Wandlungen des Deliktsrechts, in: ders./E. Friesenhahn/R. Lange (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Bd. 2, Karlsruhe, S. 49–136.
- Calabresi, G./Melamed, A. D.* (1972), Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, in: 85 Harv. L. Rev., S. 1089–1128.
- Calliess, G.-P./Zumbansen, P.* (2010), Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law, Oxford/Portland (Or.).
- Canaris, A.* (2009), Die (Re)monopolisierung gemeinfreier Werke durch das Markenrecht, in: H.-P. Götting/A. Lunze (Hrsg.), Überprotektion durch geistiges Eigentum? Festschrift zum 10jährigen Jubiläum des Studiengangs „International Studies in Intellectual Property Law“, Baden-Baden, S. 73–87.
- Canaris, C.-W.* (1971), Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München.
- (1978), Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: H. H. Jakobs u. a. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Köln, S. 371–427.
- (1983), Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, Berlin.
- (1984), Grundrechte und Privatrecht, in: AcP 184, S. 201–246.
- (1989), Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 161–172.
- (1993a), Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: P. Badura/R. Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München, S. 873–891.
- (1993b), Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, in: JZ 48, S. 377–391.

- (1994), Aspekte der *iustitia commutativa* und der *iustitia distributiva* im Vertragsrecht, in: L. E. Kotsiris (Hrsg.), *Law at the Turn of the 20th Century*, Thessaloniki, S. 281–294.
 - (1995), Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung, in: *JBl.* 117, S. 1–17.
 - (1997), Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, München.
 - (1999), *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*, Berlin/New York.
 - (2000), Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, in: *AcP* 200, S. 273–364.
 - (2002), Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: H. Bauer/D. Czybulka/W. Kahl/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt*, Tübingen, S. 30–67.
 - (2005), Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts, in: *VersR* 56, S. 577–884.
 - (2010), Karl Larenz, in: S. Grundmann/K. Riesenhuber (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler – Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen*, Bd. 2, Berlin, S. 264–307.
 - (2011), „Falsches Geschichtsbild von der Rechtsperversion im Nationalsozialismus“ durch ein Porträt von Karl Larenz? Wider einen Versuch „unbegrenzter Auslegung“ eines wissenschaftlichen Textes, in: *JZ* 66, S. 879–888.
- Chiusi, T.* (2007), Die umfassende Dimension des römischen Privatrechts, in: J. Neuner (Hrsg.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Tübingen, S. 3–26.
- Coase, R. H.* (1960), The Problem of Social Cost, in: *3 J. Law & Econ.*, S. 1–44.
- Coester-Waltjen, D.* (2007), Die Theorie der Privatrechtsgesellschaft. Wirkkraft der Theorie im heutigen Familienrecht, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, S. 271–294.
- Cohen, M. R.* (1927), Property and Sovereignty, in: *13 Cornell L. Qu.*, S. 8–30.
- (1933), The Basis of Contract, in: *46 Harv. L. Rev.*, S. 553–592.
- Coing, H.* (1959), Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“, in: ders./F. H. Lawson/K. Grönfors, *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Frankfurt a. M., S. 7–23.
- Colliot-Thélène, C.* (1992), *Le désenchantement de l'état. De Hegel à Max Weber*, Paris.
- Comte, A.* (1830–42), *Philosophie première. Cours de Philosophie positive, leçons 1 à 45*, Paris.
- Corbin, A. L.* (1919), Legal Analysis and Terminology, in: *29 Yale L. J.* (1919), S. 163–173.
- Cornish, W.* (2001), The Expansion of Intellectual Property Rights, in: G. Schricker/T. Dreier/A. Kur, *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Baden-Baden, S. 9–21.
- Dagan, H.* (2007), The Limited Autonomy of Private Law, in: N. Jansen/R. Michaels (Hrsg.), *Beyond the State. Rethinking Private Law*, Tübingen, S. 387–410.
- Dagan, H./Heller, M. A.* (2001), The Liberal Commons, in: *110 Yale L. J.*, S. 549–623.
- Damler, D.* (2008), *Wildes Recht. Zur Pathogenese des Effektivitätsprinzips in der neuzeitlichen Eigentumslehre*, Berlin.
- Dauner-Lieb, B.* (1983), *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher. Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?*, Berlin.
- Dausen, M. A.* (2012) (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand: 31. Ergänzungslieferung, Juli 2012*, München [zit.: Bearbeiter, in: Dausen].

- Demogue, R.* (1911), *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris.
- Demsetz, H.* (1967), *Toward a Theory of Property Rights*, in: 57 *American Economic Review*, S. 347–359.
- Denzer, H.* (1972), *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der praktischen Philosophie*, München.
- Diederichsen, U.* (1995), *Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht*, in: C. Starck (Hrsg.), *Rangordnung der Gesetze*, Göttingen, S. 39–97.
- Dietz, T./Dolsak, N./Ostrom, E./Stern, P. C.* (2002), *The Drama of the Commons*, in: E. Ostrom u. a. (Hrsg.), *The Drama of the Commons*, Washington (DC), S. 3–35 [zit.: Dietz u. a.].
- Dölemeyer, B./Klippel, D.* (1991), *Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts*, in: F.-K. Beier/A. Kraft/G. Schrickler/E. Wadle (Hrsg.), *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift*, Bd. 1, Weinheim, S. 185–237.
- Dreier, H.* (2004) (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 2. Aufl., Tübingen [zit.: Bearbeiter, in: Dreier].
- Dreier, T.* (2010), *Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 30.08.2010, 1 BvR 1631/08 – Scanner und Plotter*, in: GRUR, S. 1002–1004.
- Dreyer, G./Kotthoff, J./Meckel, A.* (2013), *Urheberrecht. Urhebergesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz*, 3. Aufl., Heidelberg [zit.: Bearbeiter, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel].
- Duguit, L.* (1920), *Les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, 2. Aufl., Paris.
- Durkheim, E.* (1930/1992), *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, Frankfurt a.M. [Originalausgabe: *De la division du travail social*, Paris 1930].
- Dworkin, R.* (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.).
- Easterbrook, F.H./Fischel, D.R.* (1989), *The Corporate Contract*, in: 89 *Colum. L. Rev.*, S. 1416–1448.
- Ebbinghaus, J.* (1986), *Deutung und Missdeutung des kategorischen Imperativs*, in: Julius Ebbinghaus, *Gesammelte Schriften*, hrsg. v. H. Oberer/G. Geismann, Bd. 1: *Sittlichkeit und Recht*, Bonn, S. 279–295.
- Eichler, H.* (1954), *Institutionen des Sachenrechts*, Bd. 1: *Allgemeiner Teil. Grundlagen des Sachenrechts*, Berlin.
- Eidenmüller, H.* (1991), *Rights, Systems of Rights, and Unger's System of Rights: Part I*, in: *Law and Philosophy* 10, S. 1–28.
- (2005), *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl., Tübingen.
- (2011), *Liberaler Paternalismus*, in: JZ 66, S. 814–821.
- Eisenberg, M.A.* (1989), *The Structure of Corporation Law*, in: 89 *Colum. L. Rev.*, S. 1461–1525.
- Eisenlohr, C.F.M.* (1855), *Das literarisch-artistische Eigenthum und Verlagsrecht mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen*, Schwerin.
- Eisenstadt, S.N.* (2000), *Multiple Modernities*, in: *Multiple Modernities. Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences*, Vol. 129, Nr. 1 (Daedalus, Winter 2000), S. 1–29.

- (2006), *Theorie und Moderne. Soziologische Essays*, Wiesbaden.
- Eisenstadt, S.N./Schluchter, W.* (1998), Introduction: Paths to Early Modernities – A Comparative View, in: *Early Modernities. Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences*, Vol. 127, Nr. 3 (Daedalus, Summer 1998), S. 1–18.
- Ellis, D.P.* (1971), The Hobbesian Problem of Order: A Critical Appraisal of the Normative Solution, in: *36 Am. Soc. Rev.*, S. 692–703.
- Enneccerus, L./Nipperdey, H. C.* (¹⁵1959), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., Tübingen.
- Esser, J.* (1941), *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung. Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts*, München/Berlin.
- Fabricius, F.* (1963), Zur Theorie des stückelosen Effektingiroverkehrs mit Wertrechten aus Staatsanleihen. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Abgrenzung von Schuldrecht und Sachenrecht, in: *AcP* 162, S. 456–483.
- Fama, E./Jensen, M.* (1983), Separation of Ownership and Control, in: *26 Journal of Law and Economics*, S. 301–325.
- Fastrich, L.* (1992), *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München.
- Fetscher, I.* (1991), Kommentar zu Kersting, in: M.P. Thompson (Hrsg.), *John Locke und/and Immanuel Kant*, Berlin, S. 135–143.
- Fikentscher, W.* (1983), *Wirtschaftsrecht*, Bd. 2: *Deutsches Wirtschaftsrecht*, München.
- Flume, W.* (⁴1992), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl., Berlin u. a.
- Forster, W.* (2013), Die Person und ihr Ansehen – *acceptio personae* bei Domingo de Soto, in: A. Kiehnle/B. Mertens/G. Schiemann (Hrsg.), *Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag*, Tübingen, S. 335–349.
- Forsthoff, E.* (1971), *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, München.
- Foucault, M.* (1973), *Wahnsinn und Gesellschaft. Eine Geschichte des Wahns im Zeitalter der Vernunft*, Frankfurt a.M. [Originalausgabe: *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris 1961].
- (1974), *Die Ordnung der Dinge. Eine Archäologie der Humanwissenschaften*, Frankfurt a.M. [Originalausgabe: *Le mots et les choses*, Paris 1966].
- (1991), *Die Ordnung des Diskurses*, Frankfurt a.M. [Originalausgabe: *L'ordre du discours*, Paris 1972].
- Fried, C.* (1981), *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge/London.
- Gagnér, S.* (1967), Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel „öffentliches Recht und Privatrecht“ im kanonistischen Bereich, in: E. v. Caemmerer/K. Zweigert (Hrsg.), *Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966*, Berlin/Tübingen, S. 23–57.
- Gareis, C.* (1877a), Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenrechts, in: *Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts*, Bd. 10 n. F. (Bd. 35), S. 185–210.
- (1877b), Die Privatrechtssphären im modernen Kulturstaate, insbesondere im Deutschen Reiche, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechtes*, Bd. 3, S. 137–153.
- Gény, F.* (²1919), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2. Aufl., Paris.

- Giddens, A. (1996a), Konsequenzen der Moderne, Frankfurt a. M.
- (1996b), Leben in einer posttraditionalen Gesellschaft, in: U. Beck/A. Giddens/S. Lash, Reflexive Modernisierung. Eine Kontroverse, Frankfurt a. M., S. 113–194.
- Gierke, O. v. (1889/1948), Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Vortrag, gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien, hrsg. v. E. Wolf, Frankfurt a. M.
- (1895–1917), Deutsches Privatrecht, 3 Bde., Leipzig.
- Gilmore, G. (1974), The Death of Contract, Columbus.
- Godt, C. (2007), Eigentum an Information: Patentschutz und allgemeine Eigentumstheorie am Beispiel genetischer Information, Tübingen.
- Gordley, J. (2006), Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment, Oxford/New York.
- Götting, H.-P. (2010), Gewerblicher Rechtsschutz. Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster- und Markenrecht, München.
- Götting, H.-P./Lunze, A. (2009) (Hrsg.), Überprotektion durch geistiges Eigentum? Festschrift zum 10jährigen Jubiläum des Studiengangs „International Studies in Intellectual Property Law“, Baden-Baden.
- Grey, T. C. (1980), The Disintegration of Property, in J.R. Pennock/J.W. Chapman (Hrsg.), Property. Nomos XXII, New York, S. 69–85.
- Grigoleit, H. C. (2008), Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie, in: M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen, S. 51–78.
- Grigoleit, H. C./Auer, M. (2009), Schuldrecht III: Bereicherungsrecht, München.
- Grimm, D. (1972), Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: W. Wilhelm (Hrsg.), Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, Frankfurt a. M., S. 224–242.
- (1973), Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit, Frankfurt a. M.
- (1987), Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M.
- Grotius, H. (1625/2005), The Rights of War and Peace, 3 Bde., hrsg. v. R. Tuck, Indianapolis.
- Gurvitch, G. (1932), L’Idée du Droit Social. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le xvii^e siècle jusqu’à la fin du xix^e siècle, Paris.
- Gutmann, T. (2005), Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens?, in: ZRG Germ. Abt. 122 (2005), S. 150–194.
- (2006a), Iustitia contrahentium. Zu den gerechtigkeitstheoretischen Grundlagen des deutschen Schuldvertragsrechts, Habilitationsschrift, Ludwig-Maximilians-Universität München, unveröffentlichtes Manuskript [zit. nach der Seitenzahl des Manuskripts].
- (2006b), Zur philosophischen Kritik des Rechtspaternalismus, in: U. Schroth/K.A. Schneewind/T. Gutmann/B. Fateh-Moghadam (Hrsg.), Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, Göttingen, S. 189–277.
- (2010), Die Rechtsverfassung der Wissensteilung. Rezension zu Dan Wielsch, Zugangsregeln, Tübingen 2008, in: Rechtswissenschaft 1, S. 194–203.
- Gutmann, T./Fateh-Moghadam, B. (2002), Rechtsfragen der Organverteilung: Das Transplantationsgesetz, die „Richtlinien“ der Bundesärztekammer und die Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht, in: NJW, S. 3365–3372.
- Haag, H. (2009), Umfang und Vollstreckung des Auskunftsanspruchs nach dem Vertriebschutzrechtsverletzender und nicht-schutzrechtsverletzender Produkte, in: H.-P. Götting/A. Lunze (Hrsg.), Überprotektion durch geistiges Eigentum? Fest-

- schrift zum 10jährigen Jubiläum des Studiengangs „International Studies in Intellectual Property Law“, Baden-Baden, S. 221–235.
- Habermas, J.* (1961/1990), *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Neuauflage, Frankfurt a. M.
- (1981), *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Bde., Bd. 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung; Bd. 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Frankfurt a. M.
 - (1985), *Die Neue Unübersichtlichkeit. Kleine politische Schriften V*, Frankfurt a. M.
 - (1988), *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt a. M.
 - (1992a), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M.
 - (1992b), *Die Moderne – ein unvollendetes Projekt. Philosophisch-politische Aufsätze 1977–1992*, 2. Aufl., Leipzig.
- Hadding, W.* (1986), *Rechtsverhältnis zwischen Person und Sache?*, in: JZ 41, S. 926–928.
- Haedicke, M./Timmann, H.* (2012) (Hrsg.), *Handbuch des Patentrechts*, München [zit.: Bearbeiter, in: Haedicke/Timmann].
- Haferkamp, H.-P.* (2004), *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“*, Frankfurt a. M.
- Hale, R. L.* (1922), *Rate Making and the Revision of the Property Concept*, in: 22 *Colum. L. Rev.*, S. 209–216.
- (1923), *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, in: 38 *Pol. Sc. Qu.*, S. 470–494.
- Halley, J.* (2011a), *What is Family Law? A Genealogy, Part I*, in: 23 *Yale Journal of Law & the Humanities*, S. 1–109.
- (2011b), *What is Family Law? A Genealogy, Part II*, in: 23 *Yale Journal of Law & the Humanities*, S. 189–293.
- Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (2013), hrsg. v. D. Merten/H.-J. Papier, Band V: *Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II*, Heidelberg [zit.: HGR-Bearbeiter].
- Hansmann, H.* (1988), *Ownership of the Firm*, in: 4 *Journal of Law, Economics, & Organization*, S. 267–304.
- Hardin, G.* (1968), *The Tragedy of the Commons*, in: 162 *Science*, S. 1243–1248.
- Hare, R. M.* (1973), *Rawls' Theory of Justice*, in: N. Daniels (Hrsg.), *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' „A Theory of Justice“*, Stanford, S. 81–107.
- Harris, J. W.* (1996), *Property and Justice*, Oxford.
- Harrison, R.* (1983), *Bentham*, London/Boston/Melbourne/Henley.
- Hart, H. L. A.* (1958), *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in: 71 *Harv. L. Rev.*, S. 593–629.
- (1982), *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford.
 - (1982/2005), *Bentham's Principle of Utility and Theory of Penal Law*, in: J.H. Burns/H.L.A. Hart (Hrsg.), *Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, S. lxxix–cxii.
 - (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford.
 - (1994), *The Concept of Law*, 2. Aufl., Oxford.
- Hassemer, M.* (2007), *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen. Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkauf*, Tübingen.
- Hauriou, M.* (1925/1965), *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*, hrsg. v. R. Schnur, Berlin [Originalausgabe: *La Théorie de l'Institution et de la Fondation*, in: *Cahiers de la Nouvelle Journée* 4, Paris 1925].

- Hayek, F. A. v.* (2003), *Recht, Gesetz und Freiheit. Eine Neufassung der liberalen Grundsätze der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie. Gesammelte Schriften in deutscher Sprache*, Bd. 4, hrsg. v. V. Vanberg, Tübingen.
- (2005), *Die Verfassung der Freiheit. Gesammelte Schriften in deutscher Sprache*, Bd. 3, hrsg. v. A. Bosch und R. Veit, 4. Aufl., Tübingen.
- Heepe, M.* (2006), *Das Recht eines jeden auf alles. Hobbes' Theorie natürlicher Individualrechte und ihr Zusammenhang mit der Entwicklung der modernen Naturrechtstheorie*, in: ARSP 92, S. 534–551.
- Hegel, G. W. F.* (1821/1986), *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Werke Bd. 7, hrsg. v. E. Moldenhauer/K. M. Michel, Frankfurt a. M.
- Heinrich, C.* (2000), *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Vertragsrechts*, Tübingen.
- Heise, G. A.* (1807), *Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, 1. Aufl., Heidelberg.
- Heller, M. A.* (1998), *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in: 111 Harv. L. Rev., S. 621–688.
- (1999), *The Boundaries of Private Property*, in: 108 Yale L. J., S. 1163–1223.
- Hess, C./Ostrom, E.* (2007b), *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in: C. Hess/E. Ostrom (Hrsg.), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, Cambridge (Mass.)/London, S. 3–26.
- (2007a) (Hrsg.), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, Cambridge (Mass.)/London.
- Hilty, R. M.* (2003a), *Eldred v. Ashcroft: Die Schutzfrist im Urheberrecht – eine Diskussion, die auch Europäer interessieren sollte*, in: GRUR Int., S. 201–204.
- (2007), *Sündenbock Urheberrecht?*, in: A. Ohly/D. Klippel (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Tübingen, S. 107–144.
- Hislop, D. J.* (1967), *The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions*, in: ARSP 53, S. 53–89.
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (2003), hrsg. v. M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann, Band I: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, Tübingen [zit.: HKK-Bearbeiter].
- Hobbes, T.* (1651/1996), *Leviathan, Revised Student Edition*, hrsg. v. R. Tuck, Cambridge.
- Höfling, W.* (2013) (Hrsg.), *Transplantationsgesetz. Kommentar*, 2. Aufl., Berlin [zit.: Bearbeiter, in: Höfling].
- Hofer, S.* (2001), *Freiheit ohne Grenzen?, Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen.
- Hoffmann-Riem, W.* (1996), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, S. 261–336.
- Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, E.* (1996) (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden.
- Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, E./Voßkuhle, A.* (2012) (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*,

2. Aufl., München [zit.: Bearbeiter, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle].
- Hohfeld, W. N.* (1913), Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, in: 23 Yale L.J., S. 16–59.
- (1917), Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, in: 26 Yale L.J., S. 710–770.
- Honoré, A. M.* (1961), Ownership, in: A. G. Guest (Hrsg.), Oxford Essays in Jurisprudence. A Collaborative Work, Oxford, S. 107–147.
- Honsell, H.* (2002), Iustitia distributiva – iustitia commutativa, in: M. J. Schermair/J. M. Rainer/L. C. Winkel (Hrsg.), Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, Köln/Weimar/Wien, S. 287–302.
- Horkheimer, M./Adorno, T. W.* (1944/1988), Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente, Frankfurt a. M.
- Horwitz, M.* (1982), The History of the Public/Private Distinction, in: 130 U. Pa. Law Rev., S. 1423–1428.
- Hruschka, J.* (2004), Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts, in: JZ 59, S. 1085–1092.
- Hufeland, G.* (1801), Rechtfertigung meiner Eintheilung der gesammten positiven deutschen Rechtsgelahrtheit, in: ders., Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften, 2. Stück, Jena, S. 33–120.
- (21803), Institutionen des gesammten positiven Rechts oder systematische Encyclopaedie der sämmtlichen allgemeinen Begriffe und unstreitigen Grundsätze aller in Deutschland geltenden Rechte, 2. Aufl., Jena.
- Hugo, G.* (1789), Institutionen des heutigen römischen Rechts, 1. Aufl., Berlin.
- Ikadatsu, Y.* (2002), Der Paradigmawechsel in der Privatrechtstheorie und die Neukonstruktion der Vertragstheorie in seinem Rahmen – Pufendorf, Wolff, Kant und Savigny, Ebelsbach.
- Isensee, J.* (1999), Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte – Inhaltskontrolle von Verträgen am Maßstab der Verfassung, in: U. Hübner/W. F. Ebke (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg, S. 485–514.
- Jänich, V.* (2002), Geistiges Eigentum – Eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?, Tübingen.
- Jansen, N.* (2003), Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Tübingen.
- Jansen, N./Michaels, R.* (2008) (Hrsg.), Beyond the State. Rethinking Private Law, Tübingen.
- Jarass, H. D./Pieroth, B.* (2012), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 12. Aufl., München [zit.: Bearbeiter, in: Jarass/Pieroth].
- Jellinek, G.* (21905), System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen.
- Jhering, R. v.* (31893–98), Der Zweck im Recht, 2 Bde., 3. Aufl., Leipzig.
- (41880–91), Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3 Bde., Bd. 1: 5. Aufl. 1891; Bd. 2/1: 4. Aufl. 1880, Bd. 2/2: 4. Aufl. 1883; Bd. 3: 4. Aufl. 1888, Leipzig.
- Johow, R.* (1880/1982), Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Sachenrecht. Begründung. Vorlage des Redaktors, in: W. Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht, Teil 1: Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum, Berlin.

- Jolly, J.* (1852), Die Lehre vom Nachdruck. Nach den Beschlüssen des deutschen Bundes dargestellt, Beilageheft zum AcP Bd. 35, Heidelberg.
- Kant, I.* (1784/1912), Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, in: Kants Werke. Akademie-Textausgabe, Bd. 8, Berlin, S. 33–42.
- (1785/1903), Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Kants Werke. Akademie-Textausgabe, Bd. 4, Berlin, S. 385–464.
 - (1785/1912), Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, in: Kants Werke. Akademie-Textausgabe, Bd. 8, Berlin, S. 77–88.
 - (1786/1903), Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, in: Kants Werke. Akademie-Textausgabe, Bd. 4, Berlin, S. 465–566.
 - (1788/1908), Kritik der praktischen Vernunft, in: Kants Werke. Akademie-Textausgabe, Bd. 5, Berlin, S. 1–164.
 - (1793/1912), Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: Kants Werke. Akademie-Textausgabe, Bd. 8, Berlin, S. 273–314.
 - (1795/1912), Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, in: Kants Werke. Akademie-Textausgabe, Bd. 8, Berlin, S. 341–386.
 - (1797/1907), Die Metaphysik der Sitten, in: Kants Werke. Akademie-Textausgabe, Bd. 6, Berlin, S. 203–494.
- Kaser, M./Knütel, R.* (¹⁹2008), Römisches Privatrecht, 19. Aufl., München.
- Kelsen, H.* (1934), Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Leipzig und Wien.
- (²1960a), Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien.
 - (1960b), Aristotle's Doctrine of Justice, in: ders., What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays by Hans Kelsen, Berkeley/Los Angeles, S. 110–136.
- Kennedy, D.* (1975/2006), The Rise & Fall of Classical Legal Thought, Washington.
- (1976), Form and Substance in Private Law Adjudication, in: 89 Harv. L. Rev., S. 1685–1778.
 - (1979), The Structure of Blackstone's Commentaries, in: 28 Buff. L. Rev., S. 209–382.
 - (1982a), Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, in: 41 Md. L. Rev., S. 563–658.
 - (1982b), The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction, in: 130 U. Penn. L. Rev., S. 1349–1357.
 - (1994), A Semiotics of Legal Argument, in: Collected Courses of the Academy of European Law, Bd. 2, S. 309–365.
 - (1997), A Critique of Adjudication {fin de siècle}, Cambridge (Mass.)/London.
 - (2000), From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's „Consideration and Form“, in: 100 Colum. L. Rev., S. 94–175.
 - (2001), The Political Stakes in „Merely Technical“ Issues of Contract Law, in: 1 European Review of Private Law, S. 7–28.
 - (2004), The Disenchantment of Logically Formal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought, in: 55 Hastings L.J., S. 1031–1076.
 - (2006), Three Globalizations of Legal Thought: 1850–2000, in: D. Trubek/A. Santos (Hrsg.), The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal, Cambridge, S. 19–73.

- (2010), Savigny's Family/Patrimony Distinction and Its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought, in: 58 Am. J. Comp. L., S. 811–841.
- Kennedy, D./Belleau, M.-C.* (2006), La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine, 56 Revue interdisciplinaire d'études juridiques, S. 163–211.
- Kerkhoff, H.J.* (2012), Der Emissionsrechtshandel in der Sackgasse, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 89 v. 16. 04. 2012, S. 14.
- Kern, C. A.* (2013), Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts, Tübingen.
- Kersting, W.* (1990), Zur Logik des kontraktualistischen Arguments, in: V. Gerhard (Hrsg.), Der Begriff der Politik. Bedingungen und Gründe politischen Handelns, Stuttgart, S. 216–237.
- (1991), Eigentum, Vertrag und Staat bei Kant und Locke, in: M. P. Thompson (Hrsg.), John Locke und/and Immanuel Kant, Berlin, S. 109–134.
- (32007), Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, 3. Aufl., Paderborn.
- Kessler, F.* (1943), Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract, in: 43 Colum. L. Rev., S. 629–642.
- Kirchhof, F.* (1987), Private Rechtsetzung, Berlin.
- Kirchhof, P.* (2007), Verfassungsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen, S. 83–103.
- Kirste, S.* (2010), Einführung in die Rechtsphilosophie, Darmstadt.
- (2011), Harter und weicher Rechtspaternalismus. Unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik, in: JZ 66, S. 805–814.
- Klippel, D.* (1976), Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Paderborn.
- (1981), „Libertas commerciorum“ und „Vermögens-Gesellschaft“. Zur Geschichte ökonomischer Freiheitsrechte in Deutschland im 18. Jahrhundert, in: G. Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848, Göttingen, S. 313–335.
- (1984), Der Einfluss der Physiokraten auf die Entwicklung der liberalen politischen Theorie in Deutschland, in: Der Staat 23, S. 205–226.
- (1987), Persönlichkeit und Freiheit. Das „Recht der Persönlichkeit“ in der Entwicklung der Freiheitsrechte im 18. und 19. Jahrhundert, in: G. Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, Göttingen, S. 269–290.
- (1991), Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland, in: H. Mohnhaupt (Hrsg.), Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990). Beispiele, Parallelen, Positionen, Frankfurt a. M., S. 348–386.
- (1997), Das Privileg im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts, in: B. Dölemeyer/H. Mohnhaupt (Hrsg.), Das Privileg im europäischen Vergleich, Bd. 1, Frankfurt a. M., S. 329–345.
- (1999), Das Privileg in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, in: B. Dölemeyer/H. Mohnhaupt (Hrsg.), Das Privileg im europäischen Vergleich, Bd. 2, Frankfurt a. M., S. 285–308.

- Kneer, G.* (2004), Differenzierung bei Luhmann und Bourdieu. Ein Theorienvergleich, in: A. Nassehi/G. Nollmann (Hrsg.), *Bourdieu und Luhmann. Ein Theorienvergleich*, Frankfurt a. M., S. 25–56.
- Knobel, U.* (2000), *Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit*, Berlin.
- Kobusch, T.* (²1997), *Die Entdeckung der Person. Metaphysik der Freiheit und modernes Menschenbild*, 2. Aufl., Darmstadt.
- Kohler, J.* (1880), *Das Autorrecht. Eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht*, in: *Jherings Jb.* 18, S. 129–478.
- (1894), *Die Idee des geistigen Eigentums*, in: *AcP* 82, S. 141–242.
- Kronman, A. T.* (1980), *Contract Law and Distributive Justice*, in: *89 Yale L.J.*, S. 472–511.
- Küster, O.* (1974), Über die beiden Erscheinungsformen der Gerechtigkeit nach Aristoteles, in: F. Baur/J. Esser/F. Kübler/E. Steindorff (Hrsg.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Tübingen, S. 541–558.
- Lametti, D.* (2003), *The Concept of Property: Relations through Objects of Social Wealth*, in: *53 U. Toronto L.J.*, S. 325–378.
- Landes, W. M./Posner, R. A.* (2003), *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge (Mass.)/London.
- Larenz, K.* (1934), *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen.
- (1935), *Rechtsperson und subjektives Recht – Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, in: ders. (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, S. 215–260.
- (1938), *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin.
- (⁶1991), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin u. a.
- Larenz, K./Canaris, C.-W.* (¹³1994), *Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. 2: Besonderer Teil*, 2. Halbband, 13. Aufl., München.
- (³1995), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York.
- Larenz/Wolf* (⁸1997), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl., München.
- Lash, A.* (1996), *Reflexivität und ihre Dopplungen: Struktur, Ästhetik und Gemeinschaft*, in: U. Beck/A. Giddens/S. Lash, *Reflexive Modernisierung. Eine Kontroverse*, Frankfurt a. M., S. 195–286.
- Latour, B.* (2008), *Wir sind nie modern gewesen. Versuch einer symmetrischen Anthropologie*, Frankfurt a. M. [Originalausgabe: *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Paris 1991].
- Lau, C./Keller, R.* (2001), *Zur Politisierung gesellschaftlicher Naturabgrenzungen*, in: U. Beck/W. Bonß (Hrsg.), *Die Modernisierung der Moderne*, Frankfurt a. M., S. 82–95.
- Lege, J.* (1990), *Enteignung und „Enteignung“*. Zur Vereinbarkeit der BGH-Rechtsprechung mit Art. 14 GG, in: *NJW*, S. 864–872.
- (2011a), *Niklas Luhmann und das Recht – Über die Nutzlosigkeit der Systemtheorie für Recht und Rechtswissenschaft*, in: C. Gansel (Hrsg.), *Systemtheorie in den Fachwissenschaften. Zugänge, Methoden, Problematik*, Göttingen, S. 33–51.
- (2011b), *30 Jahre Nassauskiesung. Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat*, in: *JZ* 66, S. 1084–1091.

- Lege, J./Rusche, P. (2009), Staatsrechtlicher Positivismus: Eduard Hubrich (1864–1921), in: J. Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815 bis 1945, Tübingen, S. 253–269.
- Lepsius, M. R. (1977), Soziologische Theoreme über die Sozialstruktur der „Moderne“ und die „Modernisierung“, in: R. Koselleck (Hrsg.), Studien zum Beginn der modernen Welt, Stuttgart, S. 10–29.
- Lepsius, O. (1999), Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, Tübingen.
- Lessig, L. (2004), Free Culture. The Nature and Future of Creativity, New York u. a.
- Lévi-Strauss, C. (1962/¹⁰1997), Das wilde Denken, 10. Aufl., Frankfurt a. M. [Originalausgabe: La pensée sauvage, Paris 1962].
- Link, C. (1987), Naturrechtliche Grundlagen des Grundrechtsdenkens in der deutschen Staatsrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts, in: G. Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, Göttingen, S. 215–233.
- Lobinger, T. (1999), Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung. Zu den Entstehungsgründen vermögensaufstockender Leistungspflichten im Bürgerlichen Recht, Tübingen.
- Löhnig, M./Preisner, M. (2013), Erfreulich klare Worte des BGH – Wegweiser zur Fortentwicklung der gegenwärtigen Familienrechtsdogmatik, in: NJW, S. 2080–2083.
- Locke, J. (1690/1988), Two Treatises of Government. Revised Student Edition, hrsg. v. P. Laslett, Cambridge.
- Lorenz, S. (1997), Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag. Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, München.
- Lucy, W. (2007), Philosophy of Private Law, Oxford.
- Ludwig, B. (1988), Kants Rechtslehre, Hamburg.
- (2005), „Regierungen entstehen wieder auf die althergebrachte Art, nämlich durch Erfindungen und Übereinkunft des Menschen.“ John Lockes Eigentumstheorie, in: A. Eckl/B. Ludwig (Hrsg.), Was ist Eigentum? Philosophische Positionen von Platon bis Habermas, München, S. 88–102.
- Luhmann, N. (1987), Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a. M.
- (1992a), Beobachtungen der Moderne, Opladen.
- (1992b), Arbeitsteilung und Moral. Durkheims Theorie, in: E. Durkheim, Über soziale Arbeitsteilung, Frankfurt a. M., S. 19–38.
- (1995a), Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M.
- (1995b), Die gesellschaftliche Differenzierung und das Individuum, in: ders., Soziologische Aufklärung, Bd. 6: Die Soziologie und der Mensch, Opladen, S. 125–141.
- (1998), Die Gesellschaft der Gesellschaft, 2 Bde., Frankfurt a. M.
- Luig, K. (1991), Samuel Stryk (1640–1710) und der „Usus modernus pandectarum“, in: M. Stolleis u. a. (Hrsg.), Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, München, S. 219–233.
- Lyons, D. (1972/1989), Nature and Soundness of the Contract and Coherence Arguments, in: N. Daniels (Hrsg.), Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' „A Theory of Justice“, Stanford, S. 141–167.
- Liotard, J.-F. (1990), Zeit heute, in: H. Meier (Hrsg.), Zur Diagnose der Moderne, München, S. 149–172.

- MacCormick, D. N.* (1977), Rights in Legislation, in: P. M. S. Hacker/J. Raz (Hrsg.), Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart, Oxford, S. 189–209.
- (1982), Rights, Claims and Remedies, in: 1 Law and Philosophy 337–357.
- Machiavelli, N.* (1532/2007), Il principe. Der Fürst. Italienisch/Deutsch, übers. u. hrsg. v. P. Rippel, Stuttgart.
- Macpherson, C. B.* (1965), Hobbes's Bourgeois Man, in: K. C. Brown (Hrsg.), Hobbes Studies, Oxford, S. 169–183.
- Mandry, G.* (1867), Das Urheberrecht an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst. Ein Kommentar zu dem k. bayerischen Gesetze vom 28. Juni 1865, Erlangen.
- Mangoldt, H. v./Klein, F./Starck, C.* (2010), Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. München [zit.: Bearbeiter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck].
- Marcuse, H.* (1945/2000), Reason and Revolution. Hegel and the Rise of Social Theory, 2. Aufl., London/New York.
- (1964/1991), One-Dimensional Man. Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society, 2. Aufl., Boston.
- Marx, K.* (1843/162006), Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Kritik des Hegelschen Staatsrechts, in: K. Marx/F. Engels, Werke, hrsg. v. E. Kundel u. a. (MEW), Bd. 1, 16. Aufl., Berlin, S. 201–333.
- (1844/162006), Zur Judenfrage, in: K. Marx/F. Engels, Werke, hrsg. v. E. Kundel u. a. (MEW), Bd. 1, 16. Aufl., Berlin, S. 347–377.
- Maurer, H.* (182011), Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München.
- Maus, I.* (1992), Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant, Frankfurt a. M.
- Meier, H.* (2001), Rousseaus Diskurs über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit unter den Menschen. Ein einführender Essay über die Rhetorik und die Intention des Werkes, in: ders. (Hrsg.), J.-J. Rousseau, Diskurs über die Ungleichheit, 5. Aufl., Paderborn/München/Wien/Zürich, S. XXI-LXXVII.
- Merrill, T. W./Smith, H. E.* (2000), Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, in: 110 Yale L.J., S. 1–70.
- (2001), What Happened to Property in Law and Economics?, in: 111 Yale L.J., S. 357–398.
- Merry, S. E.* (1988), Legal Pluralism, in: 22 Law and Society Rev., S. 869–896.
- Mes, P.* (2011), Patentgesetz. Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl., München.
- Mestmäcker, E.-J.* (2007), Franz Böhm und die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen, S. 35–52.
- Michaels, R./Jansen, N.* (2008), Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, in: N. Jansen/R. Michaels (Hrsg.), Beyond the State. Rethinking Private Law, Tübingen, S. 69–118; auch veröffentlicht in: 54 Am. J. Comp. L. (2008), S. 843–890.
- Mittermaier, C. J. A.* (1842), Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts, 2 Bde., 6. Aufl., Regensburg.
- Möllers, C.* (2000), Staat als Argument, München.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (2013), hrsg. von F. J. Säcker/R. Rixecker, 6. Aufl., München; Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705–853; Bd. 6: Sachenrecht, §§ 854–1296 [zit.: MünchKomm-Bearbeiter].
- Munzer, S. R.* (1990), A Theory of Property, Cambridge.
- Nagel, B.* (1989), Wirtschaftsrecht, Bd. 2: Eigentum, Delikt, Vertrag, München/Wien.

- Nassehi, A.* (2003), *Geschlossenheit und Offenheit. Studien zur Theorie der modernen Gesellschaft*, Frankfurt a. M.
- (2004), Sozialer Sinn, in: A. Nassehi/G. Nollmann (Hrsg.), *Bourdieu und Luhmann. Ein Theorievergleich*, Frankfurt a. M., S. 155–188.
- (2006), *Der soziologische Diskurs der Moderne*, Frankfurt a. M.
- (2009), Wie die Ethik nach Menschen sucht und doch nur Bilder findet. Ein soziologischer Blick auf die Praxis des ethischen Entscheidens, in: W. Vossenkuhl u. a. (Hrsg.), *Ecce Homo! Menschenbild – Menschenbilder*, Stuttgart, S. 24–48.
- Neuner, J.* (1999), *Privatrecht und Sozialstaat*, München.
- (2007) (Hrsg.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, Tübingen.
- Neustetel, L.J.* (1824), *Der Büchernachdruck, nach Römischen Recht betrachtet*, Heidelberg.
- Nida-Rümelin, J.* (1993), *Kritik des Konsequentialismus*, München.
- Nörr, K. W.* (1991), *Eher Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, Paderborn/München/Wien/Zürich.
- Nozick, R.* (1974), *Anarchy, State and Utopia*, Malden (Mass.)/Oxford/Victoria.
- Oertmann, P.* (1892), Der Dinglichkeitsbegriff, in: *Jherings Jb.* 19, S. 415–467.
- (1925), Zur Struktur der subjektiven Privatrechte, in: *AcP* 123, S. 129–160.
- Ogorek, R.* (1986), Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M.
- Ohly, A./Klippel, D.* (2007) (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Tübingen.
- Olsen, F. E.* (1983), The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform, in: 96 *Harv. L. Rev.*, S. 1497–1578.
- Ostrom, E.* (1990), *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge.
- Ostrom, E./Dietz, T./Dolsak, N./Stern, P. C./Stonich, S./Weber, E. U.* (2002) (Hrsg.), *The Drama of the Commons*, Washington (DC) [zit.: Ostrom u. a.].
- Parsons, T.* (1937/²1968), *The Structure of Social Action*, 2 Bde., 2. Aufl., New York/London.
- Penner, J. E.* (1996), The „Bundle of Rights“ Picture of Property, in: 43 *UCLA L. Rev.*, S. 711–820.
- (1997a), *The Idea of Property in Law*, Oxford.
- (1997b), The Analysis of Rights, in: 10 *Ratio Juris*, S. 300–315.
- Perrault, C.* (1688/1964), *Parallèle des Anciens et des Modernes en ce qui regarde les arts et les sciences*, hrsg. v. H. R. Jauss, München.
- Peter, H.* (1949), *Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert. Ein Beitrag zur neueren Geschichte des Zivilrechts*, Aarau.
- Peukert, A.* (2008), *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, Tübingen.
- Pfordten, D. v. d.* (²2011), *Rechtsethik*, 2. Aufl., München.
- Picker, E.* (2007), Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht. Zur wachsenden Freiheitsbedrohung im Recht und durch Recht, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, S. 207–270.
- Popper, K.* (1945/⁸2003), *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Bd. 1: *Der Zauber Platons*, Bd. 2: *Falsche Propheten: Hegel, Marx und die Folgen*, hrsg. v. H. Kieseewetter, 8. Aufl., Tübingen.

- Posner, R. A.* (1980), *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*, in: 9 *Journal of Legal Studies*, S. 243–252.
- (2003), *Economic Analysis of Law*, 6. Aufl., New York.
- Pound, R.* (1910), *Law in Books and Law in Action*, in: 44 *Am. L. Rev.*, S. 12–36.
- (1917), *The End of Law as Developed in Juristic Thought II*, in: 30 *Harv. L. Rev.*, S. 201–225.
- Puchta, G. F.* (1854/5), *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, 2 Bde., 4. Aufl., Leipzig.
- Pufendorf, S.* (1672/1998), *De jure naturae et gentium*, hrsg. v. F. Böhling, in: Samuel Pufendorf. *Gesammelte Werke*, hrsg. v. W. Schmidt-Biggemann, Bd. 4: Teil 1. *Liber primus – liber quartus*, Bd. 5: Teil 2. *Liber quintus – liber octus*, Berlin.
- (1729/2005), *Of the Law of Nature and Nations. Eight Books*, engl. Ausgabe, übers. v. B. Kennett, 4. Aufl., London. Reprographischer Nachdruck, Clark (N.J.).
- (1673/1994), *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, hrsg. u. übers. v. K. Luig, Frankfurt a.M./Leipzig.
- Radbruch, G.* (1932/1993), *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., in: Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, Bd. 2: *Rechtsphilosophie II*, hrsg. u. bearb. v. A. Kaufmann, Heidelberg, S. 206–450.
- (1973), *Rechtsphilosophie*, hrsg. von E. Wolf/H.-P. Schneider, 8. Aufl., Stuttgart.
- Radin, M.* (1982), *Property and Personhood*, in: 34 *Stanford L. Rev.*, S. 957–1015.
- Raiser, L.* (1935), *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg.
- (1961), *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht*, in: *JZ* 16, S. 465–473.
- (1971), *Die Zukunft des Privatrechts. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft*, Berlin/New York.
- Rakoff, T.* (1983), *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, in: 96 *Harv. L. Rev.*, S. 1174–1284.
- Rapoport, A./Chammah, A. M.* (1965), *Prisoner's Dilemma: A Study in Conflict and Cooperation*, Ann Arbor (Mich.).
- Rawls, J.* (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.).
- Raz, J.* (1984), *On the Nature of Rights*, in: 93 *Mind*, S. 194–214.
- (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford.
- Regelsberger, F.* (1893), *Pandekten*, Leipzig.
- Rehbinder, M.* (2010), *Urheberrecht*, München.
- Reppen, T.* (2000), *Was war und wo blieb das soziale Öl?*, in: *ZNR*, S. 406–424.
- Reuter, D.* (1989), *Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?*, in: *AcP* 189, S. 199–222.
- Riedel, M.* (1969), *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M. [Kapitel 5: „Der Begriff der ‚Bürgerlichen Gesellschaft‘ und das Problem seines geschichtlichen Ursprungs“ wiederabgedruckt in M. Riedel (Hrsg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1975, S. 247–275].
- Riesenhuber, K.* (2007a) (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen.
- (2007b), *Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht*, in: ders. (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, S. 1–32.
- Riles, A.* (2008), *The Anti-Network: Private Global Governance, Legal Knowledge, and the Legitimacy of the State*, in: N. Jansen/R. Michaels (Hrsg.), *Beyond the State*.

- Rethinking Private Law, Tübingen, S. 183–207; auch veröffentlicht in: 56 Am. J. Comp. L. (2008), S. 605–630.
- Ritter, J. (1965), Hegel und die französische Revolution, Frankfurt a. M.
- Robilant, A. di (2010), „One Property, Many Properties“. The Disaggregation of Property and the Pursuit of Equality in the 19th century European Debate on Common Ownership, unveröffentlichtes Manuskript, Harvard Law School, Cambridge (Mass.) [zit. nach der Seitenzahl des Manuskripts].
- Röckrath, L. (1997), Umverteilung durch Privatrecht? Zur vernunftrechtlichen Rekonstruktion von Aristoteles' Gerechtigkeitslehre in Weinribs formaler Rechtstheorie, in: ARSP 83, S. 506–547.
- Rödl, F. (2008), Private Law Beyond the Democratic Order? On the Legitimatory Problem of Private Law „Beyond the State“, in: N. Jansen/R. Michaels (Hrsg.), Beyond the State. Rethinking Private Law, Tübingen, S. 323–347.
- Roemer, J. E. (1996), Theories of Distributive Justice, Cambridge (Mass.)/London.
- Röhl, K. F. (1978), Über außervertragliche Voraussetzungen des Vertrages, in: F. Kaulbach/W. Krawietz (Hrsg.), Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky, Berlin, S. 435–480.
- Romano, S. (1918/1975), Die Rechtsordnung, hrsg. v. R. Schnur, Berlin [Originalausgabe: L'Ordinamento Giuridico, 1918].
- Rosen, F. (2005), Introduction, in: J. H. Burns/H. L. A. Hart (Hrsg.), Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Oxford, S. xxxi–lxix.
- Rousseau, J.-J. (1755/1964), Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité, in: B. Gagnebin/M. Raymond (Hrsg.), Œuvres complètes, Bd. 3, Paris, S. 109–223.
- (1755/⁵2001), Diskurs über die Ungleichheit. Discours sur l'inégalité, übers. u. hrsg. v. H. Meier, 5. Aufl., Paderborn/München/Wien/Zürich.
- (1762/1964), Du Contract Social ou Essai sur la forme de la republique, in: B. Gagnebin/M. Raymond (Hrsg.), Œuvres complètes, Bd. 3, Paris, S. 279–470.
- Rückert, J. (1984), Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach.
- (1991), Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts, in: M. P. Thompson (Hrsg.), John Locke und/and Immanuel Kant, Berlin, S. 144–215.
- Rüthers, B. (⁷2012), Die unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl., Tübingen.
- (2011a), Personenbilder und Geschichtsbilder – Wege zur Umdeutung der Geschichte? Anmerkungen zu einem Larenz-Portrait, in: JZ 66, S. 593–601.
- (2011b), Die Risiken selektiven Erinnerens – Antwort an C.-W. Canaris, in: JZ 66, S. 1149–1151.
- Rüthers, B./Fischer, C./Birk, A. (⁷2013), Rechtstheorie. Mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl., München.
- Salomon, M. (1937), Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles. Nebst einem Anhang über den Begriff des Tauschgeschäftes, Leiden.
- Samuelson, P. A. (1954), The Pure Theory of Public Expenditure, in: The Review of Economics and Statistics 36, S. 387–389.
- Samuelson, P. A./Nordhaus, W. D. (¹⁹2010), Economics, 19. Aufl., Boston u. a.
- Savigny, F. C. v. (1803/1951), Juristische Methodenlehre, hrsg. v. G. Wesenberg, Stuttgart.

- (1814/2002), Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, in: H. Hattenhauer (Hrsg.), Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, 2. Aufl., München, S. 61–127.
- (1840–48), System des heutigen römischen Rechts, 8 Bde., 1. Aufl., Berlin.
- Schack, H.* (2000), Anmerkung zu BGH, Urt. v. 1. 12. 1999, I ZR 49/97 – Marlene Dietrich, in: JZ 55, S. 1060–1062.
- Scherzberg, A.* (2006), Das subjektiv-öffentliche Recht – Grundfragen und Fälle, in: Jura, S. 839–848.
- Scheuch, E. K.* (1991), Schwierigkeiten der Soziologie mit dem Prozeß der Modernisierung, in: W. Zapf (Hrsg.), Die Modernisierung moderner Gesellschaften. Verhandlungen des 25. Deutschen Soziologentages in Frankfurt am Main 1990, Frankfurt a. M./New York, S. 109–139.
- Schlüter, J.* (2003), Emissionsrechtehandel ante portas, in: NVwZ, S. 1213–1216.
- Schmidt-Aßmann, E.* (1996), Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden, S. 7–40.
- Schmidt-Bischoffshausen, A.* (2009), „One Size fits all“ – Wie viel Einheitlichkeit verträgt das Urheberrecht?, in: H.-P. Götting/A. Lunze (Hrsg.), Überprotektion durch geistiges Eigentum? Festschrift zum 10jährigen Jubiläum des Studiengangs „International Studies in Intellectual Property Law“, Baden-Baden, S. 15–32.
- Schmidt-Bleibtreu, B./Hofmann, H./Hopfauf, A.* (¹²2011), GG. Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl., Köln [zit.: Bearbeiter, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf].
- Schmidt-Rimpler, W.* (1941), Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: AcP 147, S. 130–197.
- (1974), Zum Vertragsproblem, in: F. Baur/J. Esser/F. Kübler/E. Steindorff (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen, S. 3–26.
- Schmitt, C.* (²1934), Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 2. Aufl., Berlin.
- Schricker, G./Loewenheim, U.* (⁴2010), Urheberrecht. Kommentar, 4. Aufl., München [zit.: Bearbeiter, in: Schricker/Loewenheim].
- Schröder, R.* (2001), Das Bürgerliche Gesetzbuch im 20. Jahrhundert, in: Juristische Fakultät Potsdam (Hrsg.), 100 Jahre BGB, Potsdam, S. 8–26.
- Schroth, U./König, P./Gutmann, T./Oduncu, F.* (2005), Transplantationsgesetz. Kommentar, München [zit.: Bearbeiter, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu].
- Schumpeter, J. A.* (1942/2008), Capitalism, Socialism, and Democracy, New York u. a.
- (1955), History of Economic Analysis, London.
- Schwab, D.* (2002), Gemeinsame elterliche Verantwortung – ein Schuldverhältnis? Anmerkungen zur Entscheidung des BGH v. 19. 6. 2002 – XII ZR 173/00 (FamRZ 2002, 1099), in: FamRZ 49, S. 1297–1303.
- Schwarz, A. B.* (1921/1960), Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, in: ZRG (Rom. Abt.) 42 (1921), S. 578–610; wiederabgedruckt in: ders., Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, hrsg. v. H. Thieme/F. Wieacker, Karlsruhe 1960, S. 1–25.
- Seelmann, K.* (1979), Die Lehre des Fernando Vázquez de Menchaca vom Dominium, Köln/Berlin/Bonn/München.

- (1994), Die Denkfigur des „subjektiven Rechts“ in der spanischen Spätscholastik, in: R. Mate/F. Niewöhner (Hrsg.), Spaniens Beitrag zum politischen Denken in Europa um 1600, Wiesbaden, S. 141–151.
- Sen, A. K.* (1974/1989), Rawls versus Bentham: An Axiomatic Examination of the Pure Distribution Problem, in: N. Daniels (Hrsg.), Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' „A Theory of Justice“, Stanford, S. 283–292.
- Seuffert, J. A.* (1852), Praktisches Pandektenrecht, 3 Bde., 3. Aufl., Würzburg.
- Siegrist, H.* (2007), Die Propertisierung von Gesellschaft und Kultur. Konstruktion und Institutionalisierung des Eigentums in der Moderne, in: ders. (Hrsg.), Entgrenzung des Eigentums in modernen Gesellschaften und Rechtskulturen, Comparativ Bd. 16, Leipzig, S. 9–52.
- Singer, J. W.* (1982), The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld, in: Wisconsin L. Rev., S. 975–1059.
- (2009), Democratic Estates: Property Law in a Free and Democratic Society, in: 94 Cornell L. Rev, S. 1009–1062.
- Singer, R.* (1995), Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München.
- Sousa Santos, B. de* (1987), Law: A Map of Misreading. Towards a Postmodern Conception of Law, in: 14 J. of Law and Society, S. 279–302.
- Spencer, H.* (1897), The Principles of Sociology, 3 Bde., New York.
- Spranger, T. M.* (2005), Die Rechte des Patienten bei der Entnahme und Nutzung von Körpersubstanzen, in: NJW, S. 1085–1090.
- Staudinger, J. v.* (1999-), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823 A-I, 824, 825 (Unerlaubte Handlungen 1), Dreizehnte Bearbeitung 1999; Buch 3: Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht, §§ 854–882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1), Neubearbeitung 2012; Buch 3: Sachenrecht, §§ 883–902 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 2), Neubearbeitung 2008 [zit.: Staudinger-Bearbeiter].
- Stepanians, M.* (2005), Die angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen „Ding“ und „Bündel“, in: A. Eckl/B. Ludwig (Hrsg.), Was ist Eigentum?, München, S. 232–245.
- Stintzing, R. v./Landsberg, E.* (1880–1910), Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3 Abteilungen in 4 Bänden, Abt. 1 und 2 von R. v. Stintzing, München 1880–1884, Abt. 3, 1. und 2. Halbband von E. Landsberg, München, Berlin 1898–1910.
- Stolleis, M.* (1996), Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden, S. 41–61.
- Strauss, L.* (1965), On the Spirit of Hobbes' Political Philosophy, in: K. C. Brown (Hrsg.), Hobbes Studies, Oxford, S. 1–29.
- Stryk, S.* (1708–1712), Specimen usus moderni Pandectarum, 5 Bde., 3. Aufl., Halae Magdeburgicae.
- Stuwe* (1843), Das industrielle Eigentum und die Nachbildung, Elberfeld.
- Suárez, F.* (1628/1856), De bonitate et malitia humanorum actuum, in: R. P. Francisci Suárez e Societate Jesu Opera Omnia, editio nova a D. M. André, 23 Bde., Bd. 4, Parisii.
- Tamanaha, B. Z.* (2000), A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism, in: 27 J. Law & Soc., S. 296–321.
- (2001), A General Jurisprudence of Law and Society, Oxford u. a.

- Taupitz, W.* (1995), Der deliktsrechtliche Schutz des Körpers und seiner Teile, in: NJW, S. 745–752.
- Taylor, C.* (1975), Hegel, Cambridge u. a.
- Teubner, G.* (1989), Recht als autopoietisches System, Frankfurt a. M.
- (1997), „Global Bukowina“: Legal Pluralism in World Society, in: ders. (Hrsg.), Global Law Without a State, Aldershot u. a., S. 3–28.
- (2007), State Policies in Private Law? A Comment on Hanoch Dagan, in: N. Jansen/R. Michaels (Hrsg.), Beyond the State. Rethinking Private Law, Tübingen, S. 411–419.
- Thibaut, A. F. J.* (1803), System des Pandekten-Rechts, 3 Bde., 1. Aufl., Jena.
- Thon, A.* (1878), Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar.
- Tuck, R.* (1979), Natural Rights Theories. Their Origin and Development, Cambridge.
- Tugendhat, E.* (1976), Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie, Frankfurt a. M.
- Tuhr, A. v.* (1910–18), Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1910, Leipzig; Bd. 2/1: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, 1914; Bd. 2/2, 1918, München und Leipzig.
- Unberath, H.* (2005), Die Bindung an den Vertrag – Zur Bedeutung Kants für die neuere Diskussion um die Grundlagen des Privatrechts, in: B. S. Byrd/J. C. Joerden (Hrsg.), Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, Berlin, S. 719–748.
- (2007), Die Vertragsverletzung, Tübingen.
- Underkuffler, L. S.* (2003), The Idea of Property: Its Meaning and Power, Oxford/New York.
- Ungern-Sternberg, J. v.* (2008), Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6. 12. 2007, I ZR 94/05 – Drucker und Plotter, in: GRUR, S. 247–249.
- Vanberg, V.* (2007), Privatrechtsgesellschaft und ökonomische Theorie, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen, S. 131–162.
- Vázquez de Menchaca, F.* (1564/1931–33), Controversias Fundamentales y otras de más frecuente uso, lat.-span. Ausgabe, übers. v. F. R. Alcalde, 3 Bde., Valladolid.
- Viefhues, W.* (2011), EU: Emissionsrechteland wegen gravierender Sicherheitsprobleme ausgesetzt, in: MMR aktuell, Nr. 313704.
- Wächter, K. G. v.* (1880), Pandekten, 2 Bde., Leipzig.
- Wadle, E.* (1996/2003), Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte, Bd. 1: Weinheim u. a. (jetzt: München) 1996; Bd. 2: München 2003.
- Wagner, G.* (1993a) [Jurist, *1962], Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen, in: AcP 193, S. 319–347.
- (2000), Anmerkung zu BGH, Urt. v. 1. 12. 1999, I ZR 49/97 – Marlene Dietrich sowie BGH, Urt. v. 1. 12. 1999, I ZR 226/97 – Der blaue Engel, in: GRUR, S. 717–720.
- Wagner, G.* (1993b) [Soziologe, *1958], Gesellschaftstheorie als politische Theologie? Zur Kritik und Überwindung der Theorien normativer Integration, Berlin.
- Walsh, J. P./Seward, J. K.* (1990), On the Efficiency of Internal and External Corporate Control Mechanisms, in: The Academy of Management Review 15, S. 421–458.
- Weber, M.* (1917/1992), Wissenschaft als Beruf, in: Max Weber, Gesamtausgabe, Abt. 1, Bd. 17: Wissenschaft als Beruf. Politik als Beruf, hrsg. v. W. J. Mommsen/W. Schluchter, Tübingen, S. 70–111.

- (1917/³1968), Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, in: ders., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. v. J. Winkelmann, 3. Aufl., Tübingen, S. 489–540.
- (1919/1992), Politik als Beruf, in: Max Weber, *Gesamtausgabe*, Abt. 1, Bd. 17: *Wissenschaft als Beruf. Politik als Beruf*, hrsg. v. W.J. Mommsen/W. Schluchter, Tübingen, S. 156–252.
- (1920/³2010), *Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*. Vollständige Ausgabe, hrsg. v. D. Kaesler, München.
- (1922/⁵1972), *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5. Aufl., Tübingen.
- Wehler, H.-U. (1975), *Modernisierungstheorie und Geschichte*, Göttingen.
- Weigand, R. (1967), *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, München.
- Weinrib, E.J. (1995), *The Idea of Private Law*, Cambridge (Mass.)/London.
- Weller, M.-P. (2009), *Die Vertragstreue*, Tübingen.
- Welzel, H. (1958), *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, Berlin.
- (⁴1962), *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., Göttingen.
- Werner, G. (2008), *Entnahme und Patentierung menschlicher Körpersubstanzen*, Tübingen.
- Westermann, H. (1990), *Sachenrecht. Ein Lehrbuch*, hrsg. v. K.-H. Gursky. Bd. 1: H.P. Westermann u.a., *Grundlagen und Recht der beweglichen Sachen*, 6. Aufl., Heidelberg.
- Wieacker, F. (1935), *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, Hamburg.
- (1941), Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung, in: *Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht*, Bd. 6, Hamburg, S. 49–66.
- (1943), Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, in: *AcP* 148, S. 57–104.
- (1953), *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe.
- (1960/1974), *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen*, wiederabgedruckt in: F. Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a.M., S. 36–55.
- (²1967), *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen.
- Wielsch, D. (2008), *Zugangsregeln. Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*, Tübingen.
- Wiethölter, R. (1986), *Materialization and Proceduralization in Modern Law*, in: G. Teubner (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin u.a., S. 221–249.
- Wilburg, W. (1941), *Die Elemente des Schadensrechts*, Marburg.
- (1950), *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz.
- Wilhelm, W. (1958), *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt a.M.
- Willoweit, D. (1974), *Dominium und Proprietas. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, in: *Historisches Jahrbuch*, hrsg. im Auftrag der Görres-Gesellschaft v. J. Spörl, Bd. 94, S. 131–156.
- Windscheid, B. (1856), *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf.
- Windscheid, B./Kipp, T. (⁹1906), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl., 3 Bde., Frankfurt a.M.

- Wittrock, B.* (1998), Early Modernities: Varieties and Transitions, in: Early Modernities. Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences, Vol. 127, Nr. 3 (Daedalus, Summer 1998), S. 19–40.
- (2000), Modernity: One, None, or Many? European Origins and Modernity as a Global Condition, in: Multiple Modernities. Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences, Vol. 129, Nr. 1 (Daedalus, Winter 2000), S. 31–60.
- Wolf, U.* (²2007), Aristoteles' Nikomachische Ethik, 2. Aufl., Darmstadt.
- Wolff, C.* (1740/1972), Jus naturae. Pars Prima, hrsg. v. Marcel Thomann. Christian Wolff. Gesammelte Werke, hrsg. v. J. École u. a., II. Abteilung: lateinische Schriften, Bd. 17, Hildesheim/New York.
- (1754), Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden, Halle.
- Wolff, H.J./Bachof, O./Stober, R./Kluth, W.* (¹²2007), Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 12. Aufl., München.
- Zapf, W.* (³1971) (Hrsg.), Theorien des sozialen Wandels, 3. Aufl., Köln/Berlin.
- (1975), Die soziologische Theorie der Modernisierung, in: Soziale Welt 26, S. 212–226.
- (1996), Die Modernisierungstheorie und unterschiedliche Pfade der gesellschaftlichen Entwicklung, in: Leviathan, S. 63–77.
- Zedler, J. H.* (1731–1754) (Hrsg.), Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste, 64 Bde., 4 Supplemente, Leipzig/Halle.
- Zöllner, W.* (1988a), Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, in: AcP 188, S. 85–100.
- (1988b), Die politische Rolle des Privatrechts, in: JuS, S. 329–336.
- (1996), Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, Köln.
- (2007), Privatrecht und Gesellschaft, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen, S. 53–74.

Sachverzeichnis

Kursiv gesetzte Ziffern bezeichnen Hauptfundstellen.

- ABGB (österreichisches) 15, 27, 93, 132
Absolutheit, absolut (Recht) 8, 26, 29, 93ff., 102ff., 112ff., 120ff., 126ff., 130f., 133, 137, 163, 166 s.a. Dinglichkeit, Eigentum, Recht
Absolutismus, absolutistisch 31, 34, 40, 101 s.a. Privileg
Abstraktionsprinzip 112f., 115 s.a. Dinglichkeit, Sachenrecht
Achenwall, G. 27f.
actio in rem, in personam 95f. s.a. Aktionensystem, Dinglichkeit, Obligation
AGB 80
Aktionensystem 22, 27, 95 s.a. römisches Recht
Alexander von Hales 16
Allgemeinheit, -interesse, -wohl 38, 43, 132, 135, 137, 140, 153, 157, 159, 165 s.a. Hegel, G.W.F.
Allmende, Tragödie der 144ff., 154f., 158 s.a. Commons, Gemeinfreiheit
Amerika, amerikanische Debatte, Rechtstheorie 1ff., 29, 53, 56ff., 71, 93, 98, 111, 120ff., 129f., 133
Ancien Régime 101, 103, 106 s.a. Absolutismus, Feudalismus, Vormoderne
Anlage, -horizont, -investition 80
Anreiz, -lage, -wirkung 80, 111, 116, 147ff., 154ff. s.a. Ökonomie
Anspruch, -bewehrung, -recht, -schutz, -system 22, 56, 94ff., 113, 115, 121f., 139, 149 s.a. Klage, Recht
– dinglicher s.a. Dinglichkeit 95f., 113, 115
Antike, antik 11f., 15, 22f., 30ff., 35f., 38f., 50, 101
Arbeitsteilung 51f., 76ff., 134f., 136 s.a. Durkheim, E., Interdependenz
Arbeitstheorie 24f., 76, 103, 106f., 111, 144, 147f. s.a. Eigentum, Locke, J.
Argumentationslast 21, 119, 142
Aristoteles, aristotelisch 14ff., 31, 65f., 68
Armut 78 s.a. Verarmung
Auffangordnung 2, 39, 64 s.a. Öffentliches, Privatrecht
Aufklärung, -philosophie, -zeit, aufklärt 5ff., 13f., 17, 21f., 46ff., 58, 63, 70f., 74f., 82, 85ff., 94, 132 s.a. Emanzipation, Moderne, Rationalität
– Grenzen, nichtwestliches Denken 85ff.
Ausdifferenzierung 6, 13, 51f., 73, 135, 137 s.a. Differenzierung, Systemtheorie
Auslegung, richtlinienkonforme 118
Ausschließbarkeit, *excludability* 154f. s.a. Gut, öffentliches
Ausschließlichkeitsrecht, -befugnis 58, 62, 111, 115f., 119, 124ff., 130, 144, 147ff., 153, 155ff., 160, 163f. s.a. Eigentum, *property*
Autonomie, -gedanke, -prinzip, -sphäre, autonom, autonomiebasiert 19f., 22, 29, 31, 40f., 51f., 54, 56, 58, 60ff., 67, 69ff., 81, 83ff., 88, 96ff., 102, 105f., 130, 159ff., 163f., 165ff. s.a. Privatautonomie, Freiheit, Heteronomie
Autopoiesis, autopoietisch 3, 13, 73 s.a. Systemtheorie, Luhmann, N.
Autor, -privileg, -recht 98, 106ff. s.a. Kohler, J., Urheber
Azo 64
Barbeyrac, J. 17
Bartolus 23, 101f., 131
Beck, U. 46, 75, 87
Begriffsjurisprudenz 4
Begründung, -barkeit, Rechts-, begründbar 5, 14, 18ff., 24ff., 29, 35, 37, 41, 45f., 49, 56, 58ff., 63, 110f., 116, 119f., 123ff., 127, 129f., 144, 147, 151f., 156, 158, 164 s.a. Legitimation, Normativität, Rechtfertigung, Wertung

- Bentham, J. 55f., 61, 63
 Besitz, -berechtigter, -recht, -ordnung 26,
 56, 76, 100, 102, 113, 115, 122, 131 s.a.
 Eigentum
 Bevölkerungsdichte, -explosion 145, 150f.
 bewegliches System 114 s.a. System, Typus
 Bildung, -versagen 78ff.
 Bodin, J. 31f.
 Boethius 16
 Bonaventura 16, 23
 Bourdieu, P. 50
bourgeois 32, 36, 38f., 42, 49, 56, 80 s.a.
 Bürger
 Bündel, -metapher, -theorie 57, 98, 120ff.,
 130, 141f., 161, 164 s.a. Eigentum
 Bürger, -begriff, -recht, -tum, Privat-,
 Staats-, bürgerlich 15, 19, 30ff., 49, 56, 61,
 70, 77ff., 101 s.a. *bourgeois*, *citoyen*, *civis*
 Bürgerliche Gesellschaft, *civil society* 6,
 30ff., 38f., 42, 44f., 49, 52, 56, 75ff., 83,
 85ff., 134ff. s.a. Gesellschaft, Hegel,
 G.W.F.
 Bürgerliches Recht, bürgerlich-rechtlich
 28, 31, 39, 115f., 135, 141 s.a. Privatrecht,
 Zivilrecht
 Bürokratisierung 51, 79f. s.a. Moderne,
 Rationalität, Säkularisierung, Weber, M.
 Bydliniski, F. 2, 70, 72

 Canaris, C.-W. 2, 68, 70, 113f., 130
 Christentum, Christologie, christlich 11,
 16, 42
citoyen, *citizen* s.a. Bürger 32ff., 42, 56
 Civil Law 39
civis, *civitas* 14, 30ff., 36, 38f. s.a. Bürger,
citoyen, Staat
 Classical Legal Thought 29
 Code civil 15, 27, 93, 104, 134
 Common Law 3, 41, 70f., 93, 97
 Commons, Common Domain/
 Pool 145f. s.a. Allmende, Gemeinfrei-
 heit
 Comte, A. 51, 134
 Constanze-Entscheidung 128ff. s.a.
 Gewerbebetrieb

damnum absque iniuria 58 s.a.
 Hohfeld, W.N.
 Darjes, J.G. 28
 Darwin, C. 48
 Daseinsfürsorge 79 s.a. Wohlfahrt
 Delikt, -haftung, -recht, -schutz, delik-
 tisch 3, 81, 95, 110, 129f., 166 s.a.
 Gefährdungshaftung, Verschulden
 demographischer Wandel 80
 Deontologie, deontologisch 61 s.a.
 Teleologie
 Descartes, R. 11
 Desintegration 6, 37 s.a. Integration,
 Pöbel, Verelendung
 Dialektik, dialektisch 5, 74f., 86f., 143f.,
 152, 158, 160 s.a. Aufklärung, Moderne,
 Selbstaufhebung
 Differenzierung 6f., 13, 46, 54, 56, 136 s.a.
 Ausdifferenzierung, Systemtheorie
 Digesten 15, 22f. s.a. Institutionen,
 Pandekten
 Digitalzeitalter, digital 117, 152f., 156, 158
 Dinglichkeit, dinglich 8, 26ff., 43, 83, 93ff.,
 100ff., 112ff., 120ff., 125, 127, 163f. s.a.
 Absolutheit, Recht, Sache
 – Begriff, Theorien 93ff.
 – Verdinglichung obligatorischer Rech-
 te 94, 100, 112ff. s.a. Obligation
 Distribution, distributiv 2, 59, 63, 66ff.,
 159 s.a. Gerechtigkeit, Paternalismus,
 Verteilung
dominium 23, 25, 94, 100ff. s.a. Dinglich-
 keit, Eigentum, Herrschaft
 Dreistadiengesetz 51 s.a. Comte, A.
 Drittwiderspruchsklage 95 s.a. Klage,
 Prozess, Vollstreckung
 Drucker- und Plotter-Entscheidung
 117f. s.a. Urheber
 Duguit, L. 134ff.
 Durkheim, E. 50ff., 135

 Effizienz, effizient 62f., 79, 114, 145,
 147ff. s.a. Markt, Ökonomie, Utilitaris-
 mus
 Ehe 28, 45, 84f. s.a. Familie
 Eigentum, -begriff, -begründung,
 -dogmatik, -fähigkeit, -ordnung,
 -theorie 7f., 23ff., 35, 40, 53, 56, 71, 76,
 78f., 81ff., 91ff., 120ff., 143ff., 163f.,
 166 s.a. *dominium*, *property*, Recht,
 Sache
 – an der eigenen Person/am eigenen
 Körper, Personeneigentum 24, 83, 103f.,
 107f., 160 s.a. Person, Recht, Unrecht
 – Arbeitstheorie 24f., 76, 103, 106f., 111,
 144, 147 s.a. Locke, J.
 – atypische Formen, Kern/Peripherie 100,
 111ff., 118

- Begriffsgeschichte, eng/weit 93 f., 100 ff., 106 ff., 112, 118, 120, 163
- Bündeltheorie, Rechtebündel 57, 98, 120 ff., 130, 141 f., 161, 164
- Definitionen 23, 93, 101 ff., 105 f., 130 ff.
- Dekonstruktion, Dialektik, Kritik 55 ff., 96 ff., 120 ff., 143 ff., 163 ff.
- Entmaterialisierung, Expansion, Propertisierung, Vergeistigung 96 ff., 100, 108, 110 ff., 116 ff., 130, 144, 147 ff., 152 ff., 163 f.
- geistiges 8, 93, 98, 103 f., 106 ff., 115 ff., 145, 152 ff. s.a. Immaterialgüterrecht
- Grund-, Grundstücks- 76, 93, 116, 131, 136, 138 ff., 143, 149 f., 161
- Inhalts- und Schrankenbestimmungen 93, 124, 131 ff., 138 ff., 160
- körperliches, Sach- 8, 25, 79, 93 ff., 100 ff., 106, 109, 112, 116, 120 ff., 129 f., 158, 163
- Körpersubstanzen, Organe 159 f.
- Lehre vom geteilten Eigentum 100
- liberales, materiales, soziales 106, 130 ff., 164
- Privatnützigkeit/Sozialbindung 55, 120, 130, 136 f., 139 ff., 161
- Rekollektivierung 144, 158 ff.
- römisches Recht 94, 101 ff., 120, 130, 163
- Sachgesamtheiten 97
- Sphärenmodell, -struktur, -theorie 102, 105, 124 f., 129 f., 140 ff., 150, 152, 156 ff., 160, 164
- umfassendes, schrankenloses 93 f., 102, 124, 129, 131 ff., 138 ff., 150, 152 f., 156, 158, 164
- Unternehmens- 79 f.
- Verfassungsrecht, Bestandsgarantie 109, 113, 117, 138 ff.
- Vernunftrecht 8, 23 ff., 35, 76, 94, 100 ff., 107, 110 f., 120, 125, 131, 144, 147, 152, 163
- Zuweisungs-, Ausschlussgehalt 104, 115, 126
- Eingriff, -befugnis 30, 56, 59, 69, 133, 139 s.a. Staat
- Einheit, normative 2 ff., 7, 17, 28, 40 f., 64, 67, 81, 85, 88 f., 102 s.a. Privatrecht, System
- Einzelfallgesetz 101 s.a. Privileg
- Eldred v. Ashcroft 153 s.a. Schutzfrist
- Emanzipation, emanzipatorisch 38, 56, 80, 85 f. s.a. Aufklärung, Moderne
- Emission, -zertifikat, -rechtshandel 148 f. s.a. Externalität, Immissionsrecht
- ens morale 18 s.a. Sein, moralisches
- Enteignung, -entschädigung 35, 133, 138 ff. s.a. Eigentum
- Ertragsgesetz 81 s.a. Ökonomie
- Erwerb, gutgläubiger 95, 113, 115 s.a. Absolutheit, Dinglichkeit
- Ethik, Freiheits-, Rechts-, Wirtschafts-, (rechts-)ethisch 1, 5, 14, 27, 44 f., 51, 54, 75, 135, 137, 162 s.a. Begründung, Moral, Wertung
- Europa, -recht, Europäisierung 2, 65, 81, 117 f., 148 f., 156, 166 s.a. Internationalisierung, Globalisierung
- Externalität 82, 147 ff., 154, 158 s.a. Ökologie, Ökonomie
- Familie, -recht, -sphäre, -verhältnis 13, 15, 27 f., 32, 45, 65, 77 f., 80, 82 ff., 131 s.a. Ehe, Gemeinschaft
- und Vermögensrecht 83 ff., 131 s.a. Savigny, F. C. v.
- Zerfall 77 f., 80
- Feind, feindlich 23, 161 s.a. Hobbesches Problem
- Feudalismus, feudal 41, 86, 100 s.a. Lehnrecht, Mittelalter, Stand
- Florentinus 17, 23
- Flume, W. 68
- Foucault, M. 48, 50, 53 f.
- Freiheit, -begriff, -ethik, -gebrauch, -kollision, -idee, -recht, -sphäre, freiheitlich, -verantwortlich 1, 3 ff., 11, 13, 16 ff., 23 ff., 32, 35 ff., 41, 43, 45, 51 ff., 56 ff., 72, 80, 84, 86, 88, 93, 96, 104 ff., 111, 118 f., 121 ff., 128 ff., 131, 135 ff., 142, 144, 150, 158, 163 f., 165 s.a. Autonomie, Gemeinfreiheit, Handlungsfreiheit
- materiale Grenzen 1 f., 55, 59 f., 63, 67 f., 130 ff., 135 ff., 138 ff., 158 ff.
- Verhältnis zu Recht/Pflicht 19 f., 26 ff., 57 ff., 121 ff., 164 s.a. Hohfeld, W. N., Kant, I.
- Freirechtsschule 4, 47
- Freizeit 79 f.
- Freud, S. 48
- Friede, befriedet, friedensfähig 18, 37 s.a. Hobbesches Problem
- Gareis, K. 108
- Gebrauchsmusterrecht 127 s.a. Immaterialgüterrecht, Schutzrecht
- Geburtsadel 36 s.a. Stand

- Gefährdungshaftung 68, 166 s.a. Delikt, Risiko
- Gefangenendilemma 145ff., 161
- Gegenmoderne, gegenmodern 46, 75, 83ff., 158ff., 164 s.a. Moderne
- Geld, -gebrauch, -wirtschaft 76, 84 s.a. Locke, J.
- gemeines Recht, gemeinrechtlich 12, 15, 27, 33, 94, 100f., 103, 130, 163 s.a. römisches Recht
- Gemeinfreiheit, gemeinfrei 145, 152ff. s.a. Allmende, Commons
- Gemeininteresse, -wesen, -wille, -wohl 21, 32ff., 40, 54, 131f., 140, 144, 146, 161 s.a. Allgemeinheit, *volonté générale*
- Gemeinschaft, Vergemeinschaftung 7, 21, 28, 30, 35f., 45, 85, 99, 105, 161, 165 s.a. Familie, Gesellschaft, Staat
- Generalklausel 55, 99, 109, 114, 118, 126 s.a. Gewerbebetrieb, Persönlichkeit
- Genpool 151
- Gény, F. 55
- Gerechtigkeit, gerecht 18, 22f., 42, 52, 62, 64ff., 68ff., 104, 111
- Geschäftsfähigkeit 67
- Geschlossenheit, normative/operative 5, 13, 136
- Gesellschaft, -system, -theorie, -ordnung, -verfassung, gesellschaftlich 3, 5ff., 11ff., 18, 29ff., 42ff., 46ff., 56, 59, 62f., 72, 74ff., 83, 85ff., 133ff., 150f., 155, 161f., 164f. s.a. Privatrechtsgesellschaft, Soziologie, System
- bürgerliche 6, 30, 32, 34ff., 38f., 42, 44f., 56, 76ff., 81, 83, 85, 87, 134ff.
- Dynamik 3, 6f., 9, 12, 34, 38f., 74ff., 87, 165
- Erwerbs- 78, 83
- Grenzen, nichtwestliches Denken 85f.
- Integration, Desintegration 6, 18, 32ff., 37, 49ff., 135, 137, 144, 165
- moderne 6, 13, 32ff., 38, 46ff., 52, 54, 72, 74f., 78, 82, 85ff., 150, 161
- und Natur 82, 86
- und Staat 29ff., 43ff., 47, 53, 63ff., 72, 88, 91, 134
- Gesellschaft, Kapital-, Personen- (juristisch) 79 s.a. Unternehmen
- Gesellschaftsvertrag 42, 49, 52 s.a. Kontraktualismus, Sozialvertrag, Vertrag
- Gesetz, -begründung, -geber, -gebung, -vorbehalt, gesetzlich 8, 19f., 23ff., 34, 36f., 39ff., 45, 58, 63, 67ff., 84, 93, 102f., 105, 107f., 115, 126, 131f., 140, 156 s.a. Staat, Verfassung
- im Privatrecht 1ff., 8, 41, 67ff.
- moralisches 16f., 19f. s.a. Moral
- Gewalt 24, 34ff., 65, 67, 71, 76 s.a. Souveränität, Staat, Zwang
- Gewaltenteilung, -lehre 40, 45 s.a. Gesetz, Staat, Verfassung
- Gewerbebetrieb, Recht am eingerichteten und ausgeübten 118f., 126ff., 166 s.a. Immaterialgüterrecht, Persönlichkeit
- Gierke, O. v. 1, 42f., 108f., 133f., 138
- Gleichheit, -berechtigung, -ordnung, -wertigkeit, -widrigkeit, gleich 5, 15, 21, 33, 37, 39, 56, 59, 64ff., 76, 85f., 101 s.a. Gerechtigkeit, Freiheit, Über-/Unterordnung
- Globalisierung, global 5, 8, 25, 46, 81f., 145, 148, 150f., 158, 166 s.a. Europa, Internationalisierung, Welt
- Glossator, Post- 102 s.a. Legistik
- Grotius, H. 14, 17f., 23ff., 27, 33ff., 71, 103f., 108
- Grundrecht 56, 109, 129, 151, 157 s.a. Eigentum, Handlungsfreiheit, Verfassung
- Grundwasser 139ff., 143f., 149f. s.a. Externalität, Nassauskiesung
- Gut, Güter, -austausch, -knappheit, -schutz, -zuordnung, -zuweisung 14, 17, 62, 66, 74, 76f., 83, 85, 93f., 97, 99, 103, 110ff., 118, 126, 130, 134, 141, 143, 145ff., 154ff., 158ff.
- gemeinsames, geteiltes, öffentliches 14, 143, 145ff., 154f.
- virtuelles 112
- Habermas, J. 50f.
- Hale, R.L. 133
- Handlungsfreiheit, allgemeine 119, 124f., 127 s.a. Freiheit
- Hardin, G. 145f., 151
- Hayek, F.A. v. 68, 81
- Hegel, G.W.F., hegelsch, hegelianisch 6, 21, 25, 35, 38f., 42, 45, 49f., 52, 72, 76f., 160
- Herrschaft, -macht, -sphäre, Herrscher 20, 22, 31, 33, 37, 51, 54, 95, 102, 105, 132, 141 s.a. Handlung, Staat, Wille
- Herrschaftsrecht 94ff., 99, 102, 116, 134 s.a. Dinglichkeit, *dominium*, Sache
- Heteronomie, heteronom 41, 58, 60, 63, 67f., 85ff., 131, 159 s.a. Autonomie, Paternalismus

- historische Rechtsschule 41, 43, 105,
107 s.a. Savigny, F.C. v.
- Hobbes, T. 6, 14, 17f., 24f., 31ff., 37, 50,
146f.
- Hobbesches Problem 18, 21, 33ff., 52, 54,
144, 146f.
- Hoheitsträger, hoheitlich 42, 64f., 67, 70,
93, 99ff., 131, 136, 147, 149, 152, 158f.,
164 s.a. Öffentliches, Staat, Zwang
- Hohfeld, W.N. 56ff., 63, 120ff., 127, 129f.,
133, 163
- Holmes, O.W. 55, 130
- homo moralis* 19 s.a. Person, moralische
- Honsell, H. 70
- Hugo, G. 28
- Humanismus 48 s.a. Aufklärung
- Idealismus, idealistisch 27f., 41, 43, 62, 108,
160 s.a. Kant, I., Savigny, F.C. v.
- Idee (Schutzfähigkeit) 116 s.a. Eigentum,
Immaterialgüterrecht
- Ideologie, -kritik, ideologisch 3, 39, 50, 56,
60f., 99, 120 s.a. Totalitarismus
- Immaterialgüterrecht 93, 100, 108ff., 115f.,
118f., 127ff., 153f., 156ff. s.a. Ge-
brauchsmuster, Marke, Patent, Persön-
lichkeit, Urheber
- Immissionsschutzrecht 136, 161 s.a.
Emission, Inhalts- und Schrankenbestim-
mung
- Imperativentheorie 98
- Imponderabilien 148 s.a. Emission,
Externalität
- Individuum, -alismus, -alisierung, -recht,
individuell, -alistisch 1, 6f., 11, 13ff.,
21f., 25ff., 32ff., 41ff., 48ff., 55ff., 64, 66,
69, 72, 77f., 80f., 83ff., 94, 96f., 102ff.,
110f., 118f., 121, 124, 126f., 130, 132ff.,
144ff., 150f., 154ff., 161, 165 s.a.
Autonomie, Person, Recht
- normativer Individualismus 6f., 14ff., 19,
22, 27, 37, 45, 64, 81, 88, 94, 104
- und Allgemeinheit/Gesellschaft 32ff.,
49ff., 72, 132ff., 161, 165
- Industrie, -alisierung, -gesellschaft,
-zeitalter 11, 13, 34, 46, 75, 79ff., 88, 148,
150, 165
- Informationsgesellschaft 117f., 153
- Inhalts- und Schrankenbestimmung 136,
138ff., 160 s.a. Eigentum, Enteignung
- Insolvenz, -festigkeit, -schutz 95, 112, 114
s.a. Absolutheit, Dinglichkeit
- Institutionen, -gliederung, -ordnung 15,
22, 27f., 83 s.a. Digesten, Pandekten
- Integration (Gesellschaft/Privatrechtssys-
tem) 18, 32ff., 38, 43ff., 49ff., 93ff., 135,
137, 144, 163, 165 s.a. Desintegration
- intellectual property, propriété intellectuelle*
93, 106 s.a. Eigentum, Immaterialgüter-
recht
- Interdependenz, soziale 52, 82, 134, 150,
165 s.a. Arbeitsteilung, Duguit, L.
- Interesse, -beziehung, -gegensatz, -lage,
-sphäre 14, 22, 24, 32, 34, 38f., 42ff., 49,
52ff., 55, 59ff., 63f., 79, 83f., 116, 124,
126f., 129, 133f., 140, 153, 156f., 159ff.
- Individual-, Privat- 32, 34, 38f., 49, 52,
63f., 124, 126f., 140, 159, 161 s.a. Hegel,
G.W.F.
- öffentliches, Gemein- 24, 32, 34, 64,
133f., 157, 159, 161
- Interessenjurisprudenz 4, 47, 55
- Interesstheorie (Privatrecht/öffentliches
Recht) 30, 64 s.a. Ulpian
- Interesstheorie (subjektives Recht) 43f.,
56, 60ff. s.a. Willenstheorie
- International News Service v. Associated
Press 129f.
- Internationalisierung 8, 73, 81 s.a. Europa,
Globalisierung
- Internet-Domain 112
- Irnerius 23
- ius* 15, 22f., 27f., 30f., 33, 39, 83, 102 s.a.
dominium, Recht
- *civile* 23, 30, 33, 39
- *gentium* 30
- *naturale, positivum* 23, 30
- *personale, in personam, reale, in rem,*
realiter personale 27, 83
- *privatum, publicum* 2, 30f.
- ius servum fugitivum vindicandi* 28
- Jellinek, G. 29
- Jhering, R. v. 55, 61, 133f., 138
- Johow, R. 106, 124, 132
- Jutfaser-Entscheidung 127 s.a. Gewerbe-
betrieb
- Kanonistik 22f. s.a. Legistik
- Kant, I., kantisch 4, 6, 14, 17ff., 24, 26ff.,
35ff., 43, 45, 51, 58ff., 63, 66, 69ff., 82ff.,
103ff., 107f., 119, 131, 144, 147, 160
- Kapitalismus, Spät-, kapitalistisch 50f.,
77ff., 82 s.a. Markt, Moderne, Wettbe-
werb

- kategorischer Imperativ 17ff., 59 s.a.
 Kant, I.
 Kindeswohl 85 s.a. Ehe, Familie
 kinski-klaus.de-Entscheidung 157 s.a.
 Persönlichkeit, *right of publicity*
 Klage, -art, -schutz 22, 95ff., 112, 121f.,
 139 s.a. Aktionensystem, Prozess,
 Rechtsweg
 Klasse, soziale 46, 50, 76, 78f., 86 s.a.
 Rolle, Soziologie
 Klimawandel 148
 Knappheit, -bedingung, -wert, Verknappung,
 knapp 76f., 103, 110f., 116, 118 s.a.
 Allmende, Arbeitstheorie, Überfluss
 Kodifikation 15, 41, 93, 102, 131f.
 Kohler, J. 98, 108
 Kolonialexpansion, -recht 23, 33, 84
 Kommerzialisierung, kommerziell 108,
 111, 157f. s.a. Persönlichkeit
 Kommissionär, -mittent 113 s.a. Treuhand
 Konsequentialismus, konsequentialistisch
 61 s.a. Utilitarismus
 Konstitutionalisierung 1f., 73 s.a.
 Materialisierung, Privatrecht, Verfassung
 Konsum, -ausgaben, -gesellschaft 79f.
 Kontingenz, Gestaltbarkeit 6, 12, 41, 48f.,
 59, 65, 165
 Kontraktualismus, kontraktualistisch
 62f. s.a. Gesellschaftsvertrag, Sozialvertrag,
 Vertrag
 Kooperation 2, 52, 135, 145f. s.a.
 Duguit, L., Durkheim, E.
 Kopernikus, N., kopernikanisch 11, 20
 Krieg aller gegen alle 50, 146 s.a.
 Hobbes, T.
 Kritik, kritische Rechts-, Privatrechtstheorie
 1ff., 5ff., 28, 42, 44, 46ff., 55ff., 63ff.,
 74, 81, 88f., 91, 111, 120ff., 143, 163f. s.a.
 Privatrecht
 Kultur, -wissenschaft, kulturell 5, 11, 48,
 75, 82, 86, 153, 155, 158 s.a. Freiheit,
 Natur
 Larenz, K. 21
 Latour, B. 75, 86
 Lebensgemeinschaft, eheliche 84f. s.a.
 Ehe, Familie
 Legistik 23 s.a. Glossator, Kanonistik
 Legitimation, -anspruch, -defizit, -diskurs,
 -grundlage, -leistung, -lücke, -muster,
 -struktur, -versprechen, -wirkung 6ff.,
 14, 23, 26, 31, 34, 36f., 45f., 72, 88, 100,
 104, 107, 119, 125, 127, 130, 137, 142, 144,
 154, 160f., 164ff. s.a. Begründung,
 Normativität, Rechtfertigung
 Lehnsrecht, Belehnung 40, 101 s.a.
 Eigentum, Feudalismus
 Liberalismus, liberal 1, 3ff., 35, 40, 50, 59,
 62, 70, 105f., 133, 135, 137, 159, 161,
 164 s.a. Aufklärung, Individualismus,
 Privatrecht
 Locke, J. 4, 6, 23ff., 35f., 43, 45, 58, 75f.,
 103f., 106, 108, 111, 144, 147f., 152
 Luhmann, N. 50f., 53f.
 Machiavelli, N. 31
 Macht, -frage, -gefälle, -praxis 18, 24, 28,
 31ff., 37, 42, 53f., 56, 61, 65, 77f., 83f.,
 98 s.a. Herrschaft, Verfügung, Verhandlungsmacht,
 Wille
 Marke, -recht 109, 115, 153 s.a. Eigentum,
 Immaterialgüterrecht
 Markt, -fähigkeit, -gesellschaft, -gesetz,
 -mechanismus, -teilhabe, -versagen 3, 64,
 68f., 77f., 80ff., 83ff., 87, 149, 154f. s.a.
 Ökonomie, Preis, Wettbewerb
 Marlene Dietrich-Entscheidung 110,
 156f. s.a. Persönlichkeit
 Marx, K. 50, 56, 61, 77, 80, 86
 Materialisierung, material 1f., 4, 7, 54f., 59,
 68, 81, 85, 99, 132f., 135, 162 s.a.
 Privatrecht, Sozialmodell, Vertrag
 Mead, G.H. 50
 Mensch, -heit, menschlich 4, 13ff., 24, 27f.,
 31ff., 35, 38, 42, 48f., 52, 54ff., 70, 74, 76f.,
 82, 84, 98, 103, 105, 108, 145, 147, 151,
 159f. s.a. Autonomie, Person, Bürger
 Merkantilismus, merkantilistisch 101, 103
 s.a. Absolutismus, Privileg
 Metaphysik, metaphysisch 16, 19, 25, 27, 41,
 48, 51, 54ff., 61, 63 s.a. Ontologie
 – der Sitten 19 s.a. Kant, I.
 Mill, J.S. 61
 Mittelalter, mittelalterlich 6, 11f., 14f., 22,
 31, 97, 100ff. s.a. Feudalismus, Vormoderne
 Moderne, -isierung, modern 5ff., 11ff., 16,
 18, 21, 29f., 32, 36f., 43, 45, 46ff., 50, 52f.,
 55, 61ff., 72f., 74ff., 79ff., 83ff., 88f., 91,
 94, 96, 99f., 102f., 105f., 108, 111f., 116,
 118ff., 124f., 130ff., 134ff., 140ff., 143f.,
 150ff., 156ff., 162ff., 165ff. s.a. Gegenmoderne,
 Vormoderne
 – Ambivalenz, Aporien, Dialektik,
 Risiken 6ff., 74ff., 82f., 93, 137, 143ff.,

- 151f., 158, 160f., 165 s.a. Dialektik, Nebenfolgen, Selbstaufhebung
- Begriff 5ff., 11f.
 - erste, aufgeklärte 6ff., 12f., 18, 29, 36f., 45ff., 53, 61ff., 72f., 80, 82, 88f., 94, 100, 111f., 119f., 124f., 130ff., 136f., 140, 144, 150ff., 156, 158ff., 163, 165
 - Grenzen, nichtwestliches Denken 6, 46f., 85ff., 89, 153, 158, 164ff.
 - zweite, reflexive 6ff., 12, 46f., 52f., 61, 63, 72ff., 82, 88f., 120, 130, 136, 141ff., 152, 163ff.
- Monopol, -ismus, -recht 78, 101, 128, 153, 156 s.a. Markt, Ökonomie, Privileg
- Moral, -begründung, -fähigkeit, -gesetz, -philosophie, -theologie, moralisch 4, 13ff., 23, 43, 45, 50f., 54, 60f., 75, 84, 94, 150 s.a. Ethik, Wertung
- Nassauskiesung, -entscheidung 138ff., 143f., 149, 158, 161 s.a. Bündeltheorie, Eigentum, Enteignung
- Nationalsozialismus, NS-Jurisprudenz, -Recht 21, 99, 133
- Nationalstaat 46, 73, 82, 88, 166 s.a. Moderne, Staat
- Natur, -begriff, -dasein, -gesetz, -gut, -wesen, -wissenschaft, Naturalisierung, naturgemäß 11, 17ff., 24, 48, 70, 75f., 82, 84ff., 104f., 125, 131, 149f., 152 s.a. Kultur, Ökologie, Umwelt
- Naturrecht, -theorie, -tradition, -system, naturrechtlich 17ff., 22f., 26ff., 33, 35f., 39, 43, 45, 55, 63, 66, 69, 72, 103f., 107f., 110, 133, 138 s.a. Idealismus, Privatrecht, Vernunft
- Naturzustand 32, 35f., 39, 76
- Nebenfolgen 46f., 74f., 82 s.a. Dialektik, Moderne, Selbstaufhebung
- Neukantianismus, neukantianisch 42
- Neuzeit, neuzeitlich 7f., 11, 14, 17, 22, 31, 33, 43, 49, 51, 66, 82, 86, 88, 101f., 131 s.a. Aufklärung, Moderne
- Niederländische Vereinigte Ostindische Kompanie 23, 33
- Nietzsche, F. 48
- Normativität, Normierung, Norm, -geber, -quelle, normativ, normlogisch 3ff., 12, 14, 16ff., 22, 24ff., 34f., 37, 40f., 43ff., 47ff., 53ff., 59f., 62, 64f., 67, 69ff., 74, 79, 81, 85, 87ff., 91, 94, 96, 98, 100, 102, 104f., 107, 109, 112, 114, 116, 119f., 123, 130, 134, 137f., 151f., 156, 159, 163ff., 167 s.a. Begründung, Legitimation, Rechtfertigung, Wertung
- numerus clausus*, -Prinzip 112, 114ff., 118f., 125, 127, 163, 166 s.a. Sachenrecht, Typus
- Nutzen, -kalkül, -kumulation, Nützlichkeit 30f., 44, 56, 61f., 99, 147f. s.a. Interesse, Ökonomie, Utilitarismus
- Obligation, -recht, obligatorisch 8, 27, 83f., 94f., 98, 100, 112ff., 121, 123f., 150 s.a. Vermögen
- Verdinglichung obligatorischer Rechte 94, 100, 112ff.
- Öffentliches, -keit, öffentliches Gut, Recht, öffentlich 2f., 8, 14, 24, 29ff., 39ff., 45, 48, 52f., 63ff., 69ff., 80f., 89, 116, 120, 130ff., 138ff., 143, 149, 151f., 154, 160, 163 s.a. Gut, Recht, Privatrecht, Staat
- Ökologie, Ökosystem, ökologisch 75, 82, 151 s.a. Natur, Umwelt
- Ökonomie, ökonomisch 4, 32, 34, 36, 53, 62, 75ff., 80ff., 104, 115f., 136, 144ff., 153f., 164 s.a. Anreiz, Markt, Preis
- Oertmann, P.E. W. 97f., 122
- Ontologie, ontologisch 15ff., 94, 96f., 125, 134, 152, 155 s.a. Metaphysik
- Ordnung, -modell, Eigentums-, Gesellschafts-, Privatrechts-, Rechts-, Sozial-, Wirtschafts-, Welt- 1, 3, 5f., 11, 15, 18, 20ff., 26, 29f., 33, 39, 41ff., 51f., 55, 58f., 62, 64f., 67, 69ff., 93, 98ff., 104ff., 113, 131, 133, 135, 138, 140f., 143, 149, 151, 158f., 164
- spontane, private, *private ordering* 3, 5, 64f., 69ff. s.a. Hayek, F.A. v.
- Organ, -handel 159f. s.a. Eigentum, Transplantation
- Pandekten, -kommentar, -system, -wissenschaft, Pandektistik 12, 27f., 45, 55, 105ff. s.a. Digesten, Institutionen
- Parsons, T. 18, 50
- Patent, -recht 115, 128, 152f. s.a. Eigentum, Immaterialgüterrecht
- Software-, Bio- 153
- Paternalismus, paternalistisch 3, 59, 62f., 67ff., 80, 143, 158ff., 164 s.a. Autonomie, Heteronomie
- Persönlichkeit, -gut, -recht, -schutz 8, 21, 26, 29, 37, 61, 77, 84, 100, 106ff., 112f., 115, 118, 126f., 156ff., 159f., 163
- Expansion, Propertisierung 110f., 156ff.
 - allgemeines 108ff., 118, 126

- patrimoniales, postmortales 110f., 157f.
- Recht am eigenen Bild, Namensrecht 118, 157
- Urheber- 109
- Person, -alismus, -alität, -qualität, -recht 8, 14ff., 22ff., 27ff., 33, 41, 43, 46, 57, 63, 65, 81, 83f., 88, 91, 94ff., 100ff., 106ff., 112, 116, 119ff., 123, 125, 132, 144, 148, 150, 153f., 157, 160, 163, 165
- Ideengeschichte 15ff., 100ff.
- moralische, sittliche, *persona moralis* 16, 18f.
- Recht/Eigentum an der eigenen 24, 83, 103f., 107f., 160 s.a. Eigentum, Recht, Urrecht
- Pflicht, -bewehrung, -bindung, -fähigkeit, -subjekt 15f., 19f., 22, 28, 37, 56ff., 98, 101, 121ff., 127, 132, 134, 164 s.a. Recht
- Verhältnis zu Recht/Freiheit 19f., 26ff., 57ff., 121ff., 164 s.a. Hohfeld, W.N., Kant, I.
- Physiokraten, physiokratisch 103f.
- Pluralismus, -isierung, pluralistisch 8, 12, 45, 73 s.a. Rechtspluralismus
- Pöbel 78 s.a. Armut, Desintegration, Hegel, G.W.F.
- Politik, politisch, *polites*, *polis* 24, 30ff., 35ff., 54, 56, 59, 75, 83, 86 s.a. Rechtspolitik
- Positivismus, positivistisch 42, 51, 61, 63 s.a. Rechtspositivismus
- Pound, R. 55
- Praxis (soziale), praxeologisch 5, 36, 50, 54, 63, 72, 75, 143f., 163 s.a. Soziologie
- Preis, -bildung, -verfall 149, 154 s.a. Markt, Ökonomie
- Privatautonomie, privatautonom 3, 7f., 40, 45, 67, 80, 84, 88, 96, 159ff. s.a. Autonomie, Individuum, Vertrag
- Privatisierung, Re- 8, 33f., 39, 56, 73, 153, 166 s.a. Rechtsschöpfung, Privatrecht
- Privatrecht, -denken, -diskurs, -entstehung, -geschichte, -modell, -ordnung, -schöpfung, -subjekt, -theorie, -tradition, -verhältnis, -verständnis 1ff., 7ff., 11, 15, 22, 26ff., 33ff., 39ff., 46f., 52ff., 59, 62ff., 74f., 79, 81, 83ff., 87ff., 91, 93f., 96, 100, 104, 106ff., 120, 130ff., 134ff., 141ff., 149, 159f., 162ff., 165ff.
- im Common Law 3, 70f.
- im Staat, staatliches/ohne Staat 67ff.
- liberales, materiales, soziales, ermöglichtes 1ff., 55, 59, 70, 81, 105f., 132ff., 161, 164
- natürliches, vorstaatliches 26, 28, 36, 39, 66, 69, 71f., 104
- normative Autonomie/Einheit 2f., 5, 7, 40f., 64ff., 67ff., 81, 85, 88f.
- Sozialmodell 91, 135ff., 142, 161f., 164 s.a. Wieacker, F.
- und öffentliches Recht, Abgrenzung/Überlagerung 2, 8, 29ff., 36, 39ff., 45, 53, 63ff., 89, 120, 130ff., 138ff., 143, 160f., 163f.
- und Verfassung 1f., 40, 73, 109, 117f., 126, 129, 138ff. s.a. Konstitutionalisierung
- Privatrechtsgesellschaft 3, 35, 40, 44ff., 52, 64, 69, 71, 73, 78, 80ff., 135, 137, 166 s.a. Gesellschaft, Hayek, F.A. v., Markt
- Privileg, -ordnung (historisch/rechtstheoretisch) 56f., 101, 106
- Propertisierung 108, 110f., 116, 118f., 144, 147, 149ff., 155f., 164 s.a. Allmende, Eigentum, Kommerzialisierung
- property*, *property rights* 1, 24ff., 79, 93, 129, 144 s.a. Ausschließlichkeitsrecht, Eigentum, Locke, J.
- Prozess, -recht, prozessual 22, 40, 96, 138 s.a. Klage, Rechtsweg
- Pütter, J.S. 27f.
- Publizitätsprinzip 112 s.a. Sachenrecht
- Puchta, G.F. 42, 105
- Pufendorf, S. v. 17ff., 24, 28, 58
- Qualität, moralische/normative 14, 16ff., 20, 23, 65 s.a. Ontologie, Person
- Quesnay, F. 104
- Radbruch, G. 42f., 66ff., 70
- Rationalität, -anspruch, -defizit, Rationalisierung, -ismus, rationalistisch 6f., 17, 46, 50f., 54, 74, 78, 80, 85ff., 146, 159, 161 s.a. Aufklärung, Differenzierung, Moderne
- Reallast 123
- Recht, -begriff, -begründung, -beziehung, -denken, -ordnung, -satz, -sphäre, -system, -verhältnis 2f., 5, 7f., 11ff., 18ff., 21ff., 26, 28ff., 37, 39ff., 43ff., 47, 49, 52ff., 55ff., 64f., 67, 69ff., 75ff., 83ff., 88f., 91, 93ff., 100ff., 106ff., 112ff., 120ff., 126ff., 132ff., 138f., 144, 156ff., 160, 163ff. s.a. *ius*
- absolutes, Ausschließlichkeits- 8, 26, 29, 62, 93ff., 104, 106ff., 111ff., 115ff., 120ff.,

- 126ff., 133, 144, 147ff., 153, 155ff., 163f., 166
- an der eigenen Person/am eigenen Körper 24, 83, 103f., 107f., 160 s.a. Eigentum, Person, Urrecht
 - angeborenes/erworbenes 26, 104, 107 s.a. Kant, I.
 - Aussonderungs-, Absonderungs- 95
 - bürgerliches, Zivil- 28, 30f., 39, 115f., 133, 135, 141 s.a. Privatrecht
 - Dekonstruktion, Kritik 1ff., 28, 44, 47, 55ff., 88f., 120ff., 126ff., 130ff., 141
 - dingliches, an Sachen 8, 26f., 43, 83, 93ff., 100ff., 112ff., 120ff., 125, 127
 - dinglich-persönliches 26ff., 83, 118
 - höchstpersönliches 84f.
 - obligatorisches, persönliches, relatives, an Personen 27, 43, 83, 94f., 98, 100, 112ff., 121, 123f.
 - positives 23, 42, 59, 61, 63, 65, 69, 99, 107, 123ff. s.a. Positivismus, Rechtspositivismus
 - subjektives, Individual- 8, 15, 17, 20, 22ff., 29f., 35f., 41, 43f., 47, 53, 55ff., 78, 81, 83f., 88f., 91, 94, 96, 99ff., 107ff., 116, 118f., 120ff., 126ff., 130f., 133ff., 147, 157f., 163f. s.a. Individuum
 - subjektiv-öffentliches 29
 - Verhältnis zu Freiheit/Pflicht 19f., 26ff., 57ff., 121ff., 164 s.a. Hohfeld, W.N., Kant, I.
- Rechtfertigung, -bedarf, -beziehung, -leistung, -mechanismus, -struktur, -zwang, rechtfertigen 5, 14, 17, 20, 24f., 27, 29, 36, 39, 43, 49, 60, 62, 76, 82, 96, 103, 110, 119, 121, 123f., 126, 128, 130, 137, 144, 147, 149, 152, 157, 161, 164 s.a. Begründung, Legitimation, Normativität
- Rechtsbewusstsein, Bewusstsein (modernes) 21, 39, 55, 108f., 132, 137, 143, 161, 165, 167
- Rechtsfähigkeit 15f., 20f., 29 s.a. Person
- Rechtsfamilie, -kreis 1, 8
- Rechtsidee 54
- Rechtsppluralismus 73, 166 s.a. Pluralismus
- Rechtspolitik, rechtspolitisch 40, 60, 63, 98, 117, 149, 152f., 166 s.a. Politik
- Rechtspositivismus, rechtspositivistisch 2, 41, 43, 61, 72, 110, 119 s.a. Positivismus
- Rechtsrealismus, rechtsrealistisch 2, 4, 47, 53, 55f., 71, 133
- Rechtsschöpfung, Privat- 63, 69, 73, 166 s.a. Privatisierung, Privatrecht
- Rechtsschutz, gewerblicher 106 s.a. Eigentum, Immaterialgüterrecht, Schutzrecht
- Rechtstheorie, Privat-, rechtstheoretisch 1, 3ff., 8, 13, 24ff., 33, 43ff., 47f., 58, 62, 64, 71, 75, 83, 88, 96, 118, 123, 132, 166 s.a. Privatrecht
- Rechtsweg, -zuweisung 40, 64 s.a. Klage, Prozess
- Reflexion, Selbst-, Reflexivität, reflexiv 6f., 11f., 14, 19, 46ff., 74f., 88, 137, 162, 164 s.a. Moderne, zweite
- Reformation 13f. s.a. Aufklärung
- Regulierung, Über- 71, 80, 145ff., 151, 158f., 164 s.a. Staat
- Religion, -freiheit, -soziologie, religiös 13, 30, 50f., 56, 86 s.a. Marx, K., Weber, M.
- Renaissance 11, 13f.
- Rendite 82 s.a. Ertragsgesetz
- Repräsentation, -prinzip (juristisch/philosophisch) 37, 48 s.a. Republik, Staat
- Republik, republikanisch, *république*, *res publica* 30f., 35, 37 s.a. Repräsentation, Staat
- Revolution, -zeitalter 12f., 17, 19f., 34, 36, 101, 105f., 136
- Rezeption, -geschichte 12, 52, 102, 105
- Ricardo, D. 52
- right of publicity* 111 s.a. Persönlichkeit
- Risiko, -haftung, -kriterium, -tragung, -verteilung, -zurechnung 8, 55, 77ff., 81ff., 151, 165f. s.a. Beck, U., Gefährdungshaftung, Delikt
- Rivalität, *rivalry* 154f. s.a. Gut, öffentliches
- römisches Recht, römisch(-rechtlich) 12, 15, 22f., 27, 30, 33, 39, 94f., 101ff., 120, 130, 163 s.a. gemeines Recht
- Rolle, soziale 13ff., 32, 34, 46, 52, 70, 85, 134 s.a. Soziologie
- Rousseau, J.-J. 6, 33ff., 37, 76
- Säkularisierung, säkular 6, 13, 17, 50f., 87f. s.a. Aufklärung, Rationalität, Religion
- Sache, -bezug, -eigentum, -grenzen, -herrschaft, -struktur, -zuordnung 8, 23ff., 53, 79, 83, 93ff., 100ff., 106, 109, 112, 116, 120ff., 129ff., 134, 152, 154, 158, 163 s.a. Dinglichkeit, Eigentum, Ontologie
- Sachenrecht, sachenrechtlich 3, 8, 27, 83, 93f., 101, 105f., 111f., 114f., 127, 132, 163,

- 166 s.a. Eigentum, Obligation, Vermögen
 – Grundsätze/Prinzipien 111f., 114f., 127, 163, 166
 Savigny, F.C. v. 20, 24, 27f., 40ff., 63, 83f., 104f., 107f., 132, 160
 Schlettwein, J.A. 104
 Schmitt, C. 39, 53f.
 Scholastik, scholastisch 17f., 23, 97 s.a. Spätscholastik
 Schumpeter, J.A. 78ff., 85
 Schutzfrist 116, 153, 157 s.a. Immaterialgüterrecht, Urheber
 Schutzrecht, -anmaßung, -verwarnung 101, 109, 116, 118, 127ff., 152f. s.a. Gewerbebetrieb, Immaterialgüterrecht, Rechtsschutz, gewerblicher
 Schweretheorie 139 s.a. Nassauskiesung
 Sein, moralisches 16, 18 s.a. *ens morale*, Ontologie, Person
 Selbstaufhebung, -gefährdung, -limitierung 7, 74ff., 80, 82, 89, 138, 143f., 152, 154, 158, 164 s.a. Dialektik, Moderne, Nebenfolgen
 Selbstbestimmung, -gesetzgebung 19f., 68, 151 s.a. Individuum, Autonomie
 – reproduktive 151
 Selbstmord, Suizid 107
 Smith, A. 6, 52, 81, 104
 Sonderopfertheorie 139 s.a. Nassauskiesung
 Sorgerecht, elterliches 84 s.a. Ehe, Familie
 Souverän, -ität, -lehre 31ff. s.a. Bodin, J., Staat, Volk
 Sozialbindung, -isierung, -funktion, -moral, -ordnung, -planung, -psychologie, -schutz, -staat, -verfassung, -wohl, sozial 1ff., 11ff., 18, 34, 38, 41f., 46, 48ff., 59, 67ff., 70, 76ff., 86, 91, 105, 113, 120, 130, 132ff., 138ff., 142, 149f., 161f., 164 s.a. Gesellschaft, Klasse, Materialisierung, Rolle
 Soziale Frage 1
 Sozialmodell 91, 135ff., 142, 161f., 164 s.a. Privatrecht, Wieacker, F.
 Sozialvertrag 70f. s.a. Gesellschaftsvertrag, Kontraktualismus, Vertrag
 Soziologie, Sozialphilosophie, -wissenschaft, soziologisch 4ff., 11, 13, 18, 36, 38, 46, 49ff., 75, 80, 84, 86, 88f., 91, 134f., 166 s.a. Gesellschaft, Rolle, Systemtheorie
 soziologische/soziale Rechtsschule 4, 47, 55, 133
 Spätscholastik 16, 25, 102 s.a. Scholastik
 Spencer, H. 52
 Spezialitätsprinzip 112, 115 s.a. Sachenrecht
 Staat, -begriff, -begründung, -bürger, -denken, -gewalt, -krise, -recht, -theorie, -verfassung, -wesen, Leistungs-, National-, Rechts-, Regulierungs-, Sozial-, Wohlfahrts-, Verstaatlichung, staatlich 3, 8, 13ff., 24, 28ff., 43ff., 46f., 49, 53, 56, 59, 63ff., 68ff., 75, 77, 79, 81ff., 87f., 91, 110, 134, 137, 144, 151, 158, 162, 166 s.a. Gesetz, Gewalt, Verfassung, Zwang
 – -ferne, -freiheit, -unabhängigkeit 3, 41, 44f., 66, 70ff., 88
 – -räson, -zweck, *ragione di stato* 24, 31
 – und Gesellschaft 29ff., 43ff., 47, 53, 63ff., 72, 88, 91, 134 s.a. Gesellschaft
 – vorstaatliche/s/r Rechte, Privatrecht, Zustand 18, 25, 35f., 39, 55f., 71f. s.a. Naturzustand
 Stahl, F.J. 42
 Stand, ständisch 13, 31, 35f., 56, 85f. s.a. Ancien Régime, Feudalismus, Vormoderne
 Statute of Monopolies, Statute of Anne 106
 Stewart, J. 52
 Strafe, -bewehrung, -recht 24, 40, 145f., 159 s.a. Gewalt, Staat
 Struktur, -bewusstsein, -eigenschaft, -geschichte, -merkmal, -verschiebung, -wandel, Diskurs-, Eigentums-, Gesellschafts-, Legitimations-, Rechtfertigungs-, Wertungs-, strukturiert, -alistisch, -analog 5, 7f., 11f., 14, 21f., 25ff., 29f., 41ff., 50, 53, 61f., 64, 66f., 70, 75, 77ff., 81, 83, 85, 87, 91, 93, 97, 100ff., 104, 106, 110f., 114ff., 124f., 128f., 131, 134f., 137f., 143f., 146f., 154, 156, 158ff., 163ff.
 Stryk, S. 12
 Subjekt, -ivismus, -philosophie, Pflicht-, Rechts-, Zurechnungs-, *objet*, subjektiv 6, 8, 13ff., 19f., 22ff., 28ff., 34ff., 42ff., 46ff., 52f., 55ff., 64f., 69, 78, 81, 83f., 87ff., 91, 94, 96, 98ff., 107ff., 116, 118ff., 127f., 130f., 133ff., 147, 149, 151, 157f., 163f., 167 s.a. Individuum, Person, Untertan, Staat
 Subjektstheorie, Subjektionstheorie 64f. s.a. Interessentheorie, Zuordnungstheorie

- Subsistenz, -wirtschaft 77f. s.a. Armut, Ökonomie
- System, -begriff, -bildung, -bruch, -denken, -geschichte, -ideal, -rationalität, -wandel, Aktionen-, Funktions-, Gesellschafts-, Rechts-, Teil-, Werte-, systematisch, -immanent, -notwendig, -prägend, -sprengend 1ff., 12ff., 17f., 22ff., 26ff., 35ff., 43ff., 46f., 52, 54f., 58, 63, 68, 74ff., 80ff., 85ff., 88f., 95, 100, 104f., 107f., 114, 120, 134, 138, 146, 148ff., 165
- bewegliches 114 s.a. Typus
 - einheitliches, geschlossenes, lückenloses 5, 13, 28, 58 s.a. Einheit, Privatrecht
 - gesellschaftliches, soziales 5f., 12ff., 46, 54, 74, 82 s.a. Gesellschaft, Soziologie, Systemtheorie
- Systemtheorie, systemtheoretisch 12f., 54, 134 s.a. Ausdifferenzierung, Autopoiesis, Luhmann, N.
- Technik, -nologie, technisch, -nologisch 82, 116f., 149, 153, 155
- Teleologie, teleologisch 14, 39, 61, 77, 129 s.a. Deontologie, Utilitarismus
- Theologie, politische 39, 54 s.a. Schmitt, C.
- Thomas von Aquin 23
- Totalitarismus, totalitär 21f., 34, 72, 133, 160 s.a. Ideologie
- Tradition, Begriffs-, Naturrechts-, Vernunftrechts-, Enttraditionalisierung, traditional, -nell 6f., 12, 23, 26f., 31f., 36ff., 47, 50, 61, 78, 80, 85, 87, 94, 101, 103f., 106ff., 111, 120f., 160, 163
- Transaktionskosten 147 s.a. Ökonomie
- Transplantationsgesetz 159 s.a. Eigentum, Organ
- Trennungsprinzip 112f., 115 s.a. Abstraktionsprinzip, Sachenrecht
- Treuhand, -geber, -händer 113
- Trittbrettfahren, *freeriding* 147 s.a. Ökonomie
- Typus, Typenreihe, typologisches Denken 114, 120 s.a. *numerus clausus*
- Überfluss, -bedingung 25, 76, 78, 152 s.a. Arbeitstheorie, Knappheit
- Über-/Unterordnung 33, 37, 64f. s.a. Gleichheit, Öffentliches
- Überprotektion 117, 152ff. s.a. Eigentum, Urheber
- Ulpian 30
- Umwelt, -recht, -risiken, -schäden, -zerstörung 83, 136, 145, 148, 151, 161 s.a. Natur, Ökologie
- Unternehmen, -eigentum, -leitung, -wert, unternehmensbezogen 79, 81, 126f. s.a. Eigentum, Gesellschaft (juristisch), Gewerbebetrieb
- Untertan 32ff., 37 s.a. Subjekt
- Urheber, -recht, urheberrechtlich 106f., 109, 115, 117f., 145, 152f., 156 s.a. Autor, Immaterialgüterrecht
- Geräteabgabe, digitale Vervielfältigung 117f.
 - verwaiste Werke 156
- Urrecht 104, 107f., 160 s.a. Eigentum, Person, Recht
- usus modernus pandectarum* 12, 33
- Utilitarismus, utilitaristisch 31, 44, 52, 61ff. s.a. Interesse, Nutzen
- Vázquez de Menchaca, F. 23, 25
- Velázquez, D. 48
- Verantwortung, (frei-)verantwortlich, -tungsvoll 1, 5, 7, 30, 32, 34, 49, 67, 79f., 135ff., 143, 146, 151, 162 s.a. Wieacker, F.
- Verarmung, -elendung 6, 33, 76f. s.a. Armut, Desintegration, Pöbel
- Verdinglichung 94, 100, 112ff. s.a. Dinglichkeit, Eigentum, Obligation
- Verfassung, -element, -recht, Eigentums-, Gesellschafts-, Sozial-, Staats-, Wirtschafts-, verfassungsrechtlich, -konform, -widrig 2, 37, 40f., 59, 65, 76, 79, 81f., 91, 100, 109, 117f., 126, 129, 131, 138ff., 143, 153 s.a. Gesellschaft, Konstitutionalisierung, Staat
- der Moderne 82 s.a. Latour, B.
 - und Privatrecht 1f., 40, 73, 109, 117f., 126, 129, 138ff.
- Verfügung, -befugnis, -macht, -recht, -schutz 22, 37, 56f., 62, 84, 93, 95f., 102f., 112, 114f., 122, 140, 144, 147, 149, 159f. s.a. Absolutheit, Dinglichkeit, Recht
- Verhandlungsmacht 55, 65 s.a. Vertrag
- Verkehrssicherungspflicht 166 s.a. Delikt, Gefährdungshaftung, Risiko
- Vermögen, -position, -recht, -schaden, -wert 25, 40f., 78, 83f., 93, 109ff., 118, 126f., 131, 139, 156, 158 s.a. Obligation, Sache
- Vernunft, -natur, -recht, vernunftrechtlich 8, 12, 16ff., 25, 27f., 36, 41f., 45, 47,

- 54f., 58, 61ff., 66, 83, 88, 94, 100ff., 107, 110, 120, 123ff., 130f., 144, 147, 151, 163 s.a. Aufklärung, Moderne, Naturrecht
- Verschulden, -haftung 166 s.a. Delikt, Gefährdungshaftung
- Verteilung, -entscheidung, -instanz, -kampf, -logik 66, 68, 70, 76, 82 s.a. Distribution, Gerechtigkeit
- Vertrag, -bedingung, -bindung, -freiheit, -haftung, -partei, -recht, -schluss, -solidarität, -theorie, -treue, vertraglich 3, 8f., 14, 33, 35, 40, 49, 52f., 55, 65, 67, 70f., 78, 80f., 84, 105, 166 s.a. Privatautonomie, Vertrauen
- politischer, Gesellschafts-, Staats-, Sozial-, Kontraktualismus 35, 42, 49, 52, 62f., 70f.
- Vertragsparität, materiale Grenzen 53, 55, 65, 67, 80
- Vertrauen, -haftung, -prinzip, -schutz 8, 55, 166
- verwaiste Werke 156 s.a. Urheber
- Verwaltung 30, 40 s.a. Staat
- Völkerrecht, völkerrechtlich 33 s.a. *ius gentium*
- volenti non fit iniuria* 36
- Volk, -souveränität, -wille 34, 37 s.a. Rousseau, J.-J.
- Volksggeist 41 s.a. Savigny, F. C. v.
- Vollstreckung, -festigkeit, -instanz, -schutz, Zwangs- 35, 95, 112ff. s.a. Absolutheit, Dinglichkeit
- volonté générale* 34 s.a. Rousseau, J.-J., Wille
- Vormerkung, -berechtigter 113
- Vormoderne, vormodern 13, 19, 21, 37, 50f., 75, 84, 86f., 100, 137f., 159, 162f. s.a. Moderne
- Wächter, K. G. v. 105
- Wasser, -recht 138ff., 149 s.a. Grundwasser, Nassauskiesung
- Weber, M. 50f., 80, 86f.
- Welt, -bevölkerung, -bild, -geschichte, -ordnung, -sicht, Arbeits-, Gegenstands-, Körper-, Lebens-, weltweit 6f., 11, 13f., 20f., 33, 39, 42, 49ff., 72, 76, 79ff., 85f., 97, 116, 125, 134, 144, 151 s.a. Globalisierung, Umwelt
- Wertung, -autonomie, -bestand, -einheit, -kern, -netz, -struktur, -substanz 1ff., 7f., 15, 25ff., 44f., 53ff., 58, 60, 63ff., 67, 69, 81, 85ff., 91, 110f., 138, 157, 159f., 162f., 165 s.a. Begründung, Moral, Normativität
- Westermann, H. 99
- Wettbewerb, -fähigkeit, -freiheit, -gesetz, -recht 3, 64, 69, 77f., 81, 127ff., 135 s.a. Gewerbebetrieb, Markt, Ökonomie
- Widerstandsrecht 37
- Wieacker, F. 1, 4f., 99, 133, 135ff., 162
- Wille, -äußerung, -betätigung, -herrschaft, -macht, -prinzip, -sphäre, Einzel-, Gemein-, Volks-, willensbegabt 6, 13ff., 17, 19ff., 23, 28f., 32, 34, 36f., 39, 43ff., 47, 60ff., 68, 81, 83f., 89, 98, 105, 124, 132f., 135, 149, 165 s.a. Autonomie, Individuum
- Willenstheorie 28, 43f., 60ff., 133 s.a. Interessentheorie (subjektives Recht)
- Willkür 34, 84 s.a. Wille
- Windscheid, B. 20, 28f., 105, 124, 132
- Wirtschaft, -ethik, -gut, -ordnung, -recht, -verfassung, Geld-, Privat-, Subsistenz-, Volks-, Bewirtschaftung, wirtschaftlich 13, 41, 51, 76ff., 83, 101, 103f., 127, 134, 143, 150, 158f. s.a. Gesellschaft, Markt, Wettbewerb
- Wissenschaft, Gesellschafts-, Kultur-, Moral-, Natur-, Pandekten-, Rechts-, wissenschaftlich 4f., 11ff., 18, 28f., 41, 48, 50f., 55, 58, 74, 81f., 105, 134f., 145, 154f.
- Wohlfahrt, -gewinn, -ökonomie, -staat, -steigerung 46, 62, 71f., 79, 99, 134, 162 s.a. Ökonomie, Staat
- Wolff, C. 19
- Würde, Menschen-, Personen- 15ff., 159
- Zedler, J.H. 101ff.
- Zerstörung, kreative 79 s.a. Schumpeter, J.A.
- Zivilrecht, zivilrechtlich 30, 133 s.a. Bürgerliches Recht, Privatrecht
- Zuordnung, -recht, -subjekt, Güter-, Sach- 65, 69, 94f., 97, 99, 112, 123, 129
- Zuordnungstheorie (Privatrecht/öffentliches Recht, Dinglichkeit) 64f., 99 s.a. Interessentheorie, Subjektstheorie
- Zurechnung, -subjekt, Risiko- 13, 19, 55, 165f.
- Zwang, -befugnis, -gewalt, Begründungs-, Rechtfertigungs- 14, 39, 46, 65, 71, 119, 151 s.a. Gewalt, Hoheitsträger, Staat