



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER PRAXIS

Dr. Jakob Degen und Kristin Dortans

Arbeitsrecht skurril – Geschichten, die das Leben schreibt

ZIVILRECHT

Helena Ferber

Corporate Digital Responsibility –
Einsatz von KI in der Unternehmensleitung

ÖFFENTLICHES RECHT

Jakob S. Feddersen

Keine Steuern für Digitalkonzerne? – zur beihilfen-
rechtlichen Kontrolle von Steuervorteilen für Internetgiganten

Adrian Kaufmann

Öffentliche Blockchains im Spannungsfeld zur
datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit der DSGVO

STRAFRECHT

Jan Breede

Die einverständliche Fremdgefährdung

GRUNDLAGEN DES RECHTS

Jann Maatz

Willensfreiheit und Privatrecht

Charles E. Müller

Die Sozialbindung des Eigentums –
Rudolf von Jherings Vorarbeit für § 906 BGB

3. Jahrgang | Seiten 89–176

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X | ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 2/2022

Jann Maatz*

Willensfreiheit und Privatrecht

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist durchdrungen von Prinzipien. Das wichtigste Prinzip ist wohl jenes der Privatautonomie. Für die Privatautonomie wird die Fähigkeit des Einzelnen, seinen Willen frei zu bilden impliziert und nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen. Ob die Implikation des willensfreien Menschen gerechtfertigt ist, wird seit jeher von Deterministen, vornehmlich aus der Philosophie, bestritten. Hierzu gesellen sich nun auch seit Ende der 70er-Jahre Neurowissenschaftler und fordern zugleich einen radikalen Umbruch unserer Rechtsordnung. Deterministische Thesen können jedoch aus vielerlei Gesichtspunkten nicht überzeugen.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	156
B. Willensfreiheit und das heutige Privatrecht	157
I. Privatautonomie als Prinzip	157
1. Vertragsfreiheit	157
2. Haftungsrecht	159
II. Eine Reflexion:	
Philosophie, Wissenschaft, Privatrecht	159
1. „Freiheit als Idee“ nach <i>Hegel</i>	160
2. Determinismus als Antithese	161
3. Determinismus und Idiosynkrasie des Privatrechts bei <i>Nietzsche</i>	161
4. Kompatibilismus als Synthese nach <i>Kant</i>	162
III. Fazit und eine kurze Reflexion unserer Epoche .	163

A. Einleitung

„Auch die Stahlfedern hatte ich noch in der Tasche. Wozu? Warum hatte ich sie genommen – nehmen müssen? Warum mußte man, was man gar nicht wollte?“¹ fragte sich *Hermann Hesse* in einer Kindheitserinnerung. Das aufgeworfene philosophische Problem ist klar: Muss man, was man nicht will oder will man, was man nicht muss oder darf? Etwas pointierter: Ist der Mensch willensfrei? Ob man als Mensch wirklich frei in seinen Entscheidungen ist, bezweifelte bereits *Paulus* in seinem Brief an die Römer, wenn er

schreibt: „Ich mache also ständig dieselbe Erfahrung: Das Gute will ich tun, aber ich tue unausweichlich das Böse.“ (Römer 7, 21).² Wohnen also bei uns allen „ach!“ zwei Seelen in unserer Brust?³ So ging *Nietzsche* sogar noch einen Schritt weiter und reicht den Menschen, seinen Lesern „den bittersten Tropfen“, den sie zu schlucken haben, ihre „völlige Unverantwortlichkeit“ für ihre Handlungen und baut auf jener Negation der Willensfreiheit seine gesamte Rechtskritik auf.⁴ Und nun fordern auch seit den *Libet-Experimenten*⁵ Neurobiologen und Verhaltenspsychologen wie etwa *Roth*⁶ und *Singer*⁷, dass wir aufhören müssten „von Freiheit zu sprechen“⁸ und ziehen radikale Schlussfolgerungen für unsere Rechtsordnung, in welchen eine Inspiration in *Nietzsches* „Zur Genealogie der Moral“ nicht fern zu liegen scheint.⁹ Hierbei wird v.a. das Strafrecht kritisiert, in dem ein auf Freiheit basierendes Schuldprinzip durch ein Maßregelrecht abgelöst werden soll.¹⁰ Dass vielmehr die ganze Rechtsordnung betroffen ist und zu hinterfragen wäre, da jede Rechtsnorm Adressaten voraussetzt, die sich der Norm gemäß verhalten können, ohne dabei determiniert zu sein, wird oft vergessen.¹¹ Gegenstand dieses Beitrages soll die Frage sein, ob unserer Rechtsordnung, und hier maßgeblich dem Schuldrecht, überhaupt das Noema der Willensfreiheit des Menschen zugrunde liegt und ob eine Neubestimmung dessen notwendig ist. Eine Reduktion des Rechts auf die lediglich rechtstechnische Seite erschiene für die Beantwortung dieser Frage jedoch inadäquat.¹² Vielmehr ist es der Anspruch dieses Beitrages im Sinne einer multidisziplinären Rechtstheorie, „die Erkenntnisansprüche der einzelnen juristischen Teildisziplinen mit den Methoden und Erkenntnissen anderer Wissenschaften und Fachkulturen zu einer multidisziplinären Rechtslehre zu verbinden und dadurch die dysfunktionale Kluft zwischen Dogmatik und traditioneller Grundlagenforschung zu überwinden“¹³.

* Der Autor studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Justus-Liebig-Universität Gießen und ist studentische Hilfskraft am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie (Prof. Dr. Marietta Auer, MA, LL.M., SJD [Harvard]). Prof. Dr. *Thorsten Keiser*, Prof. Dr. *Franz Reimer* und *Finn Haberkost* sei für Anregungen im Entstehungsprozess dieses Beitrags herzlich gedankt. Der Beitrag ist *Theresa Turgut* gewidmet.

¹ *Hesse*, *Kinderseele*, 1985, S. 29.

² Siehe hierzu *Pohl*, *Wuppertaler Studienbibel*, 2. Aufl. 2000, S. 148 f.

³ *Goethe*, *Faust I*, 16. Aufl. 1996, S. 41.

⁴ *Nietzsche*, *Menschliches, Allzumenschliches I und II*, 2. Aufl. 1988, S. 103; *ders.* *Götzen-Dämmerung*, 2. Aufl. 1988, S. 95; *ders.* *Zur Genealogie der Moral*, 2. Aufl. 1988, S. 279.

⁵ Einführend dazu *Libet*, *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, S. 268 ff.

⁶ *Roth*, *Fühlen, Denken, Handeln*, 2003.

⁷ *Singer*, *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004.

⁸ *Singer* (Fn. 7), S. 30 ff.

⁹ Für diese Verbindung siehe nur *Nietzsche*, *Zur Genealogie der Moral*, 2. Aufl. 1988, S. 293 und *Roth* (Fn. 6), S. 531 ff.

¹⁰ *Roth/Lück/Strüber*, *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, S. 126 ff.; zumindest kritisch *Merkel*, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2. Aufl. 2014, S. 133 f.

¹¹ *Lampe*, *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, S. 16; *Konertz/Schönhof*, *Das technische Phänomen „Künstliche Intelligenz“ im allgemeinen Zivilrecht*, 2020, S. 58.

¹² Die Frage, ob der Mensch einen freien Willen hat oder determiniert ist, beschäftigt thematisch die Philosophie seit den Stoikern und den Epikurern, vgl. *Kern*, *Die Willensfreiheit*, 1913/14, S. 7; *Pauen*, *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, S. 9; *Hammacher*, *Die Frage nach der Freiheit*, 2015, S. 16 ff., S. 32 ff.; *Schulte*, *Enzyklopädie Philosophie*, Bd. 3, 2021, S. 2998.

¹³ *Auer*, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, 2018, S. 10.

B. Willensfreiheit und das heutige Privatrecht

Die Funktion unseres Privatrechts ist eine *Triade der Aufhebung*¹⁴. So ist die erste Funktion, Unrecht in einem negativen Sinne *aufzuheben (tollere)*, also zu beseitigen.¹⁵ Die zweite Funktion ist die bestehende gesellschaftliche Ordnung in einem erhaltenden Sinne *aufzuheben (conservare)*.¹⁶ Die dritte Funktion ist – als eine Erkenntnis des „privatrechtlichen Diskurs der Moderne“¹⁷ – die *Aufhebung (elevare)* des *autonomen* Menschen, in einem emporhebenden Sinne, zur (Rechts-)Person mithin zum Rechtssubjekt.¹⁸ Der Ursprung unseres bürgerlichen Rechts liegt im römischen Recht^{19, 20} und dieses beruht auf einer grundlegenden Prämisse: *Privatautonomie*²¹. Das Noema der Verantwortung des Einzelnen ist nicht nur für das Strafrecht, sondern auch für das Privatrecht von zentraler Bedeutung.²² Die Willensfreiheit wird dabei in der Privatrechtsdogmatik impliziert und tatsächliche wie auch rechtstheoretische Voraussetzungen für die Privatautonomie werden nicht hinterfragt.²³ So ergibt sich die Frage, wie sich die Privatautonomie zur Willensfreiheit verhält.

I. Privatautonomie als Prinzip

Privatautonomie ist zu verstehen als die Freiheit des Einzelnen, seine Rechtsbeziehungen nach eigenem Willen zu gestalten.²⁴ Dieser Selbstgestaltungswille kann sich als Abschluss von Schuldverträgen (§ 311 Abs. 1 BGB), Verfügung über Eigentum und sonstiges Vermögen (§§ 929 ff. BGB), Heirat (§ 1312 BGB) und die damit einhergehende Frage der güterrechtlichen Verhältnisse (§§ 1363 ff. BGB) sowie als die Verfügung von Todes wegen (§§ 2064 ff., 1941, 2274 ff. BGB) ausformen.²⁵ Eben jenes Prinzip wird auf die neuzeitlich-aufklärerische Ethik in *Kants Moral-*

philosophie²⁶ zurückgeführt, bei der aus der Person im ethischen Sinne, aus deren Würde, ein Anspruch auf Achtung durch das Gegenüber folgt.²⁷ Autonomie im Privatrecht in *kantischer* Ableitung ist als Selbstgestaltung durch Selbstbestimmung und durch Selbstverantwortung respektive Selbstbindung zu verstehen.²⁸ Diese Ambiguität der Privatautonomie zeigt sich paradigmatisch am Vertragsschluss insoweit, als der Vertrag für das Individuum Instrument der Selbstgestaltung ist, jedoch nur weil die Vertragspartner auch an den Vertrag gebunden sind.²⁹ Noch besser zeigt sich das Prinzip der privatrechtlichen Verantwortlichkeit im Bereich des Delikts- und Leistungsstörungsrechts. Wenngleich nicht zwangsläufig Selbstgestaltung im Mittelpunkt steht, dann jedoch verwirklichte Freiheit – als selbstbestimmte Handlung – und wenn eben jene Handlung frei war, ist sie auch zu verantworten und die schädigenden Folgen des *unerlaubten* Freiheitsgebrauchs sind zu beseitigen.³⁰ Die folgende Betrachtung beschränkt sich auf die Bedeutung der Privatautonomie und Willensfreiheit im Bereich des Vertrags- und Haftungsrechts.

1. Vertragsfreiheit

Für das Zustandekommen eines Vertrags bedarf es zweier hinsichtlich der *essentialia negotii* korrespondierender Willenserklärungen – Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB).³¹ Dabei sind die Parteien grundsätzlich frei zu entscheiden, ob und mit welchem Inhalt sie einen Vertrag abschließen.³² Eben jene Freiheit wird nicht schrankenlos gewährleistet, vielmehr findet sie ihre Grenzen dort, wo Kollektivinteressen betroffen sind.³³ Die Vertragsfreiheit setzt sich zusammen aus einer äußeren Vertragsfreiheit – Freiheit zum Vertragsschluss – und einer inneren Vertrags-

¹⁴ Dass in dem Begriff der „Aufhebung“ namentlich drei verschiedene Bedeutungen liegen, formulierte am prägnantesten wohl *Hegel*, *Wissenschaft der Logik*, 2015, S. 113.

¹⁵ Prosaisch *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 16. Aufl. 2019, S. 185: „Negation der Negation des Rechts“; hierzu eine einleuchtende Explikation in *Schapp*, *Methodenlehre des Zivilrechts*, 1998, S. 22; *ders./Schur*, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 4. Aufl. 2007, S. 2.

¹⁶ So lässt sich wohl auch *Marx*, *Zur Kritik der politischen Ökonomie*, in: *MEW*, Bd. 13, 10. Aufl. 1976, S. 9 f. lesen, wenn er schreibt: „Die Gesamtheit dieser Produktionsverhältnisse bildet die ökonomische Struktur der Gesellschaft, die reale Basis, worauf sich ein juristischer und politischer Überbau erhebt und welcher bestimmte gesellschaftlich Bewusstseinsformen entsprechen. [...] Aus Entwicklungsformen der Produktivkräfte schlagen diese Verhältnisse in Fesseln derselben um.“; sowie auch *ders.*, *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, in: *MEW*, Bd. 1, 10. Aufl. 1976, S. 260: „Die gesetzgebende Gewalt macht das Gesetz nicht, sie entdeckt und formuliert es nur.“; zur Konservierungsfunktion auch *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 11. Aufl. 2019, S. 55.

¹⁷ *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 2014, S. 13 ff.

¹⁸ *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2, 1840, S. 2: „Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freyheit willen. Darum muss der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjects zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen [...]“.

¹⁹ Römische Rechtsgelehrte arbeiteten zwar mit Begriffen wie *liber, libertas* und *arbitrium*, jedoch eher im Zusammenhang mit Sklavenfreilassungen, *Behrends/Knüttel/Kupisch/Seiler*, *Corpus Iuris Civilis*, 4. Aufl. 2013, Inst. 2, 14, 1; oder im Zusammenhang der Entlassung eines Sohnes aus der väterlichen Gewalt, *dies.* (Fn. 19), Inst. 1, 12, 4; so geht es immer um

Entscheidungen, jedoch nie um deren kognitiven Voraussetzungen, *Baldus*, *Die Bedeutung der Willensfreiheit im römischen Privatrecht*, in: *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, S. 167 ff.

²⁰ Hierfür statt vieler *Wieacker*, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, 1953, S. 4.

²¹ *Wieacker* (Fn. 20), S. 8 f.; *Bydlinski*, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, 1967, S. 120 ff.

²² *Schur*, *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, S. 226.

²³ *Baldus* (Fn. 19), S. 167.

²⁴ *BVerfGE* 81, 242; 89, 214.

²⁵ Vgl. *Schapp*, *Methodenlehre des Zivilrechts*, 1998, S. 18 ff.; *Repgen*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 2001, S. 517; *Schapp*, *Über Freiheit und Recht*, 2008, S. 1 f.

²⁶ *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, (AA 04), S. 436.

²⁷ *Kant* (Fn. 26), S. 436; hierzu *Schur* (Fn. 22), S. 227 f.; *Auer*, *RphZ* 2020, 162 f.

²⁸ *Kant* (Fn. 26), S. 440 ff.; vgl. *Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, 2005, S. 10 ff.

²⁹ *Schur* (Fn. 22), S. 228; *Schapp*, *Methodenlehre und System des Rechts*, 2009, S. 115 f.

³⁰ *Hattenhauer*, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, 1982, S. 105; *Schur* (Fn. 22), S. 228.

³¹ *Medicus/Petersen*, *Allgemeiner Teil des BGB*, 11. Aufl. 2016, S. 153 ff.; *Brox/Walker*, *Allgemeiner Teil des BGB*, 45. Aufl. 2021, S. 44.

³² Insoweit besteht Abschluss- und Gestaltungsfreiheit, *Medicus/Petersen* (Fn. 31), S. 85 f.; *Brox/Walker* (Fn. 31), S. 41.

³³ *Auer* (Fn. 28), S. 26 ff. mit Ausführungen zur Antinomie im Privatrecht zwischen individualistischen Ansätzen und kollektivistischen Schranken.

freiheit – fehlerfreie Bildung und Erklärung eines Willens zum Vertragsschluss.³⁴ Die äußere Vertragsfreiheit findet v.a. in den §§ 134, 138 BGB³⁵ und dem AGG ihre Grenzen.³⁶ Den §§ 134, 138 BGB liegt das Noema der grundsätzlichen Selbstgestaltungsfreiheit der Vertragsparteien zugrunde, so dass eine Vertragskontrolle nur negativ³⁷ und Beschränkungen nur im Einzelfall erfolgen können.³⁸ Bei einer entsprechenden Kontrolle handelt es sich um einen Nichtigkeitsgrund und nicht um eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Vertrages.³⁹ Das Recht bestimmt damit, wann ein ungerechter, nicht jedoch ein gerechter Vertrag vorliegt,⁴⁰ so dass eine *Domestizierung*⁴¹ der Rechtssubjekte durch bestimmte moralische oder sittliche Mindestanforderungen nicht erfolgt. Fundamental i.R.d. äußeren Vertragsfreiheit ist die Korrespondenz der Willenserklärungen,⁴² denn ein singulärer Wille ist nur ein Wille im luftleeren Raum, welcher erst im Willen seines Vertragspartners seine orthogonalen Dimensionen erhält.⁴³ Dreh- und Angelpunkt der inneren Vertragsfreiheit und der Rechtsgeschäftslehre im bürgerlichen Recht ist die Willenserklärung.⁴⁴ Die Willenserklärung ist ebenso dichotom wie die Vertragsfreiheit an sich. So beinhaltet diese die subjektinterne Bildung des Willens sowie die rechtliche Artikulation desselben.⁴⁵ Fundamentale Wirksamkeitsvoraussetzung ist die *Geschäftsfähigkeit* der ihren Willen erklärenden Person (§§ 104 ff. BGB).⁴⁶ Auch hier verzichtet das Recht darauf zu normieren, was Geschäftsfähigkeit ist, sondern schließt in den Fällen der §§ 104 ff. BGB die Geschäftsfähigkeit aus oder beschränkt sie.⁴⁷ Insoweit spricht das Recht jeder Person, für welche nicht nach dem Recht die freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist, die Fähigkeit zu – unabhängig anderweitiger Fähigkeiten – die Auswirkungen ihres rechtlichen

Handelns zu erkennen und demgemäß zu agieren.⁴⁸ Der singuläre Wille als Fundament der Willenserklärung ist dreigliedrig und besteht aus dem *Handlungswillen*⁴⁹, dem *Erklärungsbewusstsein*⁵⁰ und dem *Geschäftswillen*^{51, 52}. Diese psychologische Aufgliederung der Willenserklärung dient der rechtlichen Analyse eines einheitlichen Lebensvorganges, um die Zurechenbarkeit von Willenserklärungen zu ermitteln.⁵³ Bestimmte Ursachen, das heißt die Beweggründe, auf Grund welcher ein Vertrag geschlossen wird, sind nicht von vornherein ausgeschlossen, so dass diese auch nicht Bestandteil der Willenserklärung werden,⁵⁴ anders als beispielsweise im *Code civil* von 1804.⁵⁵ Im Rahmen der Debatte um den Geltungsgrund einer Willenserklärung auf Basis der Willentheorie respektive der Erklärungstheorie greift das BGB auf einen vermeintlich vermittelnden Lösungsansatz zurück, indem es davon ausgeht, dass die Artikulation der nach außen gerichtete Ausdruck des inneren Willens sei und diese demzufolge in Einheit bestehen.⁵⁶ Hierbei ist zu konstatieren, dass der *intersubjektiv-amorphe* Wille erst im Recht wirklich Struktur erhält.⁵⁷ Das wird zum einen deutlich bei der Auslegung von Willenserklärungen nach den §§ 133, 157 BGB, wonach eine empfangsbedürftige Willenserklärung nach dem Empfängerhorizont auszulegen ist.⁵⁸ Konstitutiv ist demnach nicht, wie der Erklärende seine Erklärung verstanden hat, sondern wie ein vernünftiger Dritter sie verstehen konnte, so dass der Wille des Erklärenden anhand eines normativen Maßstabs im Interesse des Rechtsverkehrs ermittelt wird.⁵⁹ Zudem ist der Wille zur Gestaltung des Vertrags nur ein gewissermaßen detaillierter Wille, welcher nie das Rechtsgeschäft in Gänze erfassen muss, so dass nur die *essentialia negotii* zwingend von den Parteien zu bestimmen sind,

³⁴ Vgl. Schapp, Über Freiheit und Recht, 2008, S. 24 ff.; Schur (Fn. 22), S. 231.

³⁵ Wohl auch in den §§ 305 ff. beim Verwenden von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie auch in der Generalklausel des § 242, vgl. Auer (Fn. 28), S. 42 f.

³⁶ Auer (Fn. 28), S. 26 ff.

³⁷ D.h. ein Vertrag wird nicht daraufhin untersucht, ob er den guten Sitten entspricht, sondern ob er gegen diese verstößt, Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 23 f.

³⁸ Schapp (Fn. 34), S. 25; Schur (Fn. 22), S. 231; Brox/Walker (Fn. 31), S. 158.

³⁹ Vgl. Auer (Fn. 28), S. 26 ff.; Schapp (Fn. 34), S. 25; Schur (Fn. 22), S. 231.

⁴⁰ So Schapp, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, 1986, S. 83 ff.; Schur (Fn. 22), S. 232; vgl. für Aspekte eines gerechten Vertrags etwa Schapp (Fn. 40), S. 88 ff.

⁴¹ So etwa Roth (Fn. 6), S. 531 ff., welcher dem Recht einen Domestizierungseffekt anheftet. Ähnliche Ausführungen machte bereits Nietzsche (Fn. 9), S. 293.

⁴² Vgl. Hattenhauer (Fn. 30), S. 64.

⁴³ Vgl. Schmidt-Rimpler, AcP 141 (1941), 130 (160).

⁴⁴ Schapp (Fn. 40), S. 8 ff.; Schur (Fn. 22), S. 232.

⁴⁵ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, S. 257 f.

⁴⁶ Statt vieler Neuner, JuS 2007, 881 (883 f.).

⁴⁷ Zur Geschäftsunfähigkeit in der Antike findet sich eine vergleichbare Regelungstechnik, vgl. nur Gaius 3, 106: „Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat.“ – „Der Geisteskranke kann kein Rechtsgeschäft vornehmen, weil er nicht versteht, was er tut.“, <http://www.thelatinlibrary.com/gaius3.html#106>, abgerufen am 27.3.2022, Übersetzung bei Baldus (Fn. 19), S. 177.

⁴⁸ Schur (Fn. 22), S. 233; Schapp/Schur (Fn. 15), S. 201 ff.

⁴⁹ Der Wille des Erklärenden zu handeln, Neuner (Fn. 46), 884.

⁵⁰ Der Wille eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben, Neuner (Fn. 46), 886.

⁵¹ Der Wille mit der Erklärung einen konkreten rechtlichen Erfolg herbeizuführen, Neuner (Fn. 46), 885.

⁵² Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft: Eine psychologisch-juristische Untersuchung, 1879; Stark, Die Analyse des Rechts, 1916, S. 131.

⁵³ Wenngleich die Arbeit Zitelmans (Fn. 52) den Titel einer „psychologisch-juristischen Untersuchung“ trägt, basiert diese nicht auf psychologisch-evidenten Daten, vgl. Schapp/Schur (Fn. 15), S. 166 ff.; Schur (Fn. 22), S. 234.

⁵⁴ Hierzu die Motive zum BGB, 1888, Bd. 2, S. 2: „Vermöge des Prinzips der Vertragsfreiheit, von welchem das Recht der Schuldverhältnisse beherrscht wird, können die Parteien ihre Rechts- und Verkehrsbeziehungen nach ihrem Ermessen mit obligatorischer Wirkung unter sich bestimmen, soweit nicht allgemeine oder bestimmte einzelne absolute Gesetzesvorschriften entgegenstehen.“; siehe instruktiv zur Geschichte des vertragsrechtlich gewährten Freiheitsraums und damit den Bruch mit gemeinrechtlicher und französischer Tradition seit 1896, Haferkamp, Wege zur Rechtsgeschichte: das BGB, 2022, S. 20 ff.

⁵⁵ Siehe etwa Artikel 1108 und Artikel 1133.

⁵⁶ Stathopoulos, in: FS für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 358 ff.; Schapp (Fn. 40), S. 8 ff.; ders./Schur (Fn. 15), S. 158 ff.

⁵⁷ Zur „Willenserklärung“ als „Geltungserklärung“ bereits Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, S. 34 ff.; vgl. Stathopoulos (Fn. 56), S. 358 f.

⁵⁸ Statt vieler Stathopoulos (Fn. 56), S. 357; Brox/Walker (Fn. 31), S. 63 ff.

⁵⁹ BGHZ 16, 71 = NJW 1955, 337.

während alles andere – wenn nötig – das dispositive Recht regelt. Insoweit ergänzen sich Vertrag und Gesetz. Für das Vertragsrecht bedeutet das zusammenfassend, dass der freie-subjektinterne Wille nur innerhalb des Vertrags seine amorphe Gestalt ablegt und Struktur gewinnt. Und schließlich bedarf das Recht *de lege lata* zumindest der Implikation des freien Willens des Individuums, um funktionieren zu können.

2. Haftungsrecht

Die *Verantwortung* des Individuums für schädigende Handlungen stellt einen weiteren Aspekt der Privatautonomie dar.⁶⁰ Von zentraler Bedeutung für das Haftungsrecht ist die Haftung aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB) sowie die Haftung i.R.d. Leistungsstörungenrechts (§§ 280 ff. BGB).⁶¹ Sowohl das Delikts- wie auch das Leistungsstörungenrecht gehen vom *Verschuldensprinzip* aus,⁶² welches durch verschuldensunabhängige Haftung nach dem *Risikoprinzip* komplementiert wird, mittels Garantie- und Gefährdungshaftung.⁶³ Das bürgerliche Recht geht ebenso wie das Strafrecht⁶⁴ von Vorsatz und Fahrlässigkeit als Verschuldensformen aus.⁶⁵ Hierbei entsprechen sich die Ausgangspunkte in der Bestimmung des Vorsatzes im Straf- und Privatrecht,⁶⁶ während es i.R.d. Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB), konträr zum Strafrecht nicht auf das „Versagen des Täters“⁶⁷ ankommt,⁶⁸ sondern auf die Außerachtlassung dessen, was in der entsprechenden Situation von einem Angehörigen des entsprechenden Verkehrskreises nach durchschnittlichen Maßstäben erwartet werden konnte.⁶⁹ Demzufolge gilt im Privatrecht ein aus individuell-persönlichen und objektiv-normativen Materialien fusionierter Fahrlässigkeitsbegriff respektive Schuldvorwurf.⁷⁰ Individuell-persönlich ist der Schuldvorwurf insoweit, als dass die Verschuldensfähigkeit konstitutiv ist (vgl. §§ 827, 828 BGB und § 276 Abs. 1 S. 2 BGB),⁷¹ während die Taxierung der Sorgfaltsanforderung nicht individuell angepasst, sondern aus objektiv-normativen Maßstäben

hergeleitet wird.⁷² Begründet wird dies damit, dass es dem Privatrecht gerade nicht um Bestrafung des Individuums gehe, sondern um eine angemessene Schadensverteilung.⁷³ Mit Blick auf das Haftungsrecht lässt sich zusammenfassend festhalten, dass das Privatrecht zwar im Gegensatz zum Strafrecht eine abgeschwächte moralische Verantwortlichkeit für freie-individuelle Handlungen kennt,⁷⁴ jedoch die Nichtbeachtung des Privatrechts innerhalb der Diskussion um die Willensfreiheit nicht gerechtfertigt ist.⁷⁵

II. Eine Reflexion:

Philosophie, Wissenschaft, Privatrecht

Zunächst lässt sich festhalten, dass der *Wille* das Fundament für die beschriebenen Regelungsmechanismen des Rechts ist, sei es der *Wille* zur Gestaltung eines Rechtsverhältnisses oder der *Wille* zum unerlaubten Freiheitsgebrauch.⁷⁶ Insoweit wird deutlich, dass dem Privatrecht unterschiedliche Freiheitskonzepte zugrunde liegen: Zum einen jenes der Vertragsfreiheit, welcher äußere Beschränkungen der Freiheit entgegenstehen (§§ 134, 138 BGB sowie die Korrespondenz der Willenserklärungen) sowie auch Grundvoraussetzungen konstitutiv sind für die Fähigkeit, jene Freiheit auszuüben (§§ 104 ff. BGB); zum anderen das Haftungsrecht, welches lediglich äußere Handlungsgrenzen der Freiheit festlegt. Diese Ambiguität der Freiheit i.R.d. Privatrechts gilt es im Folgenden zu explizieren. Dafür sind Handlungs- und Willensfreiheit zu differenzieren. *Handlungsfreiheit* wird meist auf *Hobbes'* Vorstellung der *conditio humana*⁷⁷ zurückgeführt, das Naturrecht eines jeden Mensch auf Freiheit – die Absenz äußerer Widerstände.⁷⁸ Verfassungsrechtlich geschützt wird die Handlungsfreiheit⁷⁹ durch Art. 2 Abs. 1 GG, als allgemeines Freiheitsrecht.⁸⁰ Als Handlungsfreiheit ist die Vertragsfreiheit zu verstehen⁸¹, als grundsätzlich unbeschränkte Freiheit zum Vertragsschluss,⁸² der lediglich äußere Beschränkungen in Form von gesetzlichen Verboten zugrunde liegen (§§ 134, 138 BGB u.Ä.).⁸³ So enthält das

⁶⁰ Kant (Fn. 26), S. 440 ff.; Auer (Fn. 28), S. 10 ff.; Schur (Fn. 22), S. 228.

⁶¹ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 13. Aufl. 1982, S. 254 ff.

⁶² Larenz (Fn. 61), S. 255.

⁶³ Larenz (Fn. 61), S. 255 ff.

⁶⁴ Vgl. nur etwa Mitsch, JuS 2001, 105 ff.; Rönnau, JuS 2010, 675 ff.; Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 976 ff.

⁶⁵ Vgl. Larenz (Fn. 61), S. 255; Huber, Leistungsstörungen, Bd. 1, 1999, S. 78; Schur, Leistung und Sorgfalt, 2001, S. 1 ff.; ders. (Fn. 22), S. 236; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 20. Aufl. 2012, S. 171.

⁶⁶ Obgleich das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit in der Privatrechtsdogmatik zum Vorsatz gehört, vgl. BGHZ 115, 299 = NJW 1992, 621; Larenz (Fn. 61), S. 258 ff.; Schur (Fn. 22), S. 236, während die Schuldtheorie i.R.v. § 17 StGB im Strafrecht das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als selbstständiges Moment im Rahmen der Schuld begreift, BGHSt 2, 194 = NJW 1952, 593.

⁶⁷ Mitsch (Fn. 64), 106.

⁶⁸ Vgl. hierfür Mitsch (Fn. 64), 106; Medicus/Lorenz (Fn. 65), S. 176.

⁶⁹ Larenz (Fn. 61), S. 261; Schur (Fn. 65), S. 1 ff.; ders. (Fn. 22), S. 236 f.; Medicus/Lorenz (Fn. 65), S. 175 f.

⁷⁰ Vgl. Larenz (Fn. 61), S. 261; Schur (Fn. 65), S. 1 ff.; Medicus/Lorenz (Fn. 65), S. 175 f.

⁷¹ Vgl. Larenz (Fn. 61), S. 271 ff.; Schur (Fn. 22), S. 237; Medicus/Lorenz (Fn. 65), S. 173; Lorenz, JuS 2007, 611 (612).

⁷² Larenz (Fn. 61), S. 261 ff.; Schur (Fn. 22), S. 237; Medicus/Lorenz (Fn. 65), S. 176.

⁷³ Siehe etwa Larenz (Fn. 61), S. 264 ff.; kritisch dazu Koziol, AcP 196 (1996), 593 ff.

⁷⁴ Schur (Fn. 22), S. 238.

⁷⁵ So etwa Roth (Fn. 6), S. 536, welcher dem zivilrechtlichen Schuldbezug unterstellt, dass dieser keine moralischen Aspekte beinhaltet.

⁷⁶ Schur (Fn. 22), S. 238.

⁷⁷ Willms, Furcht und Freiheit, 1982, S. 81 ff.

⁷⁸ Hobbes, Leviathan, 17. Aufl. 2020, S. 34, 99.

⁷⁹ Vgl. etwa schon Artikel 4 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789: „Die Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was anderen nicht schadet.“

⁸⁰ BVerfGE 6, 32; 54, 143; 74, 129; 80, 173.

⁸¹ In diesem gedanklichen Zusammenhang sei auch die Eigentumsfreiheit erwähnt (vgl. § 903 BGB), welche dem Einzelnen gewährt, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren, sofern dem nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen.

⁸² BVerfGE 89, 48; 95, 267.

⁸³ Vgl. hierzu etwa BVerfGE 103, 89.

Haftungsrecht auch lediglich die Abgrenzung äußerer Handlungssphären und schützt insoweit die allgemeine Handlungsfreiheit.⁸⁴ Man könnte hier schon von der Eröffnung zur freien Willensbetätigung durch das Recht sprechen, insoweit als es dem Individuum ein weites Feld an Verhaltensmöglichkeiten eröffnet, welches vom Individuum ausgefüllt werden kann.⁸⁵ *Willensfreiheit* beschreibt hingegen die Fähigkeit, den eigenen Willen autonom zu bilden.⁸⁶ *Autonomie* ist erstens die Möglichkeit zwischen mehreren Alternativen zu wählen und zweitens, Urheberin ihrer Entscheidung zu sein.⁸⁷ Im Folgenden werden drei verschiedene Blickwinkel auf das Recht im Zusammenrespektive im Widerspiel mit der *Willensfreiheit* eingenommen die eine Auseinandersetzung mit drei unterschiedlichen Philosophen der Moderne widerspiegeln: zunächst *Hegel* und dessen affirmative Philosophie zur *Willensfreiheit* als einerseits Bedingung und andererseits Erzeugnis des Recht; sodann folgt – als *dialektisches Moment*⁸⁸ – *Nietzsche* und dessen Determinismus, verzahnt mit seiner Kritik des römischen Obligationsrechts; und schließlich *Kants* Kompatibilismus als Versuch einer Synthese.

1. „Freiheit als Idee“⁸⁹ nach *Hegel*

Mit der Rechtsphilosophie *Hegels* hat sich die deutsche Zivilrechtsjurisprudenz beinahe nicht auseinandergesetzt,⁹⁰ was wohl dem Einfluss der Historischen Rechtsschule unter *Savigny* und dessen Affinität zur Philosophie *Kants* geschuldet war.⁹¹ Freiheit verortet *Hegel* überall dort, wo Menschen Rechtsverhältnisse untereinander haben,⁹² so dass das römische Recht – das Obligationsrecht – den Kern seiner Rechtsphilosophie bildet. Recht ist nach *Hegel*

„Dasein“ – Verwirklichung – des menschlichen Willens.⁹³ Wille meint hierbei durch menschliche Intelligenz gesteuertes Verhalten.⁹⁴ Jener Wille ist zunächst determiniert durch menschliche Triebe, Begierden und Neigungen, doch es entspricht dem „Weg des Willens“, sich von diesen deterministischen Faktoren zu abstrahieren, sie zu negieren und sich durch die Inhalte der Vernunft, des Denkens, leiten zu lassen.⁹⁵ Der durch das Denken bestimmte Wille ist axiomatisch auch ein freier Wille und durch keine Gegebenheiten der Natur beschränkbar.⁹⁶ So bedeutet „Freiheit“ für *Hegel* die Verwirklichung der Vernunft in einer Tätigkeit.⁹⁷ Diese Wirklichkeit ist für *Hegel* das Recht.⁹⁸ Damit ist für *Hegel* der freie Wille des Menschen einerseits die Bedingung für das Recht und begründet die Erhebung eines jeden Menschen zur rechtsfähigen „Person“⁹⁹.¹⁰⁰ Auf der anderen Seite wird Willensfreiheit durch das Recht ermöglicht, indem es der Person gewährt, Eigentum zu erwerben¹⁰¹ und andere vom Gebrauch auszuschließen. Damit Rechtsfähigkeit nämlich mehr als bloße Fiktion ist, muss die Möglichkeit für die Person existieren, ihrer „Freiheit“ eine „äußeren Sphäre“¹⁰² zu geben, die von anderen anerkannt wird.¹⁰³ Damit folgt *Hegel* der aufklärerischen Prämisse¹⁰⁴, dass nur solche rechtlichen Festlegungen gerechtfertigt sind, welche die Autonomie des Individuums fördern.¹⁰⁵ Obgleich nach *Hegel* das Recht die Freiheit des Individuums fördern soll, kritisiert er den klassisch-liberalen Rechtsbegriff *Kants*¹⁰⁶, nach welchem der Wille des Individuums im Willen des anderen lediglich eine Begrenzung der eigenen Freiheit sieht.¹⁰⁷ *Hegel* versucht als Respons soziale Prinzipien aufzustellen, durch welche, „die Subjekte wechselseitig in der Freiheit des anderen eine

⁸⁴ *Looschelders*, JuS 2010, 849 (854); *Spickhoff*, JuS 2016, 865 ff.; *Lorenz*, JuS 2019, 852; *Kroeschell*, Rechtsgeschichte Deutschland im 20. Jahrhundert, 1992, S. 19; *Schur* (Fn. 22), S. 243.

⁸⁵ Vgl. *Schur* (Fn. 22), S. 244.

⁸⁶ Statt vieler *Schulte* (Fn. 12), S. 2997.

⁸⁷ *Kane*, The Significance of Free Will, 1998, S. 32 ff.

⁸⁸ *Hegel*, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften I, 16. Aufl. 2019, S. 168.

⁸⁹ *Hegel* (Fn. 15), S. 80.

⁹⁰ Eine Ausnahme bildet insoweit die (freilich problematische) Renaissance der 1930er Jahre rund um *Julius Binder*, *Karl Larenz* und *Gerhard Dulckeit*, aus der paradigmatisch die Differenzierung von Adäquanz und Kausalität im Bereich der Dogmatik des Schadensersatzrechts hervorging, durch *Larenz*, *Hegels* Zurechnungslehre und der Begriff der Objektiven Zurechnung, 2. Aufl. 1970; hierzu *Canaris*, Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Bd. 2, (2007), S. 265; siehe zur (problematischen) Hegelrenaissance *Schirmer*, Die Göttinger Hegel-Schule, 2016.

⁹¹ Vgl. für den kantischen Einfluss auf die Historische Rechtsschule namentlich *Savigny*, *Puchta* und *Windscheid: Haferkamp*, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, S. 197 ff.

⁹² *Piontkowski*, *Hegels* Lehre über Staat und Recht und seine Strafrechtstheorie, 1960, S. 87; *Adomeit*, Rechts- und Staatsphilosophie II, 2. Aufl. 2002, S. 112.

⁹³ *Hegel* (Fn. 15), S. 80; hierzu *Landau*, Materialien zu *Hegels* Rechtsphilosophie, Bd. 2, 1975, S. 177.

⁹⁴ *Hegel*, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III, 16. Aufl. 2019, S. 287 f.

⁹⁵ *Hegel* (Fn. 94), S. 288; hierzu *Landau* (Fn. 93), S. 177.

⁹⁶ *Hegel* (Fn. 15), S. 46: „Das Schwere macht den Körper aus und ist der Körper. Ebenso ist es mit der Freiheit und dem Willen, denn das Freie ist

der Wille. Wille ohne Freiheit ist ein leeres Wort, so wie die Freiheit nur als Wille, als Subjekt wirklich ist.“; hierzu *Piontkowski* (Fn. 92), S. 89; *Riedel*, Materialien zu *Hegels* Rechtsphilosophie, Bd. 2, 1975, S. 116.

⁹⁷ *Hegel* (Fn. 94), S. 301; hierzu *Landau* (Fn. 93), S. 177.

⁹⁸ *Hegel* (Fn. 15), S. 80: „Dies, daß ein Dasein überhaupt Dasein des freien Willens ist, ist das Recht. – Es ist somit überhaupt die Freiheit, als Idee.“

⁹⁹ *Hegel* (Fn. 15), S. 95.

¹⁰⁰ *Hegel* (Fn. 15), S. 46: „Der Boden des Rechts überhaupt erst das Geistige“; hierzu *Piontkowski* (Fn. 92), S. 97 f.; *Riedel* (Fn. 96), S. 117 ff.; *Schaber*, Recht als Sittlichkeit, 1989, S. 20; *Adomeit* (Fn. 92), S. 112 f.; *Loick*, Juridismus, 2. Aufl. 2020, S. 122.

¹⁰¹ Nach *Hegel* (Fn. 15), 91 gibt sich das Subjekt erst „in den Sachen ein Dasein“; hierzu *Riedel* (Fn. 96), S. 117 ff.; *Bogdandy*, *Hegels* Theorie des Gesetzes, 1986, S. 64 ff.; *Schaber* (Fn. 100), S. 20; *Adomeit* (Fn. 92), S. 112 f.; *Loick* (Fn. 100), S. 122.

¹⁰² *Hegel* (Fn. 15), S. 102; hierzu *Landau* (Fn. 93), S. 179.

¹⁰³ Das Problem, dass jeder einzelne Mensch somit, um wirklich frei zu sein auch Eigentümer von Sachen sein muss, wird von *Hegel* nicht weiter thematisiert, hierzu *Landau* (Fn. 93), S. 179 f.

¹⁰⁴ Etwa *Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? (AA 08), S. 35.

¹⁰⁵ *Brandt*, Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, S. 335 ff.; *Bogdandy* (Fn. 101), S. 63; *Honneth*, Leiden an Unbestimmtheit, 2001, S. 21; *Loick* (Fn. 100), S. 122 ff.

¹⁰⁶ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (AA 06), S. 230: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“

¹⁰⁷ *Kant* (Fn. 106), S. 230; *Hegel* (Fn. 15), S. 80 f.; vgl. *Piontkowski* (Fn. 92), S. 98 f.; *Loick* (Fn. 100), S. 38 f.

Voraussetzung der eigenen Selbstverwirklichung erblicken können¹⁰⁸. So wäre nach *Hegel* im Modell der äußeren Vertragsfreiheit sein Vertragspartner nicht lediglich seine Freiheitsgrenze, sondern dieser würde ihm erst Freiheitsausübung ermöglichen, wenn dieser gewillt ist, mit ihm einen Vertrag zu schließen.

2. Determinismus als Antithese

Als Antithese zur Willensfreiheit des Menschen steht der *Determinismus*, nach dem jedes Ereignis in der Welt vorbestimmt ist.¹⁰⁹ Dieser wird unterschiedlich erklärt. So wird der Determinismus zum einen durch die Annahme der Existenz eines allwissenden göttlichen, das Leben der Menschen lenkenden, Wesens begründet.¹¹⁰ Ein anderer Ansatz geht von einem – auch für menschliche Handlungen geltenden – allgemeinen Kausalprinzip aus, nach welchem alles Geschehen im Universum seinen Ursprung in einer vorlaufenden Gesamtgeschichte, bestehend aus früheren Ereignissen und Naturgesetzen, hat.¹¹¹ Daraus folgt, dass für jede menschliche Handlung eine oder mehrere Ursachen existieren, welche genau diese Handlung bedingt haben.¹¹² Für diese Theorie sind folgende Handlungstypen von Interesse, obgleich lediglich einer das Problem der Urheberschaft von Handlungen und deren Zurechenbarkeit aufwirft: reflexartige Handlungen, erzwungene Handlungen¹¹³ und freiwillige Handlungen, paradigmatisch ein wohlervogener Vertragsabschluss.¹¹⁴ Um die entsprechenden Handlungstypen zu erklären, haben sich unterschiedliche Handlungstheorien entwickelt.¹¹⁵ Umfassende Handlungstheorien beinhalten die objektiv wahrnehmbaren Stimuli, intrinsische Beweggründe für eine Handlung sowie auch die be- oder unterbewusste Entscheidung, eine Handlung tatsächlich vorzunehmen respektive zu unterlassen.¹¹⁶ Für entsprechende Theorien ist der Entschluss zur Handlung Gegenstand des postulierten Kausalprinzips, welches seinen Ursprung etwa

in den Wünschen und Präferenzen des jeweilig agierenden Menschen hat.¹¹⁷ Neurowissenschaftliche und verhaltenspsychologische¹¹⁸ Untersuchungen bestärken den Ansatz der unterbewussten Handlungsantriebe und gelangen zu dem Ergebnis, dass ein messbares „Bereitschaftspotenzial“¹¹⁹, eine Handlung tatsächlich durchzuführen, bereits vor dem subjektiven Bewusstsein des Menschen gegeben ist.¹²⁰ Wenn der Mensch tatsächlich nicht Urheber seiner Handlung wäre, könne ihm diese weder rechtlich noch moralisch zurechenbar sein, so dass etwaige straf- und auch zivilrechtliche Zurechnungsmodelle möglicherweise obsolet würden.

3. Determinismus und Idiosynkrasie des Privatrechts bei Nietzsche

Eben jene moralische Zurechnung menschlicher Handlungen durch die okzidentale Gesellschaft kritisiert *Nietzsche*¹²¹ in einer zuvor nie dagewesenen Radikalität.¹²² Seine Rechtskritik, welche sich gegen das römische Obligationsrecht¹²³ richtet, ist verzahnt mit seiner Kritik der Willensfreiheit.¹²⁴ Das Obligationsrecht arbeite als Subjektivierungsregime, indem es „souveraine Individuen“¹²⁵ aus der autochthonen Gemeinschaft heraustrennt.¹²⁶ Diese Souveränität der Individuen ist mit unserer Vorstellung von der aus der Geschäftsfähigkeit erwachsenden Privatautonomie¹²⁷ des Individuums zu vergleichen, selbstständig rechtlich bindende Versprechen abzugeben.¹²⁸ Diese vermeintliche Ermächtigung respektive *Aufhebung* des Individuums zum „Rechtssubject“ diagnostiziert *Nietzsche* vielmehr als *Domestizierung*, dergestalt, dass das Individuum durch das Konstrukt der Verantwortung zur Einhaltung etwaiger Versprechen gezwungen wird, indes alternative Handlungsoptionen wegfallen.¹²⁹ Im Gegensatz zu *Hegel* setzt *Nietzsche* den selbstbestimmten Willen nicht als Axiom subjektiver Kapazität für das Recht voraus, sondern kann die Erzeu-

¹⁰⁸ Honneth (Fn. 105), S. 18, 35.

¹⁰⁹ Statt vieler Henkel, in: FS für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 14.

¹¹⁰ Auch *theologische Prädestinationslehre*; vgl. Luther, Sprüche 21:1: „Des Königs Herz ist in der Hand des Herrn wie Wasserbäche; er lenkt es, wohin er will.“; siehe auch *ders.*, Sprüche 16:9: „Des Menschen Herz erdenkt sich seinen Weg; aber der Herr allein lenkt seinen Schritt.“; siehe hierfür etwa auch *ders.*, *De servo arbitrio*, Bd. 18, 1908, S. 632.

¹¹¹ Auch *Kausaler Determinismus* oder *Klassischer Determinismus*, statt vieler *Stekeler-Weithofer*, *Enzyklopädie Philosophie*, Bd. 1, 2021, S. 382.

¹¹² *Stekeler-Weithofer* (Fn. 111), S. 382.

¹¹³ Sowohl *reflexartige* wie auch *erzwungene Handlungen* werden im Weiteren nicht näher thematisiert, da sich für *reflexartige Handlungen* das Problem des freien Willens gar nicht eröffnet und fernerhin im Rahmen von *erzwungenen Handlungen* nur die Frage insoweit von Belang ist, was in der Kausalkette fehlen muss, damit von Zwang gesprochen werden kann, hierzu *Henkel* (Fn. 109), S. 5 ff.; *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 6. Aufl. 2021, S. 311 f.

¹¹⁴ *Mahlmann* (Fn. 113), S. 311 f.

¹¹⁵ *Mahlmann* (Fn. 113), S. 311 f.

¹¹⁶ *Mahlmann* (Fn. 113), S. 311 f.

¹¹⁷ So vor allem *Bieri*, *Das Handwerk der Freiheit*, 2001; vgl. *Mahlmann* (Fn. 113), S. 312.

¹¹⁸ Hierzu *Roth* (Fn. 6), welcher dem limbischen System die Steuerung unserer Handlungen zuschreibt, als autonomes System.

¹¹⁹ Aus dem Englischen „readiness potential“, *Libet* (Fn. 5), S. 268 ff.

¹²⁰ Für eine Kritik der „Libet“-Experimente siehe etwa *Rösler*, *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, S. 140 ff.

¹²¹ *Nietzsche* war maßgeblich geprägt von Schriften der *Historischen Rechtsschule* und lernte durch den Einfluss *Savignys* und später *Jherings*, dass sich das Recht aus den lebensweltlichen Anforderungen herleitet und das positiviert Ergebnis sozialer und politischer Machtkämpfe darstellt, *Kerger*, *Autorität und Recht im Denken Nietzsches*, 1988; *Loick* (Fn. 100), S. 188.

¹²² *Seebaß*, *Willensfreiheit und Determinismus*, Bd. 1, 2007, S. 84; *Loick* (Fn. 100), S. 185 ff.

¹²³ Hierbei sei angemerkt, dass *Nietzsche* das römische Recht radikal kritisiert, dieses jedoch etwaigen deutschen Alternativen vorzieht, worin sich umso mehr die Prägung durch die Historische Rechtsschule bemerkbar macht, *Loick* (Fn. 100), S. 189.

¹²⁴ *Loick* (Fn. 100), S. 186 ff.

¹²⁵ *Nietzsche* (Fn. 9), S. 293.

¹²⁶ *Nietzsche* (Fn. 9), S. 298; hierzu *Loick* (Fn. 100), S. 192 f.

¹²⁷ Die Entsprechung der Privatautonomie und *Nietzsches* Souveränität ist insoweit naheliegend, als dass genealogisch das moderne subjektive Recht mit dem römischen Recht als Verfügungsgewalt über Sachen und Personen zusammenhängt, *Loick* (Fn. 100), S. 197.

¹²⁸ *Loick* (Fn. 100), S. 197.

¹²⁹ *Nietzsche* (Fn. 9), S. 293; *Loick* (Fn. 100), S. 195.

gung des Willens genealogisch nachvollziehen.¹³⁰ Das Obligationsrecht verleiht den (geschäftsfähigen) Menschen und damit den „Rechtssubjekten“ Autonomie bezüglich ihrer Lebensführung, sie werden mithin „übersittlich“¹³¹.¹³² Das Bedürfnis sich von der „Sittlichkeit der Sitte“¹³³, dem sittlichen Normativitätsdruck zu emanzipieren, ist erst die Wirkung der rechtlichen Subjektivierung.¹³⁴ So ist es in der, auf Privatautonomie aufbauenden, Gesellschaft sittlich, übersittlich zu sein, so dass die „sittliche-Übersittlichkeit“ der Rechtsperson immanent ist.¹³⁵ Die rechtliche Subjektivierung erzeugt beim Subjekt einen individuellen Innenraum, in welchem sich subjektive Präferenzen erst entwickeln können,¹³⁶ und aus welchen ein affektives Verlangen auf Konsumgüter entsteht, für die sodann ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung¹³⁷ erworben wird.¹³⁸ Jener, auf das Konsumgut gerichtete „Wille“, wird sodann im Nachhinein als Axiom in den Menschen gelegt, obgleich dieser sich erst konträr zu den sittlichen Konventionen herausbilden kann.¹³⁹ Insoweit ist das Privatrecht Erzeugungs- und Wirklichungsinstrument des *Willens*.¹⁴⁰ Der beschriebene Domestizierungseffekt des Rechts – etwa durch Sanktionen gegen das Subjekt bei Vertragsverletzungen – wird durch *Nietzsches* Ablehnung der Willensfreiheit noch radikalisiert.¹⁴¹ So schreibt auch etwa *Richard Wagner* – ein zeitweise enger Vertrauter *Nietzsches*¹⁴² – in seiner *Walküre*: „Der durch Verträge ich Herr, den Verträgen bin ich nun Knecht.“¹⁴³

Daraus folgt, dass das Konstrukt der Zurechnung Ursache und Wirkung umkehrt. Die Ursache, welche im Sanktionsbedürfnis des Rechts besteht, wird nun in den Menschen gelegt.¹⁴⁴ Dem ist entgegenzuhalten, dass jenes Bedürfnis nach Strafe, welches nach *Nietzsche* seinen Ursprung in der

jüdisch-christlichen Tradition haben soll, zumindest im Christentum theologisch zurücksteht.¹⁴⁵ Widersprüchlich ist zudem die Semantik *Nietzsches*, wenn er den Theologen den *Willen des Schuldig-findens*¹⁴⁶ anheftet, auf dem basierend diese sodann den „freien Willen“ erfunden haben sollen, obgleich der Mensch völlig unfrei¹⁴⁷ sei. Zudem ist der Anachronismus *Nietzsches* zu konstatieren, dass das Streben nach Machterweiterung und politischer Kontrolle¹⁴⁸ der Theologen als differenziertes religiöses Entwicklungsstadium nicht auf die Frühphase menschlicher Vergemeinschaftung projiziert werden kann.¹⁴⁹

4. Kompatibilismus als Synthese nach Kant

Der *Kompatibilismus*¹⁵⁰ synthetisiert diese unterschiedlichen Ansätze von Willensfreiheit und Determinismus und hält jene v.a. im Recht für miteinander vereinbar.¹⁵¹ Damit der Mensch in seiner Handlung als willensfrei gilt, müsse lediglich die Möglichkeit bestehen, dass dieser sich hätte anders entscheiden können.¹⁵² Dem steht nicht entgegen, dass die Entscheidung durch Präferenzen und Wünsche bedingt ist.¹⁵³ Zur Beeinflussung des Menschen genügt die Androhung etwaiger rechtlicher Konsequenzen, um jene auch zu rechtfertigen. „Sanktionswürdiges“ Verhalten kann demgemäß dem Individuum zugerechnet werden, sofern es sich anders hätte entscheiden können.¹⁵⁴ *Kant* differenziert Gesetze in solche des *Seins*¹⁵⁵ und solche des *Sollens*¹⁵⁶. Der Mensch finde nur im Anspruch des Sollens Hinweise auf seine tatsächliche Freiheit.¹⁵⁷ Hierbei kann Freiheit nicht verstanden werden als bloße Absenz äußerer Widerstände, sondern als „die Unabhängigkeit der Willkür von der Nötigung durch Antriebe der Sinnlichkeit [...] unabhängig von jenen Natursachen [...] mithin eine Reihe von

¹³⁰ *Loick* (Fn. 100), S. 198.

¹³¹ *Nietzsche* (Fn. 9), S. 293, denn Sittlichkeit und Autonomie schließen sich aus.

¹³² *Loick* (Fn. 100), S. 198.

¹³³ *Nietzsche* (Fn. 9), S. 293.

¹³⁴ *Loick* (Fn. 100), S. 198.

¹³⁵ Vgl. *Loick*, Römische Subjekte: Nietzsches Genealogie der Rechtssubjektivität, ARSP, 53 (61).

¹³⁶ *Heidegger*, *Nietzsche*, Bd. 1, 1961, S. 50 f.; *Loick* (Fn. 100), S. 198.

¹³⁷ Anzumerken sei, dass *Loick* hierbei in der Interpretation *Heideggers* lediglich von der „juridischen Vindizierung“ schreibt, der das Begehren vorgeht. Jedoch ist zu konstatieren, dass einer Vindikation der Eigentums-erwerb vorausgeht.

¹³⁸ *Heidegger* (Fn. 136), S. 50 f.; *Loick* (Fn. 100), S. 198.

¹³⁹ *Loick* (Fn. 100), S. 198.

¹⁴⁰ *Loick* (Fn. 100), S. 199.

¹⁴¹ Vgl. für die Ablehnung der Willensfreiheit *Nietzsche*, *Götzen-Dämmerung*, 2. Aufl. 1988, S. 95 f.: „[...] freier Wille [...] ist – das anrühigste Theologen-Kunststück [...] zum Zweck der Strafe, das heißt des Schuldig-findens-wollens.“; *ders.*, *Menschliches, Allzumenschliches I und II*, 2. Aufl. 1988, S. 103: „Die völlige Unverantwortlichkeit des Menschen für sein Handeln und sein Wesen ist der bitterste Tropfen“; *ders.* (Fn. 9), S. 279, aus *Nietzsches* Negation der Existenz eines Subjekts, welches viel eher bloße Fiktion ist, folgt die völlige Unfreiheit des Menschen, so dass jede Form der Zurechnung entfällt.

¹⁴² Die langjährige Freundschaft ist bis zu ihrem Bruch in der lesenswerten Biografie nachzuvollziehen, *Prideaux*, *I am Dynamite! A Life of Friedrich Nietzsche*, 2018.

¹⁴³ *Wagner*, *Die Walküre*, 3. Aufl. (2017), S. 40.

¹⁴⁴ *Nietzsche*, *Götzen-Dämmerung*, 2. Aufl. 1988, S. 95 „Die Menschen wurden ‚frei‘ gedacht, um gerichtet, um gestraft werden zu können“; vgl. *Loick* (Fn. 100), S. 196 f.

¹⁴⁵ Hierzu vor allem die neutestamentlichen Bibelstellen, *Luther*, *Matthäus* 5:3–12; 5:21–26; 5:38–48; 7:1–5; *Lukas* 6:20–42; *Römer* 12:9–21; *1. Korinther* 13:1–13; hierzu auch *Seebaß* (Fn. 122), S. 85.

¹⁴⁶ *Nietzsche* (Fn. 145), S. 95 f.

¹⁴⁷ Die völlige Determination des Menschen wird von *Nietzsche* einfach vorausgesetzt, vgl. *Seebaß* (Fn. 122), S. 86.

¹⁴⁸ Vgl. *Nietzsche*, *Jenseits von Gut und Böse*, 2. Aufl. 1988, S. 35 f.

¹⁴⁹ *Seebaß* (Fn. 122), S. 86 f.

¹⁵⁰ An dieser Stelle sei erwähnt, dass es innerhalb des *Kompatibilismus* ebenfalls unterschiedliche Ansätze gibt. Im Folgenden wird der *freiheits-bejahende Kompatibilismus* gegenständlich sein. Für einen kompatibilistischen Ansatz, welcher Freiheit indes verneint, aber Verantwortlichkeit bejaht, sei vor allem verwiesen auf *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 97 ff.; *ders.*, *ZöR* 1954, 125 ff.

¹⁵¹ *Mahlmann* (Fn. 113), S. 315; *Schulte* (Fn. 12), S. 3001.

¹⁵² *Merkel* (Fn. 10), S. 22 f.; *Mahlmann* (Fn. 113), S. 315; *Schulte* (Fn. 12), S. 3001.

¹⁵³ *Mahlmann* (Fn. 113), S. 315; *Schulte* (Fn. 12), S. 3001.

¹⁵⁴ *Mahlmann* (Fn. 113), S. 315; *Schulte* (Fn. 12), S. 3001.

¹⁵⁵ *Kant* (Fn. 26), S. 446: „Gesetze der Natur“.

¹⁵⁶ *Kant* (Fn. 106), S. 230: „Gesetze der Freiheit“.

¹⁵⁷ Hierbei ist das „Sollen“ nicht in einem juristischen Sinne als „gesetzliche Bestimmung“ aufzufassen, sondern als ein von *innen* oder *außen* herangetragenem Imperativ, vgl. *Schwartländer*, *Der Mensch ist Person*, 1968, S. 144.

Begebenheiten ganz von selbst anzufangen.“,¹⁵⁸ bezeichnet als „kosmologische Freiheit“¹⁵⁹. In der *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* dezidiert Kant, dass Willensfreiheit im Miteinander¹⁶⁰ vorausgesetzt werden müsste, obgleich sie nicht äußerlich beweisbar sei.¹⁶¹ Nach Kant ist eine Handlung zum einen dann frei, sofern deren sinnliche Motive vernünftig sind, das heißt dem *Kategorischen Imperativ* entsprechen,¹⁶² zum anderen jedoch auch, wenn der Wille heteronom gebunden ist, denn es geht einzig und allein um die Möglichkeit des sich-anders-entscheiden-können.¹⁶³ Jener Idee der bloßen Handlungsfreiheit Hobbes‘ steht also Kants moralisches Freiheitsverständnis entgegen, welches dem Vernunftmenschen die Fähigkeit zuschreibt, völlig frei zu sein, weil seine Handlungen zwar den Gesetzen des Seins unterliegen, er dennoch die Möglichkeit besitzt, sich durch Selbstgesetzgebung¹⁶⁴ von Kausalgesetzen zu abstrahieren.¹⁶⁵ Das Wesen des moralischen Menschen liegt demnach nicht lediglich in der Freiheit pflichtgemäß zu handeln, d.i. Gesetze zu befolgen, sondern darin, sich jene Pflicht aus Freiheit selbst aufzuerlegen.¹⁶⁶ Insofern handelt es sich um ein Konglomerat aus moralischer Freiheit des *Kategorischen Imperativs* und der kosmologischen Freiheit. Für unser Privatrecht ist jene sittliche Dimension von epistemischen Interesse. Zu exemplifizieren ist dies an der Vertragsfreiheit. Jene Handlungsfreiheit wird dem Individuum nicht gewährt, damit dieses damit einfach nur erratisch verfährt, sondern weil das Recht dem Individuum die Fähigkeit unterstellt, seine Rechtsverhältnisse vernünftig¹⁶⁷ und unter Beachtung individueller und kollektiver Interessen, zu gestalten.¹⁶⁸ Handlungsfreiheit ist nicht als lediglich rechtstechnisches Konstrukt anzusehen und der Begriff der *Freiheit* darin nicht nur ein leerer Begriff. Sie ist vielmehr das juridische Verwirklichungsinstrument vernünftiger Handlungen, die auf dem Axiom und gleichzeitig Postulat *ethisch-moralischer Menschen* beruht.¹⁶⁹ Insofern ist das Freiheitsmodell dichotom aufgegliedert in die rechtsdogmatische Ebene und in die kulturelle Ebene der ethischen Rechtfertigung.¹⁷⁰ Für die rechtsdogmatische Ebene besitzt die Frage nach der Willensfreiheit keine Be-

deutung, sie wird vielmehr impliziert.¹⁷¹ Die Idee der Willensfreiheit entspringt kulturellen Leitvorstellungen. Für deren völlige Aufgabe¹⁷² besteht jedoch keine Notwendigkeit. Bevor dem Rechtssystem sein Fundament – *Willensfreiheit* – entzogen wird, sollte der Begriff definitorisch einheitlich bestimmt und in einen nachvollziehbaren Zusammenhang zur *Verantwortung* gestellt werden.¹⁷³ Hierbei kann die Argumentation der Inkompatibilisten nicht überzeugen, dass der Mensch nicht willensfrei sei, seine Handlungen aber autonom vom limbischen System gesteuert werden, beeinflusst durch unsere Erfahrungen und Werte.¹⁷⁴ Wenn also selbst für Roth der Verstand (Erfahrungen) und die Vernunft (Werte) als *Ratgeber* für das limbische System fungieren, ist nicht ersichtlich, inwieweit sich jene Emblematisierung – *Vernunft als Ratgeberin für menschliche Handlungen*¹⁷⁵ – von der Vorstellung Kants – *Fähigkeit zur Selbstgesetzgebung durch die Vernunft*¹⁷⁶ – so maßgeblich unterscheidet, dass man freiheitliches Handeln negieren könne. Für das Recht besteht kein Anlass, dem Individuum nicht die grundsätzliche Fähigkeit zuzuschreiben, sich in seinem Verhalten an der Vernunft zu orientieren,¹⁷⁷ wie stark oder schwach die Vorstellung des Einflusses auch sein mag.

III. Fazit und eine kurze Reflexion unserer Epoche

Willensfreiheit ist mithin eine notwendige Bedingung oder auch nur notwendige Fiktion für unser Privatrecht – und das Recht als solches. So ist die Person um des sittlichen Werts ihrer Freiheitsfähigkeit willen als einzig mögliches Zurechnungssubjekt natürlicher Freiheitsrechte, d.i. subjektiver Rechte, zu denken.¹⁷⁸ Erst auf der Grundlage der Anerkennung einer Person mit dem normativen Gehalt des Gedankens der Autonomie gelingt es auch die Rechtsfähigkeit eines Individuums zu begründen.¹⁷⁹ Die Idee der Freiheitsfähigkeit ist demnach durch ihren sittlichen Wert und als Bedingung für die Rechtsfähigkeit der Individuen begründet. Jene Autonomiekonstitutivität für den Status der Rechtsperson sollte nach hier vertretener Auffassung auch das metaphysische Damoklesschwert für etwaige Bestrebungen,

¹⁵⁸ Kant (Fn. 106), S. 237; hierzu Schnädelbach, Kant, 3. Aufl. 2019, S. 96 f.

¹⁵⁹ Kant (Fn. 106), S. 237; hierzu Schnädelbach (Fn. 159), S. 96 f.

¹⁶⁰ Unter „vernünftigen Wesen“, Kant (Fn. 26), S. 447.

¹⁶¹ Kant (Fn. 26), S. 446 ff.

¹⁶² Auch *innere Freiheit* als Pflicht zum Handeln aus Pflicht, vgl. für die Deskription eines dichotomen Freiheitsbegriffsverständnis bei Kant Auer (Fn. 27), 162 (165).

¹⁶³ Darin besteht der maßgebliche Unterschied zwischen Willkür und Autonomie, obgleich beide zur Willensfreiheit gehören, vgl. Setton, Autonomie und Willkür, 2021, S. 172 f.

¹⁶⁴ Vgl. dazu Baer, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2021, S. 208.

¹⁶⁵ Kant (Fn. 106), S. 237; Schwartländer (Fn. 158), S. 144; Zwingelberg, Kants Ethik und das Problem der Einheit von Freiheit und Gesetz, 1969, S. 115 ff.; Busch, Die Entstehung der kritischen Rechtsphilosophie Kants, 1979, S. 72 ff.; Strömholm, Kurze Geschichte der abendländischen Rechtsphilosophie, 1991, S. 247.

¹⁶⁶ Auer (Fn. 17), S. 19.

¹⁶⁷ Vgl. Savigny (Fn. 18), S. 2: „Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freyheit willen.“

¹⁶⁸ Vgl. Busch, (Fn. 166), S. 74; Strömholm, (Fn. 166), S. 247; Schur, (Fn. 15), S. 244.

¹⁶⁹ Busch (Fn. 166), S. 74; Saage, Materialien zu Kants Rechtsphilosophie, 1976, S. 211; Strömholm (Fn. 166), S. 247.

¹⁷⁰ So vor allem Schur (Fn. 22), S. 244 ff.; vgl. für eine ähnliche Herangehensweise Denninger, Rechtsperson und Solidarität, 1967, S. 84.

¹⁷¹ Schur (Fn. 22), S. 245.

¹⁷² Zum generellen Deutungsproblem der *Libet*-Experimente, auf das hier nicht näher eingegangen wird, siehe nur Rösler (Fn. 120), S. 140 ff.

¹⁷³ Vgl. für die Divergenz der Begriffsdefinitionen nur die Arbeiten von Pauen, Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung, 2005; Roth (Fn. 6), S. 531 ff.

¹⁷⁴ Roth (Fn. 6), S. 532 ff.

¹⁷⁵ Roth (Fn. 6), S. 532 ff.

¹⁷⁶ Kant (Fn. 26), S. 440 ff.

¹⁷⁷ Vgl. Henkel (Fn. 109), S. 6 ff.; Schur (Fn. 22), S. 242.

¹⁷⁸ Kant (Fn. 106), S. 223: „Person ist dasjenige Subject, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind.“; hierzu Auer (Fn. 17), S. 15 ff.; dies., Der privatrechtliche Diskurs der Moderne revisited, KJ 2020, 45 (48).

¹⁷⁹ Auer (Fn. 17), S. 15 ff.

„digitalen Softwareagenten“ Rechtssubjektivität als „ePersonen“ zuzuschreiben, sein.¹⁸⁰ Vernünftiges und moralisches Handeln i.S. unserer Rechtsordnung setzt nicht nur eine äußere Pflichtmäßigkeit voraus,¹⁸¹ sondern es bedarf einer inneren Motivation des Handelns aus Pflicht.¹⁸² Zwar können Softwareagenten so programmiert sein, dass sie

grundsätzlich keine Rechtsregeln verletzen, doch können sie sich eine solche Pflicht nicht im Wege der Selbstgesetzgebung auferlegen.¹⁸³ Hierfür bedarf es eines moralisch-hermeneutischen Verständnisses von Regeln im gesellschaftlichen Miteinander und nicht bloßer Symbolmanipulation.¹⁸⁴

Charles E. Müller*

Sozialbindung des Eigentums – Rudolf von Jherings Vorarbeit für § 906 BGB

Das römische Recht bildet die Grundlage moderner Privatrechtsordnungen innerhalb und außerhalb Europas. Sein Erfolg bis in das Kodifikationszeitalter hinein beruht indes nicht nur auf der Übernahme antiker Rechtssätze, sondern auch auf einem kritischen Umgang mit der Überlieferung und der Fortentwicklung der dort vorgefundenen Rechtsmeinungen. Zu den wichtigsten Vertretern der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts zählt der deutsche Rechtsgelehrte Rudolf von Jhering (1818–1892), der sich ganz in diesem Sinne gegen einen „civilistischen Mumien-Cultus“ aussprach und das römische Recht gemäß seinem Wahlspruch „durch das römische Recht über dasselbe hinaus“ zur Zeit der beginnenden Industrialisierung mit neuen Erfordernissen in Einklang brachte. Am Beispiel der Entstehung des nachbarrechtlichen Immissionsschutzes lässt sich ein rechtswissenschaftlicher Diskurs nachzeichnen, der im römischen Altertum während des letzten vorchristlichen Jahrhunderts seinen Anfang nimmt, der Fortsetzung findet in der behutsamen Prüfung und Weiterentwicklung durch Jhering und dessen Ergebnis endlich in § 906 BGB kodifiziert, aber auch in anderen Ländern wahrgenommen wird. So entsteht ein Gesamtbild, das schließlich auch die Verwandtschaft der europäischen Kodifikationen zeigt.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	164
B. Immissionen in den Quellen des römischen Rechts .	165
I. Ulp. D. 8,5,8,5 – <i>taberna casearia</i>	165
II. Ulp. D. 8,5,8,6 – <i>fumus non gravis</i>	167
III. Ulp. D. 8,5,8,7 – <i>balineum Quintillae</i>	168
C. Jherings Lehre von den nachbarrechtlichen Beschränkungen des Grundeigentums.....	168

I. Wirtschaftshistorische und biographische Einführung.....	168
II. Wesentliche Elemente der Lehre	169
III. Bezug zum übrigen Werk.....	171
D. Entstehung und Rezeption des § 906 BGB	171
I. Ausarbeitung des § 906 BGB.....	171
1. Erste Kommission.....	171
2. Zweite Kommission.....	171
3. Verkündete Fassung.....	172
II. Jherings Einfluss auf § 906 BGB	172
III. Ausblick auf die Rezeption	173
1. Österreich	173
2. Italien.....	173
3. Katalonien.....	174
4. Zusammenfassende Betrachtung.....	174
E. Ergebnisse in Thesen	174

A. Einleitung

Okko Behrends beschreibt die europäischen Kodifikationen als „Töchter der gleichen europäischen, von der Rezeption des römischen Rechts geprägten Privatrechtswissenschaft“. ¹ Der vorliegende Beitrag möchte diese Tatsache anhand der Entstehung des nachbarrechtlichen Immissionsschutzes im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch nachvollziehen. Im Kern geht es um die Frage, inwieweit eine Sozialbindung des Eigentums im Sinne des Schutzes der Interessen der Nachbarn im Privatrecht anzuerkennen ist. Darauf antwortet § 906 BGB, indem er den Anspruch des § 1004 BGB auf Beseitigung und Unterlassung von Beeinträchtigungen des Eigentums dadurch einschränkt, dass er dem Grundeigentümer eine Duldungspflicht hinsichtlich der „Zuführung unwägbarer Stoffe“² auferlegt. Die Dul-

¹⁸⁰ Statt vieler nur *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 ff.

¹⁸¹ *Auer* (Fn. 17), S. 19.

¹⁸² *Auer* (Fn. 17), S. 19.

¹⁸³ Hierfür und zum dogmatischen Umgang mit autonomen Aktanten im Vertrags- und Haftungsrecht siehe *Maatz*, ZJS 2022, 301 (310).

¹⁸⁴ Das mag eine anthropozentrische Auslegung des Personenbegriffs sein, wie es etwa *Fischer-Lescano*, ZUR 2018, 205 ff. im Kontext der Anerkennung anderer nicht-humanen Lebewesen als Rechtsperson konstatiert, jedoch spiegeln Gesetze die Voraussetzungen für einen geordneten Umgang der Menschen untereinander wider und es wäre entmenslichend, wenn wir Maschinen eine Rechtspersönlichkeit und die Befugnis zu Vertragsabschlüssen usw. zugestehen, d.h. die gleichen Rechte wie Menschen, vgl. für jenes ontologische Argument *Eidenmüller*, ZEuP 2017, 765 ff.; sowie *Maatz*, ZJS 2022, 301 (310).

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft und Informatik in Berlin und ist tätig am Freie Universität Empirical Legal Studies Center (FUELS). Der Beitrag ist hervorgegangen aus einem Seminar zu *Rudolf von Jhering* im Wintersemester 2021/22, veranstaltet von Prof. Dr. *Cosima Möller*, der für ihre wertvollen Anregungen bei der Erarbeitung vielmals gedankt sei. ¹ *Behrends*, Das Privatrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: *Behrends/Sellert*, Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), 2000, S. 9 (11 f.).

² So die amtliche Überschrift seit 2002, s. die Anlage zu Art. 1 Abs. 2 S. 3 des G. v. 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138 (3170, 3210). Zur Bildung einer Überschrift war mit der Schwierigkeit umzugehen, einen treffenden Oberbegriff für die in der Vorschrift aufgezählten Einwirkungsarten zu finden. Dieses Problem konnte man schon bei der Ausarbeitung der Vorschrift nicht lösen, weshalb ein Oberbegriff in ihren Text nicht aufgenommen