

RECHT UND PHILOSOPHIE

Band 14

Die Normativitätsstruktur subjektiver Rechte

Eine rechtsdogmatische Untersuchung
ausgehend von Menkes *Kritik der Rechte*

Von

Isabelle M. Kutting



Duncker & Humblot · Berlin

ISABELLE M. KUTTING

Die Normativitätsstruktur subjektiver Rechte

Eine rechtsdogmatische Untersuchung
ausgehend von Menkes *Kritik der Rechte*

RECHT UND PHILOSOPHIE

Herausgegeben von
Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer, Jena
Prof. Dr. Stephan Kirste, Salzburg
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Michael Pawlik, Freiburg
Prof. Hans-Christoph Schmidt am Busch, Braunschweig
Prof. Dr. Klaus Vieweg, Jena
Prof. Dr. Benno Zabel, Bonn

Band 14

Die Normativitätsstruktur subjektiver Rechte

Eine rechtsdogmatische Untersuchung
ausgehend von Menkes *Kritik der Rechte*

Von

Isabelle M. Kutting



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena hat diese Arbeit
im Jahr 2021 als Dissertation angenommen.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung
der Geschwister Boehringer Ingelheim Stiftung für Geisteswissenschaften
in Ingelheim am Rhein.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2509-4432
ISBN 978-3-428-18645-7 (Print)
ISBN 978-3-428-58645-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Das Erscheinen von Christoph Menkes *Kritik der Rechte* im Jahr 2015 war ein sozial- und rechtsphilosophisches Ereignis. Für mich stellte die Lektüre eine einzigartige Verbindung zwischen meinem gesellschaftskritischen Interesse und meiner juristischen Ausbildung her. Während das Recht im Kontext gesellschaftlicher und sozialer Pathologien meist als einer von vielen Faktoren begriffen wird, schreibt Menke dem (subjektiven) Recht die zentrale Rolle bei der Entstehung entsprechender Pathologien zu. Diese Botschaft sollte die Rechtswissenschaft aufhorchen lassen, denn die Lektüre legt nahe, dass zu einer Lösung kein Weg an einer Neujustierung unseres subjektiv-rechtlichen Systems vorbei geht.

Menkes fundamentale Kritik zielt auf die Form des subjektiven Rechts, mithin das Herzstück unseres Rechtssystems. Während ich mich in der von Menke geübten Gesellschaftskritik zu weiten Teilen wiederfinden konnte, weckte seine Rekonstruktion der Form des subjektiven Rechts eine gewisse Skepsis in mir. Diese Skepsis rührte von meiner juristischen Ausbildung her und stellte sich zunächst als diffuses Gefühl der Divergenz dar. Sie bildete den Ausgangspunkt meiner Untersuchung, in der ich mir zum Ziel gesetzt hatte, die Ursache dieses Gefühls zu ergründen. Menkes Rekonstruktion der Form des subjektiven Rechts erwies sich dabei als äußerst haltbar, sodass das Platzieren von Kritik erst im Rahmen der zunehmenden Komplexität einer tiefgreifenden Auseinandersetzung möglich wurde. In diesem Stadium ließ sich die anfängliche Skepsis nun fassen. Die diffusen Vorbehalte nahmen eine konkretere Gestalt an und konnten anhand rechtsdogmatischer Figuren fundiert werden. Dabei machte für mich gerade die Beschäftigung mit der Schnittstelle von Recht und Philosophie den besonderen Reiz der Arbeit aus. Zwar kommt die rechtsdogmatische Betrachtung durchaus zu Erkenntnissen über die Normativitätsstruktur subjektiver Rechte, die von der Menkeschen Betrachtungsweise abweichen. Gleichwohl kann der philosophische Ansatz von der Konfrontation mit konkreten rechtsdogmatischen Figuren profitieren, indem hierdurch die den Menkeschen Thesen innewohnende Schlagkraft für die Rechtswelt greifbarer wird. Auf diese Weise soll Menkes Werk stärker in die juristische Diskussion eingebunden und ein Beitrag zu einem ertragreichen interdisziplinären Diskurs geleistet werden.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena nahm die vorliegende Dissertation im Wintersemester 2021/2022 als solche an. Die anschließende Drucklegung wurde freundlicherweise durch die Geschwister Boehringer Ingelheim Stiftung für Geisteswissenschaften sowie durch das Programm „ProChance–exchange“ der Universität Jena gefördert.

Bedanken möchte ich mich zunächst bei Herrn Professor Dr. Christoph Menke für seine Offenheit und die Bereitschaft, meine Thesen gemeinsam zu diskutieren. Dem Gespräch mit ihm kommt entscheidende Bedeutung bei der Entstehung der vorliegenden Arbeit zu.

Ich danke Herrn Professor Dr. Walter Pauly herzlich für die Betreuung der Arbeit, welche zugleich von großem Freiraum wie auch von wertvollen und lehrreichen Impulsen geprägt war. Mein Dank gilt außerdem den Herren Professoren Dr. Achim Seifert und Dr. Edward Schramm für deren Anregungen als Gutachter.

Dr. Barbara Bushart und Dr. Christian Kalthöner haben die Arbeit kritisch gelesen und mit fruchtbaren Gesprächen begleitet, wofür ich ihnen von Herzen danken möchte. Bedanken möchte ich mich außerdem bei Dr. Daniel Kersting und Frieda Andrees.

Nicht zuletzt hat mich meine Familie über die Jahre der Entstehung dieser Dissertation stets unterstützt und begleitet, wofür ihnen – wie auch Dante – mein Dank gilt.

Jena, im Spätsommer 2022

Isabelle M. Kutting

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Rekonstruktion	19
I. Beschaffenheit des Rechts	20
1. Rechtserzeugung	20
a) Der Legalitätsbegriff	20
b) Die Differenz von „Recht“ und „Nichtrecht“	22
c) Die Rolle der „Lücke des Rechts“	24
d) Die Selbstreflexion als Kennzeichen des modernen Rechts	25
e) Die rechtliche Materialisierung	29
f) Der Grund des Rechts	31
g) Zusammenfassung	34
2. Die Form der Rechte	35
a) Der Begriff der Form	35
b) Die moderne Form der Rechte	36
aa) Die Unterscheidung zwischen Gesetz und Anspruch	36
bb) Der moderne Anspruchsbegriff	37
cc) Der Ermächtigungsmechanismus: Ermöglichung und Erlaubnis	40
(1) Das Zusammenspiel von Interessen und Willkür	41
(2) Antagonismus innerhalb der Naturbegriffe	42
dd) Die Form als Produkt und Vollzug der Selbstreflexion	43
c) Die bürgerliche Form: Das subjektive Recht	46
aa) Der Ursprung des subjektiven Verständnisses	46
bb) Menkes Kritik am Positivismus der subjektiven Form der Rechte	47
cc) Zwischenfazit	50
dd) Der Eigenwille als der formspezifische Gegenstand der Ermächtigung und der darauf bezogene Empirismus-Vorwurf	51
(1) Die Ermächtigung des Eigenwillens im Privat- und Sozialrecht	54
(2) Der Maßstab der Inhalte des Eigenwillens	55
ee) Diskrepanz von Form und Intention	57
ff) Die Politizität der Form der subjektiven Rechte	58
d) Zusammenfassung	61
3. Das Subjekt des bürgerlichen Rechts	63
a) Subjektives Recht und Subjektivierung	63

b) Das Subjekt als Rechtsperson	64
c) Die anthropologische Ambivalenz	65
d) Antimanzipative Deutung der subjektiven Form der Rechte	68
e) Das Rechtssubjekt und die Negativität	69
f) Die Einheit von politischem und privatem Subjekt	71
g) Zusammenfassung	72
4. Herrschaft des Rechts	73
a) Regierung im Wege von „Ermöglichung“ und „Erlaubnis“	75
b) Innen- und Außenseite	76
c) Die kreislaufartige Reproduktion der Notwendigkeit staatlicher Intervention	77
d) Zusammenfassung	80
II. Auswirkungen der Form hinsichtlich sozialer Prozesse	82
1. „Entsittlichung“	82
2. „Entpolitisierung“ und „Privatisierung“	83
a) Fatalismus und Autonomie	84
b) „Entmächtigung der Politik“	85
aa) Privatisierung am Beispiel des Rechts der Klage	86
bb) Privatisierung am Beispiel der Ermächtigung durch Grundrechte	88
3. Soziale Herrschaft	88
a) „Ausbeutung“	90
b) „Normalisierung“	92
c) Ermächtigung als Bedingung sozialer Herrschaft	93
d) Verschränkung von Herrschafts- und Ermächtigungsformen	94
aa) Ermächtigung der Willkür und Normalisierung	94
bb) Ermächtigung der Interessen und Ausbeutung oder Zwang	95
4. Zusammenfassend zu den Auswirkungen der Form	98
III. Menkes Ansatz für ein „neues Recht“	100
IV. Resonanz	104
C. Exemplarische Analyse aus rechtswissenschaftlicher Perspektive	109
I. Rechtstheoretischer Ausgangspunkt: Interessentheorie	112
1. Die produktive Konsequenz	113
2. Abstrakte Betrachtung der Interessentheorie	115
3. Kontrastierung mit Menkes theoretischem Ausgangspunkt	117
4. Der Rechtsordnung nicht zuwiderlaufende Interessen	119
5. Ergebnis	121
II. Privatrechtsdogmatische Betrachtung: Die Generalklausel des § 138 I BGB	123
1. Materialisierungsprozess	125
a) Rückschlüsse aus der Rechtsfolgenbetrachtung	125

b) Wirkungsweise	126
aa) Beschränkung der Privatautonomie	127
(1) Privatautonomie als subjektives Recht	128
(2) Rechtstechnische Grenzen der Privatautonomie	129
bb) Wertungsmaßstab des § 138 I BGB	131
2. Auswirkungen auf den subjektiv-rechtlichen Berechtigungsgehalt	134
a) Rechtsanwendungsbeispiele des § 138 I BGB	134
aa) Bürgschaftsfall	135
bb) Rechtsinstitute	136
cc) Sexualsphäre	138
dd) Kommerzialisierungskonstellationen	140
b) Zwischenfazit	142
3. Generalklauseln als Antagonisten im Recht?	143
4. Introspektionspotential	146
5. Ergebnis	149
III. Öffentliches Recht: Grundrechtsdogmatische Betrachtung	152
1. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands	153
a) Grundrechte als Unterlassungsansprüche	154
b) Der Unterlassungsanspruch als sekundäres Element	155
2. Grundlegende Erwägungen	156
a) Grundrechtstheorien	156
aa) Menkes implizite Anknüpfungspunkte	158
bb) Multifunktionalität der Grundrechte	160
cc) Zwischenergebnis	162
b) Potential der Grundrechte	163
aa) Emanzipation	163
bb) Kollektivierung	164
3. Grundrechtsbeschränkungssystematik	165
a) Schutzbereichsebene	165
aa) Normgeprägte Grundrechte	166
bb) Sachgeprägte Grundrechte	169
cc) Systematischer Aussagegehalt	172
b) Rechtfertigungsebene	174
aa) „Schranken“	177
(1) Systematik	177
(2) Kollidierendes Verfassungsrecht	180
(a) Gemeinwohlrechtsgüter	182
(b) Funktionsfähigkeit des Staates	185
(c) Staatsziele	186
(3) Zwischenergebnis	188

bb) „Schranken-Schranken“	188
(1) Konfliktlösungsmodell der Grundrechtsdogmatik	189
(2) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	191
cc) Bewertung als Abwägungsvoraussetzung	193
(1) Exemplarisch: die Meinungsfreiheit	194
(2) Generalisierbarkeit?	198
(3) Zwischenergebnis	200
dd) Ausnahme aufgrund der Wesensgehaltsgarantie?	201
4. Objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte	202
a) Menkes Diagnose einer „Verfassungskrise“	205
aa) Relativierung aufgrund der Etablierung sozialer Teilhaberechte?	205
bb) Relativierung aufgrund eines objektiv-rechtlichen Wirkmechanismus?	207
b) Exkurs: Indisponible Rechtsgüter	211
aa) Verfügungsbefugnis über individuelle Rechtsgüter	211
bb) Eine Frage des Maßes	214
c) Ausweitung in kontextueller Hinsicht	216
aa) Sozialer Kontext	216
bb) Eigenrationalität sozialer Sphären	217
d) Modifizierung der Form	219
aa) Perspektiverweiterung	220
bb) Der objektiv-rechtliche Gehalt als Bestandteil der Form des subjektiven Rechts?	222
5. Ergebnis	223
IV. Separate Betrachtung der Form	227
1. Das relative Recht als Schablone	228
2. Immanente Grenzen: Innen- und Außentheorie	231
a) Theoretischer und historischer Hintergrund	231
b) Die Innentheorie im Privatrecht	234
aa) Selbstkorrekturmechanismus	234
bb) Anwendungsbeispiel: Institutioneller Rechtsmissbrauch	237
(1) Formverändernde Implikationen	237
(2) Rivalisierende Systemgedanken	240
cc) Exkurs: Verbot der Selbstexemption	241
dd) Zwischenergebnis	245
c) Die Innentheorie im Kontext der Grundrechte	246
d) Ergebnis	249

D. Schluss 251

 I. Blockade der Selbstreflexion? 251

 1. Dialektischer Materialismus: Transformatives Potential im geltenden Recht? 251

 a) Vorüberlegung zum Willensbildungsprozess 253

 b) Introspektionsprozesse 254

 c) Phänomen des Nudgings 255

 d) Politische Grundrechte 259

 e) Zwischenergebnis 260

 2. Differenzierender Materialismus 261

 a) Rückschlüsse aus der rechtsdogmatischen Betrachtung 262

 b) Operationsweise 265

 c) Auflösung der Differenz zwischen Recht und Nichtrecht? 267

 3. Ergebnis 268

 II. Abschließende Betrachtung 271

 1. Selbstreflexionsprozess 271

 2. Pathologische Effekte 274

 a) Herrschaftsverhältnisse 274

 b) Entpolitisierung 275

 3. Gegenrechte 276

E. Literatur 282

Personenverzeichnis 301

Stichwortverzeichnis 302

A. Einleitung

Ein Philosoph stellt die zentrale Grundform in Frage, auf der die geltende Rechtsordnung aufbaut. In nichts weniger als einer entsprechend fundamentalen Erschütterung des subjektiven Rechts besteht das Anliegen Christoph Menkes 2015 erschienenen *Kritik der Rechte*. Die spätestens seit der französischen Revolution bestehende Überzeugung von der freiheitskonstitutiven Bedeutung subjektiver Rechte erfährt hier eine Dekonstruktion, durch deren Radikalität sich die Kritik zu einer Forderung nach „Revolution“¹ im Gegensatz zu bloßer Reform zuspitzt. Diese Radikalität liegt in der Perspektive begründet, die Menke für seine Kritik wählt und aus der heraus er die Formfrage stellt. Hiermit wird der Raum für einen Diskurs eröffnet, der über eine rein inhaltliche Kritik hinausgeht und der mit der Annahme bricht, subjektive Rechte seien alternativlos. Die geforderte Revolution soll in die Etablierung sogenannter Gegenrechte münden.² Es verwundert daher nicht, dass die bisherige wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der *Kritik der Rechte* ihr Augenmerk vornehmlich auf diese neuartige Form individueller Berechtigung richtet.³ Jedoch wendet sie sich damit dem Grundgerüst eines noch in der Fertigstellung befindlichen Bauwerks zu, ohne zuvor dessen Fundament einer angemessenen Begutachtung zu unterziehen. Dieses besteht in Menkes Rekonstruktion der im geltenden Rechtssystem vorfindlichen Form des subjektiven Rechts. Aus der Kontrastierung dieser Form mit einer idealtypischen modernen Form der Rechte entwickelt er seine Kritik.⁴ Erst darauf aufbauend kann Menke die Beschaffenheitsparameter der Form der Gegenrechte bestimmen. Gleichwohl bleibt die Auseinandersetzung mit dieser Kritik in rechtswissenschaftlicher Hinsicht in den meisten Fällen zu allgemein,⁵ um als Basis für einen produktiven Bezug zur dogmatisch geprägten Rechtsrealität dienen zu können. Eine solche Bezugnahme wäre indes erforderlich, um einer Tendenz zur Errichtung philosophischer Theorie-

¹ Menke, *Kritik der Rechte*, S. 347, 355, 367 ff. u. 373, passim.

² *Ebd.*, S. 381 ff.

³ Hervorzuheben ist in diesem Kontext insbesondere der 2018 erschienene, bereits im Titel auf Menke rekurrierende Band „Gegenrechte“ herausgegeben von A. Fischer-Lescano, H. Franzki und J. Horst.

⁴ Vgl. Menke, *Kritik der Rechte*, S. 164 ff.

⁵ Diesbezüglich sei exemplarisch verwiesen auf die Beiträge von Somek, Wielsch und Teubner in: *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*. Demgegenüber findet sich bspw. bei Zabel, in: *Rechtsphilosophie. Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts* 2017, 136, 136 ff. eine etwas nähere Beschäftigung mit der Menkeschen Rekonstruktion des geltenden Rechts. Anders als die vorliegende Auseinandersetzung bezieht sich die dortige Kontrastierung jedoch schwerpunktmäßig auf den Bereich des Strafrechts.

schlösser, welche die Rückkopplung an ihren rechtlichen Gegenstand vermissen lassen,⁶ zu begeben und damit den interdisziplinären Diskurs zu intensivieren.

Die vorliegende Untersuchung unternimmt den Versuch, eine solche Rückkopplung herzustellen, wodurch Ansatzpunkte für die Fruchtbarmachung von Menkes Theorem in der Rechtswissenschaft geliefert werden sollen. Sie befasst sich dazu mit dem Fundament des revolutionären Bauwerks der Gegenrechte. Dabei wird Menkes philosophische Kritik durch eine Gegenüberstellung mit konkreten rechtlichen Figuren ernstgenommen, um sie so anhand eines Abgleichs mit ihrem Gegenstand auf Tragfähigkeit zu prüfen. Der Beitrag, den eine Beschäftigung mit hypothetischen Gegenrechten hierzu leisten könnte, ist begrenzt, sodass eine solche vorliegend keinen Schwerpunkt bildet. Den Maßstab, an dem sich Menkes Kritik messen lassen muss, bildet vielmehr die durch juristische Dogmatik geprägte Rechtsrealität, weshalb erst eine Konfrontation mit dieser den Weg für eine Bewertung ebnet.

Vor diesem Hintergrund konkretisiert sich die vorliegende Betrachtung methodisch zu einer rechtsdogmatischen Untersuchung. Die von Menke aufgeworfenen Fragen, wie sich das subjektive Recht in der Rechtsrealität darstellt und welche Wertungen in diesem Kontext zur Anwendung gelangen, sollen aus rechtsdogmatischer Perspektive untersucht werden. Bezogen auf die drei Dimensionen, die Robert Alexy als Bestandteile der Rechtsdogmatik identifiziert, bewegt sich die Analyse vor diesem Hintergrund schwerpunktmäßig einerseits in der „*empirischen*“ und andererseits in der „*normativen Dimension*“ der Rechtsdogmatik.⁷ Die normative Dimension ist dabei lediglich in ihrer „*juristisch-dogmatische[n]*“ und nicht in ihrer „*ethisch-philosophische[n]*“ Ausprägung betroffen, da nicht von der Rechtsordnung unabhängige normative Prinzipien untersucht werden,⁸ sondern vielmehr die normative Binnenstruktur von Interesse ist. Entsprechend dem von Menke in seiner Kritik abgesteckten Rahmen,⁹ soll das subjektive Recht nicht an einem externen Maßstab gemessen werden; vielmehr wird nach der ihm eigenen normativen Struktur gefragt. Sie freizulegen ist im Hinblick auf die Zielsetzung der rechtsdogmatischen Überprüfung von Menkes Rekonstruktion und damit einher-

⁶ In diese Richtung auch Möllers, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 06. 12. 2017, der im Rahmen der Rezension von D. Loicks „Juridismus“ der „kritische[n] Theorie der Rechte“ die Entwicklung zu „einer philosophischen Selbstbeschäftigung, die ihre Thesen mit keinem Blick in die Rechtsentwicklung bestätigen will oder kann“, attestiert.

⁷ Die dritte von Alexy herausgestellte Dimension bildet die „*analytische*“, in der es zunächst grundlegend um die „begrifflich-systematische Durchdringung des geltenden Rechts“ geht. Demgegenüber meint die „*empirische Dimension*“ das „Erkennen des positiv geltenden Rechts“, womit hier unter Zugrundelegung eines weiten Rechtsbegriffs alle Facetten des Rechts, wie bspw. auch die Rechtsprechung erfasst sind. Die „*normative Dimension*“ der Rechtsdogmatik unterscheidet sich hiervon dadurch, dass die Frage im Mittelpunkt steht, welche Entscheidung in einem konkreten Fall ausgehend vom positiv geltenden Recht die „richtige“ ist; vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 23 ff.

⁸ Vgl. hierzu *ebd.*, S. 159 ff.

⁹ Menke, Kritik der Rechte, S. 11 f. u. 166 f.

gehend seiner Kritik erforderlich, da er in seinen Überlegungen von einer spezifischen Normativitätsstruktur ausgeht, welche – wie noch zu zeigen ist – sein Formverständnis bestimmt.

Diese Normativitätsstruktur definiert sich anhand der Beziehung des Rechts zur nichtrechtlichen Materie, die in der Form der subjektiven Rechte ihren Ausdruck findet.¹⁰ Kennzeichnend für die von Menke angenommene Form des subjektiven Rechts ist insofern die Art des Verhältnisses zur nichtrechtlichen Materie in Gestalt des Eigenwillens der Subjekte. Die Annahmen über diesen Wesenszug der subjektiven Rechte bilden gleichsam den Anstoß für Menkes grundlegende Kritik. Bei Georg Jellinek findet sich ein Zitat, welches das Verhältnis zwischen Rechtsordnung und Willen als vielschichtig erscheinen lässt:

„Die Rechtsordnung kann sich zum individuellen Willen in mehrfacher Weise verhalten. Sie kann ihm ein bestimmtes Handeln zur Vorschrift machen, also seine natürliche Freiheit einschränken; sie kann seine natürliche Freiheit anerkennen; sie kann dieser Handlungsfähigkeit Etwas hinzufügen, was sie nicht von Natur aus besitzt; endlich kann sie sich auch weigern, dieses Etwas hinzuzufügen oder es wieder zurückzunehmen. Gebieten, Verbieten, Erlauben, Gewähren, Versagen, Entziehen sind die Formen, in welchen die Beziehungen der Rechtsordnung zum Individuum sich bewegen.“¹¹

Demgegenüber bringt Menke das sich im subjektiven Recht manifestierende Verhältnis von Recht und nichtrechtlichem Eigenwillen wesentlich eindeutiger auf die Formel der „Ermächtigung des Eigenwillens“¹². Eine derartige Diskrepanz in der Deutung des Verhältnisses Recht/nichtrechtlicher Eigenwille wirft die Frage nach ihrem Ursprung auf. Diesbezüglich verfolgt die vorliegende Arbeit die These, dass die Menkesche Deutung Resultat seiner speziellen Perspektivwahl ist. Sie bedingt, dass Menke ausschließlich die *Form* des subjektiven Rechts in den Blick nimmt, was einen engen Fokus der Rekonstruktion zur Folge hat, dessen Menke sich jedoch – wie aus einem persönlichen Gespräch an seinem Lehrstuhl in Frankfurt am Main hervorging – bewusst ist. Statt externe Maßstäbe an die Rechte anzulegen, wählt Menke als Maßstab der Kritik die „Ontologie“ des „modernen Rechts“.¹³ Als Erscheinungsform des „modernen Rechts“ speist sich seine Kritik am „bürgerlichen Recht“ folglich aus dessen Konfrontation mit der Seinsweise des modernen Rechts: „Das bürgerliche Recht verfehlt nicht, was es sein soll, sondern *wie es ist*; es verfehlt sein Wesen.“¹⁴ Seine Untersuchung bezieht sich nicht auf die „Gehalte [...], Zwecke [...] und Wirkungen“ der Rechte, sondern auf ihre spezifische „Form“.¹⁵ In einem ähnlichen Kontext bemerkt Karl-Heinz Fezer:

¹⁰ *Ebd.*, S. 33, 39 u. 63.

¹¹ *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 45; vertiefend hierzu *Pauly*, in: Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk, 227, 233 ff.

¹² *Menke*, Kritik der Rechte, S. 262 f., passim.

¹³ *Ebd.*, S. 102.

¹⁴ *Ebd.*, S. 166.

¹⁵ *Ebd.*, 8 f.