

TIM FLORSTEDT

Recht als Symmetrie

Jus Privatum

198

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 198



Tim Florstedt

Recht als Symmetrie

Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Privatrechts

Mohr Siebeck

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

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

e-ISBN PDF 978-3-16-154183-4

ISBN 978-3-16-153223-8

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Vorwort

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

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

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

Wiesbaden, im November 2015

Tim Florstedt

Inhaltsverzeichnis

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

2. Die Symmetriobjekte: Ding, Verhalten, Person	34
3. Die Symmetrirelation: Konzentration und Komplementarität	36
IV. Der Ausblick auf eine juristische Symmetriehlehre	38
1. Eine symmetrische Theorie als Teil der subjektivrechtlichen Theorienfamilie	39
2. Wider die formorientierte Denkungsart – Zur Paradoxie der relativen Berechtigung	42
3. Der Symmetriesatz als Sollensbefehl	44
4. Umkehr der Verhältnisse: vom Perzeptionsmittel zum Primärphänomen	46
 Erster Hauptteil. Die statische Verteilungsordnung	 49
 <i>Erster Abschnitt. Grundformen privatrechtlicher Rechtszuständigkeiten</i>	 51
§1 Privatrechtliche Verteilung durch formale und materiale Befugnistypen	52
I. Die formale Rechtszuständigkeit	53
1. Verkehrsbedürfnisse als Formkraft im deutschen Vermögensrecht	53
2. Die Abschirmungswirkung der formgefassten Rechtszuständigkeit – Eine Fortsetzung	55
3. Die rechtssichernde Funktion von formalen Zuständigkeitstypen	58
II. Die Fixierung der subjektivrechtlichen Vermögensbefugnis in der Form – Rückbezug	61
III. Durchbrechung der Formenordnung durch materiale Symmetriebildung	63
IV. Plan der Darstellung	64
 <i>Zweiter Abschnitt. Die formale Rechtszuständigkeit</i>	 65
 Erster Unterabschnitt. Die formale Rechtszuständigkeit für Dinge . . .	 66
§2 Eigentum als Konzentration und Komplementarität	67
I. Eigentum als Konzentration: <i>lucrum sentit dominus</i> – <i>casum sentit dominus</i>	68

1. Der Konnex von <i>lucrum</i> und <i>casum</i> als freiheitsfunktionales Axiom bei der Handlung	70
2. Derselbe Konnex als freiheitsfunktionales Axiom beim äußeren Mein	71
II. Eigentum als Komplementarität im Vindikationsfolgenrecht: <i>actiones directae</i> – <i>actiones contrariae</i>	73
1. Zur spezifischen Komplementarität und heterochiralen Verteilung	73
2. Zwischenbemerkung zur Dogmatik des Vindikationsfolgenrechts	75
3. Die Verschlüsselung der Symmetrik im Lauf der Dogmenentwicklung	76
4. Einzelne Symmetriewänge und Symmetrieursachen	79
a. Der Symmetriedruck der Nutzungsobliegenheit: <i>accessorisches commodum</i> – <i>periculum</i>	80
b. Der Symmetriedruck der Gefahrbelastung: <i>periculum</i> – <i>commodum</i>	82
 Zweiter Unterabschnitt. Die formale Rechtszuständigkeit für Verhalten und Person	 87
§ 3 Die Wirkungszuständigkeit bei stellvertretendem Handeln	89
I. Die durch das Primat der Willenslehren gehemmte Entwicklung des Instituts der direkten Stellvertretung	89
II. Das Verteilungsprinzip von Anrechnung und Ausschließung	91
§ 4 Die Organschaft als notwendige Zuständigkeitsform	93
I. Die Negation des Organs als Anrechnung positiver Handlungsfolgen	93
II. Die Wirkungszuweisung durch die strikte Organhaftung und ihre symmetrietopische Rechtfertigung	96
1. Bedeutung der juristischen Konstruktionen	97
2. Konsens über einen symmetrietopischen Kern	98
3. Die Organmetapher und die freiheitsaxiomatische Verbindung von <i>lucrum</i> und <i>casum</i>	99
§ 5 Die <i>negotiorum gestio</i> als fiktive Wirkungszuständigkeit	101
I. Vorbemerkung zu den Gestionsstypen im System bürgerlich-rechtlicher Geschäftsführung	102
II. Das Gestionsverhältnis als Konzentration und Komplementarität	105
III. Die <i>negotiorum gestio</i> als fingierte Rechtszuständigkeit am Verhalten für andere	107

1. Die drei Hauptkonzeptionen der negotiorum gestio in ihrer Entwicklung	108
2. Deutungsversuche zur modernen negotiorum gestio in der Lehre	109
3. Die fiktive Rechtszuständigkeit an den Handlungsfolgen . .	110
 <i>Dritter Abschnitt. Durchbrechung der formalen Verteilungsordnung</i>	113
 § 6 Einbruchstellen für materiale Symmetrien in die formale Verteilungsordnung	114
I. Wesentliche Theorieentwürfe zur Entformalisierung der Verteilungsordnung	114
II. Die Semantik der relativen Befugnis als Abstraktionsproblem	118
III. Die binäre Kodierung der materialen Symmetrieklassen – Theoretische Grundlegung	120
IV. Wesentliche Einbruchstellen für materiale Symmetrien in die formale Verteilungsordnung	124
 Erster Unterabschnitt. Der Schutz relativer Rechte im Schadens- und Vollstreckungsrecht	125
 § 7 Der Schutz relativer Positionen durch das Institut der Schadensliquidation für Dritte	126
I. Bestandsaufnahme zum liquidationsrechtlichen Drittschutz .	126
1. Vorbemerkung zum Ordnungsrahmen	127
2. Genealogie des liquidationsrechtlichen Drittschutzes	128
3. Typologie des liquidationsrechtlichen Drittschutzes	131
4. Topik des liquidationsrechtlichen Drittschutzes	134
II. Geltungsgrund der Liquidationsbefugnis	137
1. Die Verteilungsrelevanz des Dinganspruchs	138
2. Ausgleichsgrund und Drittschutz	141
3. Vorteilszuweisung an den Gefahrträger	143
III. Die Drittschadensliquidation als materiales Symmetrieverhältnis	145
1. Das kulpose Handeln des Schädigers als Wertungsmoment	146
2. Frustrierung des Vermögensopfers oder Entwertung einer unentgeltlichen Zuwendung für den Dritten	147
3. Die hypothetische Asymmetrie zwischen Opfer und Entlastung im Rückbezug zur Formteleologie	149
4. Zur Figuration der relativen Liquidationsbefugnis	151

§ 8 Die Beständigkeit relativer Rechte gegen Gläubigerzugriffe	153
I. Bestandsaufnahme zum vollstreckungsrechtlichen Drittschutz	153
1. Genealogie des vollstreckungsrechtlichen Drittschutzes . . .	154
2. Typologie des exekutionsrechtlichen Drittschutzes	156
3. Topik des Drittschutzes bei Gläubigerzugriffen	157
II. Die Axiologie der Bestandsfestigkeit obligatorischer Positionen	160
1. Doppelsträngigkeit des Treugeberprivilegs	161
2. Treuhandkriterien und Treuhandparadox	162
III. Das Privileg als verschlüsseltes materiales Symmetrieverhältnis zwischen Dritt betroffenen und Gläubiger	164
1. Die hypothetische Asymmetrie zwischen Gläubigervorteil durch drittwirksame Exekution und exekutionsbewirktem Drittnachteil	166
2. Der unwiederbringliche Drittnachteil im historischen Rückblick	169
3. Wider die Abstraktionstendenz des relativen Eigens zur tripolaren Symmetriefigur	172
4. Das Rechtfertigungsdefizit bei einer hypothetischen Asymmetrie	173
 Zweiter Unterabschnitt. Die Schwächung der formalen Rechtszuständigkeit	 176
§ 9 Prinzipien der kondiktions- und haftungsrechtlichen Version . . .	177
I. Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs	178
1. Entstehung und historische Begründung der Versionsprinzipien von 1900	178
2. Wirkungsbeispiele aus der Rechtsprechung	180
II. Schwäche des unredlichen Erwerbs	181
III. Die Prinzipien der Schwächung formaler Rechtszuständigkeit als Symmetriesätze	182
§ 10 Die Unbeständigkeit unredlichen oder unentgeltlichen Erwerbs bei Gläubigeranfechtung – Fortsetzung und Rückbezug	183
I. Die Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs	183
II. Die Schwäche des unredlichen Erwerbs	184
III. Die Prinzipien der Schwächung formaler Rechtszuständigkeit als Symmetriesätze – Zusammenfassung zu materialen Symmetrien	185

Dritter Unterabschnitt. Symmetrische Risikobelastung im privaten Haftungsrecht	187
§ 11 Symmetriegerechte Wagnisumschichtung durch objektive Haftung für stoffliche Gefahrenquellen	190
I. Die Begründungen für Wagnisabwälzung durch objektive Haftung	192
1. Sprachlich begründete Scheinunterschiede	196
2. Sprachliche Überprüfung der Meinungsdivergenz	199
3. Zum untergründigen Konflikt zwischen Effizienzalkül und Symmetriegerechtigkeit	201
II. Die Erkennbarkeit der materialen Symmetrie an der Umbruchstelle vom Prinzip zur Regel	205
1. Das preußische Eisenbahngesetz und das Haftpflichtgesetz	205
2. Elemente objektiver Haftung im Bürgerlichen Gesetzbuch	206
3. Die Haftung für Kraftfahrzeuge und Flugzeuge	210
4. Die Haftung für Kernanlagen und Gentechnik	211
5. Sozialer Opferschutz und Nutznießungsgedanke als zentrale Topoi	212
III. Die symmetriewirksame Konturierung der Haftungstatbestände	213
§ 12 Elemente symmetriegerechter Wagnisverteilung bei der Verschuldenshaftung	217
I. Bestandsaufnehmende Stoffbegrenzung	217
II. Symmetrietopische Begründung von Verkehrspflichten	219
1. Gesetzliche Wurzeln der Verkehrspflichten	219
2. Symmetrietopische Kriterien der Pflichtbegründung	220
III. Ansätze zu einer Wirkungsanalyse symmetrierechtlicher Haftungselemente in der Judikatur	221
§ 13 Die Wagnisumschichtung durch deliktische Einstandspflichten für Leute und Gehilfen	224
I. Bestandsüberblick über die Mittel der verhaltensbezogenen Wagnisabwälzung	224
II. Symmetrietopische Rechtfertigung der Gehilfen- und Leutehaftung	225
III. Wirkungsanalyse symmetrierechtlicher Haftungselemente in der Judikatur	227

Vierter Unterabschnitt. Die symmetrische Risikoentlastung von Aufwendungen und Opfern	230
§ 14 Die gestionsrechtliche Entlastung	231
I. Vorbemerkung zur Bestimmung der gestionsrechtlichen Fremdheit durch Rechts- und Interessenkreise	231
II. Die wahren Sinn- und Wertkriterien für die gestionsrechtliche Wagnisverteilung	232
1. Zur Figur des „mittelbaren Interesses“	232
2. Heimliche Wagniszuzuweisung auch im Gestionsrecht	234
3. Die gestionsrechtliche Enthftung bei Aufwendungen für Leute und Arbeitnehmer	236
 Zweiter Hauptteil. Die dynamische Verteilungsordnung	 239
<i>Erster Abschnitt. Die symmetrische Ordnung in den normativen Vertragstypen und ihren Ergänzungen</i>	 241
§ 15 Der Kauf als Wechsel der symmetrischen Zuständigkeit	243
I. Kaufrechtliche Konzentration von ›Gefahr, Nutzen, Lasten‹ zur synthetischen Einheit bei der Übergabe	244
1. Erste Verbindungslinie: Faktischer Zugriff – Gefahr, § 446 S. 1	245
2. Zweite Verbindungslinie: Nutzen – Lasten	247
3. Dritte Verbindungslinie: die Verknotung zur synthetischen Einheit	248
II. Der Rechtfertigungsdruck auf asymmetrische Verteilungen	251
1. Der Rechtfertigungsdruck für asymmetrische Gefahrabwälzung beim Versendungskauf	253
2. Die Vermeidung asymmetrischer Verteilungsmuster bei Lücken in Gesetz oder Vertrag	256
§ 16 Verträge auf Arbeit als Zuständigkeit an den Arbeitsergebnissen gegen Risikoübernahme	259
I. Das Prinzip von Anrechnung und Ausschließung am positiven Arbeitsergebnis	259
1. Die vertragsbegründete Zuständigkeit des Arbeitgebers hinsichtlich der (positiven) Arbeitsergebnisse	260
2. Die Gründe der Anrechnung positiver Arbeitsfolgen	261

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

Zweiter Abschnitt. Die Restitutionsordnung für den gescheiterten Vertrag 273

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

Schlussteil. Allgemeine Symmetriellehre	291
§ 18 Die subjektivrechtliche Befugnis an etwas Äußerem (Ding, Verhalten, Person) als heterochirale Symmetrie	292
I. Das Primat der Verteilung von Vorteilen und Nachteilen durch heterochirale Formtypen	293
1. Die heterochirale Formtypik in der statischen Verteilungsordnung	293
2. Die heterochirale Formtypik in der dynamischen Verteilungsordnung	295
3. Heterochiralität als Harmonie der Form	296
II. Die materiale Symmetrie als binäres Verteilungsverhältnis, das auf die formale Verteilungsordnung bezogen bleibt	297
1. Die materialen Symmetriebildungen in der Güter- und Erwerbsordnung	297
2. Die materialen Symmetriebildungen in der Haftungsordnung	298
3. Die Logik des materialen Symmetrieschlusses	299
III. Die Antinomie von formaler und materialer Symmetrie als Abstraktionsproblem, ihre Auflösbarkeit nur durch Annahme eines chiralen Zentrums einer kohärentiell zu denkenden subjektivrechtlichen Befugnis	300
IV. Folgerung für den Subjektbezug des subjektiven Rechts	302
§ 19 Die Entschlüsselung der Theoriefiguren für materiale Befugnisse (wirtschaftliches Eigentum, Treuhand)	304
§ 20 Symmetrie als konsensualer und kohärentieller Sollensbefehl	307
I. Symmetrie als konsensuales und kohärentielles Sollen in der bürgerlichrechtlichen Verteilungsordnung	307
II. Die zweifache dialektische Spannung des symmetrischen Sollens	310
III. Keine Auflösung der dialektischen Spannung durch Abstraktionssteigerung eines prinzipiellen oder wertgebundenen Sollens	311
§ 21 Umkehr der Verhältnisse: Symmetrie als Primärphänomen des Rechts	313
Literaturverzeichnis	317
Sachregister	349

Einleitung

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

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

¹ *Spaemann*, *Moralische Grundbegriffe*, S. 50.

² *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen I*, S. 43, Nr. 129.

Aus dem Blickwinkel eines fachentgrenzten Forschungsansatzes, der so weit wie möglich aus den vorhandenen Einsichten gewinnt, wird die Rechtswissenschaft bereichert, vor allem um einen in den empirischen Wissenschaften gefestigten, symmetrischen Denkansatz. Dort ist Symmetrieforschung längst über ihre Anfänge in Physik und Quantenchemie hinausgewachsen: Die Entdeckung der Wellenfunktion von Molekülen in der Gruppentheorie, die Relativitätstheorie in der Physik oder unlängst der Nachweis einer fünfzähligen Drehsymmetrie als ein zuvor für undenkbar gehaltenes Beugungsmuster von Kristallen sind nur wenige bekannte Beispiele³. Es geht der naturwissenschaftlichen und mathematischen Forschung auch längst nicht mehr um abseitige Fachfragen, sondern um Grundlagenwissen, welches auf das Innerste der Welt, das Verhältnis von Materie zu Molekül, von Raum zu Zeit, bezogen ist.

Die Denkungsart wurde mit der Relativitätstheorie populär und im Ineinanderspielen von gegenintuitiv erwogener Symmetrie und Öffnung des Blickfeldes hat sie als Forschungsansatz viele Fächer, die Architektur oder Anthropologie, die Zoologie oder Soziologie, begünstigt⁴. Man kann natürlich kritisch fragen, ob die Denkungsart darin schon überbewertet ist. Das Recht darf das nicht einfach ignorieren, um bei der deduktiven Denkungsart, bei Systemen in Wurzelform, stehen bleiben zu können. Im Mittelpunkt der Arbeit werden deswegen symmetrische Phänomene im Privatrecht stehen. Es wird nach einem Symmetriesatz als einem Axiom des Privatrechts gesucht, nach dem rechtliche Vorteile und Nachteile auf einer Linie zur Konvergenz gebracht werden. Sie hat zur Aufgabe, die Ordnungswirksamkeit eines solchen Satzes zu beweisen und die Konvergenzlinie zu bestimmen.

I. Vorläufige Phänomenologie der symmetrischen Ordnungswirksamkeit im Privatrecht

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

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

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

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

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

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

1. Die Gründe der Gefährdungshaftung sind längst in Formeln wie ›Erlaubnisnutzen gegen Risikoübernahme‹ (*Esser*) erstarrt. Aber wir kennen die Gefährdungshaftung durchaus auch *in statu nascendi*, im Vorfeld der Entstehung des § 25 des preußischen Eisenbahngesetzes von 1838⁵. Damals war die strikte Haftung alles andere als selbstverständlich. Denn die schuldunabhängige Haftung bedeutete für das noch junge Eisenbahngewerbe eine durchaus erklärungsbedürftige Ungleichbehandlung mit Dampfschiffbetrieben, Zuckerraffinerien, Schmieden, die ähnliche Feuergefahren für Menschen und Umwelt mit sich brachten. Eine Haftung ohne Verschulden war im frühen 19. Jahrhundert entsprechend kontrovers, aber es setzte sich eine Überlegung *v. Savignys* durch: „Die Eisenbahn sei von anderen feuergefährlichen Anlagen wesentlich darin verschieden, daß der Gefahr nicht durch polizeiliche Vorkehrungen vorgebeugt werden könne, die Bahn sich auf großen Strecken durch das Land ziehe, die Gefahr eine weit ausgedehntere sei und die benachbarten Grundbesitzer und Einwohner derselben in Folge der zum Vortheil der Eisenbahnen bewirkten

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

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

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

3. Bemerkenswerterweise kehrt das ursprüngliche Argumentationsmuster, das lange vergessen war, gleichsam später noch einmal zurück, und zwar als die strikte Haftung für den Bestand und Betrieb elektrischer Anlagen und Fernleitungen, die bereits der 31. Juristentag (1912) unterstützt hatte⁸, im Reichshaftpflichtgesetz von 1943 endlich umgesetzt wurde⁹. Die bisherigen „unbilligen Ergebnisse, daß der Geschädigte seinen Schaden selbst tragen muß“ werden in den Materialien anhand eines „Falls, der sich immer wieder ereignet“ erläutert: „Ein Bauer, der die Anlage einer Starkstromleitung über seinem Grundstück dulden muss, erleidet dadurch einen Schaden, daß der Draht der Leitung reißt und daß weidendes Vieh mit dem am Boden liegenden oder herabhängenden Draht in Berührung kommt und getötet wird“¹⁰. Ein Verschulden liege allgemein nicht vor oder sei nicht nachweisbar. Es ist bis zur Stunde nicht aufgefallen, dass sich hier 100 Jahre nach *v. Savigny* die Argumentation wiederholt.

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

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

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

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

⁹ Aml. Begründung zum Gesetz zur Änderung des Reichshaftpflichtgesetzes, DJ 1943, S. 430.

¹⁰ Wie zuvor.

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

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

Zweitens: die gefestigte *topische Symmetrie*. Die symmetrischen Einsichten sind vielfältig als Rechtsparömien erhalten. Das Symmetrische hat sich als Rhetorikmuster – gewissermaßen der Symmetrietopik – etabliert und gefestigt. Vielfalt und zeitliche Konstanz sind sehr beachtlich. ›*Commodum eius esse debet cuius periculum est*‹, das ist der wohl bekannteste Nexus zwischen Vorteil und Gefahr, der so nur in den Inst. 3.23.3 steht¹³. Eine gewissenhafte Darstellung darf die zahllosen ähnlichen Parömien nicht ganz unerwähnt lassen. Eine ebenfalls in den Institutionen aufgenommene Variante ist das *ubi emolumentum, ibi onus*¹⁴. In Fragmenten bei *Paulus* und *Bonifaz* enthalten ist der erweiterte Korrelationsgedanke ›wer die Last hat, muß auch den Vorteil haben, und umgekehrt¹⁵ und bei *Damasus* heißt es *ad quem spectat onus, et emolumentum*¹⁶. Eine allgemeine Verteilungsregel des Inhalts, dass wer am Gewinn Anteil hat, auch am Verlust zu beteiligen ist, nennt *Ulpian*: *cuius participavit lucrum, participet et damnum*¹⁷. Oder kürzer bei *Justinian*: *ubi periculum, ibi lucrum*¹⁸. Noch eine solche Korrelation von *periculum* und *commodum* im Corpus Iuris zur Anschauung: Der Eigentümer eines Schiffes konnte vom bösgläubigen Besitzer auch das *commodum* in Gestalt eines gar nicht vereinnahmten Frachtlohns fordern. Die Begründung lautet: Denn obwohl der Frachtlohn nicht von Natur aus entstehe, sondern erst erzielt werden müsse, kann er deswegen gefordert werden, weil der Besitzer gegenüber dem Kläger nicht die Gefahr des Schiffes tragen muss¹⁹. Auch dass derjenige, der andere für sich einsetzt, für Schäden, die diese Dritten zufügen, einzustehen hat, ist bereits bei *Ulpian* erwähnt²⁰.

Von den späteren Rechtssprichwörtern sind nur einige zu nennen: ›wo der Pflug hinget, da geht auch der Zehnt hin²¹, ›wer einsammelt, soll auch aus-

¹² ADHGB-Protokolle, S. 1442f.

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

¹⁴ S. Inst. 1.17 a.E.

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

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

¹⁷ Dig. 17.2.55 a.E. (*Ulpian*).

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

¹⁹ Dig. 6.1.62.

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

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

säen²²; ›wer zäunt, soll auch allein lesen‹, ›wer zäunt, kehret die Äste in seinem Hof. Die wichtigste ›wer den guten Tropfen genießt, muss auch den bösen genießen‹ war, wie im gemeinen Recht üblich, Ausdruck für einen allgemeinen Grundsatz der Risikoverteilung²³. Er galt auch negativ: ›wer den bösen Tropfen hat, genießt auch den guten‹. Der anschauliche Ausdruck stand stets für einen allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken. Man würde den Sprichwörtern also nicht gerecht, wenn man in ihnen nur das Kasuistische sieht.

Die Pandektistik hat die römischen Parömien rezipiert. In zwei grundlegenden Abhandlungen zur Regel *commodum eius esse debet cuius periculum est* durch *Jhering* und *Mommsen* festigte sich eine gemeinrechtliche Doktrin, die weitgehend als allgemeine Regel akzeptiert war²⁴: *Mommsen* sagte „wenn durch ein und dasselbe Ereignis auf der einen Seite eine (völlige oder theilweise) Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt, auf der anderen Seite ein *commodum* gewonnen ist, so steht der Anspruch auf das *commodum* demjenigen zu, der in Ansehung dieses bestimmten Ereignisses die Gefahr trägt“. Gefahr ist situativ verstanden als „Nachtheil des Ereignisses“, also als Rechtsverlust²⁵.

Man wollte sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts als etwas Neues abgrenzen und erfand in Verdrängung des Alten andere Wendungen. Aber die alten Gedanken schimmern weiter durch. Im Haftungsrecht sind symmetrietopische Muster längst bestimmend²⁶ und werden als allgemeiner „Zusammenhang von Risiko- und Chancenverteilung“ oder gar „anerkanntes Gerechtigkeitspostulat“ gedacht²⁷. *Ungers* „Eigenes Interesse – eigene Gefahr, fremdes Interesse – fremde Gefahr“ wurde bald zum verbreiteten Schlagwort, das seit *Essers*

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

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

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

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

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

²⁷ *Staudinger/Reuter*, § 653 Rn. 92.

„Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung“ als ungenau gilt, aber auf verschiedene Art vertieft wurde, und bis in die jüngsten Forschungsarbeiten sind symmetrierechtliche Grundgedanken nachweislich²⁸. Auch die Parömie ›*cuius periculum eius commodum*‹ wird wieder in der Lehre verwendet, ohne dass eine Begrenzung auf bestimmte Bereiche des Privatrechts erkennbar ist²⁹.

Drittens: die *regelförmige Symmetrie*. Oft sind solche Topoi längst zur abstrakten Regel angehoben. Einige allgemeine plastische Beispiele: *actiones heredi et in heredem competunt* ist in § 1922, § 1967³⁰, das *res transit cum onere suo* in der Bindung der Belastungen an das Eigentum nach § 936 oder § 892 enthalten. Die regelförmige Symmetrie lässt sich heute in Gruppen aufteilen. Es wird *erstens* ein Nachteil als Gegenposition zu einem Vorteil in Abzug gebracht, so die Gewinnungskosten (*fructus intelleguntur deductis impensis*), der heutige § 102³¹; es gibt *zweitens* einen evidenten axiologischen Nexus, der aber über ein Gegenrechnen schon hinausgeht: zu denken ist an Zusammenschlüsse von ›Gefahren, Nutzungen, Lasten‹ in kaufrechtlichen (§ 446) oder restitutionsrechtlichen (§ 346 – § 347) Verteilungsprogrammen; es scheint fast schon zu trivial, auch von § 164 zu sprechen, welcher rechtsgeschäftliches Handeln *für und gegen* einen anderen wirken lässt; schließlich sind Rechte und Gegenrechte in Institutionen zusammengefasst, wie es beim Legalverhältnis von Vindikation oder Gestion, etwa im Gegenüber der *actiones directae* (§ 677 – § 682) gegen *actiones contrariae* (§ 683 – § 686) augenfällig wird.

Viertens: die *prinzipielle Symmetrie*. Zuletzt müssen Anzeichen für ein Solen von prinzipiellem Rang erwähnt werden. Als Sinnbild eines solchen Satzes kann schon das alte Utilitätsprinzip gelten, nach dem die am Schuldverhältnis nicht interessierte Partei nur für *dolus*, die Interessierte auch für *culpa* haftete – der Haftungsmaßstab hing vom Grad des Nutzens ab³². Die beiden großen Verfechter des Gedankens ›*cuius periculum eius commodum*‹ fanden die Regel „als so natürlich, daß es einer besonderen Rechtfertigung nicht bedarf“³³. Im Haftungsrecht ist das Symmetrische längst dem Bereich des bloß Rhetorischen entkommen. Anschaulich ist das schon in den Verhandlungen zum Reichshaftpflichtgesetz gesagt worden: „Das juristische Prinzip, das allein ein solches Gesetz rechtfertigt, ist der Gesichtspunkt: daß es gewisse Gewerbe gibt, wobei

²⁸ Ausf. § 11 bis § 13.

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

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

³¹ Dig. 5.3.36 § 5 a. A. (*Paulus*).

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

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

erfahrungsmäßig Unglücksfälle der bezeichneten Art auch durch einen vorsichtigen Betrieb niemals ganz vermieden werden können, daß also der Unternehmer, der ein solches Gewerbe ergreift, um einen Gewinn, einen Vorteil daraus zu ziehen, dieses Moment bei seinem Unternehmen ebenso gut in Anschlag bringen und darauf rechnen müsse, daß solche Fälle eintreten, wie er etwa Beschädigungen an seinen Betriebswerkzeugen und dergleichen mit in die Berechnungen zu ziehen hat³⁴. Bis zur Stunde überwiegen für die Rechtfertigung strikter Haftung die verschiedensten Erklärungsversuche mit symmetrischem Kern. Auch das Einstehenmüssen für Fehler von Organen und Gehilfen wird nahezu streitfrei symmetrietopisch begründet und ist in den Motiven auf allgemeine Rechtsgedanken zurückgeführt, es heißt etwa, dass „der Schuldner, der sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bedient, im eigenen Interesse und folgeweise auf eigene Gefahr handelt“³⁵. Schon die Risikohaftung für Leute in Art. 1384 (5) des Code Civil wurde mit der rhetorischen Frage begründet: „N'est-ce pas en effet le service dont le maître profite, qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer?“³⁶.

Es sei ein auch auf dem Gebiete des Rechts geltendes Gebot der Ethik, dass jeder auf eigene Gefahr zu handeln hat und die nachteiligen Folgen, welche aus seinem Unternehmen entstehen, nicht auf schuldlose Dritte abwälzen darf, hat schon *Unger* gesagt³⁷. Das Gleichgewicht von Vor- und Nachteilen sei ein „Elementarsatz unserer Rechtsanschauung“, „ein ideales Gerechtigkeitspostulat jeder rechtlich verfassten Gemeinschaft“ dessen Verwirklichung „schiere Gerechtigkeit“ sei (*Picker*)³⁸. Vielen Schuldrechtslehrern von Rang gilt der Symmetriegedanke als ein nicht näher beschreibbares Fundamentalprinzip (*Canaris*)³⁹, als verbindliche Wertmaxime der ausgleichenden Gerechtigkeit (*Bydlinski*)⁴⁰, „anerkanntes Gerechtigkeitspostulat“⁴¹, „Grundwahrheit“ (*Müller-Erzbach*)⁴².

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

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

³⁵ Mot. II, S. 30.

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

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

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

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

⁴⁰ Rechtsgrundsätze, S. 292f.

⁴¹ *Staudinger/Reuter*, § 653 Rn. 92.

⁴² AcP 106 (1910), 309, 310.

Symmetrie ist nicht einmal eine ranghafte Belegnummer in den wenigen und nachlässig geführten Katalogen, welche die Topikforschung selbst nach dem Erfolg der „Topik und Jurisprudenz“ *Viewegs* allzu zögerlich aufstellte⁴³. Aber warum gibt es so vielfältige Symmetrien in der rhetorischen oder topischen Jurisprudenz fern von Ableitungs- und Überlieferungsbezügen zu allen Zeiten neu und spontan, weil sie einem tieferen Grundsatz entlehnt sind, der sich für neue Ordnungsfragen in Rechtsregeln verwandelt und konkretisiert?

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

Die Gewährung eines subjektiven Rechts ist die Grundform der privatrechtlichen Güterzuordnung. Eine Symmetrietheorie, die von allgemeinen juristischen Verteilungssätzen über rechtliche Vorteile und Nachteile handelt, ist offenbar – gewollt oder ungewollt – zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts. Eine symmetrische Verteilungslehre, der eine Standortbestimmung zu diesem dogmatischen Zentralbegriff fehlt, droht bald wieder überlagert und in positivistische Einzelphänomene abgedrängt zu werden. Es geht offenbar über die Kraft der Forschung, die moderne Phänomenologie der subjektiven Rechte – absolute und relative, öffentliche und private, Gefälligkeit und Einwilligung, Anwartschaften und Aneignung, Ansprüche auf Unterlassen und Dulden, Einreden usf. – auf eine exakte Linie hin über eine Substanz von Recht festzulegen⁴⁴. Die folgenden Erwägungen versteigen sich nicht zur Bewältigung einer Einheitserfassung subjektiver Rechte, nicht zur Diskussion und nicht zur lexikalischen Zusammenstellung der großen Theorien des subjektiven Rechts.

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

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

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

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

1. Genealogie des subjektivrechtlichen Paradigmas

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

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

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

Auch diesen selbstverständlichen Basisannahmen liegt eine gestufte Entwicklung zugrunde. Denn erst die humanistische Logik hat die hierin liegende neuzeitliche Aufwertung des Subjektiven im Recht⁴⁵ vorbereitet, als sie dieses Aktionensystem neu ordnete und einen eigenen Ius-Begriff in die Mitte ihrer Systemgebäude stellte⁴⁶.

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

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

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

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

Um das zu verstehen, müssen wir diesen Ausgangspunkt, die humanistische Ius-Semantik besser kennen lernen. Die Humanisten blickten auf die ersten nachchristlichen Jahrhunderte zurück, die eine rechtsgarantierte Begünstigung nicht als Ausgangsbedingung des Rechts empfunden hatten. Im römischen Aktionenwesen genügte die Auslegung der Klageformel, ohne nähere Betrachtung seiner materiellen Grundlage⁴⁷. Ungeklärt ist, ob und wie die römischen Juristen diese materiale Unterlage wahrgenommen haben, und die radikale Annahme *Villeys*, den Römern bedeute das *ius* ungefähr so viel wie ein unkörperliches Rechtsgut und habe überhaupt keinen Subjektbezug⁴⁸, hat so viele Anhänger wie Gegner gefunden. Ob damals das voluntative Moment *im* oder nur *neben* dem Recht war, ist in der Romanistik ganz offen⁴⁹. Der Streit wird von einer erheblichen Textambivalenz begünstigt: Im Fragment aus den Büchern des *Paulus* zum Ius Civile des *Sabinus* kommt der Ius-Begriff ohne subjektives Moment aus (Recht ist bestimmt als Naturrecht, positives Recht eines Staates, Gerichtsort), in anderen Fragmenten wurde die *facultas* des Subjekts durchaus hervorgehoben. Diese Textambivalenz des *Corpus Juris Civilis* hat es den Humanisten erleichtert, die Idee des Subjektiven zu stiften, wo man exegetisch zu arbeiten meinte. Die humanistische Ius-Semantik bereitete es vor, das subjektive Recht (*facultas agendi*) nicht als etwas von dem Begriff des objektiven Rechts (*norma agendi*) Abgeleitetes zu verstehen, sondern, wie es bei *Kant* mit dem einzigen angeborenen Recht der Freiheit auf die Spitze gebracht wird, ihm vorzuschalten.

Erst eine nähere Betrachtung lässt das moderne subjektive Recht verständlicher werden. Anhand der Arbeiten des *Donellus*, die durch Vermittlung v. *Savignys* bis in die späte Pandektistik gewirkt haben, wird nachvollziehbar, wie die *facultas agendi* einen gesicherten Systemplatz bekommt⁵⁰. Bei *Donellus* wird

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

⁴⁸ *Villey*, a. a. O.

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

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

der dreigliedrige Ius-Begriff in Dig. 1.1.11 um die vertraute, in Dig. 1.1.10 erwähnte, Formel des *ius suum cuique tribuere* ergänzt und dies als *ea quae sunt cuiusque privatim iure tamen illi tributa* und dann auf tieferer Begriffsebene als *facultas et potestas iure tributa* bestimmt⁵¹. Diese Gleichsetzung von Recht und Macht ist die Urzelle der späteren auf subjektive Rechte gestützten Systembemühungen von der Aufklärung bis in die späte Pandektistik, mit Ausläufern in unsere Tage. Es wird genügen, zwei Einzelaspekte von wichtiger Bedeutung zu erwähnen.

Erstens: Die humanistische Vorstellungswelt ließ keinen Raum für so etwas wie eine von der *norma agendi* gelöste *facultas agendi*, auch dort nicht, wo sie terminologisch unseren aufklärerisch geprägten Begriffen von subjektiven Rechten nahe zu stehen scheint. Äußerlich fällt bei *Donellus* die Loslösung von der gaianischen Institutionenordnung (*res, personae, actiones*) zugunsten einer rationalen Neuordnung des vorgefundenen römischen Rechtsstoffes auf, indem von dem inneren Zentralbegriff des ›*quod nostrum est*‹ aus ein neues System des Privatrechts entfähert wird⁵². Der Begriff, „was das Unsrige ist“, bildet die Systemmitte und wird dichotomisch unterteilt in das wahrlich, eigentümlich Unsrige (*quod vere et proprie nostrum est*) und das, was uns geschuldet ist (*quod nobis debeatur*)⁵³. Kennzeichen des *proprie nostrum* ist es, dass es in keinem Teil einem anderen zusteht⁵⁴. In derart weiträumigen Begriffen finden persönliche Rechte (Leben, Freiheit, guter Ruf), das Haben äußerer Dinge (Eigentum, eigentumsähnliche Rechte), aber auch Obligationen hinreichend Platz. Die assoziative Parallele zum Dogma der absoluten und relativen subjektiven Rechte, die ein heutiger Leser leicht zieht, lenkt aber von Sinnunterschieden ab. *Donnellus* meint – das ist entscheidend – eben noch keine subjektivrechtlichen Begünstigungen im modernen Sinne: das *quod nostrum est* bedeutet für das Subjekt, wenn man schon eine Zuordnung zu modernen Kategorien versuchen will, eher einen Rechtsreflex, nicht einen Anspruch⁵⁵.

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

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

⁵¹ Commentarii, Lib. I. Cap. III.

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

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

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

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

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

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

Zweitens: Noch bezeichnet *ius* die Objektivität der Rechtsnormen. Man kann sagen, bei *Donellus* war die *actio* ein erstes, das *ius* eine schon mitgedachte materielle Unterlage, dies aber nicht im Sinne eines Geflechts aus individuellen Begünstigungen, sondern als ein subsidiärer, reflexiv-wirksamer Bezug zur Rechtsordnung⁵⁷. Wenn bei *Donellus* das Subjekt schon hervorgehoben ist – etwa: *ea qua sunt cuiusque privatim iure tamen illi tributa, facultas et potestas iure tributa* –, ist dies nur eine Seite des Ganzen⁵⁸. Es entsprach calvinistischem Denken, die Rechte dem Einzelnen zu garantieren, um die Gesellschaftsordnung zu erhalten und zu festigen⁵⁹. Aber genau darin – und darauf gilt es aufmerksam zu machen –, liegt schon ein Riss im paulinischen Ius-Begriff⁶⁰, der zugunsten des ulpianischen Gebots des *honeste vivere* mit den nachgeordneten Nebenbestimmungen des *alterum non laedere* und des *suum cuique tribuere* abgewertet wird. Dieser Bruch wird die spätere Formalisierung des Rechts vorbereiten, die mit der Überbetonung des *alterum non laedere* einhergeht. Sie geschieht im Natur- und Vernunftrecht.

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

In der Naturrechtsdogmatik der Aufklärung setzt sich die subjektivrechtliche Seite des Rechts durch. In ihr substituiert das Dogma des subjektiven Rechts die noch fehlende deutsche Staatstheorie – das subjektive Recht hat eine Schutzengklave gegen den Staat herzustellen. Der Paradigmenwechsel von der *norma agendi* zur *facultas agendi* ist in diesem Bezugsfeld leichter zu erklären. Die Freiheit als Recht! und Recht nur als Netz individueller Rechte und Pflichten: das ist die wesentliche Neuerung⁶¹.

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

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

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

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

⁶⁰ Dig. 1.1.11.

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