

STEFAN FREDERIC THÖNISSEN

# Subjektive Privatrechte und Normvollzug

*Jus Privatum*

255

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 255





Stefan Frederic Thönissen

# Subjektive Privatrechte und Normvollzug

Mohr Siebeck

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

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

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

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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

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

Printed in Germany.

## Vorwort

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

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

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

Freiburg im Breisgau, im Februar 2022

Stefan Frederic Thönissen



# Inhaltsverzeichnis

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

## 1. Teil

### Die Konstituenten des Zivil- und Zivilprozessrechts in Gegenwart und Vergangenheit

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



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

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

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

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

### 3. Kapitel: Die Kritik und die Zivilrechtsentwicklung

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

#### I. Die Kritik und ihr ideengeschichtlicher Hintergrund . . . . . 219

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

#### II. Tendenzen in der Rechtsentwicklung der Gegenwart . . . . . 243

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

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

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

## 2. Teil

### Möglichkeiten und Grenzen zivil- und zivilprozessrechtlicher Rechtsentwicklung

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

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

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



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

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

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

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

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

## Abkürzungsverzeichnis

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

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

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



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

# Einführung

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

## *I. Zivil- und Zivilprozessrecht im Umbruch*

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

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

---

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

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

<sup>3</sup> Vgl. *Reinach*, Phänomenologie des Rechts, S. 11.

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

gen grundsätzlich unterscheiden.<sup>5</sup> Dazu kommt ein deutlicher Rückgang der zivilgerichtlichen Verfahrensneuzugänge innerhalb weniger Jahrzehnte.<sup>6</sup> Zugleich zeigen sich grundsätzliche rechtsdogmatische und rechtstheoretische Diskussionen der Gegenwart, die die Identität der Zivilrechtsordnung betreffen: Zivilrecht als Regulierungsrecht<sup>7</sup> und das Konzept des *private law enforcement*<sup>8</sup>; die Kritik von Person-, Willens- und Willensfreiheitsbegriff sowie der Kategorie subjektiver (Privat-)Rechte<sup>9</sup>; Präventivschadensersatz, Privatstrafe und Strafschadensersatz als Vermischungen von Straf- und Zivilrecht<sup>10</sup>; *class actions* und andere kollektive Rechtsschutzinstrumente<sup>11</sup>; die Kritik der Privatautonomie und die zunehmende Einschränkung der Vertragsfreiheit durch zwingendes Recht<sup>12</sup>. Die vorliegende Untersuchung zielt zum einen auf eine dogmatische, rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Verortung dieser Rechtsentwicklungen; zum anderen zeigt sie, dass es normative Vorgaben für die Rechtsentwicklung in der Gegenwart gibt und entwickelt diese im Einzelnen.

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Die Dialektik rechtlicher Veränderung

## 1. Die Suche nach dem richtigen Maßstab

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

## 2. Rechtliche Entwicklung und das 19. Jahrhundert

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

Dass sich rechtliche Entwicklung als (Fortschritts-)Prozess vollzieht und einem Ziel entgegenläuft, ist eine im 19. Jahrhundert häufig begegnende Auffassung und zunächst vor allem mit Hegels<sup>18</sup> Geschichtsphilosophie verbunden.<sup>19</sup> Danach ist „Bestimmung der geistigen Welt“ und „Endzweck der Welt“ das „Bewußtsein des Geistes von seiner Freiheit, und ebendamit die Wirklichkeit seiner Freiheit überhaupt“.<sup>20</sup> Dieser Prozess hin zur Freiheit ist ein Fort-

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

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

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

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

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

<sup>18</sup> Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 576.

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

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

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

### b) Der Fortschrittsgedanke in der Rechtswissenschaft

#### aa) Rechtsentwicklung als Entwicklung zu subjektiven Rechten und Vertragsfreiheit

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

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

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

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

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

<sup>25</sup> Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 578.

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

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

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

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

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

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

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

<sup>31</sup> S. zur Person unten die Kurzbiographie auf S. 577.

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

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

*bb) Pounds „Socialization of Law“*

Die Interpretationsoffenheit und Ambivalenz des Fortschrittsnarrativs macht sich indes bald darauf bemerkbar. Anfang des 20. Jahrhunderts greift der US-amerikanische Rechtswissenschaftler *Roscoe Pound*<sup>37</sup> das historisch-finalisierende Fortschrittsmodell auf<sup>38</sup>, transformiert es aber zugleich wesentlich, indem das Ende der Entwicklung nicht durch Freiheit oder individuelle subjektive Rechte, sondern durch die „Sozialisierung des Rechts“ (*The Socialization of Law*) gekennzeichnet ist.<sup>39</sup> Zu Beginn der rechtlichen Entwicklung steht danach die Stufe des *archaic law*; auf die nachfolgende Stufe des auf Rechtssicherheit bedachten *strict law* (römisches Recht, *common law*) folgt als dritte Stufe die *equity*, der das Naturrecht (*natural law*) zugeordnet ist, sodann als

<sup>33</sup> Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 578.

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

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

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

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

<sup>38</sup> S. *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195 ss. (1914).

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

vierte Stufe die Phase der *maturity of law*.<sup>40</sup> Während für die dritte Stufe beispielsweise die Identifizierung des Rechts mit Moral (*identification of law with morals*), die Rechtsfähigkeit des einzelnen Menschen sowie die Vertragsbindung wesentlich sind<sup>41</sup>, charakterisieren die vierte Stufe „die Idee individueller Rechte“ (*idea of individual rights*) – nicht mehr das Klagrecht (*actio*) des römischen Rechts ist die maßgebliche Kategorie, sondern das Recht (*right*); jeder rechtlichen Pflicht (*duty*) steht korrelativ ein Recht gegenüber –, die Zentralität von (Vertrags-)Freiheit und Eigentum sowie ein verschuldensabhängiges Haftungsrecht.<sup>42</sup>

Diese auf die individuellen Rechte des Einzelnen und deren Schutz zentrierte Stufe, welche zuvor noch als die „Vollendung“ der Rechtsentwicklung angesehen wurde<sup>43</sup>, ist bei *Pound* allerdings nur die vorletzte; auf diese folgt schließlich als letzte Stufe die „Sozialisierung des Rechts“ (*Socialization of Law*).<sup>44</sup> Diese Sozialisierung des Rechts korrigiert die vorangegangene Stufe – etwa durch Begrenzungen der Vertragsfreiheit und des Eigentumsrechts, verschuldensunabhängige Haftung<sup>45</sup> –, und verweist entsprechend *Rudolph Jhering* auf die sozialen Zwecke und Interessen, die hinter den Rechten stehen und die individuellen Interessen überlagern.<sup>46</sup> *Pound* sah diese Entwicklung bereits Anfang des 20. Jahrhunderts im Gange, und erkannte auch im damals neuen *Bürgerlichen Gesetzbuch* Einflüsse dieser Sozialisierung.<sup>47</sup>

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

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

<sup>40</sup> *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195, 198 ss. (1914).

<sup>41</sup> *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195, 213 ss. (1914).

<sup>42</sup> *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195, 220 ss. (1914).

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

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

<sup>45</sup> *Pound*, 27 Harvard L. Rev. 195, 226 ss. (1914).

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

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



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

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

#### d) „Erste Moderne“ und „reflexive Moderne“

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

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

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

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

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

<sup>52</sup> *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 5 ff., 46 ff., 74 ff., 88 f.

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

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

e) Die Begriffsjurisprudenz und ein „zeitloses“ Rechtsdenken?

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

<sup>54</sup> *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs, S. 48 ff., 55 ff., 63 ff.

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

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

<sup>57</sup> Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 578.

<sup>58</sup> Zur Person s. die Kurzbiographie auf S. 579.

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

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

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

ausliegenden Rechtsbegriffen<sup>62</sup> zu schaffen, aus denen heraus und um die herum die gesamte Rechtsordnung im Wege deduktiv-logischer Operation erarbeitet werden kann („Construction“<sup>63</sup>).<sup>64</sup> Trotz des aus Perspektive der Historischen Schule eigentlich geschichtlichen Charakters des Rechts<sup>65</sup> ist mit einem solchen Denken in abstrakten Rechtsbegriffen auch der Charakter des „Zeitlosen“ verknüpft.<sup>66</sup>

Doch drängt sich bereits hier die Warnung vor Selbstverständlichkeiten und vor einer Rechtswissenschaft auf, die die „moderne“ Privatrechtsordnung als Notwendigkeit suggeriert, welche sich als logisch geschlossenes System um Person, subjektive Rechte und das Rechtsgeschäft herum aufbaut.<sup>67</sup> Für das 19. Jahrhundert mag es eine Selbstverständlichkeit gewesen sein<sup>68</sup>, dass es so etwas wie subjektive Rechte und Willenserklärungen gibt; dass der Wille verpflichtet; dass die Rechtsordnung ihren Ausgangspunkt in der Freiheit des Einzelnen und im Personbegriff nimmt; dass Zivil- und Strafrecht getrennt sind. Selbstverständlich ist dies aber nicht – weder in der rechtshistorischen

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

<sup>63</sup> Zu diesem Begriff *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 24, S. 60.

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

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

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

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

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

## Personenregister

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



## Sachregister

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

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

- USA 263 ff.
- Typenfreiheit 30, 457 ff.
- Typenzwang 457 ff.
  
- Verbandsklagen 553 ff.
- Verbandsklagenrichtlinie 245 f., 535
- Verhaltenssteuerung 36 f., 243 ff., 298, 300, 304, 420, 423 f., 428 f., 466 ff., 494 ff., 535 ff.
- Vertrag 28 f., 430 ff.
  - Historische Rechtsschule 197 ff.
  - Naturrecht 121 ff.
  - römisches Recht 44 ff.
- Vertragsfreiheit 29 f., 430 ff.
- Vertragsrecht 28 ff., 430 ff.
  - Historische Rechtsschule 197 ff.
  - Naturrecht 121 ff.
  - römisches Recht 44 ff.
- Voluntarismus 222 f., 232, 237, 279, 572 f.
  
- Wille 22 f., 28 ff., 376 ff.
  - bei Hegel 156 f.
  - Historische Rechtsschule 161, 197 ff.
  - bei Jhering 227 ff.
  - Naturrecht 63 ff., 76 ff., 121 ff.
- Willenserklärung 28 ff., 452 ff.
  - Historische Rechtsschule 197 ff.
- Willensfreiheit 22 f., 382 ff.
  - Historische Rechtsschule 161, 166 ff.
  - bei Kant 150 ff.
  - bei Jhering 227 ff.
  - Naturrecht 63 ff., 67 ff.
  - Schuld 508 f.
  - Verhältnis zur Privatautonomie 441 ff.
- Willensmacht 24, 185 ff., 392
- Willenstheorie
  - Vertragsrecht 203, 262, 376 f., 430 f., 453
  - subjektives Recht 24, 392
- Würde 110, 155 f., 359 ff.
  - s. Menschenwürde
  
- Zivilprozess 33 ff., 248 f., 534 ff.
  - s. Prozess
- Zwang
  - als Merkmal des Rechts 34, 60, 118 ff., 189 ff., 227