

# **Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis**

## **Vorwort**

Seit Ende des vergangenen Jahrhunderts ist die Lehre vom subjektiven Recht in Einzelheiten bereichert und verfeinert, in den Grundzügen jedoch nicht verändert worden. Wenn der Verfasser neben die bisherigen Umschreibungen eine neue Fassung dieses Begriffs zu stellen sucht (die bereits im Titel des Buches angedeutet ist), so sind für ihn damit vor allem drei Erwartungen verbunden: Einmal hofft der Schreiber, seine Betrachtungsweise werde die wissenschaftliche Behandlung jener Fragen fördern können, welche sich unmittelbar an die zur Diskussion stehende Rechtsfigur anschließen. Sodann soll die hier entwickelte Begriffsbestimmung eine Antwort sein auf die bis heute immer noch offene Frage nach der normativen Struktur des subjektiven Rechts, insbesondere dessen Verhältnis zu den Verhaltensnormen des Rechts im objektiven Sinne. Schließlich möchte der Verfasser wünschen, daß das von ihm entworfene Leitbild des subjektiven Rechts, das in keinem inneren Gegensatz zu dem sich als Summe von Verhaltensnormen darstellenden objektiven Recht mehr steht, ein Beitrag werden möge zur Überwindung der Scheu vor der normativen Betrachtung des Privatrechts im allgemeinen, einer Scheu, die sich der rationalen Durchdringung der privatrechtlichen Grundbegriffe hindernd in den Weg stellt und die in der normlogischen Nichtbewältigung des grundlegendsten dieser Grundbegriffe eine ihrer Wurzeln hat.

Es ist mir ein Anliegen, bei dieser Gelegenheit der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, mit ihr aber auch dem Zürcher Volk und seiner Regierung, zu danken, daß ich in meiner Stellung am

Rechtswissenschaftlichen Seminar die Möglichkeit erhielt, die (in den Grundgedanken seit über einem Jahrzehnt feststehende) Schrift in Ruhe auszuarbeiten. Der Dank richtet sich an alle Mitglieder der Fakultät; immerhin muß ich Herrn Professor MAX GULDENER namentlich erwähnen, der als Institutsvorsteher das Vertrauen und die Großzügigkeit, die mir zuteil wurden, an erster Stelle repräsentiert. Besonderen Dank sage ich sodann Herrn Professor A. MEIER-HAYOZ, der mir, wohl ohne es zu wissen, immer wieder den Mut zu wissenschaftlicher Arbeit gestärkt hat.

Zürich, anfangs Februar 1965

EUGEN BUCHER

## Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b>	III
<b>Abkürzungen</b>	XI

## KAPITEL I

### EINLEITUNG

§ 1. <i>Allgemeines</i>	1
§ 2. <i>Die rechtstechnische Funktion der Figur des subjektiven Rechts</i>	18
I. Teleologische Notwendigkeit der Vorstellung des subjektiven Rechts	18
II. Die "Verselbständigungswirkung" der Figur des subjektiven Rechts	21
§ 3. <i>Die Bedingtheit der Figur des subjektiven Rechts</i>	26
I. Rechtsinhaltliche und ideologische Aspekte des Begriffs des subjektiven Rechts	26
II. Die geschichtliche Bedingtheit des Begriffs des subjektiven Rechts	28
III. Der Gegensatz von Aktionendenken einerseits und von Denken in materiellen subjektiven Rechten bzw. materiellen Verhaltensnormen andererseits	30
§ 4. <i>Der Begriff des subjektiven Rechts als Rechtsformbegriff</i>	33
I. Die polare Struktur der Begriffsbildung im allgemeinen	33
II. Rechtsformbegriffe und Rechtsinhaltsbegriffe. – Das subjektive Recht als Rechtsformbegriff	36
III. Die Funktion der Rechtsformbegriffe. – Allgemeine Rechtslehre	38
§ 5. <i>Prämissen: Die Rechtsordnung als Normordnung</i>	41
I. Warum "Prämissen" formuliert werden	41
II. Die Rechtsordnung als Gefüge von Normen oder Sollensätzen – Sein und Sollen	42

III. Die Struktur der Rechtsnorm. – Normen als Willensinhalte	44
IV. Normsetzendes Subjekt und Normadressat als Elemente der Norm	45
V. Normgeltung als Zurechnung. – Die Rechtsordnung als Zurechnungsordnung	46
VI. Generell-abstrakte und individuell-konkrete Normen	49
VII. Rechtsnormen Imperative oder hypothetische Urteile	50
VIII. "Mittelbare" und "unmittelbare" Normen	51
IX. "Primäre" und "sekundäre" Normen	51
X. Freiheitsvermutung. – Erlaubtheit eines Verhaltens als Negation einer Verbotsnorm	53

## KAPITEL II

### DAS SUBJEKTIVE RECHT ALS DEM RECHTSSUBJEKT VON DER RECHTSORDNUNG VERLIEHENE NORMSETZUNGSBEFUGNIS

§ 6. <i>Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis</i>	55
§ 7. <i>Subjektives Recht und korrespondierende Rechtspflicht</i>	60
I. Subjektives Recht und Rechtsverhältnis	60
II. "Potentielle" und "aktuelle" Pflicht	61
III. Die angebliche Priorität der Pflicht vor dem subjektiven Recht	63
IV. Zweiseitige Rechtsverhältnisse	65
§ 8. <i>Die Ausübung subjektiver Rechte – Subjektives Recht und Anspruch</i>	66
I. Allgemeines. Die Ausübung des subjektiven Rechts als Anspruchserhebung	66
II. Die Vermutung einer bestimmten Anspruchserhebung	68
III. Freiheit der Rechtsausübung. – Rechtsmißbrauch und Rechtsüberschreitung	70
IV. Anspruchserhebung und Normsetzungsbefugnis als Zustand	72
V. Die Ausübung subjektiver Rechte erfolgt nicht durch Rechtsgeschäft	74

VI. Die Ausübung eines subjektiven Rechts und die Verfügung über ein subjektives Recht	76
VII. Subjektives Recht und Anspruch	77
VIII. Prekaristischer Anspruchsverzicht	79
IX. Die Geltendmachung von Recht und Anspruch im Prozess	80
X. Anhang: Andere mit dem Terminus "Anspruch" verbundene Sinngehalte. – Insbesondere der Anspruchsbegriff von BGB § 194	82
§ 9. <i>Die Abgrenzung rechtsgeschäftlicher und rechtsausübender Normsetzung</i>	87
I. Allgemeines	87
II. Rechtsgeschäftliche Normsetzung als "autonome" Normsetzung im Gegensatz zur "heteronomen" rechtsausübenden Normsetzung	87
III. Zusammenfassung	89
§ 10. <i>Eigentliche subjektive Rechte im Sinne von Herrschaftsrechten und sog. Gestaltungsrechte</i>	89
I. Herrschaftsrechte und Gestaltungsrechte	89
II. Selbständige und unselbständige Gestaltungsrechte	92
III. Beispiele von Gestaltungsrechten	93
IV. "Rechtsgeschäftliche" und "judizielle" Gestaltungsrechte	96
V. Insbesondere die Befugnis der Entäußerung eines subjektiven Rechts als Gestaltungsrecht	97
§ 11. <i>Die gemeinschaftliche Zuständigkeit subjektiver Rechte</i>	99
I. Das Problem	99
II. Einheit eines Rechts oder Mehrheit von Rechten	100
III. Gemeinschaftliche Ausübung subjektiver Rechte als Bildung eines einheitlichen normativen Willens	101
§ 12. <i>Die Zurechnung der subjektiven Rechte (Rechtsträgerschaft) – Stellvertretung, Rechtsfähigkeit</i>	102

## KAPITEL III

### DIE VERLETZUNG SUBJEKTIVER RECHTE

§ 13. <i>Die Verletzung subjektiver Rechte als Anspruchsverletzung</i>	106
I. Grundsatz	106
II. Die Rechtsverletzung beruht in einem tatsächlichen Verhalten des Normadressaten	108
III. Die auf der Verletzung subjektiver Rechte stehenden Sanktionen: Kumulative oder vikariierende sekundäre Rechte. – Zwangsvollzug	110
IV. Rechtsverletzung und Verschulden	112
§ 14. <i>Ablehnung der Identifikation von Verletzung des subjektiven Rechts und von Verletzung des Rechtsobjekts</i>	113
I. Das die Verletzung eines subjektiven Rechts ausmachende Merkmal kann nicht in der Verletzung des sog. Rechtsobjekts bestehen	113
II. Insbesondere würde die Identifikation von Rechtsverletzung und Rechtsobjektsverletzung die dogmatische Erfassung der "Einwilligung" des Berechtigten verunmöglichen	116
III. Zusammenfassung	119
§ 15. <i>Die Verletzung subjektiver Rechte und der schadenersatzrechtliche Begriff der Widerrechtlichkeit</i>	121
I. Die Fragestellung	121
II. Der Begriff der Widerrechtlichkeit im Schadenersatzrecht	122
III. Widerrechtlichkeit und Verletzung subjektiver Rechte: Identität der Fragestellung	123
IV. Ist jede Schadenersatzpflicht auf eine Verletzung subjektiver Rechte zurückzuführen?	127
V. Schlußfolgerungen	128

## KAPITEL IV

### DIE EINTEILUNG DER SUBJEKTIVEN RECHTE

§ 16. <i>Die Einteilung nach dem Kreis der Normadressaten: Absolute und relative Rechte</i>	131
I. Die Möglichkeiten der Einteilung subjektiver Rechte – Das Gegensatzpaar der absoluten und relativen Rechte	131
II. Alle subjektiven Rechte sind entweder absolut oder relativ	133
III. Die Gegenüberstellung der "persönlichen" und der "dinglichen" Rechte	135
IV. Mischformen	136
V. Relative Rechte haben vorwiegend positiven, absolute Rechte dagegen grundsätzlich negativen Anspruchsinhalt	140
§ 17. <i>Besonderheiten der relativen Rechte</i>	144
I. Der Begriff der Relativität ist allgemein gültig	144
II. Begriffsvarianten der relativen Rechte	144
III. Sekundäre subjektive Rechte sind immer relativ	145
IV. Der Grundsatz der Relativität im angelsächsischen Recht	146
V. Mehrheit von potentiellen Normadressaten bei relativen Rechten. Der Begriff der Solidarität	147
§ 18. <i>Besonderheiten der absoluten Rechte</i>	151
I. Zweck und normative Besonderheiten der absoluten Rechte	151
II. Die Ausschließlichkeit der absoluten Rechte und deren Sachzuordnungsfunktion	155
III. Die quantitative Bestimmung des Rechtsinhalts. – Der Begriff des Rechtsobjekts	156
IV. Die qualitative Bestimmung des Rechtsinhalts	158

**KAPITEL V****SONDERFORMEN UND SCHEINFORMEN  
SUBJEKTIVER RECHTE**

<i>§ 19. Sonderformen subjektiver Rechte</i>	160
I. Eigentum	160
II. Die sogenannten beschränkten dinglichen Rechte im allgemeinen	169
III. Besitz	172
IV. Pfandrecht	176
V. Retentionsrecht	182
VI. Unvollkommene Obligationen	184
<i>§ 20. Beispiele bloß scheinbarer subjektiver Rechte</i>	187
I. Rechte des "Dürfens", der Freiheit zu einem bestimmten Verhalten sind dem Grundsatz nach keine subjektiven Rechte	187
II. Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und Status- oder Personenstandsrechte	188
III. Vertretungsbefugnis	189
IV. "Klagendürfen"	190
<b>Hauptthesen</b>	191
<b>Anhang: Literaturhinweise</b>	195
<b>Sachverzeichnis</b>	207

## Abkürzungen

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811.
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Bd. 1 Heidelberg 1820, jetzt erscheinend in Tübingen).
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin 1907/08 ff. (bis und mit Bd. 26 unter dem Namen Rechts- und Wirtschaftsphilosophie).
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.
CC	(französischer) Code Civil, (italienischer) Codice Civile, (spanischer) Código Civil.
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897; seit 1939 größtenteils auch in Österreich in Kraft.
OR	Bundesgesetz über das Obligationsrecht (Code des Obligations) vom 30. März 1911 und 18. Dezember 1936 (Schweiz).
öZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. Wien 1948 ff.
RIFD	Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto.
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Revue Suisse de Jurisprudence), Zürich 1905 ff.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Code Civil Suisse) vom 10. Dezember 1907.
ZPO	Zivilprozessordnung.
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Revue de la Société des Juristes Bernois), Bern 1865 ff.
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Revue de droit suisse), Basel 1852 ff.

## KAPITEL I

### EINLEITUNG

#### § 1. Allgemeines

1. Die hier vorgelegte Schrift bedarf der Einleitung. Der Begriff des subjektiven Rechts, dessen Neufassung in Aussicht gestellt wird, weckt so viele Gedankenverbindungen, daß eine Umschreibung der Absichten des Verfassers notwendig ist, soll über den Gegenstand der Arbeit von Anfang an Klarheit herrschen und falschen Erwartungen vorgebeugt werden. Sodann ist es wohl richtig, bereits an dieser Stelle auseinanderzusetzen, aus welchen Gründen der Verfasser eine Neuorientierung der Privatrechtsdogmatik hinsichtlich des Begriffs des subjektiven Rechts, dieser heute wie eh und je grundlegendsten Figur des Privatrechts, für erforderlich hält, und von welchem Standpunkt aus die folgenden Untersuchungen unternommen wurden.

2. Der den Gegenstand dieser Schrift ausmachende Begriff des subjektiven Rechts wird als *rechtsformaler* und nicht als *rechtsinhaltlicher* Begriff aufgefaßt. Dies heißt zweierlei. Der Verfasser nimmt von jenen Auffassungen Abstand, welche diese Rechtsfigur entweder als einen *primär rechtsphilosophischen*, oder aber als *positivrechtlichen Begriff* verstehen.

Da die Rechtsordnung ihren letzten Zweck im einzelnen Rechtssubjekt hat und die Figur des subjektiven Rechts Ausdruck dieser teleologischen Subjektbezogenheit der Rechtsordnung ist, besteht die Versuchung, den Begriff des subjektiven Rechts zum Ansatzpunkt von Aussagen über das Wesen des Rechts schlechthin zu machen<sup>1</sup>. Die (natürlich nicht zufällige) Doppelbedeutung des Wortes "Recht", das bald Rechtsordnung im allgemeinen, bald das Recht des einzelnen

---

<sup>1</sup> Darüber unten § 2/I.

bedeutet, verstärkt die Neigung, durch Betrachtung des subjektiven Rechts Einsichten in die Aufgabe der Rechtsordnung und die durch sie zu verwirklichenden Wertvorstellungen zu suchen. Dies ist ein *rechtsphilosophisches*, da aus allgemeinen überpositiven Gesichtspunkten rechtsinhaltliche Schlüsse ziehendes, allenfalls ein *rechtspolitisches* Vorgehen, dessen Berechtigung und erkenntnistheoretische Möglichkeit hier nicht zu untersuchen ist, das sich aber jedenfalls von der vom Verfasser gewählten Betrachtungsweise grundlegend unterscheidet. Vorliegendenfalls sollen alle auf die inhaltliche Ausgestaltung einer Rechtsordnung sich beziehenden Fragen außer Betracht bleiben, insbesondere die Fragen, welche subjektiven Rechte dem Individuum zu verleihen seien und welches die Voraussetzungen und Wirkungen der Rechtsverleihung sein sollen. Uns beschäftigt lediglich die Frage, welches die rechtsformale, d. h. normative Struktur des Sachverhalts ist, wenn eine wie auch immer beschaffene Rechtsordnung ein wie auch immer beschaffenes subjektives Recht verleiht. Das uns gestellte Problem ist *nicht spekulativer Natur*.

Wenn der Begriff des subjektiven Rechts nicht als rechtsinhaltlicher, sondern als *rechtstechnischer Begriff* entwickelt wird, so soll damit der Nachweis geführt werden, daß die formallogischen Aspekte des Begriffs des subjektiven Rechts wenn nicht die einzigen, so doch diejenigen sind, über die man sich vor allen anderen Klarheit verschaffen kann und muß. Es soll durch Aufzeigung der ohne weiteres rational erfaßbaren normativen Grundlagen gleichzeitig eine *Entmystifizierung* dieser Rechtsfigur erreicht und die verbreitete Abneigung gegen diese "notion métaphysique" bekämpft werden. Die sie umgebende Aura des Geheimnisvollen und Unnahbaren ist nicht nur nicht gerechtfertigt, sondern sie verstellt auch den Zugang zu Einsichten in wesentliche privatrechtliche Zusammenhänge.

Der Begriff des subjektiven Rechts wird hier nicht nur ohne Blick auf Rechtsinhalt und Gerechtigkeitsidee im allgemeinen abgehandelt, sondern auch *ohne Bezug auf eine bestimmte positive Rechtsordnung*. Es soll nicht das subjektive Recht im schweizerischen, italienischen, deutschen oder einem sonstigen Recht untersucht werden, sondern die Figur des subjektiven Rechts, wie sie erfahrungsgemäß in jeder Rechtsordnung entgegentritt. Der Begriff des subjektiven Rechts ist kein positivrechtlicher Begriff, sowenig wie der Begriff der Rechtsnorm. Womit die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden soll, daß das positive Recht in einem bestimmten Fall auf diesen Begriff

abstellt und ihn damit zum Bestandteil eben dieses positiven Rechts macht, so etwa, wenn ZGB Art. 2 von "Rechtsmißbrauch" oder BGB § 823 von der Verletzung eines "sonstigen Rechts" spricht. Dann liegt natürlich ein positivrechtlicher Begriff vor, dessen Inhalt nach den üblichen Auslegungsregeln zu ermitteln ist und der sich wahrscheinlich mit dem hier behandelten Rechtsformbegriff nicht deckt.

Nun wird allerdings die Möglichkeit einer rechtstheoretischen Betrachtungsweise, die nicht auf eine bestimmte positive Rechtsordnung abstellt, oft bestritten, und zwar hinsichtlich des subjektiven Rechts wie anderer rechtlicher Grundbegriffe. Es ist die *Möglichkeit allgemeiner Rechtslehre schlechthin*, die in Frage gestellt wird. Daß allgemeine, d. h. vom Inhalt bestimmter Rechtsordnungen abstrahierende Rechtslehre möglich ist, läßt sich nicht deduktiv ableiten, sondern nur aus der Erfahrung nachweisen. An Beispielen muß gezeigt werden, daß Aussagen über das Recht im allgemeinen möglich sind, die keinen Bezug auf dessen positivrechtliche Ausgestaltung nehmen und trotzdem verwertbare Einsichten vermitteln. Der Verfasser hofft, diese Arbeit möge als derartiges Beispiel gelten dürfen und einen Beitrag zum Nachweis der Möglichkeit allgemeiner Rechtslehre leisten.

Dem vor allem in Deutschland zur Zeit herrschenden Mißtrauen gegenüber der Disziplin allgemeiner Rechtslehre darf schließlich die Erfahrung der Rechtskultur lateinischer und angelsächsischer Länder entgegengehalten und auf die Wertschätzung der "Teoria generale del diritto", der englischen "Jurisprudence" hingewiesen werden, um den Vorbehalten gegenüber Arbeiten zur allgemeinen Rechtslehre zu begegnen.

3. Mit dem hier versuchten Nachweis, daß die Vorstellung des Rechts im subjektiven Sinn in erster Linie als rechtsformaler Begriff zu verstehen ist, soll den *Angriffen weltanschaulich-ideologischer Natur*, wie sie in den vergangenen drei Jahrzehnten gegen die uns hier beschäftigende Rechtsfigur gerichtet worden sind, die Spitze gebrochen werden. Wenn wir von einigen früheren marxistisch beeinflussten Einwänden gegen die traditionelle Konzeption des Begriffs absehen, waren es vorab die *nationalsozialistische Rechtserneuerungsbewegung* und andere bis in die jüngste Vergangenheit nachwirkende Strömungen, die dem gleichen Zeitgeist mit seinem Hang zum

Irrationalen und der Ablehnung aller formallogischer Betrachtungsweise verhaftet waren, welche die Zurückdrängung, ja Ausrottung der Vorstellung des subjektiven Rechts zum Programm erhoben. Das Denken in subjektiven Rechten wird "überspitzter Individualismus" genannt und demgegenüber gefordert, es sei das Rechtsganze oder wenigstens das Rechtsverhältnis der Beteiligten zum Ansatzpunkt wissenschaftlicher Darstellung zu machen. Demgegenüber soll aufgezeigt werden, daß der Begriff des subjektiven Rechts als rechtsformaler Begriff aufgefaßt *weltanschaulich indifferent* ist und von ideologischen Einwänden im Grundsätzlichen nicht getroffen werden kann.

Richtig ist, daß der Anwendungsbereich des Begriffs des subjektiven Rechts innerhalb verschiedener Rechtsordnungen je nach deren inhaltlicher Ausgestaltung schwanken kann und in einer freiheitlich-individualistischen Rechtsordnung verhältnismäßig größer ist, als in einer kollektivistischen Gesellschaft. Deswegen ist dieser Begriff trotzdem nicht, wie KELSEN annimmt, auf sogenannte kapitalistische Rechtsordnungen beschränkt und durch eine bestimmte weltanschauliche Richtung bedingt. Ein Blick auf extrem kollektivistische, nämlich kommunistische Rechtsordnungen lehrt, daß dort subjektive Rechte zwar seltener, keineswegs aber ganz ausgeschaltet sind und z. B. in Gestalt eines auf größere oder kleinere Rudimente reduzierten, sich strukturell aber kaum von westlichen Ausprägungen unterscheidenden Privateigentums vorkommen.

Die Möglichkeit einer Rechtsordnung, die nicht nur alle Spuren von Privateigentum ausgemerzt hat, sondern auch sonst keinerlei Delegation rechtlicher Macht an den einzelnen im Sinne subjektiver Rechte kennt, ist durch apriorische Argumente allerdings nicht auszuschließen. Sollte eine solche Rechtsordnung zu irgendeiner Zeit irgendwo Wirklichkeit werden, würde dies nur bedeuten, daß der Begriff des subjektiven Rechts auf diese Rechtsordnung nicht angewendet werden kann. Die Richtigkeit des Begriff s als formallogische Denkmöglichkeit würde, da sie überhaupt nicht von einem aktuellen Anwendungsbereich abhängt, nicht in Frage gestellt, ja sie würde selbst dann nicht betroffen, wenn zu einer bestimmten Zeit ein solcher Anwendungsbereich überhaupt nicht mehr bestünde bzw. der Geschichte angehörte.

4. Für die jüngere Pandektenwissenschaft und unter deren Einfluß für die Privatrechtsdogmatik des beginnenden zwanzigsten Jahrhunderts

war der Begriff des subjektiven Rechts schlechterdings und unbestritten Angelpunkt allen privatrechtlichen Geschehens. In der auf praktische Fragen ausgerichteten Privatrechtslehre ist diese Figur heute so beherrschend als irgendwann: Wie sollen zentrale Vorstellungen des Privatrechts wie Verzicht, Abtretung, Verwirkung und Verrechnung anders verstanden werden denn bezogen auf subjektive Rechte? Und trotzdem begegnet dieser Begriff seit einigen Jahrzehnten einem wachsenden Mißtrauen. Es sind nicht Vorbehalte der Praxis gegenüber einem Produkt der Theorie, sondern vielmehr *Bedenken der Theorie* gegenüber einer der Praxis wohlvertrauten Denkweise. Die Ursachen des Unbehagens und der Verlegenheit, das diese Figur hervorruft, können nicht im Weltanschaulichen liegen, da die Skrupel nicht die inhaltliche Gestaltung des Rechts, sondern die Formen dessen wissenschaftlicher Durchdringung betreffen. Die Gründe der sich gelegentlich bis zu eigentlicher Bewußtseinspaltung steigenden Widersprüchlichkeit der Wissenschaft, welche im Zusammenhang praktischer Fragen nach wie vor mit dem Begriff des subjektiven Rechts operiert, dessen theoretische Zulässigkeit, d. h. logische Richtigkeit, jedoch in Frage stellt, müssen *immanente* sein, d. h. aus der Orientierung der allgemeinen Privatrechtslehre selber stammen, die sich offenbar gewandelt hat.

Der Verfasser sieht die Gründe der zunehmenden theoretischen Vorbehalte gegenüber dem Begriff des subjektiven Rechts darin, dass die Rechtswissenschaft in zunehmendem Maß sich am Begriff der *Rechtsnorm* orientiert, von sog. *normativem Denken* beherrscht wird<sup>2</sup>. Normative Rechtsauffassung, d. h. die Auffassung, daß die Rechtsordnung nichts anderes sei als eine Summe von Verhaltensvorschriften, kann als die heute vorherrschende, ja einzig mögliche Konzeption bezeichnet werden, wenigstens wenn "Normativismus" nicht fälschlich mit "Positivismus" oder "Reiner Rechtslehre" gleichgesetzt wird. Dies folgt schon aus dem Fehlen einer ernst zu nehmenden Alternative zur normativen Konzeption: Niemand ist in der Lage, anzugeben, was eine rechtliche Ordnung *anderes* denn eine Normordnung sein soll. Die Normstruktur des Rechts hat als solche weder mit den

---

<sup>2</sup> Vgl. z. B. ARANGIO-RUIZ p. 17: "difficoltà ... di determinare come da norme, che non possono contenere se non comandi o divieti, nascono facoltà e poteri degl'individui." ARANGIO-RUIZ ist es auch, der am ehesten die Richtung erkennt, in der die Lösung der scheinbaren Unvereinbarkeit zu suchen ist: "... si può ben dire che l'attività normativa propria della comunità si trasferisce all'individuo ..." (p. 18).

Erkenntnisquellen und dem Geltungsgrund des Rechts noch mit dessen Zweck und Inhalt etwas zu tun: Auch metapositivistische, naturrechtliche oder ethische Systeme können als auf die Regelung menschlichen Verhaltens gerichtete Ordnungen nur aus Normen bestehen. Streitig kann höchstens sein, ob es sinnvoll sei, analytisch vorzugehen und bei der Vorstellung der Rechtsordnung bis auf das Element der Norm zurückzugreifen. In der Tat gibt es ja Rechtskulturen, welche kaum oder in viel bescheidenerem Ausmaß den Normbegriff verwenden, so die frühere römische und die heutige angelsächsische. Aber auch der kontinentalen Rechtswissenschaft früherer Jahrhunderte war normative Rechtsbetrachtung im jetzigen Ausmaß fremd. Heute ist die bis zum Normbegriff vorstoßende analytische Methode wenn nicht alleinbeherrschend, so doch von Einfluß auf das rechtliche Weltbild jedes kontinentalen Juristen. Die über Jahrhunderte sich hinziehende Entwicklung zu normativ-analytischem Rechtsdenken, die hier als feststehende Gegebenheit hinzunehmen ist, dürfte sehr verschiedene Ursachen haben: z. B. der naturrechtliche Rationalismus der Aufklärung mit seinen im Bereich des Rechts bis heute spürbaren Spätwirkungen, die im Rahmen der als "allgemeine Rechtslehre" bezeichneten Disziplin geleisteten Bemühungen vor allem unseres Jahrhunderts, mehr als alles aber die Tatsache der annäherungsweise umfassenden *Kodifizierung* der kontinentalen Rechtsordnungen, die zwangsläufig zu analytischer Rechtsbetrachtung, Systemdenken und einem (wenn auch fälschlich Norm mit Gesetzesvorschrift identifizierenden) Normdenken hinführt.

Der Zusammenhang zwischen normativem Denken und der Ablehnung der Vorstellung subjektiver Rechte liegt klar zutage: Die Figur des subjektiven Rechts in ihren bisherigen Fassungen scheint der Einordnung in ein Normensystem zu widerstreben; ja, in der verbreiteten, wenn auch oft unbewußten Identifikation von Norm und Gesetz, von Normensystem und objektivem Recht werden subjektives Recht und normativ zu verstehende Rechtsordnung zu kontradiktorischen Gegensätzen. Von der Annahme einer Gegensätzlichkeit zwischen subjektivem Recht und normativer Rechtsordnung führt der eine Weg zur *völligen Leugnung* der "Existenz" subjektiver Rechte, der andere Weg, welcher der praktischen Unentbehrlichkeit der Figur Rechnung trägt, versucht das subjektive Recht normativ zu begreifen, indem jedem subjektiven Recht eine Rechtsnorm zugeordnet, subjektives Recht und Norm schließlich *identifiziert* wird. Aber

auch dieses Vorgehen führt zu einer Abwertung des Begriffs und zu einer Verkümmernung dessen Funktionen. Die einheitliche normative Erfassung des subjektiven und des objektiven Rechts gelingt der bisherigen Rechtsformenlehre nur durch eine Unterwerfung des subjektiven Rechts unter das objektive Recht. So wird das subjektive Recht zum "Reflex" objektiven Rechts, dazu bestimmt, "den Inhalt des objektiven Rechts subjektbezogen auszudrücken"<sup>3</sup>, wobei immer die Frage offenbleibt, weshalb überhaupt so sehr das Bedürfnis besteht, das objektive Recht subjektbezogen darzustellen und welches der Sinn dieser doppelbödigen Betrachtungsweise ist.

Angesichts dieser geistesgeschichtlichen Situation ist unsere Aufgabe klar vorgezeichnet als die Aufgabe, den für die Darstellung des Privatrechts unentbehrlichen Begriff des subjektiven Rechts mit der bei analytischer Betrachtung unabweislichen normativen Rechtsauffassung in Übereinstimmung zu bringen. Die Herausarbeitung der normativen Funktion des subjektiven Rechts wird ergeben, daß die an dieser Figur sich orientierende privatrechtliche Betrachtungsweise nicht das Relikt eines überholten unkritischen Begriffsnaturalismus ist. Es wird das aus der vermeintlichen Unvereinbarkeit objektiven und subjektiven Rechts entspringende Unbehagen der Dogmatik behoben werden können durch den Nachweis, daß Recht im subjektiven und im objektiven Sinn nicht nur keine sich ausschließende Gegensätze sind, sondern daß das subjektive Recht als normologisch widerspruchsfrei zu beschreibender Sachverhalt der Rechtsordnung als einer Normordnung *integriert* werden kann. Dies kann nur sein der Nachweis, daß subjektive Rechte selber keine Normen, sondern *Normerzeugungsmedien* sind, daß sie den einzelnen Rechtssubjekten verliehene *Befugnisse der Normsetzung* darstellen.

5. Die bisher genannten Ziele der vorliegenden Untersuchung dürften durchaus als Selbstzweck gelten, denn auch in der Rechtswissenschaft muß das Analogon zu dem, was bei den Naturwissenschaften Grundlagenforschung heißt, Berechtigung haben. Die Klärung des Begriffs des subjektiven Rechts, dessen Integration in eine normative Rechtsbetrachtung und die Verteidigung der Eigenständigkeit dieser

---

<sup>3</sup> So JÄGGI in ZSR 79 II S. 147a. – Von dieser treffenden Formulierung der heute vorherrschenden Ansicht weicht KELSEN kaum ab, wenn er in RRL II – z. B. S. 133 ff. – das subjektive Recht als *Reflex* einer Rechtspflicht, d. h. wohl nichts anderes als einer "objektiv-rechtlichen" Norm, bezeichnet.

Figur ist aber nicht das einzige Anliegen der vorliegenden Schrift, sondern es soll mit der hier vorgeschlagenen Betrachtungsweise die Struktur einiger grundlegender Erscheinungen des Privatrechts neu beleuchtet werden.

Die hier entwickelte Fassung des Begriffs wirkt sich vor allem dahin aus, daß der *Gegensatz* zwischen dem *subjektiven Recht* und dem in dessen Ausübung zu erhebenden *Anspruch* herausgearbeitet wird. Eine aktuelle, *hic et nunc* zu erfüllende Pflicht für den am Rechtsverhältnis Beteiligten ergibt sich nicht aus dem Bestand eines subjektiven Rechts, sondern erst aus dessen Ausübung, der Anspruchserhebung, die ihrerseits normative, d. h. verpflichtende Wirkung entfaltet. Damit wird einmal klargestellt, daß einem subjektiven Recht nur ein Kreis *potentieller* Pflichten entspricht, während eine *aktuelle* Pflicht bloß durch die Rechtsausübung entsteht. Sind das subjektive Recht und ein in dessen Ausübung zu erhebender Anspruch zwei zu unterscheidende Dinge, können die rechtlichen Schicksale von Recht und Anspruch verschieden sein. Diese Einsicht zeigt einige gelegentlich anzutreffende dogmatische Irrtümer auf, die sich im Gefolge der Identifikation von subjektivem Recht und Anspruch ergeben. Vor allem erweist sich, daß der Verzicht auf Anspruchserhebung vom Verzicht auf das Recht selber zu unterscheiden ist. So darf von der Möglichkeit, auf die Anspruchserhebung zu verzichten, nicht auf die vielerorts behauptete begriffsnotwendige Verzichtbarkeit (oder "Abtretbarkeit", "Veräußerlichkeit") subjektiver Rechte geschlossen werden, wie umgekehrt bei subjektiven Rechten, die vom positiven Recht als unveräußerlich erklärt werden (z. B. gewisse Persönlichkeitsrechte), nicht gefolgert werden darf, daß der Rechtsträger nicht auf die Anspruchserhebung verzichten könne. Kurz, die Möglichkeit der Entäußerung eines Rechts ist von diesem Recht selber zu unterscheiden, was für den Hauptfall der Möglichkeit der Übertragung auf Dritte beim Eigentumsrecht schon THON<sup>4</sup> nachgewiesen hat, aber keineswegs allgemein und in seiner generellen Tragweite erkannt ist.

Die Auffassung, daß eine eigentliche Verhaltenspflicht nicht durch die bloße Existenz eines subjektiven Rechts, sondern erst durch dessen Ausübung, die Anspruchserhebung, entstehe und daß mithin der erhobene Anspruch eine Rechtsnorm sei, wirkt sich auch bei der Deutung des Sachverhalts der *Verletzung* eines subjektiven Rechts aus, die sich als eine *Verletzung* eben dieses *Anspruchs* darstellt und damit

---

<sup>4</sup> THON, Rechtsnorm p. 326 ff.

*eine Normverletzung* ist. Es wird demzufolge die Auffassung der Rechtsverletzung als einer Rechtsobjektsverletzung abgelehnt, welche nicht konsequent durchgeführt werden kann, ohne unhaltbare Resultate zu ergeben<sup>5</sup>.

Alle die hier angedeuteten Folgerungen, welche aus der vorgeschlagenen Neufassung des Begriffs zu ziehen sind, kreisen schließlich um die Frage nach der Stellung des Trägers subjektiver Rechte, der unter teleologischen Gesichtspunkten Hauptperson der rechtlichen Regelung ist. Indem der Nachweis versucht wird, daß ihm normerzeugende Funktion zukommt, soll die ihm gebührende zentrale Stellung im rechtlichen Geschehen zurückgewonnen und damit gleichzeitig die Eigenart privatrechtlicher Rechtsbeziehungen schlechthin herausgestellt werden, die man gründlich verkennt, wenn man im Tatbestand der Verleihung eines subjektiven Rechts den Sachverhalt des Erlasses einer fertigen Verhaltensnorm erblickt.

Die hier entwickelte Theorie ist nichts anderes als die Weiterführung einer in den Grundzügen vor rund zehn Jahren gewonnenen und bereits damals andeutungsweise formulierten Auffassung<sup>6</sup>. Der Verfasser wurde ganz unerwartet mit der Problematik des Begriffs des subjektiven Rechts konfrontiert, als er seine Doktorarbeit über Fragen des Persönlichkeitsschutzes des ZGB ausarbeitete. Es konnte damals auf konkrete Fragen des schweizerischen Privatrechts wie diejenige nach der rechtlichen Bedeutung des Willens des Trägers von Persönlichkeitsrechten und den Wirkungen der sog. Einwilligung in persönlichkeitsverletzende Tatbestände keine Antwort gefunden werden, ohne in der Frage der Normstruktur subjektiver Rechte Stellung zu beziehen. Daß damals erst die hier vertretene Konzeption des Begriffs des subjektiven Rechts eine befriedigende Deutung der Persönlichkeitsrechte ermöglichte, läßt den Verfasser hoffen, es sei kein Scheinproblem, das im folgenden behandelt wird.

6. Begriffliche Untersuchungen können nicht bloß dogmatisch-immanente Auswirkungen haben, d. h. die Rechtswissenschaft als solche beeinflussen. Auch die *inhaltliche Ausgestaltung* und *Fortbildung* einer

---

<sup>5</sup> Es war vor allem die offensichtliche Unhaltbarkeit dieser landläufig-unreflektierten Identifikation von Rechtsverletzung und Rechtsobjektsverletzung im Bereich der Persönlichkeitsrechte, welche den Verfasser zwang, nach neuen Wegen der normativen Deutung der Figur des subjektiven Rechts und dessen Verletzung zu suchen.

<sup>6</sup> BUCHER, PR p. 70 ff.

Rechtsordnung wird in höherem Maß als gemeinhin angenommen von den wissenschaftlich-begrifflichen Denkformen her bestimmt. Dies sei an zwei Beispielen erläutert, um dem Vorurteil zu begegnen, begriffliche Untersuchungen seien ohne praktische Auswirkungen.

Das im Anschluß an die römischrechtliche Gegenüberstellung der *actiones in rem* und der *actiones in personam* gebildete Gegensatzpaar *dinglicher und persönlicher Rechte* war es, welches vielleicht während eines Jahrhunderts die Entwicklung der Immaterialgüterrechte und eines Persönlichkeitsschutzes verhinderte, weil die betreffenden Schutzobjekte (die urheberrechtlich zu schützenden Kunstwerke, die zu schützende Persönlichkeitssphäre usw.) nicht als "Ding" und mithin nicht als Gegenstand dinglicher Rechte betrachtet werden konnten, andererseits diese rechtspolitisch geforderten und in dem sonst als Vorbild dienenden römischen Recht teilweise gewährleisteten<sup>7</sup> Rechte als gegenüber jedermann wirkende Rechte auch bei den persönlichen Rechten keinen Platz fanden. Hier war es die abstraktere Begriffsbildung der absoluten und relativen Rechte, welche die Verleihung von Immaterial- und Persönlichkeitsrechten ermöglichte, da diese ohne weiteres als absolute Rechte betrachtet werden können<sup>8</sup>.

Unmittelbar auf das Unterlassen einer theoretischen Herausarbeitung des Begriffs des subjektiven Rechts läßt sich eine den kontinentalen Juristen überraschende und als solche zweifellos unvorteilhafte Eigentümlichkeit der *angelsächsischen Rechtsordnungen* zurückführen. Das weitgehende *Fehlen des Instituts der Abtretung* relativer Ansprüche und die Vorbehalte gegenüber dem *Vertrag zugunsten Dritter*, der in den Vereinigten Staaten nur zögernd zugelassen wurde und in England noch heute nicht anerkannt ist, kann nur damit erklärt werden, daß das Rechtsdenken des Common Law sich überwiegend am Begriff des Vertrags orientiert und infolge des Grundsatzes der "privity of contract" (des Grundsatzes, daß nur der am Vertrag als Partei Beteiligte daraus Rechte ableiten oder durch ihn verpflichtet werden kann) derartige rechtliche Regelungen gewissermaßen als durch die Vorstellung des Vertrags begrifflich ausgeschlossen betrachtet.

Im einen wie dem anderen Fall hätte eine mehr analytische und zu abstrakteren Begriffen fortschreitende Rechtsbetrachtung eine ungezwungenere

---

<sup>7</sup> Vgl. *Dig* 47, 10 ("de iniuriis et famosus libellis").

<sup>8</sup> Vgl. dazu weiterhin BUCHER, *Annuario* p. 20/21 und hinten § 16/III.

und zweckmäßigere Rechtsfortbildung gestattet. Begriffliche Deduktionen können handgreifliche praktische Auswirkungen haben, und zwar nicht, indem sie in begriffsjuristische Schlüsse ausmünden, sondern lediglich durch Beseitigung von begrifflichen Hemmnissen, die überkommene Vorstellungen in den Weg legen können, und durch das Anbieten eines differenzierten Begriffsinstrumentariums, das nicht nur eine angemessene wissenschaftliche Durchdringung des geltenden, sondern auch die Entwicklung künftigen Rechts erleichtert.

7. Das vorstehend Gesagte sollte genügen, um dem Vorwurf der "Sinnentlehrung" oder der "blutlosen Abstraktion", der gegenüber formalbegrifflichen Untersuchungen heute rasch zur Hand ist, zu begegnen. Über jeglicher Begriffsanalyse steht aber auch der genau entgegengesetzte Vorwurf der *Begriffsjurisprudenz* in Bereitschaft, der Vorwurf, Rechtsfiguren, die in der Darstellung des inhaltlich vorgegebenen Rechtsstoffes eine dienende Funktion haben, zu übergeordneten Größen zu machen und gleichzeitig – im Sinne einer *petitio principii* – aus Begriffen mehr herauszuholen, als bei ihrer Bildung hineingelegt wurde. Auch gegenüber diesem Vorwurf glaubt der Verfasser geschützt zu sein. So seltsam es klingt: Um unzulässiger Begriffsjurisprudenz zu entgehen, bedarf es der begrifflichen Analyse, da nur diese die Grenze zwischen der formalen Seite eines Begriffs und dessen rechtsinhaltlicher Aussage aufzeigen kann. Indem im folgenden wiederholt gezeigt wird, daß herkömmliche privatrechtliche Vorstellungsweisen nicht kraft logisch-formaler Notwendigkeit den ihnen zukommenden Gehalt haben, sondern aus der Überlieferung oder kraft positiven Rechts, und daß normlogisch auch andere Lösungen möglich wären, haben die hier angestellten Untersuchungen *anti-begriffsjuristische Auswirkungen*. Und es können gelegentlich dogmatische Mißverständnisse, die als begriffsjuristische Fehlschlüsse zu bezeichnen sind, bewußt gemacht werden, so etwa der bereits genannte Schluß aus der Freiheit in der Ausübung subjektiver Rechte auf deren Verzichtbarkeit.

8. Während im vergangenen Jahrhundert die Pflege der *allgemeinen Rechtslehre* überwiegend Sache der Pandektenwissenschaft war, gehen die Bestrebungen auf diesem Gebiet seit der Jahrhundertwende vom *öffentlichen Recht* aus. Insbesondere sind die neueren Versuche, die normativen Strukturelemente des Rechts herauszuarbeiten,

den Vertretern des öffentlichen Rechts zu verdanken. Im Gebiet des Privatrechts müssen die Werke v. THUHRS als die letzten umfassenden Beiträge zur Grundlegung der Privatrechtsdogmatik betrachtet werden. Während früher die allgemeine Privatrechtslehre in alle anderen Rechtsgebiete ausstrahlte, ist es umgekehrt seit Jahrzehnten die öffentlich-rechtliche Grundlagenlehre, die das Privatrecht beeinflußt und die Behandlung privatrechtlicher Grundbegriffe übernimmt. Es seien hier statt vieler die Namen DUGUIT, WALTER BURCKHARDT und KELSEN genannt und erwähnt, daß die Anhänger der Wiener Schule fast ausschließlich vom öffentlichen Recht her kommen, wo sich auch deren Gegner finden.

Wenn die privatrechtlichen Grundbegriffe von Öffentlichrechtlern anhangsweise, gewissermaßen mit der linken Hand, beschrieben werden, kann dies nicht ohne Verkennung der privatrechtlichen Eigenheiten abgehen. Jedenfalls glaubt der Verfasser, dessen wissenschaftliche Interessen und praktische Erfahrungen ganz auf dem Gebiet des Privatrechts liegen, daß es notwendig ist, dem *Privatrecht in dogmatischen Grundfragen die verlorene Eigenständigkeit zurückzugewinnen*, und daß es vorab gilt, *den Begriff des subjektiven Rechts* als eines wesensmäßig dem Privatrecht angehörenden Instituts *von einem privatrechtlichen Ausgangspunkt aus zu behandeln*.

Innerhalb der Einflüsse des öffentlichen Rechts auf die privatrechtliche Grundlagenlehre ist es besonders die *Strafrechtsdogmatik*, die in besonderem Maße nachteilig eingewirkt hat. Dem Einfluß des Strafrechts, das nicht nur dem juristischen Laien als das Recht schlechthin erscheint, sondern auch manchen Rechtstheoretikern allzusehr als Leitbild dient, ist z. B. die verbreitete aber unrichtige *Beschränkung des Normbegriffs auf hypothetische Urteile* wenigstens teilweise zu verdanken, da die materiellen Bestimmungen der Strafgesetze diese Struktur aufweisen ("Wer das und das tut, wird so und so bestraft"). Im Zusammenhang des Begriffs des subjektiven Rechts ist es sodann die unglückliche Identifikation von Rechtsverletzung und Rechtsobjektsverletzung, die durch die Strafrechtsdogmatik begünstigt wird. Damit hängt zusammen das Verkennen des für die Theorie der subjektiven Rechte grundlegenden Sachverhalts, daß die Einwilligung des Trägers eines subjektiven Rechts in eine rechtsobjektsverletzende Handlung in jedem Fall eine Verletzung des Rechts ausschließt, dies im Gegensatz zum Strafrecht, wo die Einwilligung des Geschädigten oft keine oder nur sekundäre Bedeutung hat.

9. Wenn an dieser Stelle die Zurückdrängung der Einflüsse des öffentlichen Rechts auf die Privatrechtsdogmatik gefordert wird, ist es notwendig, ein Wort über das Verhältnis der hier vertretenen Ansichten zur "*Reinen Rechtslehre*" zu sagen, dieser Lehre, die zwar den Dualismus der Scheidung des Rechtsstoffes in Privatrecht und öffentliches Recht ablehnt, aber doch so deutlich ihre Beheimatung im öffentlichen Recht zu erkennen gibt. Von KELSEN und der durch ihn ausgelösten Bewegung haben nicht nur deren Anhänger, sondern bewußt oder unbewußt alle Rechtswissenschaftler der heutigen Generation gelernt, nicht zuletzt auch ihre Gegner. Gerade, weil der Verfasser in der hier behandelten Spezialfrage von KELSEN abweicht, liegt ihm daran, zum Ausdruck zu bringen, wieviel er diesem Autor zu verdanken hat und wieweit er mit ihm übereinstimmt.

Der Verfasser hat von KELSEN dessen normative Rechtsauffassung übernommen und versucht in vorliegender Schrift, die Methode, die das Recht als ein System von Rechtsnormen darstellt, auf eine Figur des Privatrechts anzuwenden, die bisher überwiegend als dieser normativen Betrachtungsweise entzogen, ja als mit ihr unvereinbar galt und in diesem Sinn auch von KELSEN selber abgelehnt wird. Während für KELSEN die Rechtsnorm die Struktur eines hypothetischen Urteils aufweist<sup>9</sup>, glaubt der Verfasser, daß die Rechtsnorm vorab als Imperativ aufzufassen ist. Und wenn für KELSEN die Rechtsordnung in erster Linie Zwangsordnung ist und Rechtsnormen den Zweck haben, Unrechtsfolgen zu statuieren, ist für den Verfasser das Recht im objektiven Sinn vorab eine Verhaltensordnung, die den Rechtsunterworfenen ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, während die im Fall der Normverletzung eintretenden Sanktionen und die sie ordnenden Vorschriften nur sekundäre Bedeutung haben. Abgesehen von dieser Abweichung glaubt sich der Verfasser weitgehend in Übereinstimmung mit KELSENS Auffassungen. Von KELSEN hat der Schreibende das *Postulat der Methodenreinheit* übernommen, das im Zentrum dessen Lehre stehend diesen den Namen gegeben hat und auf das nicht verzichtet werden kann, ohne die Forderung logischer Folgerichtigkeit und damit die Wissenschaftlichkeit preiszugeben. Mit KELSEN teilt der Verfasser weiterhin die auch von Vertretern anderer Richtungen gehegte Auffassung, daß es möglich und sinnvoll sei, "*allgemeine Rechtslehre*" zu betreiben, d. h. Überlegungen anzustellen, die nicht an die Geltung irgendeiner staatlichen Rechtsordnung

---

<sup>9</sup> Allg. Staatslehre S. 54.

gebunden und auf einen bestimmten Rechtsinhalt bezogen sind. Wie KELSEN faßt der Verfasser den *Begriff des subjektiven Rechts* als einen *allgemeinen formalen Rechtsbegriff* und nicht als Begriff des positiven Rechts auf. Im vorliegenden Zusammenhang ist aber vor allem entscheidend die Übereinstimmung hinsichtlich des Verhältnisses der subjektiven Rechte zum objektiven Recht, indem auch für den Schreibenden subjektive Rechte nicht vom objektiven Recht unabhängige, diesem neben- oder gar übergeordnete Größen sind, sondern Gegebenheiten, die vom objektiven Recht verliehen werden, diesem aber auch völlig integriert werden können: Subjektive Rechte sind nicht etwas anderes als objektives Recht, sondern eine besondere Erscheinungsform und Bestandteil desselben. Schließlich fügt sich die vorgeschlagene Betrachtungsweise der *Kelsenschen Theorie des Stufenbaus der Rechtsordnung* ein; es wird hier vorausgesetzt, daß die Rechtsordnung nicht nur ein statisches Gefüge gegebener Normen, sondern ein normativer "*Erzeugungszusammenhang*" sei, wobei das subjektive Recht als die letzte mögliche Stufe der Delegation von Rechtssetzungsbefugnis erscheint.

10. Die Stellungnahme zu einem Problemkreis, der wie der hier behandelte in weiteste Bereiche des positiven Rechts, der Rechtsgeschichte, der allgemeinen Rechtstheorie, ja der allgemeinen Wissenschaftstheorie ausstrahlt, bedingt Verzicht in mehr als einer Hinsicht. Im wesentlichen mußte sich der Verfasser darauf beschränken, zu versuchen, die von ihm vorgeschlagene Betrachtungsweise als solche abschließend darzustellen (Kapitel II und III) und sodann deren Tragfähigkeit in der Anwendung auf einige Grundfragen der Systematik der subjektiven Rechte zu erweisen (Kapitel IV). Schließlich waren einige in allen Privatrechtsordnungen auftauchende Hapterscheinungsformen subjektiver Rechte mit der vorgeschlagenen Modellvorstellung zu konfrontieren, ohne daß mehr als grundsätzliche Hinweise gegeben werden konnten (Kapitel V).

*Verzichtet* werden mußte auf eine Untersuchung der *Geschichte* der Figur des subjektiven Rechts. Eine geschichtliche Darstellung dürfte sich keineswegs auf die Geschichte der nicht sehr zahlreichen theoretischen Auseinandersetzungen mit diesem Begriff beschränken, sondern hätte vorab den *unreflektierten Gehalt* dieser Vorstellungsweise und deren *unbewußte Wirkung* im Laufe der Geschichte herauszuarbeiten. Dies müßte auf eine Schilderung der wechselvollen

*Evolution vom Aktionendenken zum Denken in materiellen subjektiven Rechten*, des Übergangs von der Rechtsbetrachtung unter dem Gesichtspunkt prozessualer Möglichkeiten zu einer sich an materiellen, d. h. normativen Rechtsverhältnissen orientierenden Anschauungsweise hinauslaufen, damit aber einen Querschnitt durch die gesamte Geschichte der Privatrechtswissenschaft werden. Nicht nur, daß eine solche Untersuchung den Rahmen der vorliegenden Arbeit gesprengt hätte. Die hier beabsichtigte rechtsformale, logisch-analytische Untersuchung des Begriffs ist ihrem Wesen nach *ahistorisch* und könnte durch Konfrontation mit der Geschichte nicht an Glaubhaftigkeit gewinnen, mit welcher Feststellung natürlich nicht die Wünschbarkeit einer geschichtlichen Untersuchung im genannten Sinn in Abrede gestellt sein soll.

Eine Darstellung der *neueren Lehrmeinungen* zur Frage des subjektiven Rechts drängte sich ebenfalls nicht auf<sup>10</sup>. Die von der Pandektistik oder der Interessenjurisprudenz entwickelten Formeln sind dem Leser leicht zugänglich, ebenso die von der neueren allgemeinen Rechtslehre diesem Begriff gegebene Ausprägung oder die ihm gegenüber angebrachten Vorbehalte. Die hier dargestellte Auffassung wurde nur dort mit gegensätzlichen Meinungen konfrontiert, wo damit größere Anschaulichkeit gewonnen werden konnte. Kritik anderer Theorien lag dem Verfasser fern. Denn die verschiedenen Auffassungen, die herkömmlichen wie auch die hier vertretene, sind in einem formallogischen Sinne wohl alle richtig; was sie unterscheiden kann, ist das Maß "innerer Richtigkeit", d. h. der Grad, in dem sie den durch sie zu beschreibenden rechtlichen Erscheinungen gerecht werden. Der hier dem wissenschaftlichen Publikum unterbreitete Vorschlag kann Überzeugungskraft nicht durch polemische Auseinandersetzung mit anderen Standpunkten, sondern nur aus sich selber gewinnen.

Der Begriff des subjektiven Rechts läßt sich nicht vollständig trennen von anderen Problemen der allgemeinen Rechtslehre, besonders *Problemen der Normstruktur des Rechts*. Es schien dem Verfasser angezeigt,

---

<sup>10</sup> Vgl. dazu neben DABIN neustens VONLANTHEN und sodann vor allem SCHLUEP, der p. 265 ff. mit selten anzutreffender Klarheit die Problemlage beschreibt und einen Überblick über die divergierenden Standpunkte der Doktrin gibt. Ein Kaleidoskop verschieden ausgerichteter Beiträge namhafter Autoren zum Thema enthält schließlich Band IX der "Archives de Philosophie du Droit", der, wie auch die Arbeiten von VONLANTHEN und SCHLUEP, erst nach Abschluß des Manuskripts der vorliegenden Schrift veröffentlicht worden ist.

im Rahmen einer Einleitung seine Auffassung in diesen Fragen kurz darzustellen, da die folgenden Ergebnisse durch den gewählten Ausgangspunkt weitgehend präjudiziert werden (vgl. § 5). Wer den hier gezogenen Schlüssen nicht zustimmen mag, wird wahrscheinlich bereits im Ausgangspunkt abweichen, so daß eine ausdrückliche Formulierung der "Prämissen" dazu dienen kann, Meinungsverschiedenheiten von vorneherein in den richtigen Zusammenhang zu stellen. Eine eigentliche Begründung dieser grundlegenden Anschauungen fiel allerdings nicht in Betracht, da sich sonst die Arbeit zu einer allgemeinen Privatrechtslehre, zu einer Theorie der rechtlichen Grundbegriffe oder zu einer Ontologie des Rechts hätte auswachsen müssen. Der Verfasser hofft, an anderem Ort Gelegenheit zu haben, in der einen oder anderen dieser grundsätzlichen Fragen seinen Standpunkt eingehend zu begründen.

11. Wenn die hier entwickelte Auffassung des Begriffs des subjektiven Rechts neu und ohne Vorbild ist, stellt sie sich deswegen *nicht in Gegensatz zur Tradition*, sondern ist in den Augen des Verfassers deren *geradlinige Fortsetzung* in einem Prozeß zunehmender Abstraktion und Logifizierung der rechtlichen Grundbegriffe. Von der pandektistischen Konzeption, die den Willen des Rechtsträgers "schützt", "mit Macht ausstattet" usw. ist es nur ein Schritt weiter zu der hier vorgeschlagenen Betrachtungsweise, für die der Wille des Berechtigten seinerseits Rechtsnorm ist. Wenn sich im folgenden keine Berührungspunkte mit der interessenjuristischen Begriffsbildung ergeben, so heißt dies nicht, daß die beiden Vorstellungen im Gegensatz zueinander stünden in dem Sinne, daß die eine durch die andere ausgeschlossen würde, sondern lediglich, daß beide unter anderen Voraussetzungen gewonnen wurden, unter teleologischen Gesichtspunkten der interessenjuristische Begriff, unter normologischen der hier entwickelte.

Da hier nur eine Fortbildung, nicht aber ein völliges Verlassen der herkömmlichen Begriffsbestimmung vorgeschlagen wird, fügt sich die Modellvorstellung vom subjektiven Recht als einer Normsetzungsbefugnis ohne weiteres in die großen Zusammenhänge der herkömmlichen Privatrechtsdogmatik ein, die durch die folgenden Betrachtungen lediglich in einigen Punkten verfeinert, in anderen einer Neuüberprüfung zugeführt werden soll.

12. Die hier getroffene Annahme, daß der Begriff des subjektiven Rechts als rechtsformaler allgemeingültiger Begriff in jeder inhaltlich wie auch immer ausgestalteten Privatrechtsordnung anwendbar sei, schließt nicht die Behauptung in sich, daß die Wissenschaft jeder Privatrechtsordnung dieser Rechtsfigur bedürfe, um ihren Stoff zu erfassen. Die Rechtskulturen des antiken römischen und des heutigen angelsächsischen Rechts, die den Begriff des subjektiven Rechts nur andeutungsweise theoretisch herausgearbeitet und weitgehend im Bereich des "juristischen Unterbewußtseins" belassen haben, beweisen das Gegenteil. Diese Rechtsordnungen führen die historische Bedingtheit des hier behandelten Rechtsbegriffs vor Augen. Offenbar sind nicht nur die Anordnungen des Rechts selber inhaltlich durch die jeweiligen soziologischen, wirtschaftlichen und weltanschaulichen Gegebenheiten bedingt, sondern ebensosehr die bei der Durchdringung und Darstellung des Rechtsinhalts verwendeten wissenschaftlichen Denkformen durch die jeweilige geistesgeschichtliche Situation. Der Begriff des subjektiven Rechts in einer bisherigen wie der hier entwickelten Ausprägung muß im Zusammenhang der juristischen Denkweise des heutigen kontinentalen Europas im allgemeinen gesehen werden, die durch ihre Hinneigung zu logischer Analyse und Systembildung gekennzeichnet ist und die das Ergebnis einer jahrhundertelangen Evolution bildet. In der gleichen Linie der Entwicklung, die zum Gesetzes- und Normdenken führt, liegt auch die allmähliche Ersetzung der Vorstellung der *actio* im Sinne einer prozessualen Möglichkeit durch diejenige eines vorprozessual gegebenen materiellen subjektiven Rechts, in welcher Vorstellung sich gleichermaßen die Hinneigung zur Generalisation und Abstraktion wie zum Denken in materiellen normgeordneten Rechtsbeziehungen manifestiert.

Wie die Herausarbeitung des Begriffs des subjektiven Rechts durch die rechtsgeschichtliche Situation bedingt ist, kann vielleicht auch dessen spezifische Ausprägung in einem größeren Zusammenhang gesehen werden. Die Figur des subjektiven Rechts in der überlieferten Gestalt erscheint, wenn deren Zuordnung zu einer vorgegebenen objektiven Norm versucht wird, als *statische Größe*, während in der hier vorgeschlagenen Fassung des subjektiven Rechts als Normsetzungsbefugnis dieses einen *dynamischen* oder *funktionalen Gehalt* bekommt, da das subjektive Recht nicht mit dem Bestand einer festen objektiven Verhaltensnorm zusammenfällt, sondern eine *Möglichkeit* der Normerzeugung durch den Berechtigten bezeichnet. Die bisherige

Konzeption ist weitgehend am Begriff des *Sacheigentums als Modell des subjektiven Rechts* orientiert; die bei der traditionellen Auffassung häufig mitschwingende Identifikation von Rechtsverletzung und Rechtsobjektsverletzung stammt denn auch aus diesem Zusammenhang und ist einzig dort einigermaßen durchführbar. Die Vorstellung des subjektiven Rechts als Normsetzungsbefugnis wird demgegenüber in besonderem Maß den *relativen Rechten* gerecht, bei denen deutlicher als bei den dinglichen Rechten der Wille des Rechtsträgers die Pflicht des Verpflichteten inhaltlich bestimmt. Für die Neuorientierung des Begriffs scheint heute die geeignete Stunde gekommen zu sein, wo das Schwergewicht des rechtlichen Geschehens sich grundlegend von den absoluten zu den relativen Rechten verlagert. Noch zu Beginn des letzten Jahrhunderts hängen Einkünfte und Vermögen, Existenzsicherung und der Genuß von Daseinsmöglichkeiten hauptsächlich von Eigentum oder anderen dinglichen Rechten an Liegenschaften und Fahrnis ab; entsprechend wird die Rechtsordnung vor allem als Eigentumsordnung verstanden, wovon etwa noch die Systematik des Code Civil Zeugnis gibt, der in seinem dritten Buch "Des différentes manières dont on acquiert la propriété" Erbrecht, Ehegüterrecht und Schuldrecht umfaßt, wie wenn durch die dort behandelten Rechtsverhältnisse lediglich Eigentumsverschiebungen (d. h. Veränderungen im Bestand dinglicher Rechte) bewirkt würden. Demgegenüber sind in der heutigen Industrie- und Massengesellschaft relative Rechtsbeziehungen von früher nicht geahnter und ständig zunehmender Wichtigkeit: Die Einkünfte sind in einer von Urproduktion entfernten arbeitsteiligen Sozialordnung überwiegend durch vertragliche Beziehungen gewährleistet und nicht mehr von Sacheigentum abhängig, Vermögen besteht weitgehend nicht mehr in Eigentum, sondern in Forderungsrechten oder Beteiligungen an juristischen Personen.

## **§ 2. Die rechtstechnische Funktion der Figur des subjektiven Rechts**

### *I. Teleologische Notwendigkeit der Vorstellung des subjektiven Rechts*

Der Sinn der Figur des subjektiven Rechts und gleichzeitig die in sämtlichen Rechtsordnungen in Erscheinung tretende Notwendigkeit,

einen Teil der rechtlichen Regelung subjektbezogen darzustellen<sup>1</sup>, kann nur aus dem Zweck des Rechts schlechthin erklärt werden. Die gesamte rechtliche Ordnung des menschlichen Zusammenlebens hat, wie übrigens jede menschliche Tätigkeit, ihren letzten Sinn und Zweck nur im einzelnen Menschen, wobei die Art der Umschreibung dieses Zwecks, etwa als "Glücklichsein" oder dgl. hier keine Rolle spielt. Alle Zwecksetzungen, die nicht im Einzelmenschen begründet sind, etwa das Wohlergehen eines Kollektivs wie der Familie oder der staatlichen Gemeinschaft, bzw. transpersonale Güter, wie Erkenntnis, künstlerische Leistung usw. erhalten ihren Wert nur im Hinblick auf die tatsächlich oder potentiell daran teilhabenden Individuen<sup>2</sup>.

Die Tatsache, daß das Recht letztlich den einzelnen Individuen dient und die rechtliche Ordnung des menschlichen Zusammenlebens nicht um ihrer selbst oder der staatlichen Gemeinschaft willen aufgestellt wird, kann nicht ohne Einfluß auf die Struktur dieser Ordnung bleiben. Die meistbeachtete Auswirkung dieses teleologischen Sachverhalts ist die Tatsache, daß die rechtsetzende Instanz nicht sämtliche rechtlichen Verhaltensvorschriften selber aufstellt, sondern es teilweise den Einzelnen überläßt, die für ihr Verhalten maßgebenden Vorschriften im gegenseitigen Einverständnis selber aufzustellen. Neben dieses als *Privatautonomie* bezeichnete Phänomen tritt die bisher weniger beachtete, aber ebenso grundlegende Tatsache, daß die Beobachtung vieler rechtlicher Vorschriften, mögen diese durch Vertrag oder unmittelbar durch Gesetz begründet sein, nicht zwingend vorgeschrieben wird. Infolge der beschriebenen in der Einzelperson ruhenden Zwecksetzung des Rechts muß vielmehr jede Rechtsordnung die im unmittelbaren und ausschließlichen Interesse eines Einzelnen aufgestellten Rechtssätze diesem Einzelnen zur Verfügung stellen, d. h. es diesem überlassen, zu entscheiden, ob die fraglichen Vorschriften Geltung haben und die Erfüllung der dadurch bedingten Pflichten erzwungen werden soll. Demjenigen, zu dessen Nutzen eine (potentielle) rechtliche Vorschrift aufgestellt ist, bleibt es anheimgestellt, aus der den "Verpflichteten" belastenden Normlage eine aktuelle Pflicht zu machen. Dies kommt vorerst einmal darin zum Ausdruck daß die Erfüllung der fraglichen Rechtspflichten, welche die meisten der als "privatrechtlich" bezeichneten Pflichten ausmachen, nicht von Amtes wegen erzwungen, sondern nur auf Antrieb desjenigen,

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu oben § 1 Anm. 3.

<sup>2</sup> Vgl. dazu weiterhin BUCHER, PR p. 57 ff.

zu dessen Nutzen sie aufgestellt sind, durchgesetzt werden<sup>3</sup>. Aber nicht nur im Stadium der gerichtlichen Feststellung und der zwangsweisen Vollstreckung wird auf den Willen des durch die fragliche Norm "Begünstigten" abgestellt, sondern bereits auf der Stufe der materiellen rechtlichen Regelung, d. h. der Statuierung der für das Verhalten verbindlichen Normen: Nur soweit es dem Willen des Begünstigten entspricht, ist der "Verpflichtete" zu einem bestimmten Verhalten wirklich aktuell verpflichtet<sup>4</sup>.

Die Tatsache, daß nicht nur die Rechtsordnung als Ganzes im Interesse der an ihr teilhabenden Individuen aufgestellt ist, sondern daß auch einzelne Normen, sofern sie unmittelbar im Interesse eines Individuums liegen, in ihrer Geltung meist vom Willen dieses Individuums abhängen, führt zwangsläufig zur Figur des subjektiven Rechts. Denn der Gesetzgeber kann in diesen Fällen nicht seinerseits umschreiben, welches Verhalten gesollt ist, sondern er muß auf den Willen derjenigen Einzelperson verweisen, in deren Interesse die fragliche rechtliche Regelung getroffen wird. Diese *Verweisung auf den Willen eines Einzelnen* ist nichts anderes als die Aussage, dieser habe ein bestimmtes *subjektives Recht*. "Ein Recht haben" heißt darüber befinden können, ob eine vom objektiven Recht vorgesehene potentielle Norm und die dadurch bedingte potentielle Pflicht aktualisiert und damit tatsächlich normativ verbindlich wird. Der Träger des subjektiven Rechts, der "Berechtigte", ist es, der die für das Verhalten des Verpflichteten maßgebende Verhaltensnorm aufstellt.

Die Figur des subjektiven Rechts ist zusammenfassend als Ausdruck der Tatsache zu betrachten, daß vielfach die Rechtsordnung im

---

<sup>3</sup> Vgl. dazu REHFELD, p. 57: "Rechte und Pflichten ergeben sich logisch aus dem durch das Normengefüge der Rechtsordnung gesetzten Sollen. Zunächst die Pflichten, denn jedes Sollen setzt Pflicht. Aber die Pflicht ist dem Verpflichteten um anderer willen auferlegt. Pflichten, die niemandem nutzen könnten, würden sinnlos sein. Sie würden, ohnehin nur widerwillig getan, bald außer Geltung kommen, obsolet werden, da niemand ein Interesse daran hätte, auf ihrer Erfüllung zu bestehen."

<sup>4</sup> Die beschriebene teleologische Ausrichtung des gesamten Privatrechts wird auch dann anerkannt, wenn der Begriff des subjektiven Rechts nicht theoretisch untermauert wird, wie z. B. im angelsächsischen Recht oder der älteren Pandektistik. Für die letztere sei als Beispiel THIBAUT angeführt, der sein berühmtes Pandektensystem mit folgendem Satz eröffnet: "Gesetze, zu deren Erfüllung eine Person die andere zwingen kann, heißen Rechtsgesetze ..., und die Wirkung derselben beruht immer darin, daß derjenige, zu dessen Vortheil sie erlassen sind, nach Willkür die dem Gegner obliegende Leistung verlangen kann." (Bd. I § 1, p. 3).

objektiven Sinn infolge des ihr immanenten Zwecks, den einzelnen zu dienen, nicht ihrerseits alle rechtlichen Normen selber aufstellen kann, sondern den Erlaß der im Einzelfall maßgebenden Verhaltensvorschriften demjenigen überlassen muß, in dessen Interesse die fragliche rechtliche Regelung getroffen ist, wobei sich diese objektivrechtliche Regelung auf die Umschreibung seiner normativen Befugnisse beschränkt. Diese werden ihrerseits "subjektives Recht" genannt.

## *II. Die "Verselbständigungswirkung" der Figur des subjektiven Rechts*

Ist der Begriff des subjektiven Rechts durch den vom Privatrecht verfolgten Zweck notwendig gemacht, so kommt dieser Rechtsfigur darüber hinaus die Aufgabe zu, die rechtlichen Verhältnisse anschaulich und darstellbar zu machen. Die Bedeutung des subjektiven Rechts als vereinfachendes Denkschema, als Vorstellungshilfe, kann nicht genug betont werden; auch in Rechtsordnungen, deren Dogmatik diesen Begriff nicht "kennt" (d. h. lediglich, ihn nicht ausdrücklich formuliert und theoretisch unterbaut), spielt diese Vorstellung eine zentrale Rolle bei der Rechtserfassung und Rechtsfortbildung, wobei die Unbewußtheit oder das stillschweigende Voraussetzen dieses Gedankeninhalts dessen Wirksamkeit nicht hindert, wohl aber seine Kraft vor Augen führt. Immer da, wo Vorstellungen von Eigentum, Besitz, Gewere, Pfand usw. in irgendeiner Spielart auftreten, liegt derselbe Denkmechanismus zugrunde, den wir mangels besserer Bezeichnungen "Verselbständigungswirkung" nennen. Diese läßt sich andeutungsweise dahin umschreiben, daß die Rechtswirkungen und normativen Folgen losgelöst von ihrem Entstehungsgrund betrachtet und die gesamte rechtliche Subsumtion eines Lebensvorganges unter bestimmte generelle Rechtsregeln in einen einzigen Begriff zusammengefaßt wird. Die von einer Rechtsordnung ausgebildeten Spielarten von subjektiven Rechten enthalten die Zusammenfassung der möglicherweise komplizierten rechtlichen Folgen der die fraglichen Rechte auslösenden Tatbestände. Diese Rechtsfolgen werden unabhängig von einer bestimmten Person, in der sich die rechtsverleihenden Tatbestandsmerkmale verwirklicht haben, formuliert. Schließlich besteht bei allen subjektiven Rechten die Tendenz, diese nicht mehr als normativen Sachverhalt zu begreifen, sie insbesondere nicht mehr im Zusammenhang mit dem objektiven Recht und als von diesem abhängig

zu sehen. Verwickelte rechtliche Verhältnisse werden so auf eine einfache Formel gebracht, die oft nicht mehr als normative Gegebenheit, sondern gewissermaßen als Faktum aufgefaßt wird. Was wir im Auge haben, wenn wir von "Verselbständigungswirkung" sprechen, kommt endlich auch darin zum Ausdruck, daß die für normative Beziehungen stehenden subjektiven Rechte gelegentlich wie eine Sache behandelt werden. So etwa, wenn in ZGB Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 als "Grundstücke" im Sinne des Gesetzes auch "die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte" deklariert werden oder wenn der englische Jurist von "Choses in action" spricht, die den "Choses in possession" gegenübergestellt werden und die "Dinge" sind, an denen infolge ihrer unkörperlichen Natur faktischer Besitz nicht möglich ist, die jedoch klageweise geltend gemacht werden können, wozu etwa vertragliche Rechte oder Immaterialgüterrechte gezählt werden<sup>5</sup>.

Dieser auf eine Sachähnlichkeit der subjektiven Rechte hinauslaufende Verabsolutierungseffekt der subjektiven Rechte kann besser als mit diesen farblosen Hinweisen mit einer Reihe von Beispielen illustriert werden:

#### a) Übertragbarkeit der subjektiven Rechte

Nicht alle, aber viele subjektive Rechte können übertragen werden, wobei die Übertragbarkeit in den kontinentalen Rechtsordnungen geradezu die Regel bildet. Dabei ist es keineswegs selbstverständlich, daß die in einer bestimmten Person eingetretenen normativen Beziehungen (u. U. mit allen Mängeln der Entstehung, mit der Belastung durch Einreden usw.) auf Dritte übertragen werden können, liegt doch genau besehen eine Aufhebung der alten Rechtsbeziehungen und Neubegründung gleicher Relationen in einer anderen Person vor. Wenn man von einem "Übergang" der Rechte spricht, so kann dies nur im Sinne einer Metapher gemeint sein, die offensichtlich in Analogie zu dem von-Hand-zu-Hand-Gehen von Sachen gebildet wird und die nur möglich ist, wenn die in Frage stehenden rechtlichen Beziehungen in einem als isolierte Einheit aufgefaßten subjektiven Recht verkörpert werden. Es ist denn auch nicht Zufall, daß das den Begriff des subjektiven Rechts im "Bereich des Unbewußten" belassende

---

<sup>5</sup> Vgl. ANSON, p. 265, CHESHIRE / FIFOOT, p. 417.

Common Law der Abtretung vertraglicher Rechte mit großem theoretischem Widerstreben begegnet<sup>6</sup>.

### b) Teilbarkeit subjektiver Rechte

Der geläufige Sachverhalt der gemeinsamen Zuständigkeit von Ansprüchen wird ebenfalls nur durch die Figur des als Einheit aufzufassenden subjektiven Rechts ermöglicht, ist es doch an sich ein abliegender und schwer vorstellbarer Sachverhalt, daß an rechtlichen Beziehungen, die primär Beziehungen zwischen Einzelpersonen sind und die sich als solche nicht verändern sollen, auf der einen Seite eine Personenmehrheit beteiligt ist. Auch hier erleichtert die auf eine Vergegenständlichung hinauslaufende Verabsolutierungswirkung der Figur des subjektiven Rechts die juristische Konstruktion: Ein Recht kann wie eine Sache nicht nur von Hand zu Hand gehen, sondern auch geteilt werden, wobei auch die Teile wieder übertragbar sein können. Dabei wird der Anschaulichkeit zuliebe die sich notwendigerweise stellende und vom positiven Recht zu beantwortende Frage ausgeklammert, wie die verschiedenen Teilberechtigten das ihnen gemeinschaftlich zustehende Recht ausüben können.

### c) Rechte an Rechten

Der Verselbständigungs- und Vergegenständlichungseffekt der Figur des subjektiven Rechts wird besonders anschaulich durch die Annahme von subjektiven Rechten an anderen Rechten (z. B. Pfandrecht an einer Forderung) illustriert, welche Vorstellung durchaus möglich und in verschiedenen Rechtsordnungen geläufig ist<sup>7</sup>. Der mit der einfachen Formel des Rechts an einem Recht umschriebene Sachverhalt ist bei einer lediglich auf Rechtsverhältnisse und Normen abstellenden Betrachtungsweise verwickelt und schwer vorstellbar. Die Vereinfachung der juristischen Konstruktion ergibt sich erst aus der Vergegenständlichungswirkung der Figur des subjektiven Rechts, welche es möglich macht, daß die in einem subjektiven Recht verkörperten rechtlichen Beziehungen wie ein gegenständliches Rechtsobjekt behandelt werden. Dabei muß sich die analytische Rechtsbetrachtung allerdings vergegenwärtigen, daß diese von der Rechtstheorie entwickelte

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu v. TUHR, BGB I p. 219/220 und unten S. 147.

<sup>7</sup> Vgl. dazu unten § 19/IV.

und von verschiedenen Gesetzgebern übernommene Vorstellung der Rechte an Rechten lediglich eine bildhafte Umschreibung des normativen Sachverhalts ist und daß normativ gesehen subjektive Rechte als Normsetzungsbefugnisse nicht hinwiederum andere Normsetzungsbefugnisse zum Gegenstand haben können. Ein Recht an einem Recht stellt vielmehr nur einen Sonderfall der Regelung der Zuständigkeit zur Ausübung des zweiten Rechts, das Gegenstand des ersten ist, dar.

d) Weiterbestand eines subjektiven Rechts trotz Übergangs  
auf den Verpflichteten

Fallen Rechte und Pflichten eines Rechtsverhältnisses in derselben Person zusammen, gehen beide unter, da innerhalb einer einzigen Person eine Beziehung von Recht und Pflicht nicht bestehen kann. Von dieser scheinbar zwingenden Regel macht das positive Recht gelegentlich insofern eine Ausnahme, als gewisse Rechte durch Übergang auf den Verpflichteten nicht aufgehoben, sondern bloß für die Dauer der Vereinigung suspendiert werden. Diese Suspension – Weiterbestand des Rechtsverhältnisses trotz Wirkungslosigkeit, dies im Hinblick auf eine künftige Reaktivierung durch Veräußerung des Rechts an einen Dritten – ist ihrerseits Ausdruck der hier beschriebenen Verselbständigungswirkung; sie ist nur möglich, wenn das subjektive Recht verdinglicht, gewissermaßen als Sache aufgefaßt wird, nicht aber, wenn man es als funktionale Größe, als Korrelat zu Rechtsnormen (deren es während der Zeit der Vereinigung von Recht und Pflicht in einer Person keine geben kann) auffaßt. Beispiele solcher einer Suspension fähigen Rechte sind Pfandrechte an Liegenschaften, Grunddienstbarkeiten, sofern sie kraft positiven Rechts trotz Vereinigung des belasteten und des begünstigten Grundstücks in derselben Hand weiterbestehen, endlich in Wertpapieren verkörperte Rechte, die vorübergehend in das Eigentum des Verpflichteten gelangen können, ohne deswegen hinfällig zu werden.

e) Die Anerkennung einmal entstandener subjektiver Rechte durch fremde  
oder zeitlich spätere Rechtsordnungen

Die hier beschriebene Verabsolutierungswirkung der Figur des subjektiven Rechts kommt schließlich auch in der Selbstverständlichkeit

zum Ausdruck, mit der einmal entstandene subjektive Rechte in internationalen Verhältnissen geschützt, von fremden Rechtsordnungen anerkannt werden. Wer in Frankreich durch Kaufvertrag, jedoch ohne Übergabe der Kaufsache Eigentum erworben hat, bleibt Eigentümer, auch wenn die Sache nach Deutschland verbracht wird, wo das Eigentum des Käufers nicht zur Entstehung gelangt wäre. Wer in der Schweiz gemäß ZGB Art. 728 eine Sache durch fünfjährigen Besitz ersessen hat, wird in seinem Eigentum auch in Deutschland geschützt, wo die Ersitzung erst nach zehn Jahren eintreten würde (BGB § 937)<sup>8</sup>. Der Grundsatz, dass "wohlerworbene Rechte", "vested rights", "droits acquis" im internationalen Verhältnis zu schützen seien, ist als Anknüpfungsregel in der Lehre des Internationalen Privatrechts umstritten, ja er wird auf dem Kontinent heute überwiegend abgelehnt<sup>9</sup>, wobei als Hauptargument der bereits von SAVIGNY geltend gemachte Einwand erscheint, die Anknüpfungsregel des Schutzes wohlerworbener Rechte stelle einen Zirkelschluß dar, da das Abstellen auf ein subjektives Recht bereits eine bestimmte Rechtsordnung als für die Entstehung dieses Rechts zuständig voraussetze<sup>10</sup>. In vorliegendem Zusammenhang ist auf diese Kontroverse nicht einzugehen. Dagegen muß uns der Umstand interessieren, daß immer dann, wenn in einem bestimmten Zeitpunkt feststeht, daß nach einer zweifelsfrei zuständigen Rechtsordnung ein subjektives Recht verliehen worden ist, die Tendenz besteht, dieses subjektive Recht auch im Geltungsbereich anderer Rechtsordnungen anzuerkennen und zu schützen<sup>11</sup>. Die Verselbständigungswirkung der Figur des subjektiven Rechts wird durch jene Fälle besonders eindrücklich illustriert, die gar nicht als Tatbestände international-privatrechtlicher Konflikte und Anwendung fremden Rechts ins Bewußtsein treten: Niemand denkt daran, einem Reisenden das Gepäck streitig zu machen, nur weil er die Landesgrenze überschritten hat, und niemand pflegt sich zu vergegenwärtigen, daß die zivilrechtliche und strafrechtliche Gewährleistung des unter fremdem Recht entstandenen Eigentums eine Anwendung von Normen dieses fremden Rechts darstellt. Das Eigentum, hier als besonders ausgeprägter Sonderfall subjektiver Rechte im allgemeinen

---

<sup>8</sup> Beispiele nach WOLFF, IPR p. 11, 181.

<sup>9</sup> Statt vieler NIEDERER, p. 316 ff., NEUHAUS, p. 111 ff. Anders in der englischen Lehre zum Internationalen Privatrecht, wo heute vor allem SCHMITTHOFF als Vertreter der an die Wohlerworbeneit von Rechten anknüpfenden Doktrin erscheint. Vgl. SCHMITTHOFF, p. 14, 33, 35 ff.

<sup>10</sup> SAVIGNY, System, Bd. VIII p. 132.

<sup>11</sup> Vgl. vorstehend Anm. 8.

betrachtet, wird im Regelfall gefühlsmäßig weitgehend als gewissermaßen naturgegebene und von einer bestimmten Rechtsordnung unabhängige Tatsache hingenommen.

Noch deutlicher kommt die Verabsolutierungswirkung in der *intertemporalrechtlichen* Gewährleistung subjektiver Rechte zum Ausdruck: Bei einer Gesetzesänderung werden in der Regel unter altem Recht entstandene subjektive Rechte weiterhin anerkannt, also früher entstandene Eigentums- oder Forderungsrechte auch unter neuem Recht geschützt. Dabei pflegt man sich selten zu vergegenwärtigen, daß damit altes Recht weiterangewendet wird, sondern man faßt diese subjektiven Rechte (unbewußt) als in sich geschlossene, vom objektiven Recht unabhängige Gegebenheiten auf.

#### f) Die Annahme nicht-fälliger subjektiver Rechte

Wie noch zu zeigen sein wird, gehört zum Begriff des subjektiven Rechts im eigentlichen Sinne das Element der Fälligkeit als die Möglichkeit der Anspruchserhebung. In der Vorstellung nichtfälliger subjektiver Rechte erweist sich ebenfalls die hier beschriebene Verabsolutierungswirkung: Man kann die fraglichen Rechte bereits als feste Größen in Rechnung setzen, obwohl erst das Hinzutreten eines weiteren (des die Fälligkeit auslösenden) Merkmals diese zum Entstehen bringt. – Vgl. dazu unten § 8/I.

### § 3. Die Bedingtheit der Figur des subjektiven Rechts

#### *I. Rechtsinhaltliche und ideologische Aspekte des Begriffs des subjektiven Rechts*

Der Begriff des subjektiven Rechts wird in vorliegender Arbeit als *rechtstechnische Erscheinung* aufgefaßt; die Betrachtung ist rechtsformal, d. h. ohne Bezugnahme auf die mögliche oder wünschbare inhaltliche Ausgestaltung der von einer bestimmten Rechtsordnung zu verleihenden subjektiven Rechte. Dies zu betonen ist angesichts der oben in § 2/I dargelegten Zusammenhänge dieser Rechtsfigur mit dem Zweck des Rechts und besonders des Privatrechts notwendig.

Diese Zusammenhänge wecken leicht die Vorstellung, daß die Untersuchung des Begriffs des subjektiven Rechts gleichzeitig auf Aussagen über Recht und Gerechtigkeit im allgemeinen abziele, was nicht der Fall ist. Dabei wird die Frage offengelassen, ob die hier behandelte Rechtsfigur auch Ansatzpunkt für rechtsinhaltliche, rechtspolitische oder gar rechtsphilosophische Betrachtungen sein könnte. Die selbstgewählte Beschränkung auf den rechtsformalen Aspekt ist nicht nur bedingt durch das Postulat der Methodenreinheit, sondern auch durch das Gebot der sachlichen Begrenzung der Untersuchung und deren Beschränkung auf einen einheitlichen Gegenstand: Das subjektive Recht aufgefaßt als technisches Hilfsmittel der Rechtsdarstellung und das subjektive Recht als Gegenstand rechtsinhaltlicher Betrachtung wären nicht nur verschiedene Aspekte derselben Sache, sondern geradezu verschiedene Gegenstände, die zu unterscheiden und auseinanderzuhalten erste Voraussetzung methodisch sauberer wissenschaftlicher Betrachtung sein müßte.

Wenn man das subjektive Recht konsequent als technisch-formales Gebilde auffaßt, verfangen die von einigen Autoren erhobenen Vorwürfe, die Verwendung dieser Figur sei "ideologisch" bedingt, d. h. mit einer weltanschaulichen bzw. rechtspolitischen Tendenz belastet, nicht mehr. Im deutschen Sprachbereich war es allen voran KELSEN, der in der Rechtsfigur des subjektiven Rechts den naturrechtlichen Versuch sah, die Institution des Privateigentums, einzelne andere Rechtstypen oder eine freiheitlich-individualistische Ausgestaltung des Rechts schlechthin als rechtsimmanent und naturgegeben hinzustellen und damit dem Zugriff des Gesetzgebers zu entziehen<sup>1</sup>. Daß eine solche Konzeption, die das subjektive Recht der Rechtsordnung im objektiven Sinn überordnet, möglich ist, zu Zeiten verbreitet war und auch heute noch gelegentlich mitschwingt, soll keineswegs bestritten werden. Diese Betrachtungsweise ist durch die beschriebene im einzelnen Rechtssubjekt ruhende Zwecksetzung des Privatrechts,

---

<sup>1</sup> Vgl. KELSEN, RRL I p. 41 ff., RRL II p. 135f., an beiden Orten mit Hinweis auf DERNBURG, Pandekten § 35 p. 65, der in der Tat die klassische Formulierung des von KELSEN abgelehnten Standpunktes gibt: "Rechte im subjektiven Sinne bestanden geschichtlich lange, ehe sich eine bewußte staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wußten. Erst durch Abstraktion mußte man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ebenso ungeschichtliche wie unrichtige Ansicht, daß die Rechte im subjektiven Sinn nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

oder durch historische Gesichtspunkte nahegelegt: die Überordnung des subjektiven Rechts über das objektive Recht ist, wenn auch normlogisch unhaltbar, so doch teleologisch oder historisch verständlich. Daß diese beiden Betrachtungsweisen nicht vermischt werden dürfen, steht außer Zweifel. Geschieht dies trotzdem, heißt das nicht, daß dieser Fehler dem Begriff des subjektiven Rechts als solchem anhafte. *Abusus non tollit usum*.

Im Lauf dieser Arbeit soll der Nachweis erbracht werden, daß der Begriff des subjektiven Rechts als formallogische und rechtstechnische Größe gefaßt werden kann und als solche einen praktischen Anwendungsbereich hat. Wie die Erfahrung lehrt, ist der Begriff des subjektiven Rechts für die Darstellung einer Rechtsordnung, die Privateigentum, private Forderungen und dgl. kennt, nicht zu entbehren. Die Verwendung dieses Begriffs und dessen theoretische Analyse schließt keineswegs die Behauptung in sich, die mit ihm darzustellenden rechtlichen Institutionen seien ihrerseits logisch notwendig. Der Begriff des subjektiven Rechts, wie er hier verstanden wird, ist dem Recht im objektiven Sinn untergeordnet, ein technisches Hilfsmittel zur Darstellung der rechtlichen Verhältnisse, das als formallogisches Gebilde weltanschaulich neutral ist und einer wertfreien wissenschaftlichen Betrachtung offensteht.

## *II. Die geschichtliche Bedingtheit des Begriffs des subjektiven Rechts*

Die hier vertretene Auffassung, daß es möglich sei, einen formalen und allgemeingültigen, d. h. von einer bestimmten positiven Rechtsordnung unabhängigen Begriff des subjektiven Rechts zu bilden, scheint die Behauptung zu implizieren, daß dieser Begriff nicht nur für alle heutigen Rechtssysteme Gültigkeit habe, sondern auch zur Erfassung zeitlich zurückliegender Rechtsordnungen verwendbar sei. Dies ist nur bedingt und in hier näher zu präzisierendem Sinne richtig.

Dogmatische Rechtsbegriffe, die dazu bestimmt sind, einen bestimmten Rechtszustand darzustellen und deren Formulierung ihrerseits nicht ohne Einfluß auf die Fortbildung dieses Rechtszustandes bleiben, sind selber Bestandteil der Geschichte, d. h. historisch bedingt, weshalb Rechtsgeschichte nicht nur Geschichte tatsächlich gelebter Rechtsverhältnisse ist, sondern auch die Geschichte rechtlicher

Denkformen umfaßt und deshalb immer auch Wissenschaftsgeschichte ist. Auch die hier entwickelte Begriffsfassung ist Ausdruck einer geistesgeschichtlichen Situation, nämlich der heute sich auf dem Kontinent immer mehr durchsetzenden normativen analytischen Rechtsbetrachtung. Diese ist einerseits gewohnt, die Rechtsbeziehungen als Gefüge bereits vorprozessual verbindlicher Verhaltensnormen zu verstehen und bei der Rechtsbeschreibung nicht im Sinne des "Aktionendenkens" (vgl. im folgenden Ziff. III) vorwiegend auf die dem Rechtssubjekt zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten abzustellen. Andererseits neigt sie dazu, die rechtlichen Beziehungen abstrakt zu fassen, etwa von einem "Rechtsverhältnis" statt von einem Vertragsverhältnis zu sprechen und dieses Rechtsverhältnis wiederum in ein Gefüge von subjektiven Rechten zu zerlegen. Diese geschichtliche Bedingtheit des Begriffs des subjektiven Rechts steht nur scheinbar im Widerspruch zu dessen Allgemeingültigkeit. Allgemeingültigkeit bedeutet nicht notwendigerweise allgemeine Anwendbarkeit, sondern vorerst lediglich Unabhängigkeit von einer bestimmten Rechtsordnung, wobei die Frage vorläufig offenbleibt, wie weit sich ein derartiger nach apriorischen Gesichtspunkten gebildeter Begriff zur Darstellung eines bestimmten Rechtsstoffs eignet. Im Falle des subjektiven Rechts könnte dieser Begriff immer dann zur Darstellung einer historischen Rechtsordnung verwendet werden, wenn diese den Inhalt des den Rechtsgenossen vorgeschriebenen Verhaltens vom Willen einzelner Rechtssubjekte abhängig machen, was in erheblichem Umfang bei den geschichtlichen Rechtsordnungen des germanischen wie des römischen Kulturkreises zutreffen dürfte. Die Größe des potentiellen Anwendungsbereiches der Figur des subjektiven Rechts mag daraus ersehen werden, daß immer dann, wenn eine Rechtsordnung das Institut eines (wie auch immer im einzelnen ausgestalteten) *Privateigentums* kennt (was für alle uns interessierenden geschichtlichen Rechtsordnungen zutrifft), dieser Begriff, dem verschiedene nicht allgemeingültige Merkmale anhaften können<sup>2</sup>, sich auf den abstrakter gefaßten *Oberbegriff des subjektiven Rechts* zurückführen läßt. Mit dem Gesagten soll lediglich die Allgemeingültigkeit der Vorstellung des subjektiven Rechts beschrieben, keinesfalls jedoch behauptet werden, daß es sinnvoll sei, diesen Begriff an einen historischen Rechtsstoff, dem er nicht wesensgemäß ist, heranzutragen. Ein solcher wird, nicht zufolge logischer Notwendigkeit, aber aus Zweckmäßigkeitgründen,

---

<sup>2</sup> Vgl. unten § 19/I.

am besten mit den zeitgenössischen Begriffen und Denkformen dargestellt, da nur diese in sich den Ausdruck aller mit dem zu beschreibenden Institut verbundenen Rechtswirkungen enthalten.

*III. Der Gegensatz von Aktionendenken einerseits und von Denken  
in materiellen subjektiven Rechten bzw. materiellen  
Verhaltensnormen andererseits*

Das Privatrecht kann entweder als ein System von Aktionen oder als System von subjektiven Rechten verstanden werden, entweder als das Zusammenspiel prozessualer Möglichkeiten oder eine Summe von Verhaltensnormen. Die eine Betrachtungsweise hat folgende Struktur: "Wenn ein bestimmter Tatbestand verwirklicht ist, so ist es möglich, auf dem Klageweg ein bestimmtes Verhalten der Gegenseite durchzusetzen (auf welches Verhalten ein subjektives Recht besteht)", die andere Anschauungsweise etwa folgenden Aufbau: "Wenn ein bestimmter Tatbestand verwirklicht ist, so besteht ein subjektives Recht auf ein bestimmtes Verhalten der Gegenseite (welches Recht nötigenfalls auf dem Klageweg durchgesetzt werden könnte)."

Zwischen diesen beiden Denkweisen besteht ein polares Spannungsverhältnis: Auch wenn der darzustellende Rechtsstoff derselbe ist, kann bei der Darstellung entweder an die prozessualen Möglichkeiten der Parteien angeknüpft werden, welche Betrachtungsweise *Aktionendenken* genannt werden kann, oder es werden die zugrunde liegenden vorprozessualen materiellrechtlichen Verhaltensnormen oder subjektiven Rechte ins Auge gefaßt. Diese beiden Arten der Rechtsauffassung werden fast immer bis zu einem gewissen Grade vermischt, kaum wird die eine oder andere Vorstellungsweise rein durchgeführt<sup>3</sup>. Aber meist orientiert sich das Rechtsempfinden überwiegend am einen oder am anderen Pol.

Die Tatsache, daß dieselbe rechtliche Regelung, d. h. eine Regelung, die den Rechtsunterworfenen bei gleichen Voraussetzungen dasselbe Verhalten vorschreibt, unter zwei verschiedenen Blickwinkeln betrachtet werden kann, die ein verschiedenes Bild ergeben, ist nicht nur für die Rechtsgeschichte und die Rechtsvergleichung von Bedeutung

---

<sup>3</sup> Vgl. etwa das Common Law, wo oft die Ausdrücke "to have a right" und "to have an action" vertauschbar sind.

(erst dieser Sachverhalt erklärt, wie sich hinter verschiedenen Umschreibungen des Rechtsstoffes eine im wesentlichen identische rechtliche Lösung verbergen kann), sondern sie präzisiert auch die Funktion des Begriffs des subjektiven Rechts: Dieser Begriff ist insofern allgemeingültig, als er grundsätzlich an jede Rechtsordnung herangetragen werden kann; seine Verwendung ist indessen keine notwendige, da sich die rechtliche Betrachtung auch nach dem anderen Pol, dem Gesichtspunkt der prozessualen Möglichkeiten ausrichten läßt.

Das Aktionendenken hält sich mehr an das Schaubare, Konkrete und stellt pragmatisch fest, was für Rechtsbehelfe in einem bestimmten Fall zur Verfügung stehen, Rechtsbehelfe, die ihrerseits in äußerlich wahrnehmbaren Vorgängen manifest werden. Das Denken in subjektiven Rechten abstrahiert demgegenüber von der Frage der Durchsetzung und beschränkt sich auf das Problem, welches Verhalten an sich gesollt ist, oder besser, welches Verhalten vom Berechtigten verlangt werden kann. Denken in subjektiven Rechten ist Denken in Normen, das Aktionendenken ein Denken in Sanktionen<sup>4</sup>.

Das Aktionendenken dürfte alle geschichtlich jungen Rechtsordnungen irgendwie kennzeichnen, die sämtliche durch ein Anklammern an das Konkrete, Schaubare gekennzeichnet sind. Aber auch hochdifferenzierte Rechtsordnungen, wie das klassische römische Recht oder die heutigen angelsächsischen Rechtsordnungen, befinden sich weitgehend auf der Entwicklungsstufe des Aktionendenkens. Aber an allen Enden wird hinter der Vorstellung der actio der Gedanke des klagegeschützten materiellen Anspruchs sichtbar, wenn von "ius" oder "right" gesprochen wird. Und soweit man den Begriff des subjektiven Rechts nicht kennen will, liegt dies vielleicht doch etwas auf der Linie des "understatement", das nicht nur den angelsächsischen, sondern auch den klassisch-römischen Juristen kennzeichnet.

Das heute auf dem Kontinent vorherrschende Denken in materiellen Normen bzw. materiellen subjektiven Rechten als eine analytische,

---

<sup>4</sup> An dieser Stelle kann an den Gegensatz zwischen "primären" und "sekundären" Normen erinnert werden (vgl. dazu unten § 5/IX), dem Gegensatz zwischen ursprünglichen Verhaltensvorschriften und Normen, welche die Sanktionen für den Fall der Nichtbeachtung dieser Verhaltensvorschriften anordnen. Das Denken in subjektiven Rechten bewegt sich vorerst auf der Ebene primärer Normen, während das Aktionendenken nicht immer, aber oft (nämlich, wenn die Klage nicht auf Realerfüllung, sondern Schadenersatz geht) nur die sekundären Normen bzw. sekundären subjektiven Rechte erfaßt.

logisch-formale Betrachtungsweise läßt sich gegenüber dem Denken in Prozeßmöglichkeiten teilweise als eine geschichtlich späte Entwicklungsstufe der rechtlichen Vorstellungsweise deuten, weist doch das kontinentale Recht gegenüber dem Common Law infolge seiner Anknüpfung an die römische Tradition eine viel längere Entwicklungsgeschichte auf. Aber die Wurzeln der normativen Rechtsbetrachtung und damit auch der Figur des subjektiven Rechts lassen sich vielleicht doch noch etwas konkreter umschreiben: Es dürfte der Rationalismus der Aufklärung und das rationalistische Naturrecht, die auf dem Kontinent ihren Niederschlag in der modernen Gesetzgebungsjurisprudenz gefunden haben, Ausgangspunkt jener Betrachtung sein, die das Recht als ein Gefüge von Verhaltensnormen und subjektiven Rechten versteht. Der von der Erfahrung des Einzelfalles abstrahierende, nach allgemeingültigen Regeln suchende Rationalismus und erst recht das Bestreben, ein Rechtsgebiet systematisch und umfassend durch eine Gesetzgebung zu ordnen, führen weg vom Denken in Aktionen und rücken eine Betrachtungsweise in den Vordergrund, für welche die Rechtsordnung ein Gefüge vorprozessual verpflichtender Verhaltensnormen ist. So ist es wohl mehr als ein Zufall, daß in der deutschen Pandektenwissenschaft das von der römischen Tradition bestimmte Denken in Aktionen gerade in jenen Jahrzehnten vor dem Begriff des subjektiven Rechts weichen muß, in dem die Arbeit am Entwurf des BGB konkrete Gestalt annimmt und auf die Zivilrechtswissenschaft zurückzuwirken beginnt, insbesondere diese vom Zwang befreit, sich der Denkformen des bisher als Rechtserkenntnisquelle Geltung beanspruchenden römischen Rechts zu bedienen. In die gleiche Zeit fällt auch die vollständige Loslösung des Prozeßrechts vom materiellen Privatrecht, die z. B. bei LUDWIG KELLER noch keineswegs durchgehend vollzogen ist<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Im geschichtlichen Zusammenhang mit der Ablösung des Aktionendenkens durch die materiellrechtliche Betrachtungsweise darf wohl auch die von JULIUS BINDER begründete Konzeption gesehen werden, die darauf hinausläuft, daß die subjektiven Rechte erst durch richterliches Urteil zur Entstehung gelangen sollen (vgl. BINDER, Prozeß, bes. p. 1 ff., 103 ff., sodann GULDENER, p. 50 und die dort N. 14 zitierten Autoren), eine Auffassung, die sich teilweise auch in der Reinen Rechtslehre weiterverfolgen läßt, heute aber weitgehend verlassen zu sein scheint. Vgl. die Gegenargumente bei GULDENER, p. 51. KELSEN selber scheint in der 2. Aufl. der Reinen Rechtslehre von ihr abzurücken, läßt er die subjektiven Rechte doch als Reflex von Rechtspflichten gelten, denen offenbar vorprozessuale Existenz zuerkannt wird (RRL II p. 133-149).

## § 4. Der Begriff des subjektiven Rechts als Rechtsformbegriff

### *I. Die polare Struktur der Begriffsbildung im allgemeinen<sup>1</sup>*

Jede Wissenschaft muß vom Begrifflichen ausgehen. Aussagen über irgendeinen Gegenstand sind nur in Begriffen möglich, und ebenso setzt logische Deduktion, d. i. die Verknüpfung von Aussagesätzen zur Gewinnung einer weiteren Aussage, Begriffe voraus. Mit Begriffen soll ein bestimmter Gegenstand, sei es eine naturgegebene Realität oder ein gedanklicher Inhalt, erfaßt und der Beschreibung zugänglich gemacht werden. Dies geschieht durch Abgrenzung eines bestimmten Bereiches der ineinander übergehenden Erscheinungen, durch de-finitio, Grenzziehung im eigentlichen Wortsinn. Durch die Begrenzung wird der zu beschreibende Gegenstand erst "in Griff bekommen", "be-griffen". Begriffe sind Ausgangspunkte und Bausteine jeder Wissenschaft; sie sind das Bindeglied zwischen der Wissenschaft und ihrem Gegenstand.

Die Begriffsbildung hat nach bestimmten Regeln zu erfolgen<sup>2</sup>. Werden sie beachtet, so sind die gewonnenen Begriffe logisch richtig. Aber die Zahl der auf diese Weise formbaren Begriffe ist unendlich. Welcher für den zu behandelnden Gegenstand der richtige sei, kann mit formallogischer Methode nicht ermittelt werden. Somit gibt es zweierlei "Richtigkeit" der Begriffe: Die *logisch-formale* Richtigkeit und die Richtigkeit *im Sinne der Sachgerechtheit*<sup>3</sup>. In diesem Sinn ist jede Begriffsbildung nach zwei Polen orientiert: Einerseits ist jede lege artis durchgeführte Begriffsbildung zulässig und richtig, die Begriffsbildung frei, so daß man von "*Autonomie der Begriffsbildung*" sprechen kann; "die Definition schafft ... ihren Gegenstand"<sup>4</sup>. Andererseits

---

<sup>1</sup> Über Begriffsbildung im allgemeinen vgl. SIGWART, Logik I p. 48-65, 324 bis 390, v. FREYTAG-LÖRINGHOFF, p. 21 ff., 45 ff.

<sup>2</sup> Über diese Regeln vgl. v. FREYTAG-LÖRINGHOFF, bes. p. 49 ff.

<sup>3</sup> In der Wissenschaft der Logik wird gelegentlich zwischen *Nominaldefinitionen* und *Realdefinitionen* unterschieden. So v. FREYTAG-LÖRINGHOFF, p. 47 ff. – Realdefinitionen sind genau besehen logische Urteile (v. FREYTAG-LÖRINGHOFF, p. 48), die nur anhand vorangehender Nominaldefinitionen möglich sind. Das hier Gesagte bezieht sich immer nur auf Nominaldefinitionen, die allerdings etwas mehr sind als bloße Namengebungen, sondern die in geisteswissenschaftlichen Untersuchungen eine tiefere Bedeutung haben, da sie deren Objekte recht eigentlich erschaffen. Je nach dem Maß der Kongruenz mit dem zu deutenden Phänomen kommt ihnen in höherem oder geringerem Maß "innere Richtigkeit" zu.

<sup>4</sup> v. Freytag-Löringhoff, p. 46.

erreicht nur die sachgerechte Begriffsbildung ihr Ziel, wobei die Sachgerechtheit nicht logisch zu erweisen ist. Darin liegt die Schwierigkeit geisteswissenschaftlicher Arbeit: Einerseits kann sie erst einsetzen, wenn die begrifflichen Voraussetzungen bestehen und damit ihr Gegenstand gegeben ist, andererseits können sachgerechte Begriffe nur gewonnen werden, wenn die Richtung der an sie anknüpfenden Untersuchungen feststeht. Weshalb Begriffsbildung so etwas wie Intuition, d. h. Erahnen der künftigen Ergebnisse, voraussetzt. Die inhaltliche Richtigkeit der Begriffsbildung erweist sich erst nachträglich, wenn die Begriffe sich in ihrer Anwendung bewähren.

Die Gewinnung der begrifflichen Grundlagen der geisteswissenschaftlichen Arbeit wird dadurch kompliziert, daß es weder möglich noch wünschbar ist, daß jede wissenschaftliche Untersuchung von selbstgeschaffenen Begriffen ausgeht. Einmal muß bei der Begriffsbildung an Oberbegriffe angeknüpft werden, ohne daß es möglich wäre, die vollständige Reihe der vorangehenden Oberbegriffe wiederum zu definieren. Sodann ist jeder Zweig der Wissenschaft das Gemeinschaftswerk vieler Köpfe, ja vieler Generationen. Soll der Beitrag des einzelnen sich dem Bau des ganzen einfügen, muß jeder Beteiligte sich den Denkformen der übrigen anpassen; er kann sich Segen und Last der Tradition nicht entziehen. Und doch ist er in keinem Augenblick der Pflicht enthoben, die herkömmlichen Begriffe auf ihre Angemessenheit hinsichtlich des von ihm bearbeiteten Gegenstandes zu überprüfen.

Weitere Schwierigkeiten kommen vom Terminologischen her. Begriffe können mit irgendwelchen Symbolen oder Phantasienamen bezeichnet werden, meist wird ihnen jedoch ein Wort der alltäglichen oder wissenschaftlichen Umgangssprache beigelegt, das seinerseits mit Gefühls- und Gedankeninhalten belastet ist, die sich dem Begriff, wie er Produkt der getroffenen Definition ist, zu überlagern drohen. Die Unterscheidung zwischen dem, was ein Wissenschaftler gemäß seiner Begriffsbestimmung verstanden haben will und dem, was man gemeinhin unter dem Wort versteht, mit dem er seinen Begriff bezeichnet hat, kommt früher oder später in Gefahr, vergessen zu werden, was eine unerschöpfliche Quelle von Mißverständnissen bildet.

Für die vorliegende Untersuchung ergeben sich aus dem Gesagten grundlegende Konsequenzen. Einerseits dürfte kaum bestritten werden, daß die im folgenden vorgeschlagene Fassung des Begriffs des

subjektiven Rechts formal richtig ist. Dasselbe gilt aber auch für die maßgebenden bisherigen Begriffsbestimmungen<sup>5</sup>. Somit kann überhaupt nicht die formale Richtigkeit der zu wählenden Definition des subjektiven Rechts zur Diskussion stehen, sondern nur deren *Sachgemäßheit*. Diese Sachgemäßheit oder wissenschaftliche Zweckmäßigkeit kann andererseits nicht an einem formalen Kriterium geprüft, sondern bloß bewertet werden. Ein Begriff ist in diesem Sinne nicht richtig oder falsch, sondern gut oder schlecht, zweckmäßig oder unzweckmäßig. Im Gegensatz zur formalen Richtigkeit eines Begriffs, die entweder gegeben ist oder fehlt, sind nicht nur alle graduellen Abstufungen der Zweckmäßigkeit eines Begriffs möglich, sondern ein absoluter Grad völliger Zweckmäßigkeit läßt sich überhaupt nicht erreichen; dies würde Allgemeingültigkeit eines Begriffs voraussetzen, die es insofern nicht geben kann, als die Zweckmäßigkeit eines Begriffs mit dem Gegenstand, den es zu erfassen gilt, wechselt.

Diese Zusammenhänge müssen die Haltung desjenigen, der eine Neufassung des Begriffs des subjektiven Rechts vorschlägt, gegenüber den bisherigen Definitionen bestimmen. Es kann sich nicht darum handeln, diesen jegliche Berechtigung abzusprechen, noch für den hier unterbreiteten Vorschlag absolute und alleinige Richtigkeit in Anspruch zu nehmen. Die Umschreibung des subjektiven Rechts als "rechtlich geschütztes Interesse" mag in gewissen Zusammenhängen eine brauchbare Veranschaulichung der Funktion dieser Rechtsfigur darstellen, die zudem den Vorteil hat, einen Hinweis auf deren teleologische Hintergründe zu geben. Ebenso wird die Formel der "Willensmacht" in vielen Fällen durchaus den gestellten Anforderungen genügen. Die vorliegende Arbeit kann nicht mit dem Anspruch auftreten, die einzig mögliche Begriffsbestimmung zu entwickeln; die Absicht kann nur sein, eine Formel zu geben, die einerseits eine widerspruchsfreie Einbeziehung der subjektiven Rechte ins objektive Recht erlaubt und andererseits eine verfeinerte Betrachtung der im Zusammenhang der Ausübung des subjektiven Rechts sich ergebenden Probleme ermöglicht.

Aus dem Vorangehenden ergibt sich aber auch, daß eine kritische Darstellung der bisherigen Definitionen und Lehrmeinungen zum Problem des subjektiven Rechts nicht Gegenstand der vorliegenden

---

<sup>5</sup> Die verschiedenen Begriffe des subjektiven Rechts unterscheiden sich weniger in der spezifischen Differenz als im *Oberbegriff*: "Willensmacht", "Interesse" usw., oder wie in vorliegender Arbeit: "Normsetzungsbefugnis".

Schrift sein kann. Die Zweckmäßigkeit der hier vorgetragenen Auffassung kann nicht in der Auseinandersetzung mit anderen Begriffsbestimmungen erwiesen werden, weil sich die verschiedenen Konzeptionen gegenseitig nicht unbedingt ausschließen und die Vertretbarkeit der einen Meinung nichts über die Haltbarkeit abweichender Auffassungen aussagt. Der Sinn und die Notwendigkeit der hier versuchten Neubestimmung der Figur des subjektiven Rechts kann nicht bewiesen, sondern höchstens anschaulich gemacht werden. Da sich die "innere Richtigkeit" eines Begriffs erst in dessen Anwendung erweist, kann Sache vorliegender Schrift nur sein, die zur Diskussion gestellte Formel in ihrer Anwendung auf einige Beispiele zu erproben und die wichtigsten Strukturprobleme der subjektiven Rechte anhand dieser Modellvorstellung neu zu überprüfen.

## *II. Rechtsformbegriffe und Rechtsinhaltsbegriffe. – Das subjektive Recht als Rechtsformbegriff*

Im vorhergehenden wurde gezeigt, daß trotz der grundsätzlichen "Autonomie der Begriffsbildung" diese ihren Zweck nur erreicht, wenn sie inhaltlich auf den Gegenstand ausgerichtet ist, den es mit Hilfe des gewonnenen Begriffs wissenschaftlich darzustellen gilt. Über die Art dieser "Ausrichtung auf das Objekt" ist noch einiges auszuführen.

Es gibt Begriffe, bei denen das autonome Element weitgehend zurücktritt und die Begriffsbildung von vorgegebenen Sachverhalten auszugehen hat. Dies trifft einmal mehrheitlich bei Begriffen zu, welche der *rechtsgeschichtlichen Untersuchung* dienen, da die historische Rechtsbetrachtung weitgehend die Denkweise der behandelten Epoche zu übernehmen hat und ein Verfahren, das unkritisch modernrechtliche Begriffe der Darstellung geschichtlicher Rechtszustände zugrunde legt, methodisch verfehlt ist. Gebunden durch den Gegenstand ist die Begriffsbildung auch dann, wenn bei der Behandlung geltenden Rechts Begriffe vorgefunden werden, die *Bestandteil einer positiven Rechtsordnung* sind, da ihnen der Gesetzgeber seinerseits einen bestimmten (ausdrücklich definierten oder durch Auslegung zu ermittelnden) Gehalt beigelegt hat. Derartige unmittelbar vom Gegenstand her bestimmte Begriffe sind in der Regel Bestandteil einer konkreten (geschichtlichen oder heute geltenden) rechtlichen

Anordnung, für deren Darstellung sie zweckmäßigerweise übernommen werden. Man kann deshalb von *Rechtsinhaltsbegriffen* sprechen. Ihnen ist die Relativität des Anwendungsbereiches gemeinsam, d. h. sie haben immer nur in einem spezifischen Zusammenhang Gültigkeit.

Im Gegensatz dazu gibt es rechtliche Begriffe, die allgemein gültig sind und an jede Rechtsordnung herangetragen werden können, welches deren Inhalt auch sein möge. Derartige Begriffe, die man infolge ihrer Unabhängigkeit vom Rechtsinhalt *Rechtsformbegriffe* nennen kann, sind nicht zahlreich. In erster Linie gehört dazu der *Begriff der Norm*, des Sollens, mit weiteren durch diesen grundlegendsten Begriff implizierten Vorstellungen, wie der Begriff der *Normgeltung* oder der *Normverletzung*, die Einteilung der Normen in generelle und individuelle, abstrakte und konkrete, mittelbare und unmittelbare, primäre und sekundäre, allgemeine und spezielle, der Begriff der Freiheit eines bestimmten Verhaltens als dem Negat der Normierung dieses Verhaltens<sup>6</sup>. *Der Begriff des subjektiven Rechts ist, wie im folgenden zu zeigen sein wird<sup>7</sup>, ebenfalls unmittelbar durch den Begriff der Norm bedingt und Rechtsformbegriff.*

Als Rechtsinhaltsbegriffe sind vorerst auch rechtliche Begriffe von allgemeinem Charakter zu betrachten, wie der Begriff des Eigentums, des Besitzes, des Pfandrechts, des Vertrags, des Kaufs usw., die in jeder Rechtsordnungen besondere Ausprägungen erfahren. So kann man von einem Eigentumsbegriff des klassischen oder nachklassischen römischen Rechts oder des französischen Rechts sprechen, nicht aber von einem schweizerischen oder deutschen Normbegriff oder dem subjektiven Recht des italienischen oder österreichischen Rechts.

Allerdings ist der Gegensatz zwischen Rechtsinhalts- und Rechtsformbegriffen nicht immer ein absoluter, und eine Überlagerung beider Komponenten ist denkbar, wobei diesfalls strenggenommen zwei verschiedene Begriffe auseinanderzuhalten sind, die bei unkritischer Betrachtung zusammenfließen. Es liegen den meisten Rechtsinhaltsbegriffen Leitideen zugrunde, die allgemeingültig sind, in verschiedenen Rechtsordnungen in gleicher Form angetroffen werden und die damit überhaupt erst eine rechtsinhaltliche Vergleichung analoger Rechtsinstitute ermöglichen. So ist der Begriff des Eigentums hinsichtlich

---

<sup>6</sup> Vgl. zu diesen Unterbegriffen der Normvorstellung unten § 5.

<sup>7</sup> Vgl. § 6 und folgende.

des möglichen Gegenstandes, den Voraussetzungen des Erwerbs und des Verlusts, den Befugnissen des Eigentümers usw. von Rechtsordnung zu Rechtsordnung verschieden, aber zur Erreichung des als "Eigentum" verzeichneten Sachverhalts gibt es doch nur einen einzigen normativen Weg, der sich z. B. als Befugnis des Eigentümers, alle Dritte von der Sache auszuschließen bei gleichzeitiger Freiheit, seinerseits über die Sache faktisch zu verfügen, umschreiben läßt<sup>8</sup>. Mit der Bezeichnung "Pfand" verbindet sich eine allgemeingültige Vorstellung, so daß man in einem Atemzug von der Pfandbestellung im altbabylonischen und im modernen spanischen Recht sprechen kann und dieselbe Sache meint, obwohl die Ausgestaltung des Pfandinstituts im einzelnen verschieden ist. Bei derartigen Vorstellungen können zweierlei Begriffe auseinandergehalten werden, ein rechtsformaler allgemeingültiger Kern und dessen positivrechtliche Ausgestaltung, etwa der Begriff des Besitzschutzrechts schlechthin und des Besitzschutzrechts des ZGB<sup>9</sup>.

Andererseits können auch rechtsformale Begriffe wie der des subjektiven Rechts eine bestimmte rechtsinhaltliche Komponente annehmen, wenn das positive Recht darauf abstellt und damit von deren Abgrenzung konkrete rechtliche Entscheidungen abhängig macht. Als Beispiel kann BGB § 823 Abs. 1 mit seinem Hinweis auf "sonstige Rechte" genannt werden, oder ZGB Art. 2 Abs. 2, der den Mißbrauch (subjektiver) Rechte untersagt, was aber keineswegs dahin verstanden werden darf und verstanden wird, daß nur jene Willensäußerungen, die sich als Betätigung eines subjektiven Rechts im technischen Sinn darstellen, den Tatbestand des Rechtsmißbrauchs erfüllen könnten. Auch in derartigen Fällen liegen zwei verschiedene Begriffe vor, deren Unterscheidung unerläßlich ist.

### *III. Die Funktion der Rechtsformbegriffe. – Allgemeine Rechtslehre*

Da die Rechtswissenschaft eine praktische Disziplin ist und in ihr begriffliche Untersuchungen um deren selbst willen keinen Platz haben,

---

<sup>8</sup> Vgl. unten § 19/I.

<sup>9</sup> Im folgenden (§ 19) wird es gerade unsere Aufgabe sein, bei einer Reihe besonders wichtiger, in allen Privatrechtsordnungen anzutreffender Rechtsfiguren den rechtsformalen Gehalt herauszuschälen, wie er allen positivrechtlichen Ausprägungen zugrunde liegt, um eine Scheidung der rechtsformalen und der rechtsinhaltlichen Komponente zu ermöglichen.

stellt sich die Frage nach der Funktion der Rechtsformbegriffe, die, wie oben dargelegt, nicht unmittelbar mit einer konkreten rechtlichen Anordnung verknüpft sind. Diese Begriffe stellen die *Form* dar, in welcher Rechtsinhaltsbegriffe erscheinen. Bei der begrifflichen Fassung der vom positiven Recht verwendeten Begriffe muß man zwangsläufig auf andere Begriffe zurückgreifen, die ihrerseits nicht Bestandteil der betreffenden Rechtsordnung zu sein brauchen. Rechtsformbegriffe erscheinen im Verhältnis zu Rechtsinhaltsbegriffen vielfach als Oberbegriffe bei der Definition der letzteren.

Wenn den Rechtsformbegriffen als Oberbegriffen die *logische* Priorität vor den Rechtsinhaltsbegriffen zukommt, so geht damit keineswegs auch die *historische* Priorität einher. Vielmehr ist das zuerst Gegebene in der Regel eine Summe konkreter rechtlicher Anordnungen, die mittels eines im Lauf der geschichtlichen Entwicklung zunehmend verfeinerten und abstrakter werdenden Systems rechtlicher Begriffe dargestellt wird, aus denen weitere Begriffe abstrahiert werden, die ihrerseits nicht mehr Bezug auf konkrete rechtliche Anordnungen haben. In diesem Sinn sind der Begriff der *Norm* und der Begriff des *subjektiven Rechts* die letzten Abstraktionen aus der Summe der Erscheinungen der privatrechtlichen Regelung des menschlichen Zusammenlebens<sup>10</sup>. Im Fall des Normbegriffs hängt die Abstraktion mit der allgemeinen Beobachtung zusammen, daß es immer ein bestimmtes Verhalten ist, das der Rechtsunterworfene zu beobachten hat, wenn er Sanktionen der Rechtsgemeinschaft meiden will, und daß deshalb dieses Verhalten als von der Rechtsgemeinschaft vorgeschrieben, befohlen zu gelten hat. Im Fall des subjektiven Rechts geht die Begriffsbildung vom Sachverhalt aus, daß vielfach der Inhalt des rechtlich vorgeschriebenen Verhaltens vom Willen eines einzelnen Rechtsgenossen abhängt, dessen Vorzugsstellung als isoliertes Phänomen (eben das Recht im subjektiven Sinne) empfunden wird.

Die beschriebene Abstraktion ist ihrerseits nicht Selbstzweck. Sie ermöglicht vielmehr durch das Außerachtlassen von besonderen Charakteristiken die Bildung umfassender Kategorien und das Herausstellen

---

<sup>10</sup> Vgl. dazu v. TUHR, BGB I p. 53: "Der zentrale Begriff des Privatrechts und zugleich die letzte Abstraktion aus der Vielgestaltigkeit des Rechtslebens ist das Recht des Subjekts, das 'subjektive Recht', wie man es im Gegensatz zum objektiven Recht (der Rechtsnorm) zu nennen pflegt. Eigentum, Forderungen und andere Befugnisse haben längst im Leben und in der Erkenntnis der Juristen existiert, ehe man an die systematische Arbeit ging, alle diese Rechtserscheinungen in einen Begriff zusammenzufassen."

von Merkmalen, die einer größeren Gruppe von Erscheinungen gemeinsam sind. Dies vereinfacht nicht nur die Erfassung von Einzelercheinungen, sondern stellt auch deren wesentlichste Eigenschaften heraus; die überall angetroffenen Merkmale können oft als für den Kern der Sache wesentlich angesehen werden, die partikulären Eigentümlichkeiten den Stempel des Zufälligen bekommen. Dem Allgemeinen kommt suggestive Kraft zu, und die Schaffung neuer Rechtsinstitute erfolgt vorzugsweise auf der Linie der durch die generellen Begriffe gewiesenen bisherigen Entwicklung. *Die logische Priorität der Oberbegriffe wird damit nach und nach zur historischen Priorität*, nämlich sobald die Abstraktion vollzogen ist und ein allgemeiner Begriff sich soweit durchgesetzt hat, daß die Fortbildung des Rechts auf ihm aufbaut.

Rechtsformbegriffe, das sind Begriffe, bei denen die Abstraktion soweit getrieben ist, daß keine Merkmale einer bestimmten Rechtsordnung, sondern nur noch diejenigen einer jeden Rechtsordnung verbleiben, stellen das *begriffliche Instrumentarium* für die Bildung von rechtsinhaltlichen Begriffen auf der Stufe der einzelnen Rechtsordnungen dar. Der Ausbau der Lehre von den Rechtsformbegriffen, die Verfeinerung des Begriffsinstrumentariums, muß der Bildung der Rechtsinhaltsbegriffe zugute kommen und die Darstellung und Weiterbildung der positiven Rechtsordnungen erleichtern. Die Lehre von den Formen, in denen sich das geltende Recht manifestiert, kann zwar nicht zeigen, wie das Recht zu gestalten sei, wenn es inhaltlich gut, d. h. gerecht sein soll. Aber sie kann, indem sie die Instrumente der Rechtsgestaltung ausbildet, diese Rechtsgestaltung selber und die wissenschaftliche Darstellung erleichtern. Sie dient dem Gesetzgeber, unerachtet, ob dessen Intentionen gut oder schlecht sind; sie dient der Wissenschaft einer positiven Rechtsordnung, gleichgültig ob deren Gegenstand gerecht oder ungerecht ist. Die Formen des Rechts, die begrifflichen Instrumente dessen Darstellung, sind wertfrei, und wertfrei ist auch die Wissenschaft dieser Instrumente. Diese ist weder Rechtsphilosophie, da sie vom Inhalt des Rechts abstrahiert, noch Lehre vom geltenden Recht, da sie nicht auf eine konkrete Rechtsordnung Bezug nimmt. Diese Wissenschaft von den Rechtsformbegriffen ist es, die man *allgemeine Rechtslehre* nennt.

## § 5. Prämissen: Die Rechtsordnung als Normordnung

### *I. Warum "Prämissen" formuliert werden*

Die in vorliegender Arbeit entwickelte Theorie des subjektiven Rechts geht von einer normativen Auffassung des Rechts aus. "Normativismus" ist zu einem vielgebrauchten Schlagwort geworden, mit dem jene rechtstheoretische Richtung bezeichnet wird, für die das Recht vorab ein Gefüge von Verhaltensvorschriften ist. Aber eine normativistische Rechtsauffassung gibt es nicht im Sinne einer festgefügten Doktrin, die sich über die normative Struktur des Rechts einig wäre. Gerade wenn man so weit geht, die normative Rechtsauffassung als die heute herrschende Betrachtungsweise zu bezeichnen, muss man erkennen, daß in nichts Einigkeit herrscht als etwa in bezug auf den an sich nicht sehr vielsagenden Satz, daß die Rechtsordnung eine Normordnung sei.

Die Haltung gegenüber der Figur des subjektiven Rechts ist abhängig vom Standpunkt in den grundlegenden Fragen der Normstruktur des Rechts im allgemeinen, und der hier entwickelte Begriff beruht auf einer spezifischen Normkonzeption. In zweifacher Hinsicht dürfte es richtig sein, vor den Ausführungen in der Sache selbst in einer stichwortartigen Skizze darzustellen, wie der Verfasser in diesen Fragen sieht: Einmal wird die zu entwickelnde Theorie des subjektiven Rechts in einen größeren Zusammenhang gestellt und deren Verständnis vorbereitet. Indem der Verfasser zeigt, auf welchen Voraussetzungen diese Theorie beruht, wird aber auch zuhanden desjenigen Lesers, der den hier gezogenen Schlußfolgerungen nicht zustimmen kann, zum vorneherein klargemacht, wo die Verschiedenheit der Ansichten höchstwahrscheinlich ihren Ursprung hat.

Die im folgenden skizzierten normativen Grundanschauungen sind umstritten und müssen gerade deshalb formuliert werden. Dabei kann es sich nicht darum handeln, sie ihrerseits in einer Auseinandersetzung mit anderen Ansichten zu rechtfertigen. Jede wissenschaftliche Untersuchung hat bestimmte Voraussetzungen als gegeben hinzunehmen. Es muß auch hier erlaubt sein, von gewissen Prämissen auszugehen, ohne diese ihrerseits wiederum zu begründen. Denn deren allseitige Sicherstellung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und müßte auf die Entwicklung einer umfassenden

allgemeinen Rechtslehre hinauslaufen. Der Verfasser hofft, an anderer Stelle Gelegenheit zu haben, die eine oder andere der hier getroffenen Annahmen eingehend begründen und mit abweichenden Auffassungen konfrontieren zu können.

## *II. Die Rechtsordnung als Gefüge von Normen oder Sollenssätzen – Sein und Sollen*

Was jedenfalls unter normativer Rechtsauffassung verstanden wird, ist die Auffassung, daß das Recht im objektiven Sinne ein Gefüge von Normen ist, und nichts als ein Gefüge von Normen<sup>1</sup>. Dies bedingt, daß auch die subjektiven Rechte als normative Sachverhalte gedeutet werden müssen. Unsere Aufgabe ist es denn auch, den Platz der subjektiven Rechte im Normgefüge des Rechts zu bestimmen.

*Eine Norm ist ein Sollenssatz, der sich auf menschliches Verhalten bezieht.* Darunter ist folgendes zu verstehen: Wie Seinssätze aussagen, daß etwas *ist*, sagen Sollenssätze aus, wie etwas *sein soll*<sup>2</sup>. Normen beschreiben somit menschliches Verhalten, wie es sein soll, und nicht, wie es tatsächlich ist, etwa, wie sich eine bestimmte Menschengruppe zu verhalten pflegt oder wie sich ein einzelner Mensch verhalten

---

<sup>1</sup> Der einzig mögliche Gegensatz zu normativer Rechtsauffassung ist eine in begrifflicher Hinsicht unreflektierte, in überlieferten anschaulichen Denkformen verharrende Betrachtungsweise. Man kann darüber streiten, ob es überhaupt *sinnvoll* sei, das Recht durch Begriffsanalyse auf ein Normensystem zurückzuführen und als solches bewußt zu machen. Dagegen kann nicht bestritten werden, daß die begriffliche Reduktion *logisch möglich* ist. Die Ansicht, die normative Rechtsauffassung mit *Rechtspositivismus* identifiziert (was früher auch KELSENS Auffassung zu sein schien: vgl. Staatslehre p. 54, RRL I p. 21/22, und welche Auffassung jedenfalls von vielen seiner Gegner geteilt wird, die normative Rechtsauffassung mit Reiner Rechtslehre und Rechtspositivismus auf eine Linie setzen), übersieht, daß auch eine naturrechtlich verstandene Rechtsordnung oder ein moralethisches System wie überhaupt jede auf die Regelung menschlichen Verhaltens sich beziehende Ordnung *Normordnung* ist, d. h. um ihrer Ordnungsfunktion zu genügen, in Verhaltensvorschriften ausmünden muß.

<sup>2</sup> Normen und Sollenssätze, Rechtsnormen und Rechtssätze sind für uns alles dasselbe: Vorschriften eines bestimmten Verhaltens. KELSEN unterscheidet neuerdings (vgl. RRL II p. 83 und dortige Anm.) zwischen *Rechtsnormen* und *Rechtssätzen*, wobei nach seiner jetzigen Terminologie nur den ersteren normativer Gehalt zukommt, während die *Rechtssätze* lediglich beschreibenden Charakter haben und als eine "Funktion der das Recht beschreibenden Rechtswissenschaft" erscheinen. Im vorliegenden Zusammenhang besteht kein Anlaß, diese Unterscheidung im Sinne KELSENS terminologisch zu fixieren, so daß "Rechtssätze" für uns nichts anderes als Rechtsnormen sind.

hat oder infolge seiner Veranlagung künftig verhalten wird.

Der Begriff des Sollens läßt sich sowenig wie der Begriff des Seins auf einen übergeordneten Begriff zurückführen. Er kann nicht definiert, sondern höchstens paraphrasiert, d. h. durch andere Bezeichnungen von gleicher Bedeutungsrichtung veranschaulicht werden. Die Vorstellung des Sollens ist unserem Bewußtsein wie diejenige des Seins unmittelbar gegeben.<sup>3</sup>

Normen haben nur einen Sinn und sind logisch anders gar nicht zulässig als in einem *Bereich des Möglichen*, d. h. Sollenssätze können sich nur auf Zustände beziehen, die sich einerseits verwirklichen können, sich aber andererseits nicht zwangsläufig verwirklichen müssen. Es ist gleichermaßen unsinnig wie logisch unzulässig, ein unmögliches Verhalten (z. B. einen Hochsprung von 800 Metern zu vollführen) oder einen zwangsläufig sich verwirklichenden Zustand (z. B. irgend einmal zu sterben) zum Gegenstand einer (gebietenden oder verbietenden) Norm zu machen<sup>4</sup>. Da Normen sich auf den Bereich des Möglichen beziehen müssen, können sie nur Künftiges, nicht aber Vergangenes betreffen<sup>5</sup>. Dies ist das einzige Merkmal, das Sollenssätze oder Normen mit den sog. *Naturgesetzen* gemeinsam haben, die ihrerseits nichts anderes sind als aus bisher Geschehenem abgeleitete Regeln künftigen Seins. Diese Übereinstimmung ist wohl der Grund, weshalb Naturgesetze immer wieder in Zusammenhang mit Normen im eigentlichen Sinn gebracht werden bzw. die Struktur der Normen anhand des Modells der Naturgesetze gedeutet wird. Letztere betreffen den Seinsbereich, da sie angeben, was ist, d. h. was sich notwendig verwirklicht oder nicht verwirklicht. Normen betreffen den Bereich des Möglichen, Naturgesetze den Bereich des sich zwangsläufig bzw. unmöglich Verwirklichenden; sie sind so verschieden wie die von ihnen beschriebenen Kategorien des Seins und des Sollens.

Gelegentlich spricht man statt von "sollen" auch von "*müssen*" (z. B. "jemand 'muß' Militärdienst leisten"), wobei nur eine andere sprachliche Form für denselben Gedankeninhalt vorliegt. Wenn aber "müssen" das Element der Zwangsläufigkeit, der Naturnotwendigkeit

---

<sup>3</sup> KELSEN, RRL II p. 5.

<sup>4</sup> Vgl. KELSEN, RRL II p. 10 f.

<sup>5</sup> Wenn es unmöglich ist, Vergangenes normativ zu regeln, werden damit sog. rückwirkende Normen logisch nicht ausgeschlossen. Diese knüpfen zwar Rechtsfolgen an in der Vergangenheit liegende Tatbestände an, diese den Inhalt der Norm ausmachenden Rechtsfolgen selber liegen in der Zukunft.

annimmt ("die Sonne muß aufgehen", "einmal muß Du sterben"), dann liegt kein Sollenssatz, keine Norm mehr vor, sondern eine Aussage über das Sein der Dinge, ein Naturgesetz.

### III. Die Struktur der Rechtsnorm. – Normen als Willensinhalte

Sollenssätze oder Normen sind Gedankeninhalte, und zwar Gedankeninhalte, die auf einer besonderen Modalität menschlichen Denkens beruhen und die nicht besagen, welche Seinstatbestände nach dem Urteil des denkenden Subjekts verwirklicht sind, sondern die Verwirklichung welcher Sachverhalte das denkende Subjekt *herbeiwünscht*. Diese besondere Form des geistigen Bewußtseins nennt man *Wollen*, den Inhalt dieses Bewußtseins *Wille*. Norminhalt ist Willensinhalt.

Im Gegensatz zum Seinsbereich ist der Normbereich an das menschliche Bewußtsein, das Denken und Wollen, gebunden. Ein bestimmter Stein ist Realität, er "ist", auch wenn niemand ihn wahrnimmt oder Seinsurteile fällt über dessen Gewicht, Temperatur, Form, örtliche Lage, seine chemische Beschaffenheit und Geschichte. "Sein" ist unabhängig von dessen Wahrnehmung im menschlichen Denken. Demgegenüber sind Normen an menschliches Denken gebunden, sie haben überhaupt nur im menschlichen Denken Bestand.

Gedankeninhalte und mithin auch Normen sind nur verständlich und wissenschaftlicher Betrachtung zugänglich, soweit sie sich *logisch* fassen lassen. Daraus ergibt sich die Struktur der Normen als *Urteile im Sinne der Logik*, weshalb man statt von Sollenssätzen auch von *Sollensurteilen* spricht.

Die sprachliche Formulierung von Sollenssätzen hat keinen Einfluß auf deren logische Struktur oder deren Normgehalt. Es ist dasselbe, wenn man sagt: "Du *sollst* Militärdienst leisten", "Du *mußt* Militärdienst leisten", "es ist Deine *Pflicht*, Militärdienst zu leisten", "Du *hast* Militärdienst zu leisten" oder kurz: "*leiste* Militärdienst"; immer ist dieselbe logische Kategorie des Sollens im Spiel.

Da Normen in der Regel in sprachliche Gestalt gekleidet werden, läßt sich meist ein Vorgang der Formulierung dieser Normen, ein *Akt der Normsetzung* nachweisen, der als solcher ein einmaliges Geschehnis ist. Demgegenüber erschöpft sich die "Existenz" einer Norm nicht im Vorgang des Normerlasses; sie hat zeitliche Dauer, was

vom Akt der Normsetzung, der keine zeitliche Extension hat, nicht zutrifft. Der Bestand einer Norm ist ein *Dauerzustand*, dessen Beginn und Ende sich oft, aber nicht immer zeitlich genau fixieren lassen, z. B. nicht bei Gewohnheitsrecht oder Normaufhebung durch *desuetudo*.

Sollenssätze sagen nicht nur etwas aus über den Willen des normsetzenden Subjekts, sondern ihnen wohnt auch ein *teleologisches Element* inne: Sollenssätze, Normen werden statuiert, damit sie befolgt werden, damit der gesollte Sachverhalt eintritt, und zwar infolge der Normierung eintritt. Dadurch unterscheidet sich ein Normerlaß von bloßen Wünschen und Hoffnungen (etwa, daß ein Umzug abgehalten werde, der Onkel auf Besuch komme), denen kein Einfluss auf die Verwirklichung des herbeigewünschten Ereignisses zuerkannt wird. Daraus folgt, daß sich Normen nur auf menschliches Verhalten beziehen können: Da einzig Menschen durch die Einsicht in Sollensinhalte in ihrem Verhalten beeinflußt werden, können Normen nicht Zustände der unbeseelten Natur oder der unvernünftigen Tierkreatur, sondern nur menschliches Verhalten betreffen.

Von grundlegender Bedeutung für das Verständnis des Rechts ist Einsicht, daß Normen die gleiche logische Struktur wie menschliche Willensinhalte aufweisen. Die Rechtsordnung kann deshalb an den menschlichen Willen nicht nur, wie an menschliche Handlungen und andere äußere Geschehnisse, normative Folgen knüpfen ("weil A eine fremde bewegliche Sache in Bereicherungsabsicht weggenommen hat, muß er sich der Strafe X unterziehen"), sondern die Rechtsordnung kann den menschlichen Willen unmittelbar zum Rechtsinhalt erheben, d. h. diesen Willen mit normativer Geltung ausstatten<sup>6</sup>. Dieser Sachverhalt liegt bei der sogenannten *Privatautonomie* vor, welche gegenseitigen privaten Willensäußerungen Normgeltung verleiht. Um den gleichen Sachverhalt handelt es sich aber auch, wie zu zeigen ist, bei der *Zusprechung subjektiver Rechte*, wo der Wille des Rechtsträgers unmittelbar zur Rechtsnorm erhoben wird.

#### *IV. Normsetzendes Subjekt und Normadressat als Elemente der Norm*

Ist die Norm ein Willensinhalt, kann sie nicht bestehen ohne Menschen, welche den Sollenssatz denken, die Norm setzen. *Ohne normsetzendes*

---

<sup>6</sup> Verleihung rechtlicher Normgeltung heißt *Zurechnung* zur Rechtsordnung. Vgl. unten Ziff. 5.

*Subjekt keine Norm.* Auch wenn der Wille eines einzelnen oder einer Personenmehrheit entpersönlicht wird, wenn er als Wille der gesamten Rechtsgemeinschaft hypostasiert und der Rechtsordnung zugerechnet wird, verliert er deswegen doch nicht die logische Struktur des von einem einzelnen gewollten Willensinhalts.

Der Normbegriff enthält ein teleologisches Element, indem die Normsetzung die Herbeiführung eines normgemäßen Verhaltens bestimmter Menschen bezweckt (vgl. oben Ziff. III). Die Rechtsnorm kann ihren Zweck nur erfüllen, wenn sie jemanden anspricht. Sie kann an einen einzelnen, eine bestimmte Vielzahl von Menschen oder an jedermann gerichtet sein, sie hört aber auf, Norm zu sein, wenn sie an niemanden gerichtet ist oder den Kreis der Adressaten unbestimmt läßt. *Ohne Normadressat keine Norm.*

Der Normadressat wird durch den an ihn gerichteten Sollenssatz *verpflichtet*. Jede Norm<sup>7</sup> bedingt eine Pflicht, wie umgekehrt jede Pflicht nur durch eine Norm statuiert wird. Man kann von einer *Identität von Rechtsnorm und Rechtspflicht* sprechen<sup>8</sup>.

#### V. Normgeltung als Zurechnung. – Die Rechtsordnung als Zurechnungsordnung

Nach der hier vertretenen Auffassung hat jede von einem Menschen an einen anderen Menschen gerichtete dessen Verhalten betreffende Willensäußerung, jeder Befehl, jede Aufforderung, die logische Struktur einer Norm. Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob diese Norm einem bestimmten Normensystem zuzurechnen sei und innerhalb dieses Normensystems *Geltung* habe.

Unter *Geltung einer Norm* wird richtigerweise deren *Zurechnung zu einem bestimmten Normensystem* verstanden<sup>9</sup>. Geltung einer Norm als Rechtsnorm heißt demnach, daß ein Willensinhalt einer

---

<sup>7</sup> Wenigstens jede "unmittelbare" Norm. Vgl. im folgenden Ziff. VIII.

<sup>8</sup> KELSEN, RRL II p. 120/121.

<sup>9</sup> Geltung einer Norm setzt neben der Zurechnung weiterhin voraus, daß der Inhalt des betreffenden Sollenssatzes tatsächlich gewollt ist und nicht bloß deskriptiven Gehalt hat, wie etwa ein Gesetzesentwurf oder die Beschreibung eines Kriminalromans: " 'Hände hoch', sprach der Gangster." In beiden Fällen wird der Inhalt des Gewollten nur beschrieben, nicht aber gewollt. Es würde in der Terminologie KELSENS (vgl. oben Anm. 2) nur ein "Rechtssatz", nicht aber eine "Rechtsnorm" vorliegen.

bestimmten geltenden Rechtsordnung zugerechnet wird und damit als deren Bestandteil erscheint, Nichtgeltung, d. h. Ungültigkeit einer Norm, daß der betreffende Willensinhalt der fraglichen Rechtsordnung nicht zugerechnet wird<sup>10</sup>. Ein Zusammenhang der Zurechnung wird dadurch hergestellt, daß die Norm, deren Geltung in Frage steht, gestützt auf einen zur Normsetzung ermächtigenden übergeordneten Satz der fraglichen Rechtsordnung erlassen wird. Daraus ergibt sich zwangsläufig eine Stufenordnung der Rechtsnormen. Dieser hierarchische Aufbau der Normen einer Rechtsordnung muss schließlich einen Abschluß in positivrechtlichen Normen finden, deren Geltung nicht mehr durch weitere positivrechtliche Normen zu erweisen ist. Für das positive Recht gibt es keinen positivrechtlichen Geltungsgrund. Dagegen läßt sich die Faktizität der Geltung im Sinne des sich Durchsetzens des fraglichen Normensystems in einem Aussagesatz zusammenfassen (z. B. im Falle der Schweiz: "Recht ist, was Volk und Stände auf Antrag der Bundesversammlung beschließen" oder dgl.), der sich seinerseits als hierarchische Spitze des gesamten Stufenbaus der Rechtsordnung darstellt und das ist, was richtigerweise unter der "hypothetischen Grundnorm" im Sinne der Reinen Rechtslehre verstanden wird.

Da Geltung einer Norm Zurechnung zu einem bestimmten Normensystem bedeutet, gibt es auch keine absolute Normgeltung, keine Normgeltung an sich (und keine "Normen an sich" oder "Pflichten an sich"), sondern nur relative, d. h. auf eine bestimmte Normordnung bezogene Geltung eines Sollenssatzes, wie es auch keine absolute Nichtgeltung einer Norm gibt, sondern nur deren Ungültigkeit bezogen auf ein bestimmtes Normensystem. Solange verschiedene sich widersprechende Rechtsordnungen nebeneinander bestehen, gibt es keine Rechtsnormen an sich, sondern nur Rechtsnormen bezogen auf eine bestimmte positive Rechtsordnung.

Eine Norm kann einer bestimmten Normordnung nur entweder zugerechnet werden oder nicht zugerechnet werden, weshalb es keine quantitative Abstufung der Geltung einer Norm geben kann. Die Wichtigkeit einer Norm beeinflusst deren Geltung nicht. Anders bei nicht rechtsbezogenen Imperativen des Alltagslebens, bei welchen es

---

<sup>10</sup> Die Vorstellung einer "ungültigen Norm" ist deshalb nicht eine *contradictio in adiecto*, weil ein Sollenssatz tatsächlich die logische Struktur einer Norm aufweisen und gewollt sein kann, ohne der in Frage stehenden Rechtsordnung zugerechnet zu werden und ohne rechtlich gültig zu sein.

keinen Sinn hat, von Geltung zu sprechen, da sie nicht auf einen größeren Normzusammenhang bezogen sind. Ihre Wirkung empfangen sie aus der Autorität des Befehlenden. Diese Autorität kann in verschiedenem Ausmaß eingesetzt werden; es sind die verschiedensten Abstufungen in der Intensität des imperativen Willens möglich, die von der schüchternen Formulierung von Wunsch oder Hoffnung, der Augesprochene möge sich in bestimmter Weise verhalten, bis zu offener Drohung gehen kann<sup>11</sup>.

Innerhalb einer Rechtsordnung werden nicht sämtliche Verhaltensnormen von einem einzigen normsetzenden Subjekt erlassen. Viele Rechtssätze enthalten denn auch Verweisungen auf Normen, die von untergeordneten Gesetzgebungsinstanzen zu erlassen sind ("man soll sich so verhalten, wie das Staatsorgan X es vorschreibt"). Es wird *Normsetzungsbefugnis delegiert*. Auf der Staatsverfassung beruhen die staatlichen Gesetze, auf diesen möglicherweise Erlasse auf der Verordnungsstufe, auf diesen wiederum die rechtsanwendenden Akte der Gerichts- und Verwaltungsorgane. Hier ist die Einsicht geläufig, daß die Frage der Normgeltung eine solche des Delegationszusammenhanges ist<sup>12</sup>. Gleiches gilt indessen auch, wie meist verkannt wird, für privatrechtliche Beziehungen: Die Ansprüche, die Private gegeneinander erheben, sind, soweit sie zu Recht bestehen, nichts anderes als rechtliche Normen; die Verleihung privater "Rechte" ist eine Delegation von Normsetzungsbefugnis. Jeglicher private Leistungsanspruch weist die logische Struktur eines Sollenssatzes auf; der Entscheid des Richters, der über die Begründetheit eines klageweise geltend gemachten Anspruchs zu befinden hat, ist nichts anderes als der Entscheid über die Zurechnung der im streitigen Anspruch verkörperten Norm zur Rechtsordnung: Die Gutheißung der Klage heißt, daß die fragliche Norm infolge der Zurechnung zur betreffenden Rechtsordnung als Rechtsnorm Geltung habe. Und der Entscheid über das dem Anspruch zugrunde liegende Recht ist der Entscheid darüber, ob im Sinne eines Delegationssachverhalts dem Ansprecher eine Normsetzungsbefugnis verliehen sei<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Gerade weil die Normgeltung als Tatbestand der logischen Zurechnung zu einem bestimmten System von allen psychologischen Umständen der Willensäußerung unabhängig ist, ist der Vorwurf des "Psychologismus" unbegründet, der gelegentlich gegen die Auffassung der Norm als Willensinhalt erhoben wird.

<sup>12</sup> Vgl. KELSEN, RRL I p. 137.

<sup>13</sup> Vgl. dazu etwa den oben § 2 Anm. 4 zitierten Satz THIBAUTS, mit welchem dieser sein berühmtes Pandektensystem eröffnet. Auch für ihn sind scheinbar sämtliche das Verhältnis eines Mitmenschen betreffenden Willensinhalte Normen. "Gesetze (sc. Normen), zu deren Erfüllung eine Person die andere zwingen kann (sc. weil sie infolge ihrer Zurechnung zur Rechtsordnung als Rechtsnormen Geltung haben), heißen Rechtsgesetze ...". Jedenfalls sehe

## VI. Generell-abstrakte und individuell-konkrete Normen

Eine im Bereich der kontinentalen Rechtsordnungen verbreitete Auffassung neigt dazu, Recht mit Gesetz zu identifizieren und als Rechtssätze nur Gesetzesvorschriften zu betrachten. Damit wird der Normbegriff auf generell-abstrakte Normen eingeschränkt, d. h. auf Verhaltensvorschriften, die nicht einer individuell bestimmten Person eine konkret umschriebene Verhaltensweise vorschreiben, sondern generell und ohne Bezugnahme auf eine bestimmte Person aussagen, unter welchen Voraussetzungen ein gewisses Verhalten zu beobachten sei.

Entgegen dieser Normkonzeption sind richtigerweise auch die individuell-konkreten Rechtssätze, d. h. die an eine individuell bestimmte Person gerichteten Befehle konkreten Inhalts als Normen aufzufassen<sup>14</sup>. In individuell-konkreten Sollensätzen verwirklicht sich die Ordnungsfunktion des Rechts; generell-abstrakte Normen haben nur im Hinblick auf die daraus durch Subsumtion zu gewinnenden, den einzelnen ansprechenden individuell-konkreten Normen einen Sinn<sup>15</sup>. Nur individuell-konkrete Normen können kategorische Normen sein, d. h. ein Verhalten vorschreiben, ohne die Vorschrift von Bedingungen abhängig zu machen<sup>16</sup>; nur durch sie kann die Ordnungsfunktion der Rechtsordnung verwirklicht werden.

---

ich keinen grundsätzlichen Widerspruch zwischen der hier vertretenen Auffassung und der anderthalb Jahrhunderte alten pandektistischen Formel.

<sup>14</sup> So wohl heute die mehrheitliche Auffassung. Auch KELSEN hat sich gegen die Beschränkung des Normbegriffs auf generell-abstrakte Normen ausgesprochen (Staatslehre p. 62, RRL I p. 79/80, RRL II p. 107), ohne allerdings die letzten Konsequenzen zu ziehen, solange er den Normbegriff auf hypothetische Urteile beschränkt. Vgl. im folgenden Ziff. VII und Anm. 16.

<sup>15</sup> Man könnte geradezu umgekehrt annehmen, Recht sei bloß die Summe der an die Rechtsgenossen gerichteten individuell-konkreten Verhaltensnormen, während die generell-abstrakten Normen lediglich *Rechtserkenntnisquellen* darstellten. Obwohl eine solche Betrachtungsweise widerspruchslös wäre, werden zweckmäßig in den Rechtsbegriff nicht nur die aktualisierten individuell-konkreten Normen, sondern auch die hypothetischen Sollenssätze einbezogen werden, aus denen die ersteren abgeleitet werden.

<sup>16</sup> Vgl. KELSEN, RRL II p. 107.

### VII. Rechtsnormen Imperative oder hypothetische Urteile?

Rechtsnormen werden von den einen als *Imperative*, von den andern als *hypothetische Urteile* aufgefaßt<sup>17</sup>. Dieser scheinbar fundamentale Gegensatz der Konzeption der Struktur der Rechtsnormen, je nachdem diese nach dem Schema "A verhalte sich so und so" (Imperativ) oder "Wenn Tatbestand X erfüllt ist, soll sich A so und so verhalten" (hypothetisches Urteil) verstanden wird, läßt sich indessen bei näherem Zusehen relativieren und als lediglich *gradueller Unterschied hinsichtlich des Maßes der Konkretisierung der Normen aufweisen*.

Ist einmal klargestellt, daß der Sinngehalt und Normgehalt derselbe ist, wenn eine Norm in die sprachliche Form eines Aussage-Satzes oder eines Imperativs gekleidet wird ("A soll sich so und so verhalten" oder "Du, A, verhalte Dich so und so")<sup>18</sup>, kann auch zwischen einem in Aussageform gekleideten kategorischen Urteil und einem Imperativ kein Unterschied gesehen werden. Der Gegensatz zwischen Normen in Gestalt eines hypothetischen Urteils und eines Imperativs beschränkt sich demnach auf die Bedingung, die einerseits im hypothetischen Urteil enthalten ist und die sog. Hypothese ("wenn Tatbestand X erfüllt ist ...") ausmacht, andererseits bei der Imperativnorm fehlt, die per definitionem unbedingt ist. Können Rechtsnormen demnach sowohl die Gestalt hypothetischer Urteile wie die Form direkter Imperative haben, liegt der Unterschied der beiden Normarten lediglich *im Ausmaß der Individualisierung und Konkretisierung*; im Sinne der Logik sind auch Imperative nichts anderes als Urteile, und zwar solche, die nicht der Kategorie des Seins, sondern des Sollens angehören. Von den hypothetischen Urteilen unterscheiden sie sich lediglich durch ihre *Unbedingtheit*.

Die vor allem in Gesetzen niedergelegten generell-abstrakten Rechtsregeln sind *hypothetische Urteile*. Die durch Subsumtion von Fakten in einer logischen Operation gewonnenen Folgesätze in der

---

<sup>17</sup> Statt vieler für die erstere Auffassung ENGISCH, Einführung p. 22 ff., für die letztere KELSEN, Staatslehre p. 54, RRL I p. 21/22, wobei KELSEN aber an dieser Auffassung in RRL II nicht festzuhalten scheint. Vgl. RRL II p. 73, wo "Rechtsnormen" und "Rechtssätze" unterschieden und nur die letzteren als hypothetische Urteile bezeichnet werden. Siehe dazu auch oben Anm. 2. Vgl. weiterhin BOBBIO, studi p. 13 ff.

<sup>18</sup> Vgl. dazu oben Ziff. III.

Gestalt individueller Verhaltensregeln<sup>19</sup> können ihrerseits nicht anders denn als Rechtsnorm gedeutet werden. Da aber, wie bereits ausgeführt, die individuell-konkreten Normen den eigentlichen Zweck, der auf Regelung menschlichen Verhaltens ausgerichteten Rechtsordnung sind, müssen die an keine weiteren Bedingungen geknüpften, kategorischen Imperativnormen bei der Rechtsbetrachtung in den Vordergrund gestellt werden und als Normen κατ' ἐξοχήν gelten.

### VIII. "Mittelbare" und "unmittelbare" Normen

Nicht alle Normen schreiben unmittelbar ein bestimmtes Verhalten vor. Aus Rechtssätzen, welche die Zuständigkeit staatlicher Organe regeln, die Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit Privater umschreiben, die Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Selbstverpflichtung festsetzen, das Verfahren der Rechtsfindung vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden ordnen oder im Sinne von Kollisionsregeln den Anwendungsbereich einer bestimmten rechtlichen Regelung umschreiben, läßt sich auch nicht unter Berücksichtigung konkretisierender und individualisierender Tatbestandsmerkmale im Subsumtionsverfahren die Pflicht eines einzelnen zu einem bestimmten Verhalten ableiten. Als Rechtsnormen werden auch derartige Bestimmungen angesprochen, weil sie wie gewöhnliche generell-abstrakte Normen die Voraussetzung der Entstehung individuell-konkreter Verhaltensvorschriften regeln. Immerhin sind solche Rechtssätze, die ihrerseits keine normative (d. h. vorschreibende) Bedeutung haben, terminologisch als besondere Normgattung zu kennzeichnen. Man kann sie "mittelbare" Normen nennen, weil sie (im Gegensatz zu den "unmittelbaren" Normen) selber keine Verhaltensregeln, wohl aber Grundsätze für deren Entstehung und Geltung enthalten<sup>20</sup>.

### IX. "Primäre" und "sekundäre" Normen

Eine Rechtsordnung ist nicht nur eine Sollensordnung, sondern auch eine *Zwangsordnung*, d. h. es wird die Erfüllung der rechtlichen Vorschriften nötigenfalls zwangsweise durchgesetzt oder wenigstens

---

<sup>19</sup> Nach dem Schema: "Wenn Tatbestand X gegeben ist, soll A sich so und so verhalten – X ist gegeben – folglich muß sich A so und so verhalten."

<sup>20</sup> Einen ähnlichen Gegensatz wie den hier beschriebenen hat wohl KELSEN im Auge, wenn er RRL II p. 58 die Kategorie der "*unselbständigen Normen*" bildet, die den hier beschriebenen "mittelbaren" Normen entsprechen.

im Fall der Nichterfüllung ein Nachteil zugefügt<sup>21</sup>. Auch die Rechtsfolgen, die im Fall des Ausbleibens freiwilliger Befolgung eines Rechtssatzes einzutreten haben, müssen hinwiederum normativ geregelt sein. Man kann deshalb von den ursprünglichen "primären" Verhaltensnormen jene als "sekundäre" zu bezeichnenden Normen unterscheiden, welche die auf der Nichtbefolgung der primären Normen stehenden Sanktionen anordnen<sup>22</sup>.

Der Tatbestand, der die in den sekundären Normen geregelten Rechtsfolgen auslöst, wird durch die primären Normen bestimmt. Vielfach werden indessen sekundäre Normen statuiert und hinsichtlich des sie auslösenden Tatbestandes umschrieben, ohne daß überhaupt primäre Normen angegeben würden. Da Unrechtsfolgen begrifflich wie teleologisch nur im Hinblick auf die Verletzung bestimmter Verhaltensnormen möglich sind, enthält die Umschreibung des Tatbestandes sekundärer Normen (d. h. des sog. Unrechtstatbestandes) gleichzeitig die Formulierung eines ursprünglichen Verhaltensgebots. Geboten ist schlechterdings immer dasjenige Verhalten, das keine Sanktionen auslöst, und verboten ist jedes sanktionsauslösende Verhalten. Der Erlaß sekundärer Normen schließt daher immer auch den Erlaß primärer Normen in sich. Von diesem Sinnzusammenhang zwischen primären und sekundären Normen machen regelmäßig *Strafgesetze* Gebrauch, bei denen die Androhung von Strafe für bestimmte Verhaltensweisen gleichzeitig den stillschweigenden Befehl enthält, diese Verhaltensweisen zu unterlassen.

*Teleologisch* stehen immer die primären Normen im Vordergrund, d. h. diese sollen vor allem befolgt und die Rechtswirkungen der sekundären Normen wenn möglich nicht ausgelöst werden. Strafgesetze sind nicht so sehr da, die Bestrafung der Delinquenten zu normieren, als überhaupt die strafbaren Verhaltensweisen zu umschreiben und die Begehung von Straftaten zu verhindern. Verfehlt ist daher jede Auffassung, welche die sekundären Normen in den Vordergrund des rechtlichen Geschehens rückt oder als Bestandteil des Rechts

---

<sup>21</sup> Ob das Zwangselement zum Begriffsmerkmal des Rechts zu erheben sei, ist umstritten, spielt aber in vorliegendem Zusammenhang keine Rolle.

<sup>22</sup> In gleichem Sinn verwendet z. B. NAWIASKY die Bezeichnungen "primäre" und "sekundäre" Norm (p. 14, wo weitere Ausführungen zu diesem Gegensatz zu finden sind). Vgl. zum Terminologischen auch die folgende Anmerkung.

gar nur die Regelung der Unrechtsfolgen betrachten will, während die primären Normen in den Moralbereich verwiesen werden<sup>23</sup>.

Während die kontinentale Privatrechtsdoktrin verhältnismäßig selten auf den Gegensatz der primären und sekundären Normen im hier definierten Sinn abstellt, ist die entsprechende Gegenüberstellung in der Theorie des Common Law durchaus geläufig, wo man von *Antecedent Law* und *Remedial Law* spricht und vor allem auch die subjektiven Rechte in "*Antecedent Rights*" und "*Remedial Rights*" einteilt<sup>24</sup>.

#### *X. Freiheitsvermutung. – Erlaubtheit eines Verhaltens als Negation einer Verbotsnorm*

Jede Rechtsordnung als ein Gefüge von Verhaltensvorschriften steht unter einer *Freiheitsvermutung*, d. h. geht in ihrem Aufbau davon aus, daß Rechtspflichten nur so weit bestehen, als eine Norm solche statuiert, während in Ermangelung einer Norm ein bestimmtes Verhalten freigestellt ist. Ist ein Verhalten nicht geboten, darf es unterlassen werden, ist ein Verhalten nicht verboten, ist es erlaubt. Jede Norm muß, um überhaupt einen logisch faßbaren Inhalt zu haben, inhaltlich begrenzt sein, d. h. sich auf genau umschriebene Verhaltensweisen beziehen, weshalb die Rechtsordnung als eine Summe derartiger inhaltlich begrenzter Verhaltensnormen einen nicht normierten. d. h. freigestellten Bereich voraussetzt<sup>25</sup>. – Hat der Sollenssatz

---

<sup>23</sup> Letztere – vorab durch das Modell des Strafrechts nahegelegte – Auffassung wurde bereits von THON, Rechtsnorm p. 5 ff., mit durchschlagenden Argumenten als unhaltbar aufgezeigt, ohne allerdings dadurch völlig verdrängt zu werden. Sie spielt z. B. in der früheren *Kelsenschen* Lehre mit ihrem als hypothetisches Urteil konzipierten und nach der Unrechtsfolge hin orientierten Normmodell immer noch eine Rolle. Vgl. Staatslehre p. 53/54, wo folgerichtig die Bezeichnungen "primäre" und "sekundäre" Normen genau umgekehrt wie hier verwendet werden: Primär sind für KELSEN die "zwangsanordnenden" (sanktionsverhängenden) Rechtsnormen, sekundär die daraus zu erschließenden "das zwangsvermeidende Verhalten statuierenden" Normen, an welcher Sinngebung später nicht festgehalten wird.

<sup>24</sup> Vgl. HOLLAND, p. 147, 168.

<sup>25</sup> Theoretisch wäre es möglich, eine Rechtsordnung unter ein Generalverbot zu stellen und damit die Freiheitsvermutung aufzuheben: Verboten wäre sodann jegliches Verhalten, das nicht durch einen Rechtssatz ausdrücklich erlaubt würde, was den Erlass besonderer Verbotsvorschriften erübrigte. Das sich indessen selbst in einer extrem unfreiheitlichen Rechtsordnung niemals sämtliche Verhaltensformen überblicken lassen, die der Gesetzgeber erlauben will (da sämtliche möglichen Verhaltensformen vorauszusehen überhaupt unmöglich ist), stellt diese Umkehrung der Freiheitsvermutung in eine Verbotsvermutung keine geeignete Technik der Darstellung des rechtlich vorgeschriebenen Verhaltens dar. Die einzig

die Struktur eines logischen Urteils, kann ein (gebietender oder verbotender) Sollenssatz nur entweder Geltung oder keine Geltung haben. Die Normgeltung ist nicht gradueller Abstufung fähig; sie ist gegeben oder nicht. Deshalb ist die Vorstellung eines zwar nicht verbotenen, aber auch nicht erlaubten Verhaltens nicht möglich; zwischen den Alternativen der Geltung und Nichtgeltung einer Norm gibt es kein Drittes.

Aus dem Gesagten folgt, daß es in einem strengen Sinn der Norm als Verhaltensvorschrift *keine sog. erlaubenden Normen* gibt, da *Erlaubtheit* nicht eine Norm, sondern die *Negation einer Norm*, die Bezeichnung eines rechtsfreien, da normativ nicht geregelten Bereiches darstellt, aus welchem Grund auch die Annahme von subjektiven Rechten im Sinne der Berechtigung zu einem bestimmten Verhalten genau genommen unzulässig ist<sup>26</sup>. Die Annahme "erlaubender" Normen oder Berechtigungen zu einem bestimmten Verhalten kann nur in Bereichen in Erwägung gezogen werden, die einem relativ umfassenden Verbot unterstellt sind, als deren inhaltliche Begrenzung sie dann erscheinen. Ob man die Bezeichnung der erlaubenden Norm zulassen will, ist eine Frage der Terminologie, die uns nicht beschäftigt. Aber es muß jedenfalls klargestellt bleiben, daß diese Erlaubnis nicht den Charakter einer selbstständigen Norm hat, sondern der allgemeineren Verbotsnorm zugerechnet werden kann, als deren negative Begrenzung sie erscheint<sup>27</sup>.

---

praktisch in Erwägung zu ziehende und überhaupt je verwirklichte Methode ist diejenige der abschließenden Umschreibung des verbotenen Verhaltens unter gleichzeitiger Freistellung aller nicht verbotenen Verhaltensformen.

<sup>26</sup> Vgl. unten § 20/I.

<sup>27</sup> Ähnlich schon THON, Rechtsnorm p. 288-324, wo die wichtigsten Argumente bereits vollständig genannt sind. Vgl. vorab p. 292: "Die Rechtsordnung sucht den Willen der Normunterworfenen durch Gebote und Verbote zu bestimmen – ein bloßes Erlauben ist niemals Sache des Rechts. Die natürliche Freiheit des Menschen bestellt rechtlich überall fort, bis ihr durch die Rechtsordnung eine Schranke gesetzt ist. Was nicht verboten ist, ist eben deswegen erlaubt. Eine ausdrückliche Erlaubnis hätte nur da Sinn, wo vordem ein Verbot bestand. Dann aber würde sie die Rücknahme jenes Verbotes bedeuten, mithin keine Rechtssetzung, sondern eine Rechtsaufhebung sein."

## KAPITEL II

### DAS SUBJEKTIVE RECHT AUS DEM RECHTSSUBJEKT VON DER RECHTSORDNUNG VERLIEHENE NORMSETZUNGSBEFUGNIS

#### § 6. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis

Die Grundthese unserer Arbeit läßt sich so zusammenfassen:

*Das Recht im subjektiven Sinn ist eine dem Berechtigten von der Rechtsordnung verliehene Normsetzungsbefugnis.*

Geht man von der Voraussetzung aus, die Rechtsordnung sei eine Normordnung, d. h. nichts anderes als eine Summe an die Rechtsunterworfenen gerichteter Verhaltensvorschriften, und will man die subjektiven Rechte als Bestandteil dieser Rechtsordnung begreifen, muß man den Begriff des subjektiven Rechts seinerseits normativ auffassen. Die Figur des subjektiven Rechts kann dann als Bestandteil der objektiven Rechtsordnung verstanden werden, wenn man erkennt, inwiefern durch subjektive Rechte menschliches Verhalten rechtlich geregelt, d. h. normativ geordnet wird. Die rechtlich-normative Auswirkung subjektiver Rechte kann nun nur in der "Willensmacht" des Berechtigten, d. h. dem Umstand beruhen, daß sein Wille vom Verpflichteten befolgt werden muß, und zwar von Rechts wegen befolgt werden muß. Ein rechtlich zwingender Willensinhalt ist seinerseits nichts anderes als eine Rechtsnorm, d. h. ein der Rechtsordnung zuzurechnender Willensinhalt. Die das subjektive Recht ausmachende "Willensmacht" des Rechtsträgers als die Möglichkeit, Dritten ein bestimmtes Verhalten vorzuschreiben, erscheint bei normativer Rechtsbetrachtung zwangsläufig als eine dem Rechtsträger verliehene

Befugnis zum Erlaß von Rechtsnormen. Diese Befugnis, die man abkürzend "*Normsetzungsbefugnis*" nennen kann, wird vom objektiven Recht verliehen und inhaltlich abgegrenzt. Die vom Träger des subjektiven Rechts getroffenen Anordnungen werden, weil und soweit sie auf Grund der ihm übertragenen Normsetzungsbefugnis erlassen sind, der Rechtsordnung im objektiven Sinn zugerechnet und sind deshalb ihrerseits nichts anderes als Rechtsnormen. Die Verleihung subjektiver Rechte ist ein *Delegationssachverhalt*<sup>1</sup>.

Durch diese Auffassung des subjektiven Rechts wird jeder innere Gegensatz zwischen subjektivem Recht und objektivem Recht beseitigt; es wird erkannt, daß das subjektive Recht nicht nur vom objektiven Recht abhängig ist, sondern diesem integriert werden kann. Das subjektive Recht ist nichts anderes als die unterste Stufe in der Delegationshierarchie der Rechtserzeugung. Die bei der Ausübung subjektiver Rechte sich einstellenden Normen sind denjenigen Rechtssätzen, die unmittelbar vom objektiven Recht statuiert sind, ontologisch gleichgestellt. Subjektive Rechte und objektives Recht sind als einheitliche Erscheinung aufzufassen.

Die Denkfigur des subjektiven Rechts, das hier als *Normerzeugungsfunktion* aufgefaßt wird, ist für die Darstellung des Rechts deshalb unentbehrlich, weil nicht alle Verhaltenspflichten vom objektiven Privatrecht abschließend umschrieben werden können, sondern weil diese Pflichten in vielen Fällen von der Entschließung einzelner Privatrechtssubjekte abhängen. Ist deren Wille für eine Rechtsfolge ausschlaggebend, so ist er normerzeugend.

Daß bei einem subjektiven Recht der Wille des Rechtsträgers für das Wesen dieses Rechts entscheidend ist, wurde von der Pandektistik durchaus richtig gesehen ("Willensmacht", "Willensherrschaft", "Wollendürfen" etc.). Es wurde keineswegs verkannt, daß der Wille des einzelnen von der Rechtsordnung "geschützt", mit "Macht ausgestattet" ist, daß umgekehrt der Inhalt der korrespondierenden Pflicht durch den Willen des Berechtigten bestimmt wird. Zu der hier vertretenen Auffassung, daß der Wille des Rechtsträgers seinerseits

---

<sup>1</sup> Die dem Rechtsträger als subjektives Recht verliehene Normsetzungsbefugnis kann innerhalb der vom objektiven Recht gezogenen und die Grenzen des Rechts ausmachenden Schranken *frei und unverantwortlich*, nach persönlicher Willkür ausgeübt werden, worin sich der Tatbestand des subjektiven Rechts von der Normsetzungskompetenz staatlicher Organe unterscheidet, welche bei ihren Normerlassen die Interessen der Allgemeinheit zu beobachten haben. Das wird unten § 8/III eingehender ausgeführt.

Rechtsnorm sei, ist es nur ein kleiner Schritt. Daß er nicht getan wurde, hängt vielleicht mit der früher vorherrschenden Beschränkung des Normbegriffs auf generell-abstrakte Normen zusammen, die verkennt, daß die Rechtsordnung ihrer Ordnungsfunktion nur genügt, wenn sie auf dem Weg über generell-abstrakte Normen zu individuell-konkreten Bestimmungen gelangt, die ihrerseits ebenfalls die logische Struktur von Normen haben und infolge ihrer Zurechnung zur Rechtsordnung als Rechtsnormen zu bezeichnen sind<sup>2</sup>.

Selbst in Fällen, bei denen die mit dem subjektiven Recht verbundenen Normen inhaltlich ein für allemal bestimmt sind und die einer selbständigen Willensbildung des Berechtigten hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung keinen Raum lassen, ist der Wille des Berechtigten für die Verbindlichkeit, d. h. Gültigkeit dieser Normen maßgebend: Sie gelten lediglich so lange, als der Berechtigte nicht nur nicht auf seinen Anspruch verzichtet, sondern auf der Durchsetzung seines Rechtes *beharrt*. Der sich mit der vom objektiven Recht vorgegebenen Norm identifizierende Wille des Berechtigten ist *conditio sine qua non* der Gültigkeit dieser Norm und *kausal* für diese, als Voraussetzung der Normgeltung daher seinerseits normsetzend<sup>3</sup>. Hängt die Normgeltung nicht vom Willen des Einzelnen ab, liegt kein subjektives Recht vor, sondern eine lediglich objektivrechtliche Norm, die zum Vorteil dieses Einzelnen ausschlägt. Der beschriebene Sachverhalt kommt in der Ausgestaltung der prozessualen Durchsetzung des Privatrechts zum Ausdruck: Die Respektierung subjektiver Rechte durch die "Verpflichteten" wird nicht von Amtes wegen erzwungen, sondern nur auf Klage des Rechtsträgers hin (die sog. Dispositionsmaxime)<sup>4</sup>. Er ist aber bereits auf der Stufe der vorprozessualen materiellrechtlichen Rechtsverhältnisse zu berücksichtigen: Wenn der Berechtigte eine Erfüllung seiner (potentiellen) Ansprüche *nicht will*,

---

<sup>2</sup> Am nächsten kommt der hier entwickelten Auffassung eine (allerdings nur beiläufige) Formel von ARANGIO-RUIZ: "... si può ben dire che *l'attività normativa propria della comunità si trasferisce all'individuo ...*" (p. 18; vgl. auch dortigen Hinweis auf PEROZZI).

<sup>3</sup> Vgl. oben § 5/V Anm. 8: Damit eine Norm als Sollenssatz im Sinne der Logik gelten kann, muß er tatsächlich gewollt und nicht bloß gedacht sein. Der Normbegriff setzt "Gewolltheit" voraus. Diesen Willensimpuls empfangen im Bereich subjektiver Rechte die Rechtsnormen selbst dann, wenn sie inhaltlich genau bestimmt sind, nicht vom objektiven Recht, sondern nur aus dem Willen des Berechtigten. Dieser muß Erfüllung *wollen*, soll der potenzielle Normadressat tatsächlich aktuell verpflichtet werden.

<sup>4</sup> Vgl. GULDENER, p. 125 ff.

ist sein Gegenüber auch zu keiner Anspruchserfüllung verpflichtet; auf Grund des bloßen Bestandes eines subjektiven Rechts gibt es noch keine rechtlichen Verhaltensnormen<sup>5</sup>. Abgesehen davon ist es sehr viel weniger häufig, als es den Anschein hat, daß die aus einem subjektiven Recht fließenden Normen vom objektiven Recht inhaltlich in vollem Umfang determiniert werden und dem Berechtigten nur die Möglichkeit bleibt, sie in Kraft zu setzen oder aber auf deren Geltendmachung zu verzichten. Selbst im einfachsten Beispiel einer fälligen Geldforderung ist die zugrunde liegende Norm auf Zahlung einer bestimmten Summe insofern modifizierbar, als der Berechtigte nicht nur zu wählen hat zwischen Verzicht auf die Forderung und Beharren auf sofortiger Bezahlung des ganzen geschuldeten Betrages, sondern er auch vorläufig bloß einen Teil der Summe verlangen oder von einer Anspruchserhebung vorübergehend absehen kann, so daß die den Schuldner verpflichtende Norm bloß geringere Leistung oder Leistung in einem späteren Zeitpunkt vorschreibt. Selbst im Fall einer schlichten fälligen Geldforderung kann somit die den Schuldner verpflichtende Norm nicht als feste Größe aufgefaßt werden, sondern unendlich viele unter sich verschiedene Inhalte annehmen. Innerhalb des vom objektiven Recht gezogenen Rahmens der Normsetzung, der hier vom sofortigen Fordern der ganzen geschuldeten Summe bis zum vorläufigen Unterlassen der Geltendmachung des Anspruchs reicht, ist es der Wille des Berechtigten, welcher die für den Schuldner schließlich verbindliche Norm inhaltlich festsetzt, d. h. bestimmt, wieviel wann zu bezahlen ist. Der Inhalt der durch den Bestand eines subjektiven Rechts statuierten Norm und Verhaltenspflicht kann hier nur durch die Verweisung auf den Willen des Berechtigten, d. h. die Umschreibung des Inhalts seiner Normsetzungsbefugnis, bestimmt werden.

Gemeinhin wird der Vorgang der Normgewinnung im Sinne der Gewinnung individuell-konkreter Verhaltensvorschriften als Operation der *Subsumtion* rechtserheblicher Tatbestände unter die Rechtsordnung im generellen Sinn, unter das Gesetz, aufgefaßt. So gesehen ist jegliche Willensäußerung, sofern sie rechtserheblich ist, einem tatsächlichen Verhalten (z. B. einer Schadenszufügung) oder einem tatsächlichen Geschehen (Schadenseintritt ohne menschliches Zutun, Eintritt der Volljährigkeit, Tod eines Menschen) gleichgestellt, als sie unter generelle Rechtssätze subsumiert eine bestimmte Rechtsfolge

---

<sup>5</sup> Vgl. auch oben § 2/I.

auslöst<sup>6</sup>. Der Willenserklärung eines Menschen kommt indessen gegenüber sonstigen menschlichen Verhaltensweisen oder gegenüber ohne menschliches Zutun sich verwirklichenden Tatbeständen eine *Sonderstellung* zu, die bei dieser Gleichstellung verkannt wird und welche gleichzeitig die Bedeutung der Figur des subjektiven Rechts ausmacht: Der menschliche Wille hat die gleiche logische Struktur wie die Rechtsordnung selber, die aus einzelnen Verhaltensvorschriften, d. h. Willensinhalten besteht. Der Wille eines Menschen kann somit, was bisher kaum beachtet wurde, nicht nur als *Faktum* berücksichtigt, sondern seinerseits durch Zurechnung zu einem Bestandteil der Rechtsordnung erhoben und dieser integriert werden, weil er im Gegensatz zu tatsächlichem Verhalten oder Naturereignissen seinerseits *Norminhalt* sein kann<sup>7</sup>. Von dieser Möglichkeit muß das positive Privatrecht dann Gebrauch machen, wenn es den einzelnen in echt privatrechtlichem Sinn die Regelung ihrer gegenseitigen Beziehungen überlassen will. An gewisse Willenserklärungen wie Kündigung oder Verzicht auf ein Recht mag die Rechtsordnung eine zum voraus bestimmte Rechtsfolge knüpfen. Bei den meisten Verträgen, der Ausübung von Eigentumsrechten oder dem Individuum verliehener Persönlichkeitsrechte usw. bleibt keine andere Möglichkeit, als den Willen der Beteiligten als solchen zur rechtsverbindlichen Norm zu erheben. Eine *Subsumtion* liegt *nicht* vor, da diese an einen materiellen rechtsanordnenden Obersatz von folgender Struktur gebunden ist: "Wenn Tatbestand P verwirklicht ist, soll sich N gemäß der Norm Y verhalten." Hier lautet indessen die übergeordnete Norm: "Wenn A unter den Voraussetzungen P den Willen W äußert, soll sich N gemäß der Norm W verhalten." Da W hier eine in bestimmtem Umfang variable Größe ist und die schließlich für das Verhalten der Rechtsunterworfenen maßgebende Rechtsnorm nicht von der Rechtsordnung im objektiven Sinn, sondern von den Beteiligten (in unserem Beispiel: A) erlassen wird, kann man diesen Sachverhalt nur als *Delegation einer Normsetzungsbefugnis* deuten, wie sie das Wesen des subjektiven Privatrechts ausmacht.

Die Figur des subjektiven Rechts ist nur deshalb nötig und gerechtfertigt,

---

<sup>6</sup> WINDSCHEID, Pandekten I §§ 67 und 68 subsumiert die Rechtsgeschäfte unter den Oberbegriff der "juristischen Thatsachen" bzw. des "Thatbestandes" und stellt sie auf die gleiche Stufe wie "alle anderen Thatsachen", insbesondere die unerlaubten Handlungen. Ähnlich ENNECCERUS / NIPPERDEY, § 145 p. 896.

<sup>7</sup> Vgl. oben § 5/III.

weil im Bereich des Privatrechts die konkreten Verpflichtungen der Rechtsunterworfenen nicht durch objektive Normen bestimmt werden können, sondern vom individuellen Willen einzelner abhängen. Wären subjektive Rechte, wie meist angenommen wird, der bloße Reflex vorgegebener objektiver Normen oder der Inbegriff des durch sie einem Individuum gewährten rechtlichen Schutzes und Vorteils, hätte diese Figur in der Tat innerhalb einer kritischen Privatrechtsdogmatik keinen Platz oder könnte höchstens als Zugeständnis an Populärvorstellungen am Rande geduldet werden, wie dies von einigen Autoren vorgeschlagen wird.

Infolge ihrer größtmöglichen Hinordnung zum Individuum hin hat die Figur des subjektiven Rechts eine eigentümliche Stellung insofern, als bei ihr die gesetzgeberische Festsetzung der gewollten rechtlichen Ordnung wie auch deren wissenschaftliche Beschreibung ihre Grenze und ihren Abschluß findet: Gesetzgeber und Rechtswissenschaft können nicht angeben, welches das schließlich zu beobachtende Verhalten im fraglichen Rechtsgebiet ist; sie können nur den Bereich bezeichnen, innerhalb dessen ein bestimmtes Rechtssubjekt von anderen Rechtssubjekten ein bestimmtes Verhalten verlangen kann. Während sonst bei der Rechtsdarstellung vorab die von den Gesetzgebern der verschiedenen Stufen gesetzten *Normen* im Vordergrund stehen, muß sie sich im Fall der subjektiven Rechte damit begnügen, die dem Berechtigten als einem Rechtssubjekt, das mit der untersten Stufe der Rechtsetzung betraut ist, verliehenen *Normsetzungsbefugnisse* als solche zu beschreiben. Im Bereich des Privatrechts werden nun die zu beobachtenden Verhaltensvorschriften nur ausnahmsweise vom Gesetzgeber selber statuiert, sondern deren Erlaß bleibt den "berechtigten" Privaten anheimgestellt. Dies ist der Grund, weshalb das Privatrecht, wie es in Gesetzgebung und Wissenschaft entgegentritt, sich weniger als eine Summe von Verhaltensnormen denn als ein Gefüge subjektiver Rechte als Normsetzungsmöglichkeiten darstellt.

## **§ 7. Subjektives Recht und korrespondierende Rechtspflicht**

### *I. Subjektives Recht und Rechtsverhältnis*

Jedem subjektiven Recht steht eine Pflicht gegenüber, jedem Berechtigten

ein Verpflichteter. Diese Beziehung ist es, welche die traditionelle Privatrechtsdogmatik als *Rechtsverhältnis* bezeichnet, worunter richtigerweise eine normative Beziehung zwischen zwei Personen verstanden werden muß. Eine solche kann sich nicht darin erschöpfen, daß dem Pflichtträger gegenüber dem Rechtsträger ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben wird. Ein Verhalten "gegenüber" jemandem im logischen Sinn gibt es nicht; die Drittbezogenheit einer Verhaltensweise ist nur eine besondere Form der Umschreibung dieser Verhaltensweise. Die Pflicht des Pflichtträgers, auch wenn sie teleologisch auf die Person des Rechtsträgers ausgerichtet ist, kann niemals eine normative Beziehung zwischen diesen zwei Personen herstellen, wie eine solche überhaupt nicht durch eine von außen an zwei Rechtssubjekte gerichtete Norm begründet werden kann. Normative Beziehungen, Rechtsbeziehungen oder "Rechtsverhältnisse" zwischen zwei Individuen können nur darin bestehen, daß das eine an das andere Imperative oder Rechtsbefehle richtet bzw. richten kann. Dies ist im öffentlichen Recht der Fall im Verhältnis zwischen Staatsgewalt und Bürger, im Privatrecht dann, wenn einem Privaten ein subjektives Recht verliehen wird, d. h. die Befugnis, an einen Dritten Rechtsnormen zu richten. Erst die Auffassung des subjektiven Rechts als Normsetzungsbefugnis stellt klar, inwiefern zwischen Rechtsträger und Pflichtträger eine echte normative Beziehung, ein "Rechtsverhältnis", besteht<sup>1,2</sup>.

## II. "Potentielle" und "aktuelle" Pflicht

"Pflicht" wird vielfach als logisches Gegenstück zu "Recht" (sc. im subjektiven Sinn) aufgefaßt, ja als mit diesem identische, wenn auch unter umgekehrten Vorzeichen stehende Gegebenheit betrachtet. Dies

---

<sup>1</sup> Die Vorstellung des "Rechtsverhältnisses" ist nicht bei allen subjektiven Rechten gleichermaßen geläufig, sondern hauptsächlich bei den sog. *relativen Rechten*, durch die nicht schlechthin jedermann, sondern nur eine beschränkte Zahl von Personen verpflichtet wird (unten §§ 16 und 17) und bei denen der Rechtsträger nicht bloß ein Unterlassen, sondern oft auch ein positives Tun fordern kann.

<sup>2</sup> Diejenigen Pflichten, die sich aus einem subjektiven Recht ergeben, kann man "*subjektivrechtliche*" oder "*subjektive*" Pflichten nennen und ihnen die unmittelbar durch das objektive Recht statuierten "*objektivrechtlichen*" Pflichten gegenüberstellen, sofern für eine solche Unterscheidung überhaupt ein Bedürfnis besteht. Den Terminus "subjektive Pflichten" verwendet bereits BURCKHARDT, Organisation p. 315.

ist nur in näher zu präzisierendem Sinn richtig. Die der Pflicht korrespondierende Größe ist die *Norm*; Pflichten werden durch Normen begründet<sup>3</sup>. Solange man subjektive Rechte mit irgendwelchen vorgegebenen Normen identifiziert, mag die Gegenüberstellung von subjektivem Recht und Pflicht angehen. Für uns dagegen ist das subjektive Recht per definitionem nicht eine Norm, sondern eine *Normsetzungsbefugnis*, deren Ausübung erst zu einer Norm führt, die ihrerseits nicht zum vornherein inhaltlich bestimmt ist. Dem subjektiven Recht entspricht denn auch nicht eine Pflicht im Sinne einer Pflicht zu einem genau bestimmten Verhalten, sondern lediglich ein *Bereich potentieller Pflichten*, dessen Grenzen mit den Grenzen der Normsetzungsbefugnis des Berechtigten zusammenfallen. Erst aus der Ausübung dieser Normsetzungsbefugnis ergibt sich eine Pflicht im eigentlichen Wortsinn.

Um die Vorstellung des Gegensatzpaares von Recht und Pflicht beizubehalten, kann man abkürzend den Bereich der möglicherweise aus der Ausübung eines Rechts sich ergebenden und deshalb ihm entsprechenden Pflichten "*potentielle Pflicht*" nennen. Diese potentielle Pflicht unterscheidet sich von gewöhnlichen hypothetischen Pflichten der Rechtsordnung insofern, als nicht der Eintritt einer Bedingung eine vom objektiven Recht im voraus bestimmte Verhaltenspflicht auslöst, sondern durch die Ausübung des Rechts überhaupt erst der Inhalt der Pflicht bestimmt wird. Nur diese bei der Rechtsausübung sich einstellende Pflicht ist eine solche im genauen Wortsinn; sie kann als "*aktuelle Pflicht*" bezeichnet werden<sup>4</sup>.

Wie bei den Pflichten kann auch bei den *Rechtsverhältnissen* eine potentielle und eine aktuelle Form unterschieden werden. Solange ein subjektives Recht nicht ausgeübt wurde, besteht zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem bloß eine *potentielle* normative Beziehung, die erst durch die Erhebung eines Anspruchs *aktualisiert* wird. Es kennzeichnet das potentielle Rechtsverhältnis, daß es zu einem aktuellen Rechtsverhältnis werden *kann*, aber nicht *muß*; eine Umwandlung

---

<sup>3</sup> Genau besehen sind Pflicht und Norm identische Vorstellungen. Auch wenn man etwa sagt, Pflichten würden durch Normen statuiert, ist nicht einzusehen, was Pflichten anderes sein sollen als die sie statuiierenden Normen selber. So KELSEN, RRL II p. 15, 120/121. – Vgl. dazu auch oben § 5/IV.

<sup>4</sup> Im folgenden (§ 8) nennen wir den in Ausübung eines subjektiven Rechts geäußerten normativen Willen "Anspruch". Die Gegensatzpaare lauten demnach: subjektives Recht-potentielle Pflicht, und Anspruch-aktuelle Pflicht.

findet nicht statt, wenn der Berechtigte eine Anspruchserhebung unterläßt.

Die Tatsache, daß das, was der Verpflichtete möglicherweise oder aber tatsächlich tun muß, nicht dasselbe ist, daß mithin zwischen den beiden Pflichtbegriffen zu unterscheiden ist und daß die tatsächliche ("aktuelle") Pflicht vom objektiven Recht nicht bestimmt werden kann, ist der Grund für die Notwendigkeit der Einführung des Begriffs des subjektiven Rechts. Weder die Pflichten desjenigen, der mit absoluten Rechten wie Sacheigentum, Immaterialgüter- oder Persönlichkeitsrechten konfrontiert wird, noch die Obliegenheiten des durch ein relatives Recht verpflichteten Geldschuldners oder Dienstnehmers lassen sich von der Rechtsordnung allgemeingültig umschreiben; erst die Rechtsausübung des Berechtigten bestimmt konkret das gebotene und verbotene Verhalten, so daß die aktuelle Pflicht des Verpflichteten sich nur mit einer Verweisung auf die Normsetzungsbefugnis des Berechtigten umschreiben läßt. Dabei ist es durchaus richtig, daß bei der Darstellung eines Rechtsverhältnisses der Begriff des subjektiven Rechts nicht in allen Fällen gleichermaßen notwendig ist. Je mehr der mögliche Gegensatz zwischen potenzieller und aktueller Pflicht sich verringert, um so eher kann auf den Pflichtbegriff abgestellt und die Vorstellung eines subjektiven Rechts entbehrt werden, obgleich als Gegenstück zu einer echten privatrechtlichen Pflicht sich immer ein subjektives Recht denken läßt.

### *III. Die angebliche Priorität der Pflicht vor dem subjektiven Recht*

Mit anderen behauptet KELSEN die Priorität des Pflichtbegriffs im rechtlichen Geschehen, wobei das subjektive Recht für ihn zu einem bloßen "Reflex" der korrespondierenden Pflicht herabsinkt. Das berechnete Individuum erhält keine Stellung im Normerzeugungsverfahren zugewiesen, sondern wird zu einem bloßen "Objekt des Verhaltens" des Verpflichteten<sup>5</sup>. Wenn die Rechtsordnung eine zur Regelung menschlichen Verhaltens aufgestellte Normordnung ist, mündet sie notwendig in eine Summe von Pflichten der Rechtsunterworfenen aus, und die Erfüllung dieser Pflichten stellt wiederum die Verwirklichung des Rechts und den entscheidenden Übergang vom normativen Bereich in den Bereich des Realen dar. In diesem Sinn ist

---

<sup>5</sup> KELSEN, RRL II 133.

die Betonung der Pflichtseite des Rechtsverhältnisses angängig. Aber auch wenn man davon ausgeht, die Rechtsordnung als eine Normordnung sei letztlich ausschließlich eine *Pflichtordnung*, darf man nicht übersehen, daß im Rahmen des Privatrechts diese Pflichten gar nicht ohne Zuhilfenahme der Vorstellung des subjektiven Rechts bestimmt werden können, weil diese Pflichten vom Willen des Berechtigten abhängige variable Größen sind.

KELSEN ist in seiner wissenschaftlichen Grundhaltung völlig dem öffentlichen Recht verhaftet, und seine Leugnung des Dualismus Privatrecht-öffentliches Recht läuft auf eine Verkennung der Eigenart des Privatrechts hinaus, die im Zusammenhang der Auffassung der Figur des subjektiven Rechts besonders deutlich wird. Es ist bezeichnend, daß sich unter den von ihm aufgeführten Beispielen (RRL II p. 133/134) kein einziges echtes privatrechtliches subjektives Recht findet, sondern daß diese dem Bereich des Tier-, Pflanzen-, Gebäude- und Denkmalschutzes entstammen und dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind. Auf Seite 134 Mitte findet sich der für das Mißverstehen der Funktion der subjektiven Rechte entscheidende Kernsatz: "... es ist für das Vorhandensein eines Reflexrechts nicht wesentlich, daß ein Anspruch auf das verpflichtete Verhalten erhoben wird. Die Tatsache, daß ein Anspruch aus irgendeinem Grunde nicht erhoben wird oder nicht erhoben werden kann, ändert nichts an der Rechtslage", womit gesagt wird, daß der Wille des Rechtsträgers den Inhalt der vom Verpflichteten zu befolgenden Pflichten nicht berührt. Dem privatrechtlichen Praktiker wird es keinen Augenblick lang zweifelhaft erscheinen, daß immer dann, wenn er das Vorliegen eines "Rechts" annimmt, der Wille des Rechtsträgers in grundlegender Weise bestimmt, welches Verhalten der gegenüberstehende Partner schließlich zu beobachten hat. Welcher Art der normative Einfluß des Willens des Berechtigten auf die Rechtslage ist, will in dieser Schrift gezeigt werden.

Abgesehen von der Unmöglichkeit, die "aktuellen" privatrechtlichen Pflichten ohne Zuhilfenahme der Figur des subjektiven Rechts zu umreißen, gelangt man auch sofort dann dazu, den dogmatischen Schwerpunkt auf die Berechtigungsseite des Rechtsverhältnisses zu legen, wenn man den *teleologischen Gesichtspunkt* berücksichtigt. Pflichten sind nie Selbstzweck, sondern die notwendige Folge der Tatsache, daß das Recht bestimmte soziale Ordnungsverhältnisse verwirklichen will. Im Privatrecht werden die Pflichten einzig und allein

*um des Berechtigten willen* statuiert; die Pflicht des einen stellt gewissermaßen im Sinne eines *notwendigen Übels* die Kehrseite der Berechtigung des anderen dar, was ja auch der Grund dafür ist, daß die Erfüllung privatrechtlicher Pflichten nicht vom objektiven Recht vorgeschrieben und von Amtes wegen erzwungen, sondern nur auf Antrieb des Berechtigten durchgesetzt wird<sup>6</sup>.

#### IV. Zweiseitige Rechtsverhältnisse

Wenn wir das Rechtsverhältnis als die rechtlich-normative Beziehung zwischen dem Träger eines subjektiven Rechts einerseits und dem Verpflichteten andererseits bezeichnet haben, so erfaßt diese Beschreibung nur die sogenannten *einseitigen Rechtsverhältnisse*, die zutreffend so genannt werden, weil Rechte bloß auf der einen, Pflichten auf der anderen Seite liegen. Viele Rechtsverhältnisse sind nun aber insofern *zweiseitige* oder *gegenseitige*, als dem Recht der einen Partei ein Recht der anderen Partei gegenübersteht und dementsprechend auch beide Beteiligten Pflichten tragen. Dieser Sachverhalt ist vor allem bei vertraglich begründeten Rechtsverhältnissen geläufig, da man eher geneigt ist, Pflichten zu übernehmen, wenn dafür im Austausch Rechte eingeräumt werden<sup>7</sup>.

Das zweiseitige Rechtsverhältnis kann gedanklich in zwei einseitige Rechtsverhältnisse zerlegt werden<sup>8</sup>. Der Zusammenhang zwischen diesen beiden einseitigen Rechtsverhältnissen ist ein sachlicher, nicht aber ein normlogischer. Die normative Struktur eines subjektiven Rechts wird nicht verändert, wenn der potentiell Verpflichtete seinerseits ein subjektives Recht gegenüber dem Träger des ersten Rechtes hat. Das einseitige Rechtsverhältnis ist die einfachste, nicht mehr weiter reduzierbare Einheit einer privatrechtlichen Beziehung zwischen zwei Rechtssubjekten, wie das subjektive Recht die nicht mehr weiter zu reduzierende Einheit einer dem Individuum verliehenen

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu auch oben § 2/I.

<sup>7</sup> Dieses Austauschverhältnis ist zwar die Regel, in den kontinentalen Rechtsordnungen jedoch nicht unbedingt erforderlich. Vgl. Schenkungsverträge und andere unentgeltliche Geschäfte. Anders im englischen Recht, wo eine vertragliche Pflicht wenigstens formfrei nur begründet werden kann, wenn dies auf Grund einer "*consideration*", d. h. eines durch Einräumung einer Gegenleistung gebildeten Motivs, geschieht.

<sup>8</sup> So auch BURCKHARDT, Einführung p. 10/11.

Befugnis zur Normsetzung ist. Ein zweiseitiges Rechtsverhältnis wird auch in der Praxis oft zu einem einseitigen, nämlich dann, wenn die Pflichten der einen und die Rechte der anderen Partei untergehen, sei es durch Erfüllung der Pflichten, Verzicht auf die Rechte oder ähnliches.

In zahlreichen Zusammenhängen wird die an sich immer mögliche gedankliche Zerlegung der zweiseitigen Rechtsverhältnisse in zwei einseitige Rechtsverhältnisse keinen Sinn haben. Wenn sich die Frage stellt, ob ein zweiseitiger Vertrag gültig sei, so stehen und fallen mit der Antwort auf diese eine Frage gleichermaßen die Rechte und Pflichten beider Parteien, so daß es keinen Zweck hat, den Bestand der beiden zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse gesondert zu betrachten, oder überhaupt den Bestand der beidseitigen subjektiven Rechte statt des Vertragsverhältnisses zum Gegenstand der Problemstellung zu machen. Die Figur des subjektiven Rechts ist für die Erfassung und Darstellung des Privatrechts unentbehrlich und liegt jedem Rechtsverhältnis zugrunde. Damit soll aber keineswegs gesagt werden, daß diese Hilfsvorstellung in jedem Fall der beste oder einzige Anknüpfungspunkt der wissenschaftlichen Betrachtung sei.

## **§ 8. Die Ausübung subjektiver Rechte – Subjektives Recht und Anspruch**

### *I. Allgemeines. Die Ausübung des subjektiven Rechts als Anspruchserhebung*

Unter den möglichen psychischen Regungen und Gedankeninhalten, die für die Rechtsordnung in der einen oder anderen Form erheblich werden können, nimmt der *Wille* eine besondere Stellung ein, weil er die gleiche logische Struktur aufweist wie Normen. Damit kann das Recht im objektiven Sinn, das seinerseits nichts anderes als eine Summe von in einem bestimmten Verfahren gebildeter und in einem Delegationszusammenhang stehender Willensinhalte ist, den Willen des einzelnen unmittelbar zur Rechtsnorm erheben, durch Zurechnung der Rechtsordnung integrieren. Nach der in dieser Schrift vertretenen Auffassung ist dies der Sachverhalt der Verleihung subjektiver Rechte. Die Ausübung subjektiver Rechte beruht

demnach in der Äußerung eines sich im Rahmen der verliehenen Normsetzungsbefugnis bewegenden Willens. Diese Willensäußerung nennen wir *Anspruchserhebung*, den Willensinhalt selber *Anspruch*. Weil und soweit sich dieser Anspruch innerhalb der zugrunde liegenden Normsetzungsbefugnis hält, wird er der Rechtsordnung zugerechnet und damit zur Rechtsnorm<sup>1</sup>. *Ansprüche im hier definierten Sinn sind Rechtsnormen, Anspruchserhebung ist Normsetzung*<sup>2</sup>.

Das subjektive Recht ist zwar von den in dessen Ausübung zu erhebenden Ansprüchen zu unterscheiden, es wird aber in normlogischer Hinsicht durch die aus ihm potenziell abzuleitenden Ansprüche charakterisiert: Die Einteilung der subjektiven Rechte erfolgt danach, ob Ansprüche gegenüber jedermann oder nur gegenüber einem beschränkten Personenkreis erhoben werden können, ob die Ansprüche auf ein Tun oder Unterlassen gehen usw.<sup>3</sup>. Das subjektive Recht ist die Möglichkeit, Ansprüche im hier beschriebenen Sinn zu erheben, und in der Erhebung dieser Ansprüche *erschöpft* sich das subjektive Recht, da das subjektive Recht keine über die Möglichkeit der Normsetzung, d. h. Anspruchserhebung hinausgehenden Befugnisse verleiht. Es kann kein subjektives Recht ohne die Möglichkeit der Anspruchserhebung geben. Umgekehrt stellt die Möglichkeit des Privaten, Ansprüche im hier definierten Sinn zu erheben, immer ein subjektives Recht dar.

Ansprüche können nur gestützt auf *fällige subjektive Rechte* erhoben werden. Nicht fällige Rechte sind entgegen der herkömmlichen Auffassung<sup>4</sup> *stricto sensu* keine subjektiven Rechte. Daß sie trotzdem als solche bezeichnet werden, hängt mit der an anderer Stelle beschriebenen Verselbständigungswirkung der Figur des subjektiven Rechts zusammen, die erlaubt, ein lediglich in Zukunft entstehendes subjektives Recht schon vorher als feste Größe in Rechnung zu setzen<sup>5</sup>. Für uns besteht kein Anlaß, gegen diese Bezeichnung Sturm zu laufen, solange klargestellt bleibt, daß im normlogischen Sinn ein "nichtfälliges subjektives Recht" kein subjektives Recht ist, sondern

---

<sup>1</sup> Ansprüche, die nicht auf einem subjektiven Recht beruhen, mithin bloß angemäßt sind, haben ebenfalls die logische Struktur von Normen, werden indessen mangels Normsetzungsbefugnis des Ansprechers der Rechtsordnung nicht zugerechnet und sind deshalb keine Rechtsnormen (Vgl. oben § 5/III, V, § 6). Der hier verwendete Anspruchsbegriff ist auf rechtsverbindliche Ansprüche beschränkt.

<sup>2</sup> Über andere mit dem Wort "Anspruch" verbundene Begriffe siehe im folgenden Ziff. X.

<sup>3</sup> Vgl. unten §§ 16-18.

<sup>4</sup> Vgl. v. TUHR, OR I p. 14 Ziff. 1.

<sup>5</sup> Vgl. oben § 2/II.

lediglich die als Vorstellungshilfe dienende Umschreibung des Sachverhalts, daß gestützt auf bereits jetzt verwirklichte Tatbestände künftig ein subjektives Recht bestimmten Inhalts verliehen werden wird.

Da es die Möglichkeit der Anspruchserhebung ist, welche die Fälligkeit des zugrunde liegenden subjektiven Rechts ausmacht, kann der Begriff des Anspruchs seinerseits nicht am Kriterium der Fälligkeit gemessen werden: Es gibt keine fälligen oder nichtfälligen Ansprüche<sup>6</sup>. Ein subjektives Recht kann zwar vor seiner Fälligkeit vorsorglich ausgeübt und in diesem Sinn ein Anspruch vor der Zeit verkündet werden, aber dieser hat so wenig normative Wirkung wie ein beschlossenes, aber noch nicht in Kraft getretenes Gesetz und ist sowenig Anspruch im eigentlichen Sinn wie dieses Gesetz.

Nur materielle subjektive Rechte, d.h. subjektive Rechte im hier behandelten Sinne von Herrschaftsrechten, werden mittels Ansprüchen ausgeübt, nicht aber die sog. Gestaltungsrechte, die durch einmalige rechtsgeschäftliche Willenserklärung wahrgenommen werden und deren Ausübung eine Veränderung im Bestand subjektiver Rechte der Parteien bewirkt<sup>7</sup>.

## *II. Die Vermutung einer bestimmten Anspruchserhebung*

Die Ausübung eines subjektiven Rechts ist noch nicht vollzogen mit der Bildung des Willens des Berechtigten. Der Wille muß, um Normwirkung zu entfalten, geäußert, d. h. dem zu Verpflichtenden bekannt gemacht werden. Dies kann formlos, ja konkludent geschehen, oder aber die Willensäußerung kann vom positiven Recht an eine besondere Form gebunden werden<sup>8</sup>.

In vielen Fällen braucht indessen der Berechtigte, um sein Recht wirksam werden zu lassen, einen Willen gar nicht zu äußern, da eine bis auf weiteres geltende Norm im Sinne einer widerlegbaren Vermutung besteht. Wer eine Sache zu Eigentum besitzt, muß niemandem mitteilen, daß er eine Beschädigung oder Zerstörung der Sache

---

<sup>6</sup> Wo trotzdem solche angenommen werden, liegen andere Anspruchsbegriffe zugrunde: Siehe im folgenden Ziff. X.

<sup>7</sup> Vgl. im folgenden Ziff. V und unten § 10.

<sup>8</sup> Letzteres ist z. B. dann der Fall, wenn das Wechselrecht vorsieht, daß der Wechsel dem Wechselschuldner "vorzulegen" sei, was neben der Äußerung des Willens, bezahlt zu werden, die Präsentation der Wechselurkunde voraussetzt.

nicht haben wolle. Bei den meisten auf eine Sachherrschaft gerichteten absoluten Rechten besteht eine solche Vermutung des negatorischen Willens des Berechtigten, ebenso bei den Persönlichkeitsrechten hinsichtlich eines Teils der Persönlichkeitsgüter<sup>9</sup>. Eine Vermutung der Ausübung der im subjektiven Recht enthaltenen Normsetzungsbefugnis kann immer dann angenommen werden, wenn der Inhalt der Normsetzungsbefugnis und die Interessenlage des Berechtigten Unsicherheiten nicht aufkommen lassen. Sie hat ihre *Grundlage lediglich in der allgemeinen Lebenserfahrung*, und ihr Vorliegen kann nur im Hinblick auf diese Lebenserfahrung beurteilt werden, sofern nicht das Recht im objektiven Sinn eine Vermutung aufstellt<sup>10</sup>. – Keineswegs ist der Bestand oder Nichtbestand einer Vermutung immer eindeutig; Zweifelsfälle sind häufig genug<sup>11</sup>. Dem trägt der Gesetzgeber auch Rechnung, wenn er z. B. gewisse Sanktionen für normwidriges Verhalten nur eintreten läßt, wenn eine ausdrückliche Rechtsausübung vorliegt. So werden insbesondere Sanktionen wegen Nichterbringung einer Leistung davon abhängig gemacht, daß der Schuldner "in Verzug gesetzt", d. h. zur Leistungserbringung ausdrücklich aufgefordert worden ist.

Der Umstand, daß die Rechtsordnung subjektive Rechte vielfach mit der Vermutung verbindet, der Berechtigte übe sein Recht in bestimmtem Sinne aus, hat sich der Einsicht in den Weg gestellt, dass es in jedem Fall der Rechtsträger ist, der die für den Verpflichteten

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu BUCHER, PR p. 101 f., 125.

<sup>10</sup> In seiner berühmt gewordenen Schrift "Der Imperativ der Gesetze" zeigt OLIVECRONA auf, daß die verschiedensten Verhaltensweisen des Alltagslebens imperativen (d. h. normativen) Charakter haben können, wie etwa das Anbringen eines Gartenzauns, das Verschließen eines Schlosses. Der von ihm erwähnte Satz "Schlösser sind für ehrliche Menschen da, nicht für Diebe" bringt zum Ausdruck, daß die Betätigung einer Verschlößvorrichtung (oder das Verschließen einer Türe) einen Dritteingriff nicht immer primär physisch oder psychologisch verhindern will, sondern auch normativen Charakter haben kann. Dies dann, wenn damit zum Ausdruck gebracht wird, daß der Berechtigte einen Eingriff in den mit Verschluss belegten Bereich nicht haben will und dieser Wille vorher für Dritte nicht eindeutig erkennbar war.

<sup>11</sup> Daß die Frage des Bestandes einer Vermutung die Gerichte nur ausnahmsweise beschäftigt, liegt in der Natur der Sache. Wenn zwischen den Parteien streitig wird, ob ein Anspruch erhoben sei oder nicht, liegt darin seitens des Berechtigten immer eine Anspruchserhebung, so daß wenigstens für die Zukunft keine Unklarheit mehr besteht. Die Gerichte können höchstens mit der Frage befaßt werden, ob in der Vergangenheit ein Anspruch bestand und infolge dessen Nichtbeachtung Sanktionen einzutreten haben, ob z. B. vom Verpflichteten Verzugszins oder Schadenersatz geschuldet sei.

maßgebliche Verhaltensnorm setzt, auch wenn er nur die bestehende Vermutung durch Stillschweigen bestätigt. Die Tatsache, daß in einer stillschweigenden Bestätigung einer Vermutung ebenfalls eine Rechtsausübung liegt, wird fast immer übersehen, so etwa, wenn als selbstverständlich hingenommen wird, daß die Vermutung auch bei Rechten Handlungsunfähiger bzw. Geschäftsunfähiger ihre Wirkung entfaltet, welche im übrigen ihre Rechte nicht selber ausüben können. Erst die bei allen subjektiven Rechten begriffsnotwendig gegebene *Möglichkeit, die Vermutung umzustoßen* (etwa Dritten das Betreten eines Grundstückes auf Zusehen hin zu gestatten, eine Sache prekaristisch auszuleihen, auf die Geltendmachung einer Forderung vorläufig zu verzichten) zeigt, daß in allen Fällen der Wille des Rechtsträgers rechtlich maßgebend ist und daß auch ein infolge einer Vermutung rechtsverbindlicher Willensinhalt diesem Rechtsträger zugerechnet werden muß.

Andererseits wird durch die Häufigkeit der Vermutung eines bestimmten rechtsausübenden Willens die Erfassung des Wesens der diese Vermutung umstoßenden Willenserklärung ("Einwilligung", "Verzicht" und dgl. genannt) erschwert, indem eine derartige Willensäußerung nicht als rechtsausübender (normaufhebender) Rechtssatz erkannt, sondern als Rechtsgeschäft aufgefaßt wird, da sie sich scheinbar in einem einmaligen Akt äußert und die Rechtslage verändert<sup>12</sup>.

### *III. Freiheit der Rechtsausübung. – Rechtsmißbrauch und Rechtsüberschreitung*

Der Träger eines subjektiven Rechts ist in der Ausübung seines Rechts frei, d. h. er kann die ihm übertragene Normsetzungsbefugnis nach freiem Belieben und persönlicher Willkür wahrnehmen. Darin unterscheidet sich die Verleihung subjektiver Rechte von anderen Delegationssachverhalten innerhalb der Rechtsordnung, bei denen die zur Rechtssetzung berufenen Staatsorgane ihre Normsetzungsbefugnis in der Regel nicht nach persönlicher Lust und Laune, sondern nach pflichtgemäßem Ermessen ausüben sollen<sup>13</sup>. Die

---

<sup>12</sup> Vgl. dazu im folgenden Ziff. V ff. und unten § 14/I, II.

<sup>13</sup> Die für die Normsetzung diesfalls maßgebenden Grundsätze können allerdings nicht rechtliche Normen sein, da sonst nicht von einer echten Delegation von Normsetzungsbefugnis gesprochen werden könnte, sondern es sich nur um den Vollzug bereits vorgegebener Normen handeln würde; vielmehr muß im Falle der gebundenen Normsetzungsbefugnisse eine Verweisung auf extrasystematische Grundsätze angenommen werden, wie es Zweckmäßigkeit und Gemeinwohl, Sitte und Moral darstellen.

der Ausübung eines subjektiven Rechts gesetzten Schranken fallen mit den Schranken des Rechts selber zusammen; soweit überhaupt die im Recht enthaltene Normsetzungsbefugnis reicht, kann sie unverantwortlich ausgeübt werden<sup>14</sup>.

Ein Versuch, diese Freiheit der Rechtsausübung unter die Schranken einer Generalklausel zu stellen, ist das in verschiedenen Rechtsordnungen anzutreffende *Verbot des Rechtsmißbrauchs*, d. h. das Verbot der Erhebung sittenwidriger, unsittlicher Ansprüche<sup>15</sup>. Derartige Generalklauseln stellen eine Verweisung auf außerrechtliche Normensysteme dar<sup>16</sup>. Aber auch durch Generalklauseln gebildete Schranken müssen als Schranken des subjektiven Rechts selber gedeutet werden, innerhalb deren Bereich die Rechtsausübung freigestellt bleibt.

Wie es genau genommen keine "nichtigen Verträge" gibt, kann man im Zusammenhang der Ausübung subjektiver Rechte streng genommen nicht von "*Rechtsüberschreitung*" sprechen: Soweit der Träger eines subjektiven Rechts über die in seinem Recht enthaltene Normsetzungsbefugnis hinausgeht, liegt nicht die Ausübung eines Rechts, sondern bloße Behauptung eines Rechts, Anmaßung eines Rechts vor. Derartige Willensäußerungen haben keine rechtlich-normative Wirkung; im Sinne der Logik haben sie zwar normative Struktur, werden aber in Ermangelung einer Normsetzungsdelegation nicht der Rechtsordnung zugerechnet und erlangen innerhalb der Rechtsordnung keine Geltung. Gleich ist das Ergebnis, wenn ein

---

<sup>14</sup> Die Unverantwortlichkeit in der Ausübung eines subjektiven Rechts ist der Grund, weshalb hier der Ausdruck "Normsetzungsbefugnis" gewählt wurde und die Bezeichnung "Normsetzungskompetenz" vermieden wird. Denn unter "Kompetenz" wird z. T. in einem technischen Sinn ein Delegationssachverhalt verstanden, bei dem der Kompetenzträger nach pflichtgemäßem Ermessen handeln soll. In diesem Sinne verwendet BURCKHARDT die Ausdrücke "Kompetenz" und "subjektives Recht" geradezu als Gegensatzpaar. Vgl. BURCKHARDT, Organisation p. 314 ff., Methode p. 228, 239 ff., Einführung p. 141.

<sup>15</sup> So z. B. ZGB Art. 2. – Im Wortlaut enger, d. h. nur die Erfüllung von Pflichten erfassend, in der Praxis aber auch auf die Ausübung von Rechten erstreckt BGB § 242. – Über gleichlaufende Bestrebungen in Frankreich im Rahmen der Reform des CC vgl. OFTINGER in SJZ 44 (1948) p. 308.

<sup>16</sup> Darüber BUCHER, PR § 28 p. 218-240.

Willensinhalt sich zwar im Rahmen der durch ein subjektives Recht verliehenen Normsetzungsbefugnis hält, jedoch gegen eine Generalklausel verstößt; auch hier ist die Nichtzurechnung des betreffenden Willensinhalts und damit rechtliche Unerheblichkeit die Folge.

Innerhalb der durch seine inhaltliche Begrenzung und allfällige objektivrechtliche Normen und Generalklauseln gezogenen Schranken kann ein subjektives Recht *per definitionem* frei und unverantwortlich, nach persönlicher Willkür und Laune, ausgeübt werden<sup>17</sup>. Der Rechtsträger ist bei der Rechtsausübung aber nicht nur nicht an andere Instanzen, sondern auch *nicht an sich selber gebunden*: Die Ausübung eines Rechts ist niemals bindend; der Rechtsträger kann jederzeit auf seine Willensäußerung zurückkommen und einen neuen Willen kundgeben, der immer in seinem gerade erklärten Inhalt Rechtsnorm ist und den Verpflichteten bindet. Damit soll natürlich nicht gesagt werden, daß eine Selbstbindung des Trägers eines subjektiven Rechts hinsichtlich der Geltendmachung dieses Rechts nicht möglich sei. Im Falle einer bindenden Erklärung liegt jedoch nicht mehr eine Ausübung dieses Rechts vor, sondern eine *Verfügung über dieses Recht*, z. B. ein ganzer oder teilweiser Rechtsverzicht, eine Stundung, Abtretung oder dergleichen. Dazu im folgenden Ziff. VI.

#### *IV. Anspruchserhebung und Normsetzungsbefugnis als Zustand*

Jede Norm ist ein für die Dauer ihrer Geltung bestehender Zustand<sup>18</sup>; die auf Ausübung subjektiver Rechte zurückgehenden Normen und der zugrunde liegende Wille des Berechtigten haben demnach die Extension der zeitlichen Dauer und stellen auch dann einen Zustand dar, wenn sie in einer einmaligen Willensäußerung zum Ausdruck gelangen.

---

<sup>17</sup> Mit dieser Feststellung soll nicht gesagt sein, der dem Rechtsträger freigestellte Bereich der Rechtsausübung habe einen bestimmten Umfang. Dieser Bereich kann vielmehr inhaltlich sehr eingeschränkt werden (die Befugnis eines Sacheigentümers können z. B. eingeengt und durch öffentlich-rechtliche Pflichten überlagert werden). Im verbleibenden Rest ist der Berechtigte zur Rechtsausübung trotzdem frei, ansonst kein subjektives Recht mehr angenommen werden soll, da diesfalls lediglich eine zugunsten eines Privaten aufgestellte öffentlich-rechtliche Norm vorliegt. – Vorwürfe ideologischer Natur gegenüber der Figur des subjektiven Rechts ("überspitzter Individualismus" und dgl. mehr) sind deshalb fehl am Platz, weil die begriffsnotwendig gegebene Ungebundenheit des Berechtigten innerhalb des ihm verliehenen Rechts nichts über dessen Umfang aussagt.

<sup>18</sup> Vgl. oben § 5/III.

Durch ihre Zustandsform unterscheiden sich Normen des Rechts und der Ethik (die wie das Recht aus Nonnen besteht) von Imperativen des gewöhnlichen zwischenmenschlichen Verkehrs, die weniger als Befehlsinhalte denn als Akte der Befehlserteilung aufgefaßt werden, obwohl sie an sich für die Dauer ihrer Gewolltheit die gleiche Zustandsstruktur wie Normen des Rechts und der Ethik haben. Und diese Auffassung der Imperative als einmalige Akte wirkt auch auf die Auffassung der Rechtsausübung zurück, die sich in der Tat äußerlich oft nicht von gewöhnlichen (d. h. nicht der Rechtsordnung zugerechneten) Imperativen unterscheiden.

Staatliche Gesetze, die als solche ebenfalls einen normativen Zustand darstellen, gehen vielfach auf einen Akt der Gesetzgebung zurück. Ein derartiger konstitutiver Akt ist für den Gesetzes- und Rechtsbegriff nicht wesentlich, was sich z. B. aus der Möglichkeit von Gewohnheitsrecht ergibt, für das sich ein Akt der Normsetzung nicht nachweisen läßt. Gleiches gilt auch für die aus der Ausübung subjektiver Rechte sich ergebenden Normen. Rechtsausübende Ansprüche sind rechtsverbindliche Sollenssätze unerachtet der Frage, wie und wann sie erhoben wurden, wenn sie nur im fraglichen Zeitpunkt dem Normadressaten bekannt sind.

Nicht nur die in Ausübung subjektiver Rechte gesetzten Normen, sondern auch die Normsetzungsbefugnis als solche weist Zustandsform auf. Solange dem Berechtigten ein subjektives Recht und damit eine bestimmte Normsetzungsbefugnis zukommt, kann er seinen Willen und die auf Grund dieser Normsetzungsbefugnis geltenden Normen beliebig ändern. Der Berechtigte kann nicht bei seinem einmal geäußerten Willen behaftet werden; eine Bindung des Normsetzungsbefugten an die von ihm erlassene Norm gibt es nicht. Andernfalls würde das Recht mit seiner Ausübung zu bestehen aufhören oder wenigstens in seinem Bestand verändert, was bei subjektiven Rechten im Sinn von Herrschaftsrechten bei bloßer Ausübung nicht zutrifft<sup>19</sup>. Sowenig die Gesetzgebungsbefugnis des Gesetzgebers (dessen Zuständigkeit zur Gesetzgebung in einem bestimmten Sachgebiet) durch den Akt des Gesetzeserlasses konsumiert wird, wird die

---

<sup>19</sup> Nicht so die uneigentlichen subjektiven Rechte wie die *Gestaltungsrechte*, bei denen nicht der zuständige Wille, sondern die in einem einmaligen Akt sich äußernde Willenserklärung wesentlich ist und das "Recht" in der Befugnis besteht, durch diese Willenserklärung eine bestimmte Rechtswirkung – meist in der Gestalt der Begründung, Aufhebung oder Veränderung subjektiver Rechte im eigentlichen Sinn – herbeizuführen. Vgl. im folgenden Ziff. V und unten § 10.

Normsetzungsbefugnis des Berechtigten durch die Rechtsausübung aufgebraucht.

Die oben beschriebene Zustandsform der Normsetzungsbefugnis des Berechtigten äußert sich dahin, daß dessen jeweiliger Wille, sofern er kundgemacht ist, für den oder die Verpflichteten verbindlich ist und in seiner wechselnden Gestalt eine Norm darstellt. Wenn der Gläubiger einer fälligen Geldforderung das Geld heute noch nicht zu haben verlangt (der Schuldner mithin zur Zeit nicht zu einer Zahlung verpflichtet ist), wird er dadurch nicht gehindert, morgen den geschuldeten Betrag ganz oder teilweise einzufordern; der Grundeigentümer, der heute den Nachbarn über sein Grundstück gehen läßt, kann ihn morgen wegweisen, um ihm übermorgen das Betreten wiederum zu gestatten. Sofern der Gläubiger seine Forderung nicht zediert, sie nicht stundet oder auf sie verzichtet, der Grundeigentümer nicht dem Nachbarn ein Wegrecht einräumt und damit ebenfalls einen Teil der im Grundeigentum enthaltenen Befugnisse preisgibt, ist der momentane Wille des Rechtsträgers für den Verpflichteten maßgebend und Norm für dessen Verhalten.

#### V. Die Ausübung subjektiver Rechte erfolgt nicht durch Rechtsgeschäft

Die Tatsache, daß nicht der *Akt* der Willensäußerung, sondern der *Zustand* des Willens des Berechtigten das die Rechtsausübung konstituierende Element ist, grenzt die *rechtsausübende* Willensäußerung gegenüber den *rechtsgeschäftlichen* Willenserklärungen ab, die sich in einem einmaligen Akt erschöpfen und dafür den Erklärenden binden<sup>20</sup>. Die Erhebung eines Anspruchs ist kein Rechtsgeschäft<sup>21,22</sup>.

---

<sup>20</sup> Die herrschende Doktrin macht sich infolge ihrer Hinneigung zur Identifikation der subjektiven Rechte mit vorgegebenen Normen keine Gedanken über die Struktur des rechtsausübenden Willens, der von ihr naturgemäß wenig beachtet wird. Soweit es sich um einfache Anspruchserhebung handelt, wird diese wohl nicht als Rechtsgeschäft gedeutet. Dagegen dürfte die Umstoßung einer Vermutung der Rechtsausübung ("Einwilligung" u. dgl.) überwiegend als Rechtsgeschäft aufgefaßt werden (vgl. dazu ZITELMANN, Widerrechtlichkeit p. 48 ff., auf den die Lehre bis heute abstellt), da hier die Rechtslage scheinbar durch eine Willensäußerung verändert wird. Die Inkonsequenz dieser Auffassung des Willens des Rechtsträgers, je nachdem ein Anspruch erhoben oder widerrufen wird, liegt auf der Hand: Die "Einwilligung" soll Rechtsgeschäft sein, während der Widerruf einer Einwilligung wohl nicht als solches betrachtet werden könnte, da ja nichts anderes als eine neuerliche Anspruchserhebung vorliegt.

<sup>21</sup> Diese Konsequenz hatte der Verfasser in seiner Dissertation noch nicht gezogen; trotz der Einsicht, daß der in Ausübung eines subjektiven Rechts geäußerte Wille Zustandsform hat,

In der Gegenüberstellung von Rechtsgeschäft und Rechtsausübung fällt als erstes auf, daß das Rechtsgeschäft sich im Gegensatz zum rechtsausübenden Anspruch in einem *einmaligen Akt* erschöpft. Schon terminologisch kommt das Element der Aktion in der Bezeichnung als "Geschäft" zum Ausdruck; die Privatrechtsdogmatik bezeichnet es als "Willenserklärung" oder subsumiert es unter den Oberbegriff der juristischen Handlung<sup>23</sup>. Auch wenn Rechtsgeschäfte konkludent erfolgen können, ist die zugrunde liegende, aus den Umständen zu erschließende Willensäußerung doch auf einen einmaligen Akt zu reduzieren, selbst wenn dieser sich zeitlich nicht genau fixieren läßt. Mit dem Wesen des Rechtsgeschäfts als einmaliger Handlung hängt dessen *Unwiderruflichkeit* zusammen: Einmal vorgenommen, kann die Willenserklärung nicht ungeschehen, sondern höchstens durch *contrarius actus* wirkungslos gemacht werden. Wird mit dieser Auffassung des Rechtsgeschäfts ernst gemacht, schließt sich die Erstreckung dieses Begriffs auf die Ausübung subjektiver Rechte aus. Letztere ist nicht an eine einmalige Äußerung oder an einen einmaligen Willensentschluß gebunden: Solange die Normsetzungsbefugnis andauert, kann der Rechtsträger seinen Willen ändern; der Wille des Berechtigten ist während der Dauer des Rechts als solcher und in seiner jeweiligen Gestalt für den Verpflichteten die maßgebende Verhaltensnorm.

Die Einsicht, daß die Ausübung eines subjektiven Rechts sich strukturell grundlegend von einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung unterscheidet, wird durch die stark im Vordergrund stehenden Fälle erschwert, wo die Rechtsausübung primär in einer *Vermutung*

---

blieb er bei der traditionellen Auffassung vor allem der Einwilligung als Rechtsgeschäft, wenn auch bereits damals zweifelnd. Vgl. BUCHER, PR p. 108.

<sup>22</sup> Mit der Feststellung, daß die Ausübung eines subjektiven Rechts im normlogischen Sinn nicht als Rechtsgeschäft anzusprechen sei, wird die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß gewisse vom positiven Recht für Rechtsgeschäfte aufgestellte Regeln – Verbot des Rechtsmißbrauchs, Schranken der guten Sitten, Erfordernis der Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit – auch für die Ausübung subjektiver Rechte Geltung haben.

<sup>23</sup> Vgl. WINDSCHEID, Pandekten Bd. I § 69; v. TUHR, BGB II/1, Untertitel des ganzen Bandes, dann insbesondere S. 143 § 50; v. TUHR, OR I § 20 S. 133 f.; PALANDT, Überblick vor § 104; ENNECCERUS / NIPPERDEY, II § 145 S. 894 ff.

eines bestimmten Willens des Rechtsträgers besteht<sup>24</sup>, der durch eine Willensäußerung diese Vermutung umstößt. Diese sog. *Einwilligung* in eine "Verletzung" eines Rechts bzw. eines Rechtsobjekts hat den Schein der Einmaligkeit für sich. Genauerer Zusehen zeigt aber auch hier die Zustandsform des fraglichen Willens: Die vermutungsweise geltende Norm wird durch die entgegenstehende Willensäußerung lediglich *suspendiert*; diese hat als negativer (d. h. normaufhebender) Sollenssatz ebenfalls Normstruktur. Und schließlich kann die "Einwilligung" nicht anders gedeutet werden als ihre Widerrufung, die ihrerseits ja nichts anderes wäre als eine erneute Anspruchserhebung, deren normativer und nicht-rechtsgeschäftlicher Gehalt bereits oben festgestellt wurde.

#### VI. Die Ausübung eines subjektiven Rechts und die Verfügung über ein subjektives Recht

Der Unterschied zwischen rechtsausübender Willensäußerung und rechtsgeschäftlicher Willenserklärung wird vor allem im Gegensatz zwischen Ausübung eines Rechts und Verfügung über ein Recht bedeutsam. *Ausübung eines Rechts* ist die Geltendmachung der während dessen Bestand verliehenen Möglichkeiten. Unter der Bezeichnung *Verfügung über ein Recht* können alle jene Willenserklärungen zusammengefaßt werden, welche in den Bestand des subjektiven Rechts eingreifen und die Rechtsstellung des Rechtsträgers verändern, mithin echte Rechtsgeschäfte sind. Als Hauptbeispiele erscheinen Verzicht, Suspendierung<sup>25</sup> und Abtretung eines Rechts, wobei diese Verfügungen bei teilbaren Rechten auch nicht das ganze Recht, sondern bloß einen Teil desselben betreffen können.

Verfügungen über ein Recht sind endgültig und höchstens durch *contrarius actus* rückgängig zu machen, während der rechtsausübende Wille sich von Augenblick zu Augenblick neu äußern kann.

---

<sup>24</sup> Vgl. vorstehend Ziff. II.

<sup>25</sup> Man denke an den Fall der *Stundung* einer Forderung. Die Suspendierung eines Rechts kann als *vorübergehender Rechtsverzicht* aufgefaßt werden, da für die Dauer der Stundung kein Recht vorliegt. Die Stundung ist streng zu unterscheiden vom *prekaristischen Anspruchsverzicht*, der ein auf Zusehen hin gehendes *Unterlassen der Anspruchserhebung* ist, ohne daß sich der Berechtigte der Möglichkeit begeben würde, jederzeit einen Anspruch zu erheben. Vgl. im folgenden Ziff. VIII.

*Rechtsgeschäftliche Verfügungen* über ein Recht verändern den Bestand der *Normsetzungsbefugnis* des Rechtsträgers, *rechtsausübende Willensäußerungen* verändern den Bestand der den Verpflichteten bindenden *Normen*.

Rechtsgeschäftliche Verfügungen betreffen die *potentiellen* Pflichten des Pflichtträgers, rechtsausübende Willensäußerungen dessen *aktuelle* Pflichten.

Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Verfügung kann nur das subjektive Recht selber sein, nicht aber der in Ausübung eines Rechts erhobene Anspruch. Ansprüche als solche können nicht abgetreten werden. *Anspruchsverzicht* wäre der *Tatbestand des Unterlassens einer Anspruchserhebung*, nicht rechtsgeschäftliche Preisgabe der Möglichkeit einer Anspruchserhebung (was Preisgabe des zugrunde liegenden Rechts wäre). – Zusammenfassend ist festzuhalten, daß jede Willenserklärung, die den Erklärenden hinsichtlich der Ausübung seines subjektiven Rechts bindet, in den Bestand des subjektiven Rechts selber eingreift und eine rechtsgeschäftliche Verfügung über das Recht darstellt, während die einfache Anspruchserhebung per definitionem frei widerruflich ist und als Anspruch der Wille des Berechtigten in seiner jeweiligen Form Normgeltung hat.

### VII. Subjektives Recht und Anspruch

In der hier vorgeschlagenen Fassung des Begriffs des subjektiven Rechts haben wir der sich auch in der traditionellen Dogmatik findenden Gegenüberstellung von subjektivem Recht und Anspruch einen normlogisch präzise umschriebenen Sinn gegeben. Das subjektive Recht ist die *Möglichkeit der Normsetzung*, der Anspruch demgegenüber das Resultat der Ausübung der Normsetzungsbefugnis, d. h. die *in Ausübung des Rechts erlassene Norm*<sup>26</sup>. Dem Gegensatz von Pflicht und Anspruch entspricht auf der Pflichtseite der Gegensatz

---

<sup>26</sup> Wir verwenden hier die Bezeichnung Anspruch, die in der allgemeinen Privatrechtslehre keine eindeutige Umschreibung erfahren hat und verschiedensten Sachverhalten beigelegt wird (vgl. dazu in folgenden Ziff. X), in einem formal-rechtstheoretischen Sinn, wie er sich aus der Gegenüberstellung zum normativ verstandenen Begriff des subjektiven Rechts ergibt und wie er als Kern auch vielen der üblichen Sinngebungen zugrunde liegt. Keinen Bezug hat der hier geprägte Anspruchsbegriff natürlich zu positivrechtlichen Anspruchsbegriffen, wie sie etwa in der deutschen Zivilprozeßordnung oder dem BGB (§ 194) sich finden. Vgl. dazu in folgenden Ziff. X lit. g.

von *potentieller Pflicht* (dem Gegenstück des subjektiven Rechts) und *aktueller Pflicht* (dem Korrelat des erhobenen Anspruchs).

Die Unterscheidung von subjektivem Recht und Anspruch ist deshalb von grundlegender Bedeutung, weil im gleichen Rechtsverhältnis diese beiden Dinge *verschiedenes rechtliches Schicksal* haben können. Die Selbständigkeit des rechtlichen Schicksals der aus einem subjektiven Recht fließenden Ansprüche wird vor allem beim Verzicht zu wenig deutlich gesehen: Im Gegensatz zum Verzicht auf das subjektive Recht selber, dem *Rechtsverzicht*, der durch Rechtsgeschäft in einem einmaligen Akt erfolgt und unwiderruflich ist, steht der Verzicht auf die Anspruchserhebung. Dieser *Anspruchsverzicht* kommt nicht in einer einmaligen rechtsgeschäftlichen Willenserklärung zum Ausdruck, sondern ist ein Zustand, der negative Sachverhalt, dass eine Anspruchserhebung (zur Zeit) nicht erfolgt. Dabei bleibt das Recht, d. h. die Normsetzungsbefugnis als die Möglichkeit, einen Anspruch zu erheben, voll gewahrt<sup>27</sup>.

Die Vermengung von Recht und Anspruch hat immer wieder zu dogmatischen Irrtümern und Fehlschlüssen Anlaß gegeben. Eines dieser Mißverständnisse liegt vor, wenn aus der Tatsache, daß ein subjektives Recht nach freiem Belieben ausgeübt werden kann, geschlossen wird, dieses Recht müsse begriffsnotwendig auch verzichtbar oder gar übertragbar sein. Ein Beispiel von Begriffsjurisprudenz, die zudem von falschen und nicht zu Ende gedachten Begriffen ausgeht. Die bei einem subjektiven Recht begriffsnotwendig gegebene Möglichkeit, auf die Anspruchserhebung zu verzichten, impliziert keineswegs die Möglichkeit des Verzichts auf die Normsetzungsbefugnis als solche<sup>28</sup>. Es hat seinen guten Sinn, wenn der Gesetzgeber ein subjektives Recht zum unverzichtbaren Recht macht; so im Bereich des Persönlichkeitsschutzes: Das geschützte Individuum soll zwar in der Anspruchserhebung frei sein, d. h. unter Umständen auch (durch Einwilligung in einen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre) auf die Anspruchserhebung und damit auf den Schutz in einem konkreten

---

<sup>27</sup> Im Falle der *Vermutung* einer Anspruchserhebung tritt der Anspruchsverzicht in Gestalt der *Einwilligung* entgegen, ohne sich von diesem normlogisch zu unterscheiden. Insbesondere stellt auch die Einwilligung einen *Zustand* dar, ist jederzeit frei widerruflich und mithin kein Rechtsgeschäft. Vgl. oben Ziff. V.

<sup>28</sup> Ist diese Möglichkeit der Entäußerung eines subjektiven Rechts (Verzicht, Abtretung, Stundung usw.) gegeben, wie dies bei den meisten Rechten der Fall ist, so ist in dieser Möglichkeit ein *Gestaltungsrecht* zu erblicken, das dem materiellen Recht überlagert ist. Vgl. unten § 10.

Fall verzichten dürfen; es soll aber andererseits seine Normsetzungsbefugnis als solche nicht preisgeben können und in der Entscheidung über die künftige Anspruchserhebung frei bleiben<sup>29</sup>.

Die Vermengung von Recht und Anspruch kann im Zusammenhang der Persönlichkeitsrechte auch in genau umgekehrter Richtung verhängnisvoll werden, wenn einzelne Autoren die Unverzichtbarkeit der Persönlichkeitsrechte zutreffend als gegeben hinnehmen, daraus aber schließen, infolge dieser Unverzichtbarkeit sei eine "Einwilligung" in eine "Verletzung" der Persönlichkeitsrechte ausgeschlossen. Auch der Schluß von der Unmöglichkeit des Rechtsverzichts auf die Unmöglichkeit des Anspruchsverzichts führt zwangsläufig zu widersinnigen Ergebnissen<sup>30</sup>.

### VIII. Prekaristischer Anspruchsverzicht

Indem verdeutlicht wird, daß Verzicht auf Anspruchserhebung nicht Verzicht auf das zugrunde liegende Recht bedeutet, kann die hier geforderte Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und Anspruch zu einem besseren Verständnis der praktisch so wichtigen und häufigen *prekaristischen Rechtsverhältnisse* beitragen, die durch einen *vorläufigen Anspruchsverzicht*, d. h. das *vorübergehende Unterlassen einer Anspruchserhebung* gekennzeichnet sind. – *Precarium* war im römischen Recht das *Innehaben* einer Sache *auf Abruf*, vom Eigentümer aus das *Überlassen* einer Sache *auf Zusehen hin*, was dem Prekaristen gegenüber dem Eigentümer keinen Rechtstitel auf die Sache gab, andererseits das Recht des Eigentümers in keiner Weise schmälerte. Der gleiche rechtliche Mechanismus, dessen Wesen darin besteht, daß der Träger eines Rechts gegenüber einem Dritten vorläufig sein Recht nicht geltend macht, ohne dieses im geringsten zu verringern, kann nicht nur im Zusammenhang des Eigentums oder der dinglichen Rechte, sondern bei sämtlichen subjektiven Rechten angetroffen werden, wobei man wohl analogieweise jeden Tatbestand vorläufiger Nicht-Ausübung oder Nicht-Geltendmachung eines subjektiven Rechts als *prekaristischen Zustand* bezeichnen darf.

---

<sup>29</sup> Wenn BURCKHARDT, Einführung p. 23 f., die Verzichtbarkeit scheinbar zum Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts erhebt, fällt er der gleichen Verwechslung zum Opfer. Auch er meint wohl lediglich die Möglichkeit, auf die Anspruchserhebung zu verzichten, wenn er die Verzichtbarkeit als für subjektive Rechte begriffswesentlich bezeichnet.

<sup>30</sup> Vgl. darüber BUCHER, PR p. 93/94.

Es mag z. B. zum Verständnis des Wesens der "Einwilligung" in eine Einwirkung oder Beeinträchtigung der durch die Persönlichkeitsrechte geschützten "Persönlichkeitssphäre" beitragen, wenn dieselbe als prekaristischer Sachverhalt beschrieben wird: Der Träger der Persönlichkeitsrechte gibt nichts von seinen Rechten preis, der Dritte hat keinerlei Rechtsanspruch auf Aufrechterhaltung der erteilten Erlaubnis, und trotzdem handelt letzterer nicht normwidrig, da der Berechtigte keinen Anspruch erhoben, keine Verbotsnorm erlassen (sondern eine diesbezügliche Vermutung umgestoßen) hat. Ebenso kann man von prekaristischem Anspruchsverzicht im Schuldverhältnis sprechen, wenn der Gläubiger (vorläufig) nicht auf Erfüllung besteht und der Schuldner mithin (bis auf weiteres) zu keiner Leistung verpflichtet ist. Zu denken etwa an den Anwalt oder Arzt, der nach vollbrachter Mühewaltung (d. h. nach Entstehung eines subjektiven Rechts auf Honorarzahlung) mit der Rechnungsstellung zuwartet, oder der Gläubiger einer fälligen Forderung, der durch sein Verhalten hat Zweifel darüber aufkommen lassen, ob er überhaupt auf einer Leistung besteht. Bei derartigen Tatbeständen ist der rechtliche Mechanismus grundsätzlich derselbe wie im Falle des römischen *precariums* an einer Sache. Die Unterscheidung von subjektivem Recht und Anspruch, besonders der Nachweis, daß wohl über Rechte, nicht aber über Ansprüche rechtsgeschäftlich bindend verfügt werden kann, schließlich die Beschreibung des "prekaristischen" Zustandes als Nichterhebung von Ansprüchen ohne Absicht der Preisgabe des zugrunde liegenden Rechts, machen überhaupt erst eine dogmatisch saubere Konstruktion der genannten Sachverhalte möglich. Damit wird vor allem aber auch der in diesem Zusammenhang ständig lauenden Gefahr der *Verwechslung von Unterlassen der Anspruchserhebung und Rechtsverzicht* vermindert und klargestellt, das "Einwilligung in einen Eingriff in die Persönlichkeitsphäre" nicht ein Verzicht auf das Persönlichkeitsrecht darstellt und daß das beschriebene prekaristische Nichtgeltendmachen von Forderungen mit Stundung oder Verzicht nichts gemeinsam hat.

#### *IX. Die Geltendmachung von Recht und Anspruch im Prozeß*

Da nur der Anspruch, nicht aber das subjektive Recht eine konkrete Verhaltenspflicht konstituiert, kann Gegenstand einer *Leistungs-* oder

*Unterlassungsklage* nur der Anspruch, nicht aber das zugrunde liegende Recht sein. Nur der Anspruch, nicht das Recht weist die unmittelbar normative Struktur auf, welche allenfalls ein die Klage gutheißendes Urteil hat<sup>31</sup>. Wenn auch die Gutheißung der Klage vom Bestand des zugrunde liegenden Rechts abhängt, so ist es nichtsdestoweniger der Anspruch (im hier entwickelten, nicht einem prozeßrechtlichen Sinn), der im Urteil geschützt oder abgewiesen wird. Bestreitung eines subjektiven Rechts ist die Behauptung, ein gestützt auf das bestrittene Recht erhobener Anspruch habe keine rechtliche Geltung, d. h. der vom "Ansprucher" geäußerte Wille sei seiner logischen Struktur nach zwar eine Norm, werde in Ermangelung der Delegation einer Normsetzungsbefugnis (d. i. der Verleihung eines subjektiven Rechts) nicht der Rechtsordnung zugerechnet. Die Gutheißung der Klage ist normlogisch nichts anderes, als daß das Gericht die vom Kläger in Ausübung seines subjektiven Rechts durch Anspruchserhebung (außergerichtlich oder im Prozeß) gesetzte Norm bestätigt, d. h. von sich aus diese Norm setzt, in welchem Fall deren Zurechnung zur Rechtsordnung und rechtliche Geltung außer Zweifel steht.

Ein subjektives Recht als solches geltend machen, ohne einen Anspruch anzumelden, heißt eine *Feststellungsklage* erheben. – Die Durchführung der Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und Anspruch sollte im Prozeßrecht dazu führen, die übergroße Zurückhaltung gegenüber Feststellungsklagen kritisch zu überprüfen<sup>32</sup>. Im Zusammenhang der *negativen Feststellungsklagen* (wie auch der im Ergebnis ähnlichen *Klageprovokation*) wird oft geltend gemacht, es widerspreche dem Wesen des subjektiven Rechts, wenn der Rechtsträger (der Beklagte) gezwungen werde, sein Recht früher geltend zu machen, als er dies von sich aus beabsichtige. Indessen wird er nicht zur Ausübung des Rechts, d. h. zur Anspruchserhebung gezwungen (was in der Tat mit dem Wesen des subjektiven Rechts als einer nach freiem Belieben auszuübenden Normsetzungsbefugnis nicht zu vereinbaren wäre), sondern bloß zur *Verteidigung seines Rechts* genötigt, was begrifflich ohne weiteres zulässig und, ein Feststellungsinteresse auf seiten des Klägers vorausgesetzt, zumutbar ist. Desgleichen sollten positive *Feststellungsklagen* vermehrt zugelassen

---

<sup>31</sup> "Der Beklagte N. N. ist verpflichtet, dem Kläger A. A. den Betrag X zu bezahlen", oder: "Du, N. N., bezahle an A. A. den Betrag X!"

<sup>32</sup> In ähnlicher Richtung weist GULDENER, p. 257.

werden, und zwar (ein Feststellungsinteresse wiederum vorausgesetzt) unabhängig davon, ob dem Rechtsträger eine Leistungsklage zu Gebote steht oder nicht. Diesen auf die Leistungsklage verweisen, heißt ihn zwingen, einen Anspruch zu erheben und sein Recht auszuüben, um Gewißheit über dessen Bestand zu erlangen, was dem Wesen des subjektiven Rechts als einer nach freiem Belieben auszuübenden Normsetzungsbefugnis nicht gemäß ist.

*X. Anhang: Andere mit dem Terminus "Anspruch" verbundene Sinngehalte. – Insbesondere der Anspruchsbegriff von BGB § 194*

In vorliegender Arbeit haben wir die Bezeichnung Anspruch in einem technischen Sinn für einen normlogisch genau umschriebenen Sachverhalt verwendet. Die Anspruchserhebung ist demnach die Ausübung eines subjektiven Rechts, d. h. die Setzung einer rechtlichen Verhaltensnorm, die ihrerseits als Anspruch bezeichnet wird.

In einem untechnischen Sinn werden jedoch mit dem Terminus Anspruch die verschiedensten Vorstellungen bezeichnet, wobei die Vieldeutigkeit des Wortes der Grund für dessen Beliebtheit ist. Zur Verdeutlichung des bisher Gesagten und um Mißverständnisse zu vermeiden sollen die wichtigsten Sinngehalte ohne Anspruch auf Vollständigkeit zusammengestellt werden, wobei besonders der Anspruchsbegriff des BGB (§ 194) mit der hier entwickelten Auffassung konfrontiert werden soll (im folgenden lit. g).

a) Vielfach, und ausnahmsweise auch in vorliegender Schrift, wird das *subjektive Recht* seinerseits als Anspruch bezeichnet.

b) Mit Anspruch kann ein bloß behauptetes, in seinem Bestand nicht bewiesenes, ein *umstrittenes subjektives Recht* gemeint sein, oder gar ein *angemaßtes*, offenkundig zu Unrecht "beanspruchtes" Recht.

c) In einem prozeßrechtlichen Sinn kann Anspruch ein subjektives Recht im Stadium der prozessualen Geltendmachung, ein *eingeklagtes Recht* sein<sup>33</sup>.

d) Als Anspruch bezeichnet man gelegentlich die Rechtslage, die ermöglicht, die Einräumung eines subjektiven Rechts zu erzwingen. So wenn ZGB Art. 694 bestimmt: "Hat ein Grundeigentümer keinen genügenden Weg ..., so kann er *beanspruchen*, daß ihm die Nachbarn ...

---

<sup>33</sup> Vgl. v. TUHR, BGB I p. 240; ERMAN, § 194 Ziff. 7.

einen Notweg einräumen." Das Notwegrecht selber entsteht erst mit der Eintragung im Grundbuch. Vor dem Eintrag besteht kein subjektives Recht, sondern lediglich der "Anspruch" auf die Einräumung eines solchen<sup>34</sup>.

e) Anspruch kann die Befugnis bezeichnen, von einer Behörde ein bestimmtes Tätigwerden oder Verhalten zu fordern, so wenn man vom "Anspruch auf rechtliches Gehör" spricht.

f) Als Anspruch kann ferner ein subjektives Recht verstanden werden, das sich im Sinne eines *Teilrechts* aus einem umfassenderen subjektiven Recht abspaltet, wie das Recht auf Leistung einer einzelnen Rate, das Bestandteil eines subjektiven Rechts auf eine Rente oder andere periodischen Leistungen ist.

g) Mit dem Terminus Anspruch wird in der *deutschen Doktrin des BGB* eine eigentümliche, von der Regelung der Verjährung (BGB § 194) ihren Ausgangspunkt nehmende, inhaltlich mehr oder weniger präzierte Vorstellung verbunden, die allerdings geschichtlich bedingt und von einer restlosen normlogischen Durchdringung weit entfernt ist.

WINDSCHEID wird das Verdienst zugeschrieben, den von der gemeinrechtlichen Lehre im Anschluß an die römische Vorstellungsweise gebildeten Aktionenbegriff durch den von prozessualen Elementen befreiten Anspruchsbegriff ersetzt zu haben<sup>35</sup>. Nach wohl herrschender Auffassung hat der von ihm geschaffene Anspruchsbegriff im BGB Aufnahme gefunden, dessen § 194 Abs. 1 den Anspruch als "das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen", umschreibt<sup>36</sup>. Diese Ausprägung des Anspruchsbegriffs, die dazu dient, die der Verjährung unterliegenden privilegierten Rechtsstellungen zu umschreiben, umfaßt normlogisch Verschiedenes: Soweit die aus relativen Rechten entspringenden Ansprüche in Frage stehen, dürfte der Unterschied zum Anspruchsbegriff, wie er in dieser Schrift verwendet wird, nicht allzu groß sein; im wesentlichen wird auch in der Doktrin des BGB § 194 unter Anspruch die Befugnis des Rechtsträgers verstanden, vom Verpflichteten das den

---

<sup>34</sup> Dieser Sachverhalt ist wohl als "*judizielles Gestaltungsrecht*" im nachstehend zu beschreibenden Sinn zu betrachten (vgl. § 10/IV).

<sup>35</sup> So ENNECCERUS / NIPPERDEY, I § 222 p. 1361 ff. – WINDSCHEIDS bahnbrechendes Werk ist die *Actio* (1865). Vgl. weiterhin Abwehr passim; Pandekten I §§ 43 bis 46.

<sup>36</sup> Vgl. ENNECCERUS / NIPPERDEY, II § 222 p. 1363. Im folgenden wird gezeigt, daß dies nur teilweise zutrifft.

Inhalt des Rechts ausmachende Tun oder Unterlassen zu verlangen. Dagegen faßt die Doktrin bei den absoluten Rechten, deren jedermann verpflichtende Natur nicht verkannt wird, als Anspruch nicht die Befugnis auf, von jedermann die Respektierung dieser absoluten Rechte zu verlangen (diese Möglichkeit verjährt ja, ebenso wie das zugrunde liegende Recht, im allgemeinen nicht), sondern etwas anderes, nämlich den Anspruch, der bei Verletzung des subjektiven Rechts durch einen Dritten entsteht und der auf Herausgabe, Schadenersatz und dgl. gerichtet ist. Hier kann normlogisch zweierlei vorliegen: Im Fall des Schadenersatzes handelt es sich eindeutig um ein sekundäres subjektives Recht, dessen Verleihung die Sanktion der Verletzung des ursprünglichen Rechts darstellt, ebenso beim Herausgabeanspruch, soweit dieser ein positives Tätigwerden des Verpflichteten zum Inhalt haben sollte, etwa die Sache dem Eigentümer zurückzubringen<sup>37</sup>. Sofern im Herausgabeanspruch lediglich die Pflicht, die Wegnahme der Sache zu dulden, enthalten ist, liegt nichts anderes als die schon durch das primäre subjektive Recht konstituierte Normlage vor, daß keine Norm besteht, die dem Eigentümer die Wegnahme seiner Sache untersagt.

Der Begriff des Anspruchs, wie er in BGB § 194 seine Ausprägung erfährt, ist ein gesetzestechnischer Kunstgriff zur Darstellung der beabsichtigten rechtlichen Regelung der Verjährung, insbesondere der Umschreibung des Kreises der der Verjährung unterliegenden Befugnisse. Darüber kann hier nicht gehandelt werden. Jedoch müssen von unserem Standpunkt aus Bedenken gegenüber der Tendenz angemeldet werden, aus dem positivrechtlichen Anspruchsbegriff des BGB einen Begriff der allgemeinen Privatrechtslehre zu machen, da dieser Begriff wie gesehen normlogisch Verschiedenes umfaßt und nach keinem rechtssystematisch wesentlichen Kriterium gebildet ist<sup>38</sup>.

Wenn die im Anschluß an BGB § 194 gebildete Doktrin des Anspruchsbegriffs die aus absoluten Rechten entspringenden Ansprüche auf den Fall beschränkt, daß dieses Recht durch einen Dritten beeinträchtigt wird<sup>39</sup>, stellt sie sich in Gegensatz zur Auffassung WINDSCHEIDS,

---

<sup>37</sup> Vgl. etwa die Formel PALANDTS, § 194 N. 1c "... Anspruchsgegner ist der Verletzer. Diese Ansprüche sind von dem Bestand des absoluten Rechts unabhängig; sie sind aus ihm abgezweigte relative Rechte und unterliegen ... den Vorschriften über Schuldverhältnisse".

<sup>38</sup> Vielleicht hat auch BEKKER, Grundbegriffe p. 169, 336 N. 2 dies im Auge, wenn er vom Anspruch als dem "*Unglückskind des BGB*" spricht.

<sup>39</sup> Vgl. ENNECCERUS / NIPPERDEY, II § 222 p. 1363.

der die aus absoluten Rechten fließenden Ansprüche als gegen jedermann gerichtet verstanden wissen will<sup>40</sup>, weshalb sich die Meinung, es sei der *Windscheidsche* Anspruchsbegriff, der im BGB vertreten werde, nicht halten läßt. Die Ansprüche von einer Rechtsverletzung abhängig zu machen und nur gegenüber bestimmten rechtsverletzenden Dritten zu gewähren, heißt einen anderen Blickpunkt wählen: Während WINDSCHEID die rechtliche Lage im Auge hat, wie sie ganz grundsätzlich auf Grund des Bestands eines absoluten Rechts besteht, stellt die BGB-Doktrin auf das rechtsverletzende Verhalten ab. Anspruch ist für WINDSCHEID die Befugnis, die Beachtung des absoluten Rechts zu verlangen, und dieser Anspruch besteht undiskutierbar gegenüber jedermann, da absolute Rechte, wie nicht bestritten, jedermann verpflichten. Demgegenüber ist Anspruch für die BGB-Doktrin die Möglichkeit, auf Grund einer Rechtsverletzung gegen den Störer vorzugehen. Diese Befugnis ist durch die Tatsache der Störung bedingt und kann sich deshalb zwangsläufig nur gegen bestimmte Personen richten. Es verbergen sich demnach hinter der Bezeichnung Anspruch zwei grundverschiedene Begriffe.

Ist der Anspruchsbegriff, wie er in der Lehre des BGB vorherrschend ist, von demjenigen WINDSCHEIDS verschieden, so kann keine Rede davon sein, daß die Auffassung WINDSCHEIDS "unhaltbar" sei, wie es gelegentlich ausgedrückt wird<sup>41</sup>. Es liegen zwei verschiedene Begriffe vor, die als solche beide gleich "richtig" sind. Die Frage kann nur dahin lauten, welcher der beiden der bessere und zweckmäßigere sei, und diese Frage kann nur wiederum im Hinblick auf den Zusammenhang, in dem sie Verwendung finden sollen, beantwortet werden. Für die Auslegung von BGB § 194 wird es wahrscheinlich bei dem von der Lehre in diesem Zusammenhang entwickelten Begriff sein Bewenden haben müssen. Für allgemeine rechtsdogmatische Erörterungen, insbesondere auch im Hinblick auf die Theorie der subjektiven Rechte, kann nur die *Windscheidsche* Vorstellungsweise in Betracht gezogen werden. Nicht nur umfaßt der Anspruchsbegriff von BGB § 194 normlogisch ganz verschiedene Dinge, je nachdem aus relativen oder absoluten Rechten entspringende Ansprüche

---

<sup>40</sup> WINDSCHEID, Pandekten I § 43 Ziff. 1 (p. 156).

<sup>41</sup> So z. B. ENNECERUS / NIPPERDEY, II § 222 p. 1363 Anm. 11: "Die Ansicht WINDSCHEIDS, das dingliche Recht bestehe aus einer unbegrenzten Vielheit von Ansprüchen, hat sich als unhaltbar erwiesen und ist heute längst aufgegeben." Folgt eine lange Reihe von Literaturhinweisen. Ähnlich viele andere, z. B. JELLINEK, p. 55 N. 2 mit weiteren Hinweisen.

in Frage stehen. Wenn man die aus absoluten Rechten fließenden Ansprüche an die Verletzung des zugrunde liegenden subjektiven Rechts knüpft, wird dem ursprünglichen Normgehalt der jedermann verpflichtenden absoluten Rechte durch diese Figur keine Rechnung getragen und die in der Verleihung absoluter Rechte verkörperte rechtliche Regelung lediglich anhand der an die Rechtsverletzungen geknüpften Sanktionen dargestellt. Wird es WINDSCHEID zu Recht als hohes Verdienst angerechnet, durch die Schaffung des Anspruchsbegriff s eine von prozessualen Elementen befreite, die vorprozessuale materielle Rechtslage berücksichtigende Betrachtungsweise an Stelle des Aktionendenkens gesetzt zu haben<sup>42</sup>: Dieser Fortschritt geht wiederum verloren, wenn man im Sinne von BGB § 194 die Ansprüche auf die gegenüber Rechtsverletzungen zustehenden Rechtsbehelfe reduziert; dann ist nicht mehr die ursprüngliche materiellrechtliche, das Verhalten der Rechtsgenossen regelnde Verhaltensvorschrift, sondern die möglicherweise Gegenstand eines Prozesses bildende Sanktion Gegenstand der Betrachtung. Der Anspruchsbegriff, wie er in der Lehre von BGB § 194 gebildet wurde, mag für die Deutung dieser Vorschrift notwendig sein, stellt aber jedenfalls einen Rückfall in die sich am Aktionenmodell orientierende Betrachtungsweise dar. Wenn man, wie der Verfasser vorliegender Schrift, eine vollständige Ablösung der Betrachtung des Privatrechts unter prozessuaalem Gesichtspunkt (Aktionendenken) durch eine materiellrechtliche Auffassung für richtig hält, kann man den Anspruchsbegriff der an BGB § 194 anknüpfenden Doktrin, sofern er aus absoluten Rechten fließende Ansprüche betrifft, nur als Rückschritt gegenüber der *Windscheidschen* Auffassung bedauern, die in der Tat bereits eine vollständige Verwirklichung des materiellrechtlich-normativen Darstellungsprinzips bedeutet, das auch hier angestrebt wird.

---

<sup>42</sup> ENNECCERUS / NIPPERDEY, II § 222 p. 1362/1363.

## § 9. Die Abgrenzung rechtsgeschäftlicher und rechtsausübender Normsetzung

### *I. Allgemeines*

Die Auffassung des subjektiven Rechts als Normsetzungsbefugnis und des Willens des Berechtigten als eine von einem Privaten auf Grund eines Delegationsverhältnisses erlassenen Norm läßt sich insofern mit der überlieferten Privatrechtsdogmatik in Übereinstimmung bringen, als auch diese eine *Autonomie* der Privatrechtssubjekte annimmt und damit unter gewissen Voraussetzungen dem Willen von einzelnen Individuen Normcharakter zuerkennt. Daß Verträge, Körperschaftsstatuten usw. normativen Gehalt haben und insofern die gleiche Struktur wie staatliche Gesetze aufweisen, liegt auf der Hand. "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites", sagt schon der französische Code Civil (art. 1134 al. 1).

Auch bei der rechtsgeschäftlichen Normsetzung im Sinne der Betätigung von Privatautonomie wird, ähnlich wie bei der Ausübung subjektiver Rechte, der Wille eines einzelnen zur verbindlichen Verhaltensnorm und damit zum Bestandteil der Rechtsordnung. Dabei darf indessen der *grundlegende Unterschied zwischen rechtsgeschäftlicher und rechtsausübender Normsetzung* nicht übersehen werden. Bereits im Vorausgegangenen wurde gezeigt, daß Rechtsgeschäfte selber keine normative Struktur haben, weshalb auch die Ausübung subjektiver Rechte nicht als rechtsgeschäftlicher Akt aufgefaßt werden kann. Im folgenden soll das Zusammenspiel der als Betätigung der Privatautonomie bezeichneten rechtsgeschäftlichen (vor allem vertraglichen) Vereinbarungen mit rechtsausübender Normsetzung untersucht werden.

### *II. Rechtsgeschäftliche Normsetzung als "autonome" Normsetzung im Gegensatz zur "heteronomen" rechtsausübenden Normsetzung*

Normsetzung in der eigentlichen Wortbedeutung ist *heteronome* Normsetzung im Sinne der Verpflichtung eines Dritten, der Erlass eines Rechtsbefehls an einen vom Normsetzungssubjekt verschiedenen Normadressaten. Die Ausübung subjektiver Rechte ist Normsetzung in diesem genannten ursprünglichen Sinn. Nicht so die rechtsgeschäftliche

Normsetzung, z. B. der Abschluß von Verträgen, die Errichtung körperschaftlicher Satzungen usw. Hier ist es nicht der eine Rechtsgenosse, der an den anderen einen Rechtsbefehl richtet, sondern eine rechtsverbindliche Ordnung wird durch den gemeinsamen gleichlaufenden Willensentschluß aller Beteiligten erreicht. Da diese in dem von ihnen gemeinschaftlich geregelten Bereich ihre Verhaltensregeln nicht von außen empfangen, sondern im Sinne der *Selbstverpflichtung* sich selber geben, spricht man von *Autonomie*.

Die privatautonome Selbstverpflichtung erfolgt in aller Regel nicht um ihrer selbst willen; mit Ausnahme von Schenkungsverträgen und ähnlichen Geschäften wird die Pflicht nur übernommen, damit die Gegenpartei ihrerseits eine Pflicht übernimmt, d. h. ein subjektives Recht einräumt. Auch wenn die korrespondierenden Rechte Pflichten in einem Austauschverhältnis stehen und regelmäßig nur gemeinsam zur Entstehung gelangen<sup>1</sup>, so verpflichtet bei den unter den Begriff der Privatautonomie fallenden Tatbeständen doch jedermann *nur sich selber*. *Betätigung der Privatautonomie* heißt nicht, an einen anderen Rechtsbefehle richten (dies wäre ein heteronomer Vorgang), sondern *selber Pflichten übernehmen*. Die aus Verträgen und dgl. entspringenden subjektiven Rechte beruhen auf der selbstgewollten Übernahme der korrespondierenden Pflichten durch die Gegenpartei. Und erst diese durch autonome Selbstbindung, d. h. Übernahme von Pflichten eingeräumten Rechte sind es, die eine echte heteronome Normsetzungsbefugnis verleihen. Bei der privatautonomen Regelung zwischenmenschlicher Beziehungen müssen demnach zwei Phasen unterschieden werden: Einmal die rechtsgeschäftliche ("autonome", d. h. selbstverpflichtende) Begründung von Pflichten und Einräumung korrespondierender Rechte durch einmalige rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sodann die ("heteronome") Ausübung der dadurch entstandenen subjektiven Rechte durch Äußerung eines Willens, der seinerseits für den Verpflichteten Verhaltensnorm ist. Es bleibt auch hier bei der Regel, daß Rechtsgeschäfte als solche keine rechtlichen Verhaltensvorschriften begründen, sondern lediglich in den Bestand der subjektiven Rechte eingreifen durch deren Begründung,

---

<sup>1</sup> Beim Vertragsschluß wird die Pflicht nur unter der Voraussetzung übernommen, daß die Pflicht der Gegenpartei ebenfalls zum Entstehen gelangt; Bestreitung der Vertragsgültigkeit heißt nicht nur Bestreitung der eigenen Pflicht, sondern auch Eingeständnis der Nichtexistenz einer Pflicht der anderen Partei. Vgl. BURCKHARDT, Einführung p. 11 Ziff. 3.

Aufhebung oder Veränderung, und daß es erst die Ausübung dieser Rechte ist, welche zu eigentlichen, unmittelbaren Verhaltensnormen führt.

### *III. Zusammenfassung*

Die herkömmliche Vorstellung, daß durch Betätigung der Privatautonomie, d. h. durch Rechtsgeschäfte wie Verträge, unmittelbar eine rechtliche Verhaltensordnung begründet werde, wird zwar einer Großzahl von Problemen gerecht und ist als abkürzende Betrachtungsweise zulässig, bleibt jedoch normlogisch ungenau. Die die Parteien endgültig verpflichtenden Verhaltensnormen entstehen nicht durch Rechtsgeschäft, sondern erst durch den Willen der ihre vertraglich eingeräumten Rechte ausübenden Parteien. Genau wie Gesetze können auch Verträge das Verhalten der vertraglich verpflichteten Parteien nicht in allen Einzelheiten festlegen, sondern müssen die näheren Umstände der Vertragserfüllung dem Gutdünken der aus dem Vertrag berechtigten Partei überlassen. Der gleiche Grund, der zur Anerkennung der Privatautonomie führt, d. i. die teleologische Ausrichtung des Privatrechts auf die Einzelnen, bedingt auch, dass die letzten konkret-individuellen Verhaltensnormen nicht nur nicht vom objektiven Privatrecht, sondern auch nicht durch Verträge, vielmehr erst durch den auf Erfüllung gehenden Willen des durch Gesetz oder Vertrag Begünstigten entstehen: Erst die Ausübung der eingeräumten subjektiven Rechte, die Anspruchserhebung, bewirkt aktuelle Verhaltenspflichten.

## **§ 10. Eigentliche subjektive Rechte im Sinne von Herrschaftsrechten und sog. Gestaltungsrechte**

### *I. Herrschaftsrechte und Gestaltungsrechte*

Subjektive Rechte im engeren Sinne und eigentlicher Gegenstand unserer Untersuchung sind nur jene Rechte, die man mit v. TUHR "*Herrschaftsrechte*" nennen kann<sup>1</sup>, weil sie dem Berechtigten die

---

<sup>1</sup> v. TUHR, BGB I § 6 p. 133 ff.

Macht einräumen, in einem bestimmten Rahmen den Rechtsgenossen seinen Willen aufzuzwingen. Wenn der Laie von "seinem" Recht spricht oder wenn zwei Parteien wegen eines Rechts im Prozesse stehen, ist vorab ein subjektives Recht im engeren oder eigentlichen Sinn, ein Herrschaftsrecht, gemeint.

Diesen Herrschaftsrechten werden andere Befugnisse an die Seite gestellt, welche ebenfalls die Möglichkeit verleihen, durch Willensäußerungen rechtliche Wirkungen auszulösen. Es sind dies die heute allgemein als *Gestaltungsrechte* (gelegentlich Gestaltungsbefugnisse) bezeichneten privilegierten Rechtsstellungen, die hier anhangsweise behandelt werden sollen, weil deren Besonderheiten das Wesen der eigentlichen subjektiven Rechte verdeutlichen, mit denen sie sich in der Praxis mannigfach berühren.

Mit den subjektiven Rechten im eigentlichen Sinne haben die Gestaltungsrechte gemeinsam, daß sie durch eine *Willensäußerung* ausgeübt werden und der Wille des Berechtigten eine rechtliche Wirkung herbeiführt. Deshalb kann WINDSCHEID Herrschaftsrechte wie Gestaltungsrechte unter den Oberbegriff der Willensmacht bzw. Willensherrschaft subsumieren<sup>2</sup>. Bei ihm wie bei vielen anderen werden die Herrschaftsrechte und die Gestaltungsrechte der Sache nach genau geschieden, wenn auch der Gegensatz terminologisch nicht fixiert wird<sup>3</sup>. Vielfach wird in der Literatur der Begriff des subjektiven Rechts stillschweigend auf die Herrschaftsrechte eingeschränkt<sup>4</sup>, oder aber die Einbeziehung der hier als Gestaltungsrechte bezeichneten Befugnisse in die Vorstellung der subjektiven Rechte ausdrücklich abgelehnt<sup>5,6</sup>. Die erste systematische Untersuchung wie auch die Benennung der Gestaltungsrechte als solche stammt von EMIL SECKEL, dessen 1903 erschienenem Aufsatz es zu verdanken ist, daß die Gestaltungsrechte

---

<sup>2</sup> WINDSCHEID, Pandekten I § 37 p. 155/156, wobei Ziff. 1 die subjektiven Rechte im engeren Sinn, Ziff. 2 die Gestaltungsrechte betrifft.

<sup>3</sup> So vor allem THON, Rechtsnorm p. 326 ff., der von den eigentlichen subjektiven Rechten die "Befugnis, über seine Rechte zu disponieren" unterscheidet. Er hat indessen nur die hier "unselbständig" genannten Gestaltungsrechte im Auge. Vgl. dazu im folgenden Anm. 15.

<sup>4</sup> Z. B. DERNBURG, Pandekten I §§ 33-35 p. 65 ff. – GIERKE, Privatrecht I p. 251 ff. hat ebenfalls nur die Herrschaftsrechte im Auge.

<sup>5</sup> So HÖLDER, Pandekten p. 331.

<sup>6</sup> Die Tendenz, unter die subjektiven Rechte nur die Herrschaftsrechte zu zählen, dürfte vorab davon herrühren, daß der Begriff des subjektiven Rechts in der Pandektenwissenschaft die Funktion der Figur der *actio* übernimmt, Gestaltungsrechte aber wenigstens dem Grundsatz nach nicht klageweise geltend gemacht werden. Vgl. dazu im folgenden Ziff. IV.

fortan als geschlossene Erscheinung betrachtet und terminologisch gegenüber anderen Rechtsstellungen abgegrenzt werden.

Abgesehen davon, daß auch die Ausübung der Gestaltungsrechte vom Willen des Berechtigten abhängt, unterscheidet sie sich sowohl in der Struktur wie in der Wirkung grundlegend von der Ausübung der eigentlichen subjektiven Rechte. Während der Wille des Trägers von Herrschaftsrechten seinerseits normative Wirkung hat, jederzeit geändert werden kann und als Rechtsnorm Dauerzustand aufweist, werden Gestaltungsrechte durch *Rechtsgeschäft*, d. h. durch einmalige Willenserklärung<sup>7</sup>, ausgeübt, die den Erklärenden bindet. Entsprechend sind auch die Wirkungen der Willensäußerungen verschieden: Bei der Ausübung von Herrschaftsrechten durch Anspruchserhebung werden unmittelbar Verhaltenspflichten begründet, während die Ausübung von Gestaltungsrechten durch Rechtsgeschäft in den Bestand subjektiver Herrschaftsrechte eingreift, deren Ausübung erst zu Verhaltenspflichten führt. Während den Herrschaftsrechten ein Bereich potenzieller Pflichten gegenübersteht, die durch die Rechtsausübung zu aktuellen Pflichten werden, *entspricht den Gestaltungsrechten kein Pflichtbereich*, sondern lediglich die Möglichkeit, dass in den Bestand potentieller Pflichten durch einseitiges Rechtsgeschäft eingegriffen wird. Dem Träger von Gestaltungsrechten steht kein Verpflichteter gegenüber, sondern lediglich der Adressat der durch diese Gestaltungsrechte ermöglichten einseitigen Rechtsgeschäfte.

Gestaltungsrechte sind die Möglichkeit, in den Bestand subjektiver Rechte (und damit korrespondierender potentieller Pflichten) verändernd einzugreifen. Mit der Abgabe der Willenserklärung ist diese Rechtsänderung ein für allemal bewirkt; das Gestaltungsrecht hat seinen Zweck erreicht und wird damit hinfällig. Gestaltungsrechte werden durch Ausübung konsumiert, dies wiederum im Gegensatz zu den Herrschaftsrechten, deren Ausübung in der dauernden Geltendmachung eines Willens besteht, der infolge seiner Zurechnung zur Rechtsordnung eine dauernde verhaltensregelnde Wirkung entfaltet.

Wird der Begriff des Rechtsgeschäfts, wie zutreffend, als eine auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Willenserklärung

---

<sup>7</sup> Da der Bezeichnung *Willenserklärung* das Merkmal der Einmaligkeit anhaftet und mehr auf den Akt der Erklärung, denn auf den damit herbeigeführten Zustand angespielt wird, beschränken wir diesen Terminus auf den Zusammenhang der Gestaltungsrechte, während im Zusammenhang der eigentlichen subjektiven Rechte in einem mehr untechnischen Sinn von *Willensäußerung* gesprochen wird.

umschrieben<sup>8</sup>, kann jedesmal, wenn jemand durch *einseitiges Rechtsgeschäft* eine Veränderung im Bestand subjektiver Rechte herbeiführen kann, ein Gestaltungsrecht als zugrunde liegend angenommen werden. Denn das Gestaltungsrecht ist definiert als das Recht, "dessen Inhalt ... die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft" ist<sup>9</sup>.

## II. Selbständige und unselbständige Gestaltungsrechte

Auf Grund der genannten Merkmale bildet bei selbständigen Gestaltungsrechten wie z. B. dem Gestaltungsrecht, eine Offerte anzunehmen und durch die Annahmeerklärung einen Rechte und Pflichten bewirkenden Vertrag herbeizuführen, die Unterscheidung der Gestaltungsrechte als von den Herrschaftsrechten verschiedene Gruppe keinerlei Schwierigkeit. Anders bei jenen Gestaltungsrechten, die mit Herrschaftsrechten verbunden sind und mit ihnen bei unkritischer Betrachtungsweise in eins verfließen. Da derartige Gestaltungsrechte vom Bestand eines eigentlichen subjektiven Rechts abhängen und durch dieses bedingt sind, kann man sie *unselbständige Gestaltungsrechte* nennen und den *selbständigen* Gestaltungsrechten gegenüberstellen. Derartige unselbständige Gestaltungsrechte bestehen vorab in der Befugnis des Trägers eines Herrschaftsrechts, über dieses Recht zu *verfügen*, also es *auf einen Dritten zu übertragen*<sup>10</sup> oder auf dieses Recht zu *verzichten*<sup>11</sup>, das Recht zu *suspendieren*<sup>12</sup> oder es zu *belasten*<sup>13</sup>.

Die genannten unselbständigen Gestaltungsrechte hängen von den Herrschaftsrechten ab, mit denen sie verbunden sind; ihre Ausübung,

---

<sup>8</sup> WINDSCHEID, Pandekten I § 69 p. 310.

<sup>9</sup> SECKEL, p. 210.

<sup>10</sup> Gleichgültig, aus welchem Grund die Übertragung erfolgt: Verkauf, Schenkung, Abtretung an Zahlungs Statt oder zahlungshalber, Sicherungsübereignung usw.

<sup>11</sup> Der Rechtsverzicht kann als Sonderfall der Übertragung eines Rechts konstruiert werden, nämlich als Übertragung auf den Verpflichteten.

<sup>12</sup> Als Hauptbeispiel erscheint die *Stundung* einer Forderung. Suspendierung eines Rechts kommt einem *vorübergehenden Verzicht* gleich.

<sup>13</sup> Durch die Verpflichtung, das subjektive Recht nur in einem bestimmten Sinn auszuüben, in welchem Fall der vom objektiven Recht eingeräumte Bereich der Normsetzungsbefugnis eingeschränkt wird, oder durch Bestellung eines Pfandrechts oder eines anderen beschränkten dinglichen Rechts. Vgl. dazu unten § 19/III.

d. h. die Abgabe der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, kann meist als *bindende Ausübung dieses Herrschaftsrechts* gedeutet werden. Man kann deshalb die Frage aufwerfen, ob es überhaupt notwendig und zweckmäßig sei, sie als besondere Kategorie von Rechten herauszustellen und sie nicht lediglich als besondere Eigenschaft dieser Herrschaftsrechte aufzufassen, nämlich als die Möglichkeit, die fraglichen Rechte bindend auszuüben<sup>14</sup>. Auf die Bildung einer eigenen Kategorie könnte im Fall der unselbständigen Gestaltungsrechte verzichtet werden, wenn die Verfügungsbefugnis, die Möglichkeit der bindenden Rechtsausübung, zum Wesen des subjektiven Rechts schlechthin gehören und bei allen Rechten angetroffen würde. Dies ist nicht der Fall; es sind subjektive Rechte denkbar und im positiven Recht auch gewährleistet, über die Verfügungen im beschriebenen Sinn ausgeschlossen sind (z. B. die Persönlichkeitsrechte). Weiterhin hat die Zurückführung der mit Herrschaftsrechten verbundenen Verfügungsbefugnisse auf eigene Gestaltungsrechte den Vorteil, daß die Ausübung subjektiver Rechte und die Verfügung über subjektive Rechte besser auseinandergehalten wird. Es besteht die Gefahr, dass die Struktur der hier als Ausübung von unselbständigen Gestaltungsrechten charakterisierten rechtsgeschäftlichen Verfügungen über Herrschaftsrechte in die Ausübung dieser Rechte hineinprojiziert und deshalb verkannt wird, daß Rechtsausübung einen Zustand der Normsetzung darstellt und nicht rechtsgeschäftlicher Natur ist<sup>15</sup>. Vgl. dazu auch im folgenden Ziff. V.

### *III. Beispiele von Gestaltungsrechten*

Die positiven Privatrechtsordnungen machen von einseitigen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen Privater so mannigfaltige Rechtswirkungen

---

<sup>14</sup> Ob die hier "unselbständige Gestaltungsrechte" benannten Befugnisse überhaupt als Gestaltungsrechte zu betrachten seien, ist kontrovers. WINDSCHEID, Pandekten I § 37 Ziff. 2 p. 156 betrachtet die Befugnis der Veräußerung einer Sache, der Zession einer Forderung als "Recht" (vgl. dazu auch p. 164/165 Ziff. 2). Ablehnend scheinbar SECKEL, p. 216 und v. TUHR, BGB I p. 164.

<sup>15</sup> Im übrigen sei hier auf THON, Rechtsnorm p. 325 ff., verwiesen, der mit bestechender Brillanz nachweist, daß vom subjektiven Recht selber die "Befugnis, über seine Rechte zu disponieren" zu unterscheiden ist. Diese "Befugnis" ist für ihn genau dasselbe wie die hier beschriebenen unselbständigen Gestaltungsrechte. Seine Gründe gelten heute so gut wie vor fünfundsiebzig Jahren. Sie brauchen nicht wiederholt zu werden.

abhängig, daß sich die denkbaren Gestaltungsrechte nicht abschließend aufzählen lassen. Auch ihre Klassifizierung fällt nicht leicht<sup>16</sup>. Die von v. TUHR bevorzugte Einteilung in *rechtsbegründende*, *rechtsändernde* und *rechtsaufhebende Gestaltungsrechte*<sup>17</sup> läßt sich am ehesten durchführen, wenn sie auch keineswegs voll überzeugt und alle Überschneidungen ausschließt. Anhand dieses Einteilungsschemas seien die wichtigsten Beispiele von Gestaltungsrechten angeführt.

Zu den *rechtsbegründenden* Gestaltungsrechten können die Möglichkeiten gezählt werden, durch Ausübung eines Vorkaufs- oder Kaufsrechts, eines Wiederkaufs- bzw. Rückkaufsrechts subjektive Rechte zu begründen. Als rechtsbegründendes Gestaltungsrecht kann die Rechtsstellung des Adressaten einer Offerte bezeichnet werden, da dieser durch einseitiges Rechtsgeschäft, die Ausübung eines Annahmerechts, einen Vertragsschluß bewirken kann<sup>18,19</sup>. v. TUHR (a. a. O., p. 165) nennt hier weiterhin die Befugnis, "eine in blanco ausgestellte Urkunde auszufüllen und dadurch eine Verpflichtung des Ausstellers zu kreieren", sodann die Möglichkeit, durch *Genehmigung* einen von einem vollmachtlosen Stellvertreter geschlossenen Vertrag für sich wirksam zu machen<sup>20</sup>. { 94/95 }

---

<sup>16</sup> Verschiedene Einteilungsmöglichkeiten untersucht SECKEL, p. 212 ff.

<sup>17</sup> v. TUHR, BGB I p. 162.

<sup>18</sup> Vgl. v. TUHR, BGB I p. 162 ff.

<sup>19</sup> Nicht zu den Gestaltungsrechten ist die Befugnis zu zählen, Dritten durch Unterbreitung einer Offerte ein Gestaltungsrecht einzuräumen. Diese Möglichkeit steht schlechterdings jedermann zu, während die Vorstellung von Gestaltungsrechten nur dann sinnvoll ist, wenn deren Träger eine bevorzugte, nicht jedermann zukommende Stellung hat. So schon SECKEL, p. 211. Die Eigenschaft der *Handlungs-* bzw. *Geschäftsfähigkeit* oder *Volljährigkeit* begründet die Möglichkeit, sich rechtsgeschäftlich zu verpflichten. Weder die genannten Eigenschaften noch die durch sie bewirkte Verpflichtungsmöglichkeit stellt ein Gestaltungsrecht dar.

Mangels einer Vorzugsstellung widerstrebt es auch, mit v. TUHR, BGB I p. 162, die Möglichkeit der *Aneignung* als Gestaltungsrecht zu betrachten. Immerhin trifft es zu, daß der Akt der Aneignung nicht bloß aus einem faktischen Verhalten besteht, sondern eine Willensäußerung impliziert, die erst ihrerseits das Recht des Okkupanten zur Entstehung bringt. Vgl. dazu auch THON, Rechtsnorm p. 336 f.

<sup>20</sup> Ob die Möglichkeit, durch *Testamentserrichtung* den Übergang seiner Rechte auf bestimmte Erben bzw. Vermächtnisnehmer als (unselbständiges) Gestaltungsrecht betrachtet werden soll, erscheint zweifelhaft, da nicht die rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern erst der Tod des Testators den Rechtsübergang bewirkt. Es würde ein unter diese Bedingung gestelltes Gestaltungsrecht anzunehmen sein, wobei gerade die Bedingtheit dem Wesen der Gestaltungsrechte zu widerstreben scheint, die darin beruht, daß durch die rechtsgeschäftliche Willenserklärung als solche die Rechtsänderung bewirkt wird. Ablehnend SECKEL, p. 211,

Als *rechtsändernde* Gestaltungsrechte werden bezeichnet das Wahlrecht bei der Alternativobligation, die Möglichkeit, durch Kündigung die Fälligkeit einer Forderung zu bewirken<sup>21</sup>. Sofern durch Mahnung, Fristansetzung und ähnliche rechtsgeschäftliche Erklärungen ein bestimmtes Rechtsverhältnis verändert werden kann, liegt ebenfalls ein Gestaltungsrecht zugrunde. An dieser Stelle sind vor allem die unselbständigen Gestaltungsrechte der Übertragung subjektiver Rechte zu nennen (z. B. Abtretung, Schenkung usw. sowie deren allfällige Widerrufung), da hier genau besehen nicht dasselbe subjektive Recht weiterbesteht, sondern das subjektive Recht, über das verfügt wird, beim Verfügenden zu bestehen aufhört und beim Ermpfangenden neu entsteht.

Ein *rechtsaufhebendes* Gestaltungsrecht ist das Kündigungsrecht, d. h. die Möglichkeit, durch Willenserklärung ein Dauerrechtsverhältnis wie Miet-, Dienst- oder Gesellschaftsvertrag zu beenden, und schließlich das familienrechtliche Analogon des Ehescheidungsrechts<sup>22</sup>. Zu nennen ist sodann die Möglichkeit, aus einer Körperschaft auszutreten oder eine Erbschaft auszuschlagen, einen Vertrag anzufechten oder von ihm zurückzutreten<sup>23</sup>. Ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht ist schließlich das Recht der Verrechnung bzw. Aufrechnung, da durch einseitige Willenserklärung zwei Rechte beseitigt werden, die durch Verrechnung getilgte Forderung wie das zur Verrechnung gestellte Recht. Ebenso ist die in der Verjährungseinrede enthaltene Befugnis ein Gestaltungsrecht, da der Schuldner durch einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung das Forderungsrecht des Gläubigers aufheben kann<sup>24</sup>.

---

anders scheinbar v. TUHR, BGB I p. 163. Vgl. dazu auch THON, Rechtsnorm p. 333 f. – Der *Vollzug einer Schenkung* ist Ausübung eines Gestaltungsrechts auf Übertragung eines subjektiven Rechts. Dagegen ist die Möglichkeit, ein einseitiges Schenkungsversprechen abzugeben oder einen Schenkungsvertrag zu schließen, kein Gestaltungsrecht sowenig wie die allgemeine Möglichkeit, durch Vertrag oder einseitiges Rechtsgeschäft irgendwelche Pflichten zu übernehmen.

<sup>21</sup> v. TUHR, BGB I p. 163.

<sup>22</sup> Vgl. dazu im folgenden Ziff. IV.

<sup>23</sup> Entgegen v. TUHR, BGB I p. 196, würde ich nicht als Gestaltungsrecht die Befugnis des Schuldners bezeichnen, sich durch Erbringung der Leistung (bzw. bei Annahmeverzug durch deren Hinterlegung) von seiner Schuld zu befreien, da hier nicht bloß eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern nur eine hinzutretende *Handlung* die Befreiung bewirkt.

<sup>24</sup> Vgl. weitere Beispiele aufhebender Gestaltungsrechte bei v. TUHR, BGB I p. 195-203, der diese Abart der Gestaltungsrechte "*negative Rechte*" nennt.

#### IV. "Rechtsgeschäftliche" und "judizielle" Gestaltungsrechte

Subjektive Rechte im eigentlichen Sinn werden prozessual durch Leistungs- oder Unterlassungsklagen, ausnahmsweise durch Feststellungsklagen geltend gemacht<sup>25</sup>. Gestaltungsrechte, die keine Verhaltenspflichten implizieren, können nicht Gegenstand von Leistungs- und Unterlassungsklagen sein.

Gestaltungsrechte werden nur insofern streitig sein, als von deren Existenz der Bestand eigentlicher subjektiver Rechte abhängt. Im Prozeß ist das Vorliegen eines Gestaltungsrechts nur vorfrageweise im Hinblick auf durch sie bedingte Herrschaftsrechte abzuklären. So etwa, wenn Rechte aus einem Vertrag im Streite stehen, dessen Bestand davon abhängt, daß der einen Partei ein Gestaltungsrecht zur Annahme der gegnerischen Offerte zukam<sup>26</sup>. – Es sind nicht leicht Fälle denkbar, bei denen Gestaltungsrechte Gegenstand eines Feststellungsprozesses sein könnten.

Es gibt nun aber eine ganze Reihe von Gestaltungsrechten, die dazu in ihren Auswirkungen besonders bedeutsam sind, die nicht wie die bisher beschriebenen Gestaltungsrechte durch einfache private rechtsgeschäftliche Willenserklärung ausgeübt, sondern nur auf dem Weg der gerichtlichen Klage, der sog. *Gestaltungsklage* geltend gemacht werden können und bei denen der Erfolg der Rechtsänderung erst durch den Entscheid des Gerichts, das *Gestaltungsurteil*, herbeigeführt wird<sup>27</sup>. Als Beispiel von Gestaltungsklagen erscheinen die "Ehenichtigkeits-, Ehescheidungsklage, Klage auf Zusprechung eines Kindes unter Standesfolge, Klage auf Außerehelicherklärung eines Kindes, Klage auf Ungültigkeit einer letztwilligen Verfügung, Klage auf Auflösung einer Gesellschaft aus wichtigem Grund"<sup>28</sup>, die Klage auf Anfechtung von Beschlüssen der Organe juristischer Personen usw., denen immer ein entsprechendes Gestaltungsrecht zugrunde liegend gedacht werden muß<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Vgl. oben § 8/IX.

<sup>26</sup> Vgl. dazu v. TUHR, OR I p. 23.

<sup>27</sup> Als Grund für diese besondere gesetzliche Regelung der Rechtsgestaltungsbefugnis wird das Bedürfnis nach eindeutiger und zweifelsfreier Festlegung eines Rechtsverhältnisses gesehen (so GULDENER, p. 258), sofern nicht Interessen der Öffentlichkeit eine Rolle spielen wie beim Ehescheidungsverfahren und anderen von der Officialmaxime beherrschten Gestaltungsprozessen.

<sup>28</sup> GULDENER, p. 257 Anm. 22.

<sup>29</sup> Über die hier behandelten Gestaltungsrechte vgl. auch SECKEL, p. 236-253, der sie als gesonderte Gruppe derselben behandelt, wenn auch terminologisch nicht abgrenzt. – Die Bezeichnung "Gestaltungsrechte" ist von ihm geradezu im Hinblick auf die

In den genannten Fällen wird ein Gerichtsverfahren nicht von Amts wegen, sondern nur auf Klage des Berechtigten hin durchgeführt. Der Klageerhebung kommt im Falle der Gutheißung im Ergebnis die gleiche Bedeutung zu wie der Ausübung eines gewöhnlichen Gestaltungsrechts durch Privatwillenserklärung. Die gerichtliche Gutheißung ist zwar *conditio sine qua non* der Veränderung der Rechtslage. Da jedoch das Gericht die Klage gutheißen *muß*, wenn dem Kläger ein Klagerecht zusteht, erscheint die Veränderung der Rechtslage durch Gestaltungsurteil ebenso die zwangsläufige Folge der Klageerhebung wie die Rechtsänderung bei der rechtsgeschäftlichen Ausübung gewöhnlicher Gestaltungsrechte; die Klageerhebung als Geltendmachung des Gestaltungsrechts erscheint deshalb als *conditio per quam* der Rechtsänderung.

Um die hier beschriebenen nur auf Grund eines gerichtlichen Urteils (des Gestaltungsurteils) wirksam werdenden Gestaltungsrechte auch terminologisch von den gewöhnlichen durch privates Rechtsgeschäft auszuübenden Gestaltungsbefugnissen zu unterscheiden, möchte ich diese "*judizielle Gestaltungsrechte*" nennen und als solche den übrigen "*rechtsgeschäftlichen Gestaltungsrechten*" gegenüberstellen.

Nachdem gezeigt wurde, daß auch die Rechtsänderung auf dem Weg des Gestaltungsprozesses eine Form der Geltendmachung eines Gestaltungsrechts ist, kann dessen Definition wie folgt ergänzt werden: "*Ein Gestaltungsrecht ist die dem Rechtssubjekt verliehene Befugnis, durch einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung oder Erhebung einer Gestaltungsklage eine Veränderung, im Bestand subjektiver Herrschaftsrechte herbeizuführen.*"

#### V. Insbesondere die Befugnis der Entäußerung eines subjektiven Rechts als Gestaltungsrecht

Wenn das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis bezeichnet wird, ist damit gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß diese Normsetzungsbefugnis innerhalb eines bestimmten Rahmens frei ausgeübt werden kann<sup>30</sup>. Aus diesem auch in den herkömmlichen Formeln der "Willensmacht" und dgl. zum Ausdruck gelangenden Sachverhalt

---

"rechtsgestaltenden Urteile" gewählt worden, deren Name von ihm in die bis heute gebliebene Benennung "Gestaltungsurteile" abgewandelt wurde. Vgl. SECKEL, p. 210.

<sup>30</sup> Vgl. oben § 8/III.

wurde vielfach der Schluß gezogen, daß zum Wesen der subjektiven Rechte die *Möglichkeit der Entäußerung* (Übertragung, Verzicht usw.) gehöre<sup>31</sup>. Diese Auffassung verwechselt das Recht mit dem gestützt darauf zu erhebenden Anspruch und schließt zu Unrecht von der tatsächlich begriffsnotwendig gegebenen Möglichkeit, eine Anspruchserhebung zu unterlassen, auf die Möglichkeit, die Befugnis zur Anspruchserhebung als solche preiszugeben. Meist wird auch diese zweite Befugnis gegeben sein. Indessen werden vom positiven Recht auch subjektive Rechte verliehen, die als solche nicht entäußert werden können, obgleich der Rechtsträger gestützt auf seine Normsetzungsbefugnis keine Ansprüche zu erheben braucht. Wofür als Beispiel lediglich die Persönlichkeitsrechte (ZGB Art. 28, BGB § 823) genannt seien. Wie und unter welchen Voraussetzungen subjektive Rechte entäußert werden können, ist nur vom positiven Recht her zu bestimmen und läßt sich nicht mit rechtsformalen Überlegungen aus dem Wesen des subjektiven Rechts ableiten.

Aus dem Gesagten folgt, daß sich die Rechtsstellung des Eigentümers einer Sache oder des Inhabers eines Forderungsrechts aus zwei zu unterscheidenden Befugnissen zusammensetzt: Dem eigentlichen materiellen subjektiven Herrschaftsrecht einerseits und einem Gestaltungsrecht im Sinne der Möglichkeit der Entäußerung dieses Herrschaftsrechts andererseits<sup>32</sup>. In den meisten Fällen würde es eine ganz unnötige Komplizierung bedeuten, diese beiden Elemente gesondert zu betrachten. Die Unterscheidung ist im wesentlichen nur deshalb erforderlich, um die Verschiedenheit der Struktur der Willensäußerung im Fall der Verfügung über ein subjektives Recht (Rechtsgeschäft) und der Ausübung eines subjektiven Rechts (Setzung von Verhaltensnormen) klarzustellen und sodann um die Entäußerungsbefugnis als ein den subjektiven Rechten nicht inhärentes, sondern nicht immer anzutreffendes akzessorisches Merkmal aufzuzeigen.

Die wichtigsten Tatbestände der "Entäußerung" im bisherigen Sinn sind die *Übertragung eines Rechts* auf einen Dritten<sup>33</sup> und der

---

<sup>31</sup> Vgl. oben § 8/VII, bes. Anm. 23.

<sup>32</sup> Die für eine Unterscheidung des subjektiven Rechts und der Möglichkeit dessen Entäußerung sprechenden Gründe finden sich bereits bei THON, Rechtsnorm p. 325 ff. dargestellt.

<sup>33</sup> der im Fall des relativen Rechts nicht mit dem Verpflichteten identisch ist. Der letztere Fall wäre als Verzicht zu betrachten.

*Verzicht auf ein Recht*, der das Recht untergehen läßt<sup>34</sup>. Da das rechtspolitische Motiv für die Verweigerung der Möglichkeit der Übertragung und der Möglichkeit des Verzichts dasselbe ist, wird die rechtliche Regelung in beiden Punkten meist dieselbe sein<sup>35</sup>.

## § 11. Die gemeinschaftliche Zuständigkeit subjektiver Rechte

### *I. Das Problem*

Besondere Fragen stellen sich, wenn ein und dasselbe subjektive Recht mehreren Personen gemeinsam zusteht. Der Träger eines Rechts kann grundsätzlich die im Recht enthaltene Normsetzungsbefugnis nach persönlicher Willkür ausüben<sup>1</sup>. Verschiedenen gemeinsam Berechtigten kann dagegen nicht die gleiche Freiheit zustehen, da diesfalls die Möglichkeit des Erlasses widersprechender Normen bestünde, die sich gegenseitig aufheben würden. Die Freiheit der Rechtsausübung wird durch gemeinschaftliche Zuständigkeit notwendigerweise in dem Sinn eingeschränkt, daß alle Teilberechtigten nur einen einzigen rechtausübenden Anspruch erheben können, der innerhalb der vom subjektiven Recht gezogenen Schranken frei auszuwählen ist. Wobei die Rechtsordnung, die ein subjektives Recht mehreren gemeinsam verleiht, notwendig auch das Verfahren bestimmen muß, in dem dieser gemeinsame zur Rechtsnorm zu erhebende rechtausübende Wille gebildet wird.

Vielfach läßt sich allerdings ein als Einheit aufgefaßtes subjektives Recht in eine Reihe verschiedener Normsetzungsbefugnisse zerlegen, von denen jede als selbständiges subjektives Recht aufgefaßt werden mag, da jede für sich selbständig und unabhängig von den anderen ausgeübt werden kann, so daß eine Verteilung der verschiedenen Rechte auf die einzelnen Mitberechtigten möglich ist. Im Normalfall ist es gleichgültig, ob ein einziges Recht oder eine Mehrheit

---

<sup>34</sup> Weitere Tatbestände siehe oben Ziff. II bei Anm. 11 und 12.

<sup>35</sup> Immerhin ist es z. B. denkbar, den Handel mit Edelmetallen, d. h. die Übertragung von Eigentumsrechten an solchen, zu untersagen, ohne die Zerstörung oder Dereliktion zu verbieten. Die entgegenstehenden Interessen sind stark genug, Verbotsnormen überflüssig zu machen.

<sup>1</sup> Vgl. oben § 8/III.

von Rechten angenommen wird. Die Frage erhebt sich erst dann, wenn die in einer bestimmten Rechtsstellung enthaltene Befugnis durch eine Mehrheit von Personen wahrgenommen werden soll und es abzuklären gilt, ob ein unteilbares subjektives Recht vorliegt oder aber eine Normsetzungsbefugnis, die sich in verschiedene unabhängige Teilbefugnisse zerlegen läßt, die ihrerseits als selbständige subjektive Rechte betrachtet werden können.

## *II. Einheit eines Rechts oder Mehrheit von Rechten*

Im allgemeinen neigt man dazu, die Befugnisse, die sich aus einem einheitlichen Lebensvorgang oder einer einzelnen Norm des objektiven Rechts herleiten, als *ein* subjektives Recht zu betrachten, so etwa, wenn man vom Recht einer Vertragspartei aus einem bestimmten Vertrag spricht, der möglicherweise ganz verschiedene Ansprüche verleiht, oder dem Recht des Aktionärs, das ein *mixtum compositum* inhaltlich und normativ verschieden gearteter subjektiver Rechte darstellt. Die traditionellen Definitionen des Begriffs des subjektiven Rechts geben keine Anhaltspunkte dafür, wann eine Mehrheit subjektiver Rechte vorliegt. "Willensmacht", "Wollendürfen" usw. sind Vorstellungen, die sich nicht in den Plural setzen lassen (die deutsche Sprache kennt keinen Plural des Wortes "Wille"), die aber auch keine Abgrenzung zwischen Singularität und Pluralität ermöglichen. Erst recht versagt hier die Vorstellung des "geschützten Interesses", kann doch einer Mehrheit von Ansprüchen ein und dasselbe Interesse zugrunde liegen oder umgekehrt ein Anspruch verschiedenste Interessen schützen, ganz abgesehen davon, daß die Verschwommenheit des Interessebegriffs eine Unterscheidung von Ein- und Vielzahl nicht zuläßt. Die Unterscheidung von Einheit und Mehrheit ist lediglich innerhalb des *Normbegriffs* möglich. Dieser ist ein eindeutiges Kriterium der Teilbarkeit eines subjektiven Rechts, wenn jeder Norm eine Normsetzungsbefugnis zugerechnet und ein nicht mehr weiter teilbares subjektives Recht dann angenommen wird, wenn dieses gleichzeitig nur durch einen einzigen Anspruch ausgeübt werden kann.

Auch das nicht unterteilbare subjektive Recht kann auf verschiedene Weise ausgeübt werden und stellt dem Berechtigten verschiedene Anspruchsinhalte zur Auswahl. Als unteilbares Recht ist es dadurch

gekennzeichnet, daß aus einer Vielzahl potentieller Normen nur eine einzige ausgewählt und zur aktuellen Norm erhoben werden kann und daß durch die Wahl dieser einen Norm alle anderen an sich möglichen Normen ausgeschlossen werden, da sie unter sich unvereinbar sind und Widersprechendes nicht gleichzeitig gelten kann. Beispiel: Das Recht auf Übereignung eines Pferdes läßt die Möglichkeit offen, das Tier sofort oder erst auf einen späteren Zeitpunkt zu verlangen, was eine Mehrheit möglicher Norminhalte darstellt. Aber zur aktuellen Norm erhoben werden kann nur *ein* Anspruch. Wer sagt: "Liefere morgen" kann nicht gleichzeitig verlangen: "Liefere heute" oder "Liefere übermorgen". Kann, wie hier, nur *ein* Anspruch erhoben werden, liegt ein unteilbares subjektives Recht vor. Können dagegen kumulativ mehrere sich nicht widersprechende Ansprüche geltend gemacht werden, muß eine Mehrheit subjektiver Rechte angenommen werden, die gegebenenfalls verschiedenen Rechtssubjekten zustehen können.

Ein nur zum Erlaß einer einzigen Norm ermächtigendes subjektives Recht kann freilich dann weiter unterteilt werden, wenn die Unterteilung vorn *Norminhalt* her möglich ist, d. h. wenn das betreffende subjektive Recht auf eine teilbare Leistung gerichtet ist. Wird anstelle der Forderung auf ein Pferd eine Geldforderung gesetzt, liegt zwar immer noch nur ein einziges subjektives Recht vor, das nur zum Erlaß einer einzigen Norm ermächtigt. Es kann jedoch, wenn das Recht mehreren gemeinsam zusteht, die Normsetzungsbefugnis als solche aufgeteilt werden, so daß jeder der Berechtigten ein selbständiges Forderungsrecht auf einen Teilbetrag hat.

Abschließend läßt sich das nicht mehr weiter teilbare subjektive Recht als die Normsetzungsbefugnis definieren, welche unerachtet der Zahl zur Verfügung stehender Norminhalte infolge der Unteilbarkeit des Leistungsinhalts gleichzeitig nur den Erlaß einer einzigen Norm, die Erhebung eines einzigen Anspruchs ermöglicht.

### *III. Gemeinschaftliche Ausübung subjektiver Rechte als Bildung eines einheitlichen normativen Willens*

Verleiht ein nicht weiter teilbares subjektives Recht nur die Befugnis, eine einzige Norm zu erlassen, so kann die Ausübung eines solchen Rechts auch dann nur im Erlaß einer einzigen Norm bestehen,

wenn dieses mehreren gemeinsam zukommt. Gemeinschaftliche Ausübung eines subjektiven Rechts bedeutet deshalb nichts anderes als den Vorgang der Bildung eines einheitlichen normativen Willens. Dabei hat die Rechtsordnung das Verfahren zu bestimmen, in welchem aus den möglicherweise widersprechenden Absichten der verschiedenen Rechtsträger der maßgebende rechtsausübende Wille gebildet wird. Über dieses Verfahren läßt sich nichts Allgemeingültiges aussagen. Vielmehr bieten sich dem Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten an, wobei die Lösung je nach der Natur des gemeinschaftlich auszuübenden Rechts und der Art des Zusammenschlusses der zum fraglichen subjektiven Recht zuständigen Personenmehrheit verschieden sein wird. Es kann *Einstimmigkeit* gefordert sein, in welchem Fall der zur Normgeltung gelangende Wille dem tatsächlichen Willen aller Berechtigten entspricht, was im wesentlichen Rechtens ist, wenn das Recht einer Gemeinschaft zur gesamten Hand zusteht, oder es kann der Wille der (einfachen oder qualifizierten) Mehrheit der Berechtigten den Ausschlag geben. Es kann aber auch jeder einzelne allein zur Rechtsausübung befugt sein, in welchem Fall immer der zuletzt geäußerte Einzelwille als Wille aller Berechtigten zu gelten hat.

## **§ 12. Die Zurechnung der subjektiven Rechte (Rechtsträgerschaft) – Stellvertretung, Rechtsfähigkeit**

Subjektive Rechte als Befugnisse der Normsetzung müssen einer bestimmten Person zugerechnet werden, die zur Normsetzung befugt ist. Diese wird als "berechtigt" oder als "Träger des subjektiven Rechts" bezeichnet, so auch in dieser Schrift. Sowohl bei der Auffassung der subjektiven Rechte als Normsetzungsbefugnis wie als Willensmacht und dgl. würde demnach primär derjenige als berechtigt erscheinen, der zur Ausübung der Normsetzungsbefugnis tatsächlich zuständig ist. Damit läßt sich indessen die Vorstellung einer Ausübung von Rechten durch *Stellvertretung* nicht vereinbaren, welche die Möglichkeit des Auseinanderfalls von tatsächlicher Normsetzungsbefugnis und Rechtsträgerschaft voraussetzt. Nach allgemeiner, auch im positiven Recht mannigfaltig verwirklichter Auffassung

kann zur Ausübung eines subjektiven Rechts nicht nur der Rechtsträger selber befugt sein, sondern auch derjenige, den Gesetz oder Rechtsgeschäft zur Ausübung des Rechts eines Dritten ermächtigen, welches Recht deswegen nicht aufhört, das Recht dieses Dritten zu sein, und dies selbst dann nicht, wenn die Rechtsausübung ohne Rücksicht auf den Willen oder gar gegen den Willen des Rechtsträgers erfolgen kann.

Die Möglichkeit, Rechte durch einen Stellvertreter auszuüben, die von den praktischen Bedürfnissen dringend gefordert und in den modernen Rechtsordnungen mehr oder weniger gewährt wird, läßt sich nur durch eine *Fiktion* mit der hier vertretenen wie mit der pandektistischen Auffassung<sup>1</sup> des subjektiven Rechts vereinbaren: Die vom Stellvertreter ausgeübte und ihm zustehende Normsetzungsbefugnis wird dem Vertretenen zugerechnet, wie die vom Stellvertreter erlassene rechtsausübende Norm als vom Rechtsträger gesetzt fingiert wird. Bei der normativen Konstruktion des Vertretungsverhältnisses wird die Person des Stellvertreters im Ergebnis ausgeklammert; sie erscheint nicht in der rechtlichen Schlußbilanz, sowenig wie etwa der Bote, der die Willensäußerung eines Rechtsträgers übermittelt hat. Diese Konstruktion, die den Willen eines Stellvertreters als Willen des Rechtsträgers fingiert, hat vor allem in jenen Fällen Kopfzerbrechen verursacht, in denen als Berechtigter ein Rechtssubjekt erscheint, das seiner Natur nach gar keinen vernünftigen Willen haben kann und dem trotzdem Rechtsfähigkeit (d. i. Fähigkeit, Träger subjektiver Rechte zu sein) zuerkannt wird, etwa einer Stiftung oder einem neugeborenen Kind. An sich wäre es möglich, ohne die Hilfsvorstellung der Stellvertretung auszukommen, indem eine unter bestimmte Bedingungen gestellte Übertragung der auszuübenden Rechte vom Berechtigten auf den Stellvertreter angenommen würde. Eine derartige Lösung wird teilweise im Common Law verwirklicht, wenn z. B. Minderjährige kein Grundeigentum haben können, sondern das Eigentum unter dem Titel selbständiger Rechtsträgerschaft bei einem Treuhänder liegt, der im wesentlichen die Funktionen eines Stellvertreters ausübt<sup>2</sup>. Aber gelegentlich wird eine

---

<sup>1</sup> Bei der Umschreibung des subjektiven Rechts als eines rechtlich geschützten Interesses, die eine teleologische Umschreibung der Funktion des subjektiven Rechts, nicht aber eine Erklärung dessen normativer Wirkungsweise enthält, besteht diese Schwierigkeit nicht.

<sup>2</sup> Vgl. MEGGARY / WADE, p. 938; JAMES, p. 118.

Auflösung der im Stellvertretungsverhältnis begründeten Fiktion und eine Betrachtungsweise, welche den Stellvertreter seinerseits als Träger der von ihm ausgeübten Rechte auffaßt, auch noch in neuester Zeit gefordert<sup>3</sup>. Damit könnte indessen nichts gewonnen werden. Fiktionen sind weder schädlich noch unwissenschaftlich, wenn sie als solche erkannt werden. Die herkömmliche Betrachtungsweise ist das rechtstechnisch einfachste Mittel zur Darstellung des vom Gesetzgeber gewollten Resultats, daß willensunfähige Personen (z. B. Kleinkinder), transpersonale Vermögenseinheiten (Stiftungen) oder Personenverbindungen als solche in den Genuß subjektiver Rechte gelangen sollen und daß der fehlende Wille des Rechtsträgers durch denjenigen eines Dritten ersetzt wird, der die Rechte im Interesse des Berechtigten wahrzunehmen hat.

Wenn sich vom normativen Standpunkt aus nicht unterscheiden läßt, ob der Rechtsausübende aus eigenem Recht oder als Stellvertreter handelt, so nur im Hinblick auf die eigentliche Rechtsausübung den Tatbestand der Anspruchserhebung und Normsetzung. Der Gegensatz zwischen Rechtsausübung aus eigenem Recht oder als Vertreter des Rechtsträgers findet natürlich ebenfalls einen normativen Niederschlag, nur äußert sich dieser nicht primär im stellvertretungsweise ausgeübten Rechtsverhältnis, d. h. gegenüber dem Verpflichteten. So, wenn der durch Rechtsgeschäft eingesetzte Stellvertreter im internen Verhältnis zum Berechtigten verpflichtet ist, dessen Instruktionen zu befolgen. Oder wenn bei einer durch Gesetz begründeten Stellvertretung (z. B. derjenigen des Vormundes) der Stellvertreter die Pflicht hat, die Interessen des Vertretenen wahrzunehmen, in welchem Fall er eine Kompetenz ausübt, die ihrerseits normativ geregelt ist. Beiden Fällen ist gemeinsam, daß der Stellvertreter zwar möglicherweise die ihm übertragenen Rechte in bestimmtem Sinn ausüben *muß*, daß er aber, soweit überhaupt ein echtes Vertretungsverhältnis im hier beschriebenen Sinn vorliegt, die Rechte nach seinem Belieben ausüben *kann*, daß mit anderen Worten ein Verstoß gegen die internen Vorschriften der Rechtsausübung zwar Sanktionen gegen den Vertreter auslöst, nicht aber die Gültigkeit der Rechtsausübung hindert.

Die Zurechnung eines subjektiven Rechts im genannten Sinn wirkt sich weiter dahin aus, daß dieses subjektive Recht als *Haftungssubstrat*

---

<sup>3</sup> So KELSEN, RRL II p. 162-167.

nicht für Pflichten des Stellvertreters, sondern des Rechtsträgers dient: Das fragliche Recht kann nicht im Konkurs des normsetzungsbefugten Stellvertreters, sondern demjenigen des vertretenen Rechtsträgers verwertet werden; der Verpflichtete kann eine eigene Forderung nur gegen Forderungen des Rechtsträgers, nicht aber gegen Forderungen des Stellvertreters verrechnen. Würde auf die Zurechnung der subjektiven Rechte zum Vertretenen verzichtet und der Stellvertreter seinerseits als berechtigt betrachtet, müßten diese sinnvollen und vom Gesetzgeber gewollten Konsequenzen der herkömmlichen Betrachtungsweise mittels komplizierter Sonderregelungen bewirkt werden.

Die Unterscheidung von Rechtsträgerschaft und Kompetenz zur Ausübung fremder Rechte setzt beträchtliche juristische Abstraktionsfähigkeit voraus, vor allem, wenn es sich um die Erfassung des Tatbestandes der Vertretung eines willensunfähigen Subjekts handelt, das keinen Einfluß auf die Ausübung "seines" Rechts nehmen kann. Sie war nicht durchgehend vollzogen bei den Römern, denen die Vorstellung der Stellvertretung noch weitgehend fremd war<sup>4</sup>, ist aber auch nicht rein durchgeführt im Common Law, wo z. B. Minderjährigen die Fähigkeit, Grundeigentum zu haben, abgeht und entsprechende Rechte einem Treuhänder zugerechnet werden<sup>5</sup>, hinter welcher Regelung offenbar die Auffassung steht, daß bei besonders wichtigen Rechten wie Eigentumsrechten an Grundstücken die materielle Berechtigung und die effektive Normsetzungsbefugnis nicht auseinanderfallen dürfe.

---

<sup>4</sup> Vgl. KASER, Römisches Privatrecht I p. 225 ff., II p. 66 ff., Kurzlehrbuch § 11 p. 50 ff.

<sup>5</sup> Vgl. oben Anm. 2.

## KAPITEL III

### DIE VERLETZUNG SUBJEKTIVER RECHTE

#### § 13. Die Verletzung subjektiver Rechte als Anspruchsverletzung

##### *I. Grundsatz*

*Das als Normsetzungsbefugnis aufgefaßte subjektive Recht ist dann "verletzt", wenn die in dessen Ausübung vom Rechtsträger erlassenen Normen vom Normadressaten nicht befolgt werden.*

Im strengen Sinn des Wortes ist eine "Verletzung" eines subjektiven Rechts nicht möglich, da der Bestand des Rechts, die Normsetzungsbefugnis, durch die Nichtbefolgung der gestützt darauf ergangenen Normen nicht betroffen wird. Nun spricht man aber allgemein von einer Verletzung von Normen, obwohl auch hier die Mißachtung eines Rechtssatzes dessen Geltung nicht in Frage stellt. Will man die Vorstellung der Normverletzung beibehalten, ist unter diesem Gesichtspunkt auch nichts gegen die Formel der "Verletzung eines subjektiven Rechts" einzuwenden<sup>1</sup>.

Dagegen muß die Vorstellung der "Verletzung eines subjektiven Rechts" auf Grund der hier vorgeschlagenen Auffassung des subjektiven Rechts als Normsetzungsbefugnis korrigiert oder wenigstens präzisiert werden. Bei normativer Rechtsauffassung kann eine Verletzung subjektiver Rechte nichts anderes sein als eine Mißachtung

---

<sup>1</sup> Der überlieferte, auf Rechtssätze und subjektive Rechte gleichermaßen angewandte Terminus der "Verletzung" mag immerhin illustrieren, daß auch im unreflektierten juristischen Bewußtsein die Nichtrespektierung objektiver Rechtsnormen und subjektiver Rechte als im Grunde identische Erscheinungen aufgefaßt und subjektive Rechte als normative Sachverhalte empfunden werden.

von Verhaltensnormen. Subjektive Rechte als solche konstituieren keine Verhaltensvorschriften, sondern erst deren Ausübung. Wenn der durch ein subjektives Recht Belastete nicht durch die bloße Existenz dieses Rechts zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet wird, sondern erst durch die Anspruchserhebung, so kann nicht das Recht, sondern lediglich dieser Anspruch verletzt werden, da nur bezogen auf diesen Anspruch der Tatbestand der Normverletzung angenommen werden kann. Mißachtet oder "verletzt" werden demnach nicht subjektive Rechte, sondern die gestützt auf diese erhobenen Ansprüche, die ihrerseits Normen sind. *Rechtsverletzung ist Anspruchsverletzung.*

Kurzerhand von der "Verletzung eines subjektiven Rechts" zu sprechen mag im Sinne einer vereinfachenden Betrachtungsweise auch künftig gängig sein in jenen Fällen, bei denen zweifelsfrei feststeht, in welchem Sinn der Berechtigte das fragliche Recht ausgeübt hat, welche Ansprüche gestützt auf dieses Recht erhoben wurden. Es soll hier nicht gegen diese verwurzelte Bezeichnung Sturm gelaufen, sondern lediglich gefordert werden, daß sich die Privatrechtsdogmatik vergegenwärtigt, daß der Tatbestand der Verletzung eines subjektiven Rechts durch die Verletzung der gestützt auf dieses Recht erlassenen Normen konstituiert wird, daß mithin die Vorstellung der Rechtsverletzung sich durch den präziseren Begriff der "Anspruchsverletzung" ersetzen läßt.

Der Sachverhalt, daß nur einzelne Ansprüche, nicht aber ein subjektives Recht als solches verletzt werden kann, kommt u. A. darin zum Ausdruck, daß die Vorstellung einer "Verletzung" nur hinsichtlich solcher Rechte möglich ist, welche die Befugnisse einräumen, hic et nunc Ansprüche zu erheben, mithin derjenigen Rechte, die *fällig* sind. Eine noch nicht verfallene Forderung z. B. kann in keiner Hinsicht "verletzt" werden.

Auch die bisherige Lehre hat keineswegs verkannt, daß subjektive Rechte eine normative Komponente haben, was im Zusammenhang der Verletzung subjektiver Rechte besonders deutlich wird: Diese sollen nicht verletzt werden, und eine Verletzung verstößt wohl auch gegen objektives Recht, ist rechtswidrig, widerrechtlich. Die Doktrin hat diesen offenkundigen Zusammenhang zwischen subjektivem Recht und Verhaltensnormen bisher kaum analysiert und damit die Frage im Dunkeln gelassen, welche Seite des Verhaltens des Verpflichteten die Rechtsverletzung bewirkt und worin das die

Rechtswidrigkeit konstituierende Element besteht. Damit ist aber ein wichtiger Aspekt der Figur des subjektiven Rechts dogmatisch unbewältigt geblieben. Die verschiedenen pandektistischen Umschreibungen des Begriffs: "Willensmacht", "Willensherrschaft", "Wollendürfen" usw. oder die Formel der "rechtlich geschützten Interessen" sind alle zusammen gleich wenig in der Lage anzugeben, was die Rechtsverletzung, die eine Normverletzung sein muß, ausmacht. Die fraglichen Definitionen können dies nicht tun, da sie die Auswirkungen der Verleihung subjektiver Rechte *bildhaft paraphrasieren*, nicht aber die Norm bezeichnen, deren Verletzung die Verletzung eines Rechts im subjektiven Sinn und gleichzeitig eine Normwidrigkeit konstituiert. Demgegenüber darf die hier vorgeschlagene Umschreibung des Begriffs des subjektiven Rechts als Normsetzungsbefugnis für sich in Anspruch nehmen, diesen normativen Bezugspunkt sichtbar zu machen. Die Einsicht, daß der Wille des Trägers eines subjektiven Rechts als Rechtsnorm aufzufassen ist, führt zwangsläufig zur Einsicht, daß die Verletzung eines subjektiven Rechts in der Mißachtung des rechtsausübenden und damit normativen Willens des Berechtigten besteht.

## *II. Die Rechtsverletzung beruht in einem tatsächlichen Verhalten des Normadressaten*

Normen regeln tatsächliches Verhalten, und deren Verletzung kann nur in einem tatsächlichen Verhalten bestehen. Das gilt auch im Zusammenhang subjektiver Rechte, die ebenfalls nur durch faktisches Verhalten, niemals aber durch Willensäußerungen, insbesondere nicht durch Bestreitung verletzt werden können<sup>2</sup>.

Aus dem genannten Grund können nur subjektive Rechte im Sinn der Herrschaftsrechte, nicht aber Gestaltungsrechte verletzt werden. Der Träger eines *Gestaltungsrechts* hat nicht die Befugnis, Verhaltensnormen zu erlassen, die als solche verletzt werden könnten. Er

---

<sup>2</sup> Es braucht kaum erwähnt zu werden, daß umgekehrt zu Unrecht erhobene Ansprüche, angemäße Rechte, nicht verletzt werden können. Zwar haben auch angemäße Ansprüche die logische Struktur von Normen, so daß an sich auch hier die Vorstellung einer Normverletzung möglich wäre. Die fragliche Willensäußerung wird indessen, da keine entsprechende Normsetzungsbefugnis delegiert wurde, nicht der Rechtsordnung zugerechnet, so daß sie keine Geltung im Rechtssinn hat und deshalb auch nicht als Rechtsnorm. verletzt werden kann.

kann vielmehr durch eine einmalige Willenserklärung eine Veränderung im Bestand subjektiver Rechte herbeiführen. Werden diese subjektiven Rechte ihrerseits bestritten, ändert dies nichts an der Rechtslage; die Ausübung des Gestaltungsrechts entfaltet trotzdem ihre Wirkung. Wenn die in Ausübung des Gestaltungsrechts herbeigeführte Rechtslage nicht respektiert wird, so ist diese Normverletzung nicht als Verletzung des Gestaltungsrechts zu betrachten, sondern muß als Verletzung der durch Ausübung des Gestaltungsrechts bewirkten subjektiven Rechte aufgefaßt werden. Wird z. B. die Berechtigung einer Kündigung vom Mieter bestritten oder gibt der Mieter das Mietobjekt nicht fristgerecht zurück, so wird nicht das Gestaltungsrecht der Kündigung verletzt, sondern im zweiten Fall der aus dem Eigentumsrecht oder dem Mietvertrag fließende Rückgabeanspruch, während im ersteren Fall der bloßen Bestreitung der Kündigungsbefugnis überhaupt keine Rechtsverletzung vorliegt.

Die Verletzung eines Rechts bzw. eines Anspruchs besteht immer *in einem dem gebotenen Verhalten konträren Benehmen*. Ist ein Tun vorgeschrieben, besteht die Verletzung in einem Unterlassen<sup>3</sup>, und umgekehrt. Wenn es richtig ist, daß absolute Rechte lediglich negativen Gehalt haben und zu Unterlassungen verpflichten<sup>4</sup>, können sie nur durch ein positives Tun verletzt werden.

Bei einer normativen Auffassung des Begriffs des subjektiven Rechts ist es selbstverständlich, daß subjektive Rechte nur von den durch die Rechte Verpflichteten, den Normadressaten, verletzt werden können, d. h. die absoluten Rechte von jedermann, die relativen Rechte dagegen nur von den am fraglichen Rechtsverhältnis Beteiligten. Damit soll nicht die rechtslogische Unmöglichkeit einer Lösung behauptet werden, die auch an einem Vertrag unbeteiligte Dritte zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, etwa jedermann verbietet, eine Partei an der Vertragserfüllung zu hindern. Nur könnte diesfalls nicht mehr von relativen Rechten gesprochen werden, sofern diese als "nur gegen eine einzelne Person oder eine begrenzte Mehrheit von Personen wirkend" definiert werden<sup>5,6</sup>.

---

<sup>3</sup> Unterläßt der Normadressat innerhalb des normativ geregelten Bereichs nicht jedes Verhalten, entspricht aber sein Tun nicht völlig dem durch die Norm gebotenen Benehmen, so ist dieses Verhalten logisch ein Unterlassen, nämlich Unterlassen des befohlenen Tuns.

<sup>4</sup> Vgl. unten § 16/V.

<sup>5</sup> WINDSCHEID, Pandekten I § 41, sodann vgl. unten § 16.

<sup>6</sup> Wobei noch abzuklären bleibt, ob eine derartige Pflicht überhaupt als Ausfluss eines subjektiven Rechts betrachtet werden kann und nicht eher als objektiv-rechtliche oder öffentlich-rechtliche Pflicht zu betrachten ist.

### III. Die auf der Verletzung subjektiver Rechte stehenden Sanktionen: Kumulative oder vikariierende sekundäre Rechte – Zwangsvollzug

Die Frage, ob ein subjektives Recht verletzt sei oder nicht, wird gestellt im Hinblick auf die für den Fall der Rechtsverletzung statuierten *Sanktionen*. Sind Rechtsnormen, die nicht mit Zwang ausgestattet sind und deren Verletzung keine Unrechtsfolgen nach sich zieht, begrifflich denkbar, so widersprechen sie dem Zweck der Rechtsordnung und haben keinen praktischen Sinn. Am wenigsten Sinn hätten subjektive Rechte, die ungestraft verletzt werden könnten, d. h. deren Verletzung dem betroffenen Rechtsträger weder die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung noch irgendwelche sekundären Ansprüche verleihen würde.

Welche Rechtsfolgen an den Tatbestand der Verletzung eines subjektiven Rechts zu knüpfen sind, läßt sich nicht aus normlogischen Überlegungen ableiten. Unter teleologischen Gesichtspunkten ergibt sich jedoch, daß die Sanktionen *wiederum subjektive Rechte* sein müssen, die dem Träger des verletzten Rechts zuwachsen: Sind schon die subjektiven Rechte im Interesse des Rechtsträgers aufgestellt, müssen es auch die auf der Rechtsverletzung stehenden Sanktionen sein; auch sie werden nicht vom objektiven Recht zwingend verhängt, sondern in Gestalt subjektiver Rechte dem Belieben des betroffenen Rechtsträgers anheimgegeben werden<sup>7</sup>.

In Analogie zum Begriffspaar der primären und sekundären Normen<sup>8</sup> können diejenigen subjektiven Rechte als *sekundäre (subjektive) Rechte* bezeichnet werden, die als Sanktionen an die Verletzung ursprünglicher subjektiver Rechte geknüpft werden, die ihrerseits *primäre (subjektive) Rechte* genannt werden können. Entsprechend kann man auch von primären und sekundären Pflichten reden, je nachdem, ob sie primären oder sekundären Rechten gegenüberstehen<sup>9</sup>. Als sekundäre subjektive Rechte (und entsprechende Pflichten)

---

<sup>7</sup> Objektiv-rechtliche, d. h. vom Willen des Verletzten unabhängige Sanktionen können *kumulativ* neben subjektive Rechte treten, so z. B. bei Diebstahl öffentlich-rechtliche Strafe neben private Schadenersatzansprüche des Bestohlenen.

<sup>8</sup> Vgl. oben § 5/IX.

<sup>9</sup> Nicht zu billigen ist die Terminologie v. TUHRs, der Gestaltungsrechte, "Machtbefugnisse" und dgl. Als sekundäre Rechte bezeichnet (OR I p. 20, BGB I p. 159 ff.). Gerade die Gestaltungsrechte als Befugnisse, auf den Bestand subjektiver Rechte einzuwirken, sind nicht "sekundäre", d. h. nachgeordnete Größen, sondern den subjektiven Rechten im Stufenbau der Rechtsordnung übergeordnet, so dass sich die Bezeichnung als "sekundär" nicht empfiehlt.

kommen in Frage subjektive Rechte auf Schadenersatz oder Genugtuung, auf Beseitigung einer Störung oder Rückgabe eines Gegenstandes usw.

Sekundäre Rechte im genannten Sinn können entweder zum primären Recht hinzutreten, das seinerseits neben dem Sanktionsanspruch weiterbesteht, oder aber sie können das primäre Recht ersetzen, was immer dann der Fall sein wird, wenn dessen Erfüllung unmöglich oder sinnlos geworden ist. Je nachdem kann man von *kumulativen sekundären Rechten* sprechen, die das primäre Recht *ergänzen*, oder von *vikariierenden sekundären Rechten*, die das primäre Recht *ersetzen*. Dabei kann die Umwandlung des ursprünglichen primären Rechts in das vikariierende subjektive Recht entweder von Gesetzes wegen eintreten oder nach Wahl des Berechtigten, in welchem Fall dem Träger des verletzten primären Rechts ein *Gestaltungsrecht* auf Umwandlung seines ursprünglichen Rechts in einen sekundären Anspruch zusteht.

Nicht als Sanktion im engeren Sinn kann der *Zwang* angesprochen werden, mit dem die Beobachtung einer nicht freiwillig erfüllten Pflicht bewirkt werden soll. Durch die zwangsweise Durchsetzung einer Norm wird am normativen Bestand nichts verändert; die Pflicht bleibt auch im Stadium der Erzwingung dieselbe. Deren Erfüllung ist die Erfüllung der ursprünglichen, nicht die Erfüllung einer als Sanktion verhängten sekundären Pflicht. Eine besondere Gruppe bilden daher jene Rechte, deren Mißachtung zwar dem Rechtsträger die Möglichkeit eröffnet, die Erfüllung seiner Ansprüche zwangsweise durchzusetzen, die aber nicht die Entstehung eines sekundären Rechts oder den Eintritt anderer Sanktionen veranlaßt. Als Hauptbeispiel derartiger erzwingbarer, aber durch keine weiteren Sanktionen geschützter Rechte erscheinen *Geldforderungen*, die durch Zwangsvollstreckung eingetrieben werden können, deren nicht rechtzeitige Begleichung aber scheinbar in beinahe allen Rechtsordnungen keine sekundären Rechte wie Schadenersatzansprüche auslöst, mag der Gläubiger durch die Verzögerung der Erfüllung noch so sehr geschädigt sein<sup>10</sup>. Bei diesen im engeren Sinn "sanktionslosen" Rechten widerstrebt es etwas, überhaupt von einer "Verletzung"

---

<sup>10</sup> Wobei immerhin die meist von Gesetzes wegen verfallenden *Verzugszinsen* als Sanktion zu betrachten sind.

des Rechts, etwa einer "Forderungsverletzung" zu sprechen, obgleich der Tatbestand einer Normverletzung grundsätzlich gegeben ist. Da diese Normverletzung keine Veränderung im normativen Bestand auslöst und dem Berechtigten dadurch keine sekundären Rechte zuwachsen, ist die Frage, ob eine solche Verletzung eingetreten sei oder nicht, praktisch unerheblich und der Begriff der Rechtsverletzung damit ohne Sinn; es interessiert lediglich die Frage, ob bereits erfüllt worden ist oder nicht, d. h. ob das primäre Recht und die primäre Pflicht noch bestehen.

Während in der allgemeinen Privatrechtslehre des Kontinents der Gegensatz zwischen primären und sekundären subjektiven Rechten im hier entwickelten Sinn, soviel ich sehe, nicht herausgearbeitet und terminologisch festgehalten wird, ist dies in der Doktrin des Common Law anders, wo man den ursprünglichen *primären* Rechten, die als "*antecedent rights*" bezeichnet werden, die "*remedial rights*" gegenüberstellt, die in allen Stücken den hier beschriebenen *sekundären* Rechten entsprechen<sup>11</sup>.

#### IV. Rechtsverletzung und Verschulden

Die Frage nach der Verletzung einer Norm ist die Frage nach der Kongruenz eines bestimmten Verhaltens mit der sich auf dieses Verhalten beziehenden Norm. Davon als einer Frage der Tatbestandsmäßigkeit ist zu unterscheiden die Frage des *Verschuldens*, die eine Frage der *Zurechnung* ist und dahin lautet, ob das den Tatbestand einer Normverletzung konstituierende äußere Verhalten dem Täter auch im Rechtssinn schuldhaft zugerechnet werden könne<sup>12</sup>. Auch diese Frage erhebt sich im Hinblick auf das Eintreten von Unrechtsfolgen, ist aber von der Frage der Normwidrigkeit des zu beurteilenden Verhaltens unabhängig und erst nach dieser zu behandeln. Hier ist lediglich festzuhalten, daß die Verletzung subjektiver Rechte allein durch den Tatbestand der Normverletzung, d. i. die Nichtbeachtung

---

<sup>11</sup> Z. B. HOLLAND, p. 147, 168. SALMOND spricht von "*primary rights*" und "*sanctioning rights*", hat jedoch den gleichen Gegensatz im Auge. Vgl. SALMOND, p. 86 f. Siehe weiterhin oben § 5/IX.

<sup>12</sup> Über die Frage des Verschuldens als einer Frage der Zurechnung vgl. KELSEN, "Kausalität und Zurechnung", in ARSP 46 (1960) p. 321 ff. – Zum Verschuldensbegriff weiterhin OFTINGER, Haftpflichtrecht p. 120 ff. mit zahlreichen Literaturhinweisen.

der gestützt auf diese Rechte erhobenen Ansprüche, gebildet wird und ganz unabhängig vom Problem zu betrachten ist, ob das allenfalls norm- und rechtsverletzende Verhalten dem Verpflichteten schuldhaft zugerechnet werden kann und deshalb Sanktionen auslöst.

#### **§ 14. Ablehnung der Identifikation von Verletzung des subjektiven Rechts und von Verletzung des Rechtsobjekts**

##### *I. Das die Verletzung eines subjektiven Rechts ausmachende Merkmal kann nicht in der Verletzung des sog. Rechtsobjekts bestehen*

Wie noch zu zeigen sein wird, besteht eine Eigentümlichkeit der absoluten Rechte, und vor allem der als "dinglich" bezeichneten absoluten Rechte, darin, daß die inhaltliche Umschreibung der dem Berechtigten eingeräumten Normsetzungsbefugnis durch Verweisung auf einen mehr oder weniger körperhaften Gegenstand, das sog. *Rechtsobjekt*, erfolgt<sup>1</sup>. Dieses Rechtsobjekt stellt den sachlichen Bereich dar, auf den sich die Normsetzungsbefugnis bezieht. Diese Normsetzungsbefugnis ist ihrerseits wesensmäßig *negativ* in dem Sinn, daß der Berechtigte Einwirkungen auf das Rechtsobjekt untersagen kann, während ihm Leistungsansprüche keine zustehen<sup>2</sup>. Endlich sind die meisten absoluten Rechte dadurch gekennzeichnet, daß eine Vermutung besteht, hinsichtlich der Ausübung dieser Rechte sei der Wille des Rechtsträgers dahin gerichtet, Dritten die Einwirkung auf das Rechtsobjekt zu untersagen<sup>3</sup>.

Die drei Elemente: Abgrenzung des Inhalts der dem Berechtigten verliehenen Normsetzungsbefugnis durch die Vorstellung eines "Rechtsobjekts", negatorischer (negativer) Gehalt der Normsetzungsbefugnis, sodann die Vermutung, daß der Berechtigte sein Recht im Sinne der Untersagung von Einwirkungen ausübe, haben zu der weitverbreiteten, wenn auch theoretisch kaum analysierten, sondern im Bereich des "juristischen Unterbewußten" wirkenden Vorstellung geführt, ein absolutes Recht sei dann verletzt, wenn dessen Rechtsobjekt

---

<sup>1</sup> Vgl. unten § 18/III.

<sup>2</sup> Vgl. unten § 16/V.

<sup>3</sup> Vgl. oben § 8/II.

"verletzt" worden sei. Die *Bedenklichkeit der Identifikation von Rechtsverletzung und Rechtsobjektsverletzung*, die genauesehen auf eine *Identifikation von Recht und Rechtsobjekt* hinausläuft, sei im folgenden in den wichtigsten Punkten aufgezeigt.

a) Die Gleichsetzung von Rechtsverletzung und Rechtsobjektsverletzung, die vor allem bei den "iura in rem", den dinglichen Rechten, naheliegt und von hier analog auf alle absoluten Rechte übertragen wird, *versagt* zum vorneherein vollständig bei den "*iura in personam*", den *relativen* Rechten. Die durch relative Rechte bedingten Pflichten können nicht mit einem Hinweis auf einen bestimmten Sachbereich bezeichnet werden, und zwar schon deshalb nicht, weil die Pflichten sich hier nicht in rein negativen Pflichten des Unterlassens von Einwirkungen auf eine bestimmte Sphäre erschöpfen, sondern an sich jeden beliebigen positiven Inhalt haben können. Die zum vorneherein auf eine Unterart der subjektiven Rechte beschränkte Umschreibung der Rechtsverletzung als Rechtsobjektsverletzung stellt sich damit einer einheitlichen und geschlossenen Erfassung aller subjektiven Rechte in den Weg und verunmöglicht die Erkenntnis des Wesens der Rechtsverletzung, das zwangsläufig bei allen Rechtsgattungen dasselbe sein muß.

b) Die Identifikation der Verletzung von subjektiven Rechten und von Rechtsobjekten versagt nicht nur bei den relativen Rechten, sondern auch bei jenen absoluten Rechten, die sich nicht auf einen körperhaften Gegenstand beziehen und denen ein Rechtsobjekt wenigstens im ursprünglichen Sinne nicht zugrunde liegt. Es sind dies die sog. *Immaterialgüterrechte* im weitesten Sinn unter Einschluß der *Persönlichkeitsrechte*. Soweit eine positive Rechtsordnung Persönlichkeitsrechte verleiht, beziehen sich diese nur zum Teil (nämlich soweit sie die körperliche Integrität des Individuums schützen) auf ein körperhaftes Objekt; sobald der Schutz der Ehre, der Geheimsphäre, der persönlichen Ungestörtheit oder der sog. Integrität des Gefühlslebens im Spiele steht, versagt die Vorstellung eines Rechtsobjekts oder kann nur mit gewundenen und gekünstelten Analogien aufgebaut werden, die den Dienst meist gerade dann versagen, wenn die konkrete Frage zu entscheiden ist, ob eine Verletzung des "Rechtsobjekts"<sup>4</sup> vorliegt. Auch Patentrechte als Ansprüche auf Unterlassung

---

<sup>4</sup> Oder besser: "der rechtlich geschützten Sphäre", wie man hier allgemeiner gefaßt sagen müßte, da die Bezeichnung "Objekt" zu sehr auf körperhafte Gegenstände zugeschnitten ist.

der Herstellung bestimmter Gegenstände oder der Anwendung bestimmter Verfahren lassen sich nicht ohne Zwang als auf Rechtsobjekte bezogene Rechte konstruieren, ebensowenig Urheberrechte, Markenrechte usw., wenigstens wenn Rechtsobjekte als etwas Körperhaftes verstanden werden.

c) Kommt die Umschreibung des Talbestandes der Rechtsverletzung ohnehin nur bei jenen Rechten in Frage, die auf ein bestimmtes körperliches Objekt bezogen sind, verleitet sie auch dort zu Fehlschlüssen. Beinahe zwangsläufig gelangt man nämlich von diesem Ausgangspunkt aus zur Auffassung, es sei lediglich die Rechtsobjektsverletzung im Sinne einer *materiellen Beeinträchtigung* dieses Rechtsobjekts, welche die Rechtsverletzung konstituiere. Dieser Schluss ist auch bei den herkömmlichen dinglichen Rechten in dieser Allgemeinheit falsch, gibt es doch einerseits dingliche Rechte, welche nicht nur vor materieller Beeinträchtigung, sondern vor bloßer Berührung der Rechtsobjekte schützen, während andere dingliche Rechte wiederum nicht einmal die Befugnis verleihen, alle Schädigungen des Rechtsobjekts zu untersagen. Als Beispiel der erstgenannten denkbar umfassenden Abwehrbefugnis erscheint das Fahrniseigentum, das in aller Regel auch bloße Berührungen zu untersagen ermächtigt: Der Eigentümer eines Buches oder eines Fahrrades kann nicht nur dessen Beschädigung, sondern auch den bloßen Gebrauch verbieten. Umgekehrt kann der Eigentümer von Wald oder Weide vielfach nicht nur nicht das Betreten seines Grundstückes verhindern, sondern muß gewisse Schädigungen und Substanzminderungen des Rechtsobjekts hinnehmen, wie sie etwa durch Lagern und Feuern, oder das Sammeln von wilden Früchten und Holz entstehen<sup>5</sup>. Die Vorstellung eines Rechtsobjekts kann im besten Fall eines neben anderen Mitteln zur Umschreibung des untersagten bzw. vom Berechtigten zu untersagenden Verhaltens sein; immer aber muß das objektive Recht neben dieser *quantitativen* Umschreibung der Normsetzungsbefugnis eine *qualitative* Bestimmung des Rechtsinhalts geben, d. h. festsetzen, wo die Grenze der Intensität der vom Berechtigten zu untersagenden Einwirkungen verläuft, ob dieser jegliche Berührung oder nur Schädigungen des Rechtsobjekts verbieten kann oder in bestimmtem Umfang nicht einmal diese zu verhindern vermag<sup>6,7</sup>.

---

<sup>5</sup> Vgl. die Regelung von Art. 664 ZGB.

<sup>6</sup> Vgl. dazu weiterhin unten § 18/IV.

<sup>7</sup> Innerhalb der genannten Intensitätsstufen der vom Berechtigten zu untersagenden Einwirkungen sind unbeschränkt viele Zwischenstufen denkbar.

d) Die hier bekämpfte Vorstellung, daß die Verletzung von Rechtsobjekten eine Rechtsverletzung konstituiere, hat vor allem bei den *Persönlichkeitsrechten* zu Mißverständnissen geführt. Wenn eine Privatrechtsordnung wie z. B. die schweizerische dem einzelnen ein allgemeines Persönlichkeitsrecht verleiht, das insbesondere auch die Körpersphäre schützt, dann wird dieses Persönlichkeitsrecht durch einen ärztlichen Eingriff, der gegen den Willen des Patienten erfolgt, immer und ganz unabhängig vom Erfolg der Behandlung verletzt, d. h. auch dann, wenn die Kur nicht nur nichts geschadet, sondern einen möglicherweise mit Sicherheit bevorstehenden Gesundheitsverlust verhindert hat. Das Recht des Patienten ist hier durch die einfache Tatsache der Einwirkung auf eine rechtliche geschützte Sphäre verletzt; eine materielle Beeinträchtigung ist hier weder Voraussetzung der Widerrechtlichkeit des Verhaltens noch des Eintritts von Unrechtsfolgen, wie eine an die Identifikation von Rechts- und Rechtsobjektsverletzung anknüpfende Betrachtungsweise anzunehmen geneigt ist<sup>8</sup>. Ebenso wenig konstituiert umgekehrt eine mit Willen des Individuums erfolgende Körperverletzung eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts, wie vielfach angenommen wurde<sup>9</sup>, so dass die theoretisch saubere Erfassung des Persönlichkeitsschutzes als eines Willensschutzes durch die hier beschriebene Konzeption des Rechtsverletzungsbegriffs von zwei Seiten her gleichzeitig erschwert wird<sup>10</sup>.

*II. Insbesondere würde die Identifikation von Rechtsverletzung  
und Rechtsobjektsverletzung die dogmatische Erfassung  
der "Einwilligung" des Berechtigten verunmöglichen*

Die hier besprochene Gleichstellung von Rechts- und Rechtsobjektsverletzung verunmöglicht vollends die Erfassung jener Tatbestände, bei denen der Rechtsträger mit der zur Beurteilung stehenden

---

<sup>8</sup> Vgl. weiterhin BUCHER, PR p. 99-101.

<sup>9</sup> Vgl. weiterhin BUCHER, PR p. 108 ff.

<sup>10</sup> Vollständig versagt die Umschreibung des Verletzungstatbestandes als Rechtsobjektsverletzung bei den Immaterialgüterrechten. Ein Kunstwerk wird durch unbefugte Verbreitung nicht verletzt, ebensowenig eine Erfindung durch Nachahmung. Es ist bereits die Vorstellung des Rechtsobjekts als solche, die im Zusammenhang der Immaterialgüterrechte fragwürdig ist, weshalb man sie oft durch Begriffe wie "Schutzgut" ergänzt, mit denen die Interessen des Berechtigten an der alleinigen Nutzung des Rechtsobjekts bezeichnet werden sollen. Vgl. dazu unten § 18/III. Zur Einführung in die Problematik des Rechtsobjektsbegriffs im Immaterialgüterrecht vgl. die Ausführungen TROLLERS, p. 42 ff.

Einwirkung auf das "Objekt" seines Rechts *einverstanden* ist. Auszugehen ist von der positivrechtlichen Wirkung dieses Einverständnisses des Berechtigten. In wohl jeder Privatrechtsordnung wird im Regelfall<sup>11</sup> durch einen zustimmenden Willen des Rechtsträgers die Widerrechtlichkeit der Einwirkung auf das Rechtsobjekt aufgehoben oder doch wenigstens im Ergebnis eine Unrechtssanktion ausgeschlossen: Wer mit Einwilligung des Grundeigentümers ein Grundstück betritt und von hängenden Früchten ißt, wer mit Erlaubnis des Eigentümers ein fremdes Fahrzeug benützt oder wer mit Zustimmung des Betroffenen ehrenrührige Mitteilungen verbreitet, handelt nicht unrechtmäßig und kann nicht zum Ersatz eines allenfalls entstehenden Vermögensnachteils oder zur Genugtuungsleistung (als Ersatzleistung für immaterielle Unbill) verhalten werden. Umschreibt man die Verletzung eines subjektiven Rechts als Verletzung des Rechtsobjekts, so ist die Einwilligung des Rechtsträgers für die Rechtslage primär unerheblich; der Wille des Rechtsträgers steht außerhalb des dogmatisch berücksichtigten Tatbestandes. Das ein Rechtsobjekt beeinträchtigende Verhalten bleibt bei dieser Auffassung trotz der Einwilligung des Rechtsträgers unrechtmäßig; um Unrechtsfolgen auszuschließen, wird man zu gewundenen Konstruktionen gezwungen. Man muß dann entweder annehmen, die Handlung sei als solche zwar rechtsverletzend, dagegen würden Sanktionsansprüche des verletzten Rechtsträgers durch das Verbot des *venire contra factum proprium*, das Verbot des Rechtsmißbrauchs und dgl. ausgeschlossen. Oder man wird zur Auffassung genötigt, durch den Bestand eines subjektiven Rechts werde zwar die "Verletzung" des Rechtsobjekts untersagt, die "Einwilligung" des Rechtsträgers verschaffe jedoch dem "Verletzer" einen Rechtfertigungs- oder Unrechtsausschließungsgrund *sui generis*. Letztere Konzeption führt jedoch, wenn sie zu Ende gedacht wird, zur Auflösung der eigenen Grundlagen. Wenn die "Einwilligung" des Rechtsträgers wirklich den Unrechtsgehalt eines Verhaltens beseitigt, wird offenkundig, daß durch subjektive Rechte nicht die Verletzung der korrespondierenden Rechtsobjekte

---

<sup>11</sup> Ausnahmen sind an sich denkbar. Doch zeigt näheres Zusehen, daß in diesen Fällen keine subjektiven Rechte, wie wir sie hier verstehen, vorliegen, sondern ausschließlich *Normen des objektiven Rechts*, die dem Schutz oder den Interessen eines einzelnen dienen, ohne ihm Einfluß auf die Gestaltung der rechtlichen Situation einzuräumen, was z. B. im Familien- oder Wettbewerbsrecht oder in anderen Rechtsgebieten vorkommen mag, bei denen neben Individualinteressen Interessen der Allgemeinheit im Spiele stehen.

untersagt wird und die Widerhandlung gegen dieses Verbot die Rechtsverletzung ausmacht, sondern daß es allein vom Willen des Berechtigten abhängt, wann eine Rechtsverletzung vorliegt und wann nicht.

Verhält sich dies so und wird die für das Privatrecht grundlegende Einsicht des "*volenti non fit iniuria*" gebührend ins Zentrum gerückt, dann erkennt man, daß nicht das subjektive Recht als solches eine Verhaltensnorm konstituiert, sondern der *Wille des Rechtsträgers die maßgebende Norm* darstellt. Das Rechtsobjekt kann lediglich Bezugspunkt dieses Willens sein und den Bereich bezeichnen, innerhalb dessen dieser Wille rechtliche Verbindlichkeit hat. Der Tatbestand der Rechtsverletzung kann nur ein Tatbestand der Normverletzung sein, und diese Norm kann nur im Willen des Rechtsträgers bestehen. Dessen "Einwilligung" ist keine selbständige normative Erscheinung, sondern lediglich die Tatsache, daß der Rechtsträger keinen Anspruch auf Nicht-Verletzung des Rechtsobjekts erhebt oder allenfalls einen kraft Vermutung oder früherer Anspruchserhebung bereits bestehenden Anspruch außer Kraft setzt<sup>12</sup>.

Alle Versuche, im Rahmen der subjektiven Rechte und deren Ausübung den Berechtigten "vor sich selber zu Schützen", indem man eine "Unverzichtbarkeit" dieser Rechte, d. h. des Schutzes der Rechtsobjekte zu konstruieren versucht, müssen zum Scheitern verurteilt sein. Sie denaturieren die subjektiven Rechte zwangsläufig zu einem Rechtsgüterschutz. Subjektive Rechte sind jedoch dazu da, dem Willen des Rechtsträgers einen gewissen freien Spielraum zu verschaffen. Wenn man bei subjektiven Rechten überhaupt von "*Schutzobjekt*" sprechen will, kann dieses *nur der Wille des Berechtigten, niemals aber ein Rechtsobjekt oder ein sonstiges vom Willen des Rechtsträgers unabhängiges Gut* sein. Wenn der Gesetzgeber verbindlich und ohne Rücksicht auf den Willen des Begünstigten ein gewisses Verhalten vorschreibt, dann liegt eben kein subjektives Recht im Sinne dieser Arbeit (und auch nicht der pandektistischen Definitionen) vor, sondern eine kraft zwingenden objektiven Rechts statuierte Norm. Ob derartige zwingende Verhaltensnormen innerhalb des Privatrechts häufig und sinnvoll sind, mag offenbleiben<sup>13</sup>. Es

---

<sup>12</sup> Vgl. dazu weiterhin BUCHER, PR p. 108 ff.

<sup>13</sup> Die in der Tat recht häufigen privatrechtlichen Vorschriften zwingender Natur sind in aller Regel keine unmittelbaren Verhaltensnormen, sondern sie umschreiben als *mittelbare Normen* die Voraussetzungen der Entstehung solcher Normen. Vorschriften über die Handlungsfähigkeit bzw. Geschäftsfähigkeit, zwingend statuierte Voraussetzungen der Vertragsgültigkeit (z. B. ZGB Art. 27, OR Art. 19/20 usw.) schreiben nicht ein bestimmtes faktisches Verhalten vor, sondern umschreiben die Bedingungen der Entstehung subjektiver Rechte, deren Ausübung dann erst unmittelbares Verhaltensrecht konstituiert.

wird jedoch die Regel sein, daß Normen, die im Interesse und zum Schutz eines einzelnen aufgestellt sind, im Bereich des Privatrechts nicht gegen dessen Willen beobachtet werden müssen. Dies wird schon durch die prozessuale Ausgestaltung der Erzwingung privatrechtlicher Normen bewiesen: Im Bereich des eigentlichen Privatrechts gibt es keine Offizialklagen, sondern die Beobachtung der Verhaltensvorschriften wird nur auf Klage dessen, der als Träger eines subjektiven Rechts aufgefaßt wird, erzwungen<sup>14</sup>.

Im Gegensatz zum hier für das Privatrecht Gesagten besteht die Aufgabe des *Strafrechts* weitgehend in einem Rechtsgüterschutz. Dort spielt denn auch der Wille des Betroffenen nur eine sekundäre Rolle, so daß dessen "Einwilligung" nicht die Tatbestandsmäßigkeit bzw. Widerrechtlichkeit der Tat auszuschließen braucht. Dementsprechend werden die strafrechtlichen Sanktionen vorwiegend von Amts wegen verhängt und nicht bloß auf Antrieb des Verletzten hin. Im Strafrecht aber hat der Begriff des subjektiven Rechts keinen Platz. Die hier abgelehnte Identifikation von Rechtsverletzung und Rechtsobjektverletzung dürfte denn auch teilweise den Einflüssen der Strafrechtsdogmatik zuzuschreiben sein, die hier wie in anderen Zusammenhängen unheilvoll auf die privatrechtlichen Denkformen eingewirkt haben<sup>15</sup>.

### III. Zusammenfassung

Die hier vertretene Auffassung, daß der Berechtigte im Rahmen seines Rechts über den ihm zur Verfügung gestellten sachlichen Bereich frei bestimmen kann, liegt sämtlichen wie auch immer formulierten pandektistischen Definitionen des Begriffs des subjektiven Rechts zugrunde, wo stets dem Willen entscheidende Bedeutung zugewiesen wird. Aber schon im römischen Recht ist dieses Willensprinzip verwirklicht<sup>16</sup>. Macht man nun mit der Auffassung ernst, daß die

---

<sup>14</sup> Vgl. weiterhin oben § 2/I und REHFELDT, p. 57.

<sup>15</sup> Vgl. BUCHER, PR p. 94, 113, und oben § 1 Ziff. 8; unten § 15/II bei Anm. 7.

<sup>16</sup> Vgl. z. B. Digesten 47, 10; 1, 5: "... quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat".

Einwirkung auf eine dem Berechtigten zur ausschließlichen Verfügung gestellte Sphäre (mit welcher Vorstellung die zu enge Vorstellung der Verletzung eines Rechtsobjekts ersetzt werden soll) dann nicht rechtsverletzend ist, wenn sie nicht entgegen, sondern in Übereinstimmung mit dem Willen des Berechtigten erfolgt, wird man zwangsläufig zu der in dieser Schrift entwickelten Anschauung geführt, der Wille des Rechtsträgers habe *normsetzende Funktion* und das subjektive Recht selber sei nichts anderes als eine dem Rechtsträger verliehene *Normsetzungsbefugnis*. Wenn die Einwilligung des Berechtigten ein Verhalten zum rechtmäßigen macht, welches ohne diese unrechtmäßig wäre, dann wird durch die Einwilligung die Rechtslage, d. h. der Bestand der Rechtsnormen, verändert; sie hat normsetzende Wirkung, denn auch die Aufhebung bestehender Normen ist ein Akt negativer Normsetzung. Damit ist die Identifikation von Rechtsverletzung und Rechtsobjektsverletzung, die im Grunde der Versuch ist, den subjektiven Rechten eine zum vorneherein bestimmte Verhaltensnorm zuzuordnen, nämlich die Norm, Rechtsobjekte nicht zu verletzen, als undurchführbar erwiesen.

Bei dieser Einsicht kann man nicht stehenbleiben. Nicht nur die "Einwilligung" ist normsetzend, sondern es wird richtigerweise auch die ursprüngliche Norm, die vom Berechtigten beiseite geschoben werden kann, diesem zugerechnet und als von ihm erlassene Norm aufgefaßt. Die konsequente Durchführung des Gedankens zeigt, dass die allenfalls vom objektiven (meist ungeschriebenen) Recht aufgestellte, eine Einwirkung auf das Rechtsobjekt untersagende Norm nur den Charakter einer *Vermutung des dahingehenden Willens des Berechtigten* hat. Der Wille des Rechtsträgers als solcher ist normsetzend, möge er sich nun in Übereinstimmung mit dieser Vermutung bewegen oder diese durch eine entgegengesetzte (ausdrückliche oder konkludente) Willensäußerung aufheben.

Mit dieser Vorstellung, die des näheren in Kapitel II entwickelt wurde, ist auch die dogmatische Grundlage zur Erfassung jener subjektiven Rechte geschaffen, für die sich ein Rechtsobjekt im herkömmlichen Sinn nicht umreißen läßt, bei denen das "Rechtsobjekt" wie bei den sog. Immaterialgüterrechten keine körperlich-gegenständliche Beschaffenheit hat, so daß auch der Begriff der "Verletzung" dieses Rechtsobjekts versagt. Die hier vorgeschlagene Auffassung des subjektiven Rechts als einer Normsetzungsbefugnis ermöglicht eine einheitliche Konstruktion sämtlicher subjektiver Rechte, seien diese

relativ oder absolut, auf einen körperhaften Gegenstand bezogen oder nicht. Es wird der normative Gehalt des subjektiven Rechts von der Vorstellung des Rechtsobjekts losgelöst und dieser nur die Funktion belassen, bei gewissen absoluten Rechten (den herkömmlicherweise "dinglich" genannten Rechten) den Bereich der dem Berechtigten vom objektiven Recht verliehenen Normsetzungsbefugnis quantitativ zu umschreiben. Insbesondere wird die Anschauung beseitigt, es sei eine irgendwie geartete materielle Beeinträchtigung ("Verletzung") des sachlichen Bereichs des subjektiven Rechts, welche die Rechtsverletzung konstituiere; es wird aufgezeigt, daß die Verletzung eines Rechtsobjekts weder hinreichende noch auch nur notwendige Bedingung einer Rechtsverletzung ist. Demnach kann das den Tatbestand der Rechtsverletzung ausmachende Element nur im Verstoß gegen den in Ausübung des Rechts geäußerten Willen, den Anspruch, erblickt werden. Damit ist gezeigt, in welcher Weise der Wille des Rechtsträgers "geschützt", "mit Macht ausgestattet" ist, nämlich indem er zur Rechtsnorm erhoben wird.

## **§ 15. Die Verletzung subjektiver Rechte und der schadenersatzrechtliche Begriff der Wiederrechtlichkeit**

### *I. Die Fragestellung*

Die Zusprechung von sekundären Ansprüchen infolge der Verletzung eines subjektiven Rechts wird gelegentlich davon abhängig gemacht, daß diese Verletzung "*widerrechtlich*" zugefügt worden sei. Die pandektistische Lehre kennt dieses Erfordernis nicht; für sie ist die Widerrechtlichkeit eines Verhaltens, das ein subjektives Recht verletzt, selbstverständlich; das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit wird nur im Zusammenhang der Deliktobligationen, im Haftpflichtrecht, untersucht. Im allgemeinen sieht auch die neuere Doktrin im Zusammenhang der Verletzung subjektiver Rechte, wie sie diese auch immer konstruieren mag, von der Prüfung der Widerrechtlichkeit ab, indem sie offenbar dieses Begriffsmerkmal als im

Verletzungsbegriff bereits enthalten betrachtet<sup>1</sup>. Eine Ausnahme pflegt man dagegen hinsichtlich der *Persönlichkeitsrechte* zu machen<sup>2</sup>. Im folgenden ist zu prüfen, inwieweit diese Sonderbehandlung notwendig ist und ob überhaupt Raum bleibt für die Frage, ob ein die Persönlichkeitsrechte verletzendes Verhalten widerrechtlich sei.

## II. Der Begriff der Widerrechtlichkeit im Schadenersatzrecht

"Wenn jemand verpflichtet werden soll, Schaden zu ersetzen, so kann man diese Pflicht vernünftigerweise nur daraus ableiten, daß er den Schaden nicht hätte verursachen sollen."<sup>3</sup> Nicht jede Schadenszufügung verpflichtet zum Ersatz; das enge Zusammenleben der Menschen in der Gesellschaft und insbesondere der wirtschaftliche Wettbewerb bringen es mit sich, daß oft genug im Rahmen eines erlaubten Verhaltens einem Dritten (z. B. einem Konkurrenten) Schaden zugefügt wird, ohne daß an eine Ersatzpflicht zu denken ist, ganz abgesehen von jenen Fällen, bei denen die Schadenszufügung durch eine Amts- oder Dienstpflicht geboten wird. Hier greift der Begriff der *Widerrechtlichkeit* oder, was meist dasselbe ist, der *Rechtswidrigkeit* ein, indem dieses Merkmal des schädigenden Verhaltens als Voraussetzung von Unrechtsfolgen, insbesondere der Ersatzpflicht, statuiert wird. Der Begriff der Widerrechtlichkeit in diesem Sinne ist enger als der allgemeine Begriff der Normwidrigkeit; er ist auf die Verletzung von Normen beschränkt, die *schädigendes Verhalten* untersagen<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. statt vieler z. B. v. TUHR, BGB I §§ 1-17 (p. 53-312) und ENNECCERUS / NIPPERDEY I §§ 71-77, wo die Widerrechtlichkeit nirgends als Merkmal der Verletzung subjektiver Rechte erwähnt ist.

<sup>2</sup> Für die deutsche Lehre vgl. statt vieler WEITNAUER bei ERMAN, Anhang zu § 12 Ziff. 3. Für die schweizerische Doktrin: SPECKER, KARL, Die Persönlichkeitsrechte Diss. Zürich 1910, p. 7 ff. SCHUMACHER, RAINER, Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, Diss. Freiburg/Schweiz 1960, passim, und dazu meine Bemerkung in SJZ 58 (1962) p. 110.

<sup>3</sup> WALTER BURCKHARDT in Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Revue Pénale Suisse), 15. Jahrg. (Bern 1902) p. 243.

<sup>4</sup> Die Auffassung, daß die Widerrechtlichkeit in der Verletzung objektiver Verhaltensnormen beruhe, wird als "*objektive Widerrechtlichkeitstheorie*" bezeichnet, die heute als die herrschende gilt. Ihr steht gegenüber die "*subjektive Widerrechtlichkeitstheorie*", die annimmt, daß schädigendes Verhalten grundsätzlich immer verboten und damit widerrechtlich sei, und daß die als Regel geltende Widerrechtlichkeit schädigenden Verhaltens ihrerseits durch Rechtfertigungsgründe, insbesondere durch subjektive Befugnisse

### *III. Widerrechtlichkeit und Verletzung subjektiver Rechte: Identität der Fragestellung*

Es erhebt sich nun die Frage, welche Bedeutung die Einführung des Erfordernisses der Widerrechtlichkeit im Zusammenhang des Begriffs der Verletzung subjektiver Rechte haben kann.

Widerrechtlichkeit bedeutet, wie gesehen, nicht Normwidrigkeit schlechthin, sondern nur den Verstoß gegen Normen, die ein schädigendes Verhalten untersagen<sup>5</sup>. Das Erfordernis der Widerrechtlichkeit im Zusammenhang der Verletzung subjektiver Rechte wird nun aber nicht einschränkend als Voraussetzung der Entstehung sekundärer Schadenersatzansprüche (allenfalls Genugtuungsansprüche) etwa in dem Sinn verstanden, daß Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüche durch widerrechtliche Verletzungen subjektiver Rechte begründet werden könnten, im Gegensatz zu anderen Sanktionen, die durch die übrigen (d. h. nicht widerrechtlichen) Verletzungen subjektiver Rechte ausgelöst würden. Vielmehr wird das Widerrechtlichkeits-Erfordernis als Bedingung sämtlicher wie auch immer gearteter Unrechtsfolgen verstanden und damit dem Tatbestandsmerkmal der Verletzung eines subjektiven Rechts vollständig gleichgeschaltet. So aufgefaßt ist die dogmatische Konzeption, die neben dem Element der Rechtsverletzung zusätzlich die Widerrechtlichkeit prüft,

---

des Täters zu einem bestimmten Verhalten, in bestimmten Fällen ausgeschlossen werde. Die Widerrechtlichkeit beruht nach dieser "subjektiven" Auffassung in der Überschreitung der (subjektiven) Handlungsbefugnis des Täters. Vgl. dazu OFTINGER, Haftpflichtrecht p. 111 N. 4 und dort zitierte Literatur, besonders KÄNZIG, MERZ, BURCKHARDT, a. a. O. (oben Anm. 3) p. 237, SPECKER, a. a. O. (oben Anm. 2) p. 14 ff., weiterhin BUCHER, PR p. 117 bis 122. – Die Entscheidung zugunsten der einen oder anderen Auffassung läßt sich nicht nach apriorischen Argumenten treffen, sondern ist eine Frage des positiven Rechts und dessen Auslegung. Die praktische Bedeutung der Kontroverse darf indessen nicht überschätzt werden, da auch die objektive Theorie die Geltung einer Reihe ungeschriebener Normen in Form allgemeiner Verbote schädigenden Verhaltens (vgl. solche genannt bei OFTINGER, p. 112) annehmen muß, die zu einem Ergebnis führen, das demjenigen der subjektiven Theorie nicht sehr fern steht. Die Verleihung von allgemeinen Persönlichkeitsrechten (so ZGB Art. 28 und die neuere Praxis zu BGB § 823 usw.) hat zudem viele Zweifelsfälle behoben, da die Zuerkennung eines subjektiven Rechts auf Freiheit vor Einwirkungen auf die Persönlichkeitssphäre zum vorneherein viele Schadenszufügungen widerrechtlich macht. Vgl. BUCHER, PR p. 120/121.

<sup>5</sup> Vgl. im vorangehenden Ziff. II bei Anm. 4 und OFTINGER, Haftpflichtrecht p. 111; BURCKHARDT, Einführung p. 51.

unhaltbar. Rechtsfolgen irgendwelcher Art nicht nur von der Voraussetzung der Verletzung des subjektiven Rechts, sondern gleichermaßen von der weiteren Voraussetzung der Widerrechtlichkeit der Verletzung abhängig machen, heißt die Möglichkeit nicht-widerechtlicher, d. h. rechtmäßiger Rechtsverletzungen bejahen. Auf die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten im Hinblick auf ein subjektives Recht rechtmäßig ist oder nicht, kann eine Rechtsordnung, ohne sich selber zu widersprechen, nur *eine* Antwort geben; das Verhalten des Rechtsgenossen kann nur entweder normgemäß oder normwidrig sein. Nichts anderes aber betrifft das Problem, ob ein subjektives Recht verletzt sei oder nicht. Verletzt das zu beurteilende Verhalten dieses Recht, so ist es normwidrig; ein weiteres zu fragen bleibt nicht mehr. Damit ist der *tautologische Charakter* der beiden Fragen, derjenigen nach dem Vorliegen einer Rechtsverletzung und derjenigen nach der Widerrechtlichkeit, aufgezeigt: Es ist in beiden Fällen die Frage nach der Normgemäßheit eines Verhaltens, auf die es innerhalb einer und derselben Rechtsordnung nur eine Antwort geben kann.

Die Auffassung, daß Sanktionen nur Platz greifen, wenn neben die Verletzung der Persönlichkeitsrechte noch das Element der Widerrechtlichkeit des zu beurteilenden Verhaltens tritt, ist, soviel ich sehen kann, von keinem Autor ausdrücklich dogmatisch untermauert worden. Es liegt auch hier eine der unreflektierten juristischen Anschauungsweisen vor, die sich bei näherer Betrachtung als korrekturbedürftig erweisen. Die Wurzeln dieser Konstruktion dürften vielfältig sein. Einmal spielt wohl ein gewisser Denkautomatismus mit: Die im außervertraglichen Schadenersatzrecht zu prüfende Voraussetzung der Widerrechtlichkeit wird auf die Verletzung subjektiver Rechte ausgedehnt und zur Voraussetzung beliebiger Sanktionen gemacht, wobei diese Analogie besonders bei Genugtuungsansprüchen infolge deren Affinität zu Schadenersatzansprüchen naheliegt<sup>6</sup>. Sodann dürfte auch hier ein Beispiel des nachteiligen Einflusses der Strafrechtsdogmatik auf die zivilrechtliche Grundlagenlehre vorliegen, ist doch die Verhängung einer Strafsanktion nicht nur von der Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens (die der Verletzung eines subjektiven Rechts vergleichbar ist), sondern auch von dessen Rechtswidrigkeit

---

<sup>6</sup> Ganz besonders dann, wenn die Gewährleistung von Genugtuungsansprüchen über eine Ausweitung des Schadensbegriffs erreicht wird. Vgl. dazu BUCHER, Annuario p. 14-16, 34.

abhängig<sup>7</sup>. Die hier abgelehnte Betrachtungsweise ist vor allem aber auch im Zusammenhang der oben beschriebenen Identifikation von Recht und Rechtsobjekt bzw. Rechtsverletzung und Rechtsobjektsverletzung zu sehen, die im Grunde die Figur des subjektiven Rechts ihres normativen Gehalts beraubt, so daß beim Schluß von der Rechtsobjektsverletzung auf die Rechtsverletzung die Normwidrigkeit nicht zwangsläufig gegeben ist und gesondert geprüft werden kann. Die vorliegende Arbeit bezweckt demgegenüber, die normative Funktion des Begriffs des subjektiven Rechts herauszuarbeiten und zu zeigen, daß die Ausübung eines subjektiven Rechts eine abschließende normative Regelung eines bestimmten Rechtsbereiches gibt, welche zwangsläufig die Widerrechtlichkeit oder Rechtmäßigkeit eines in diesen Bereich fallenden Verhaltens determiniert, so daß die Frage nach der Verletzung des subjektiven Rechts mit der Frage nach der Widerrechtlichkeit zusammenfällt.

Mit dem Gesagten soll nun nicht behauptet sein, daß die Doktrin und Judikatur, wenn sie (vorwiegend im Zusammenhang der Persönlichkeitsrechte) die Frage der Widerrechtlichkeit aufwirft, ein nichtexistentes Problem behandle, sondern nur gezeigt werden, daß die Frage unklar und mißverständlich formuliert wird. Die Frage nach der Widerrechtlichkeit einer Rechtsverletzung kann m.E. zweierlei bedeuten:

1. Es kann sich handeln um die Frage nach dem *Vorliegen von Rechtfertigungsgründen*, die ein an sich rechtsverletzendes und damit widerrechtliches Verhalten zum erlaubten Verhalten machen. Vorab wird an die *Einwilligung des Berechtigten* gedacht, zweitens an Gründe, welche ein subjektives Recht in bestimmter Hinsicht unwirksam machen, wie ein dem Täter seinerseits zu Gebote stehendes *subjektives Recht*, welches das entgegenstehende Recht teilweise aufhebt<sup>8</sup>, oder eine *Amtspflicht*, die dem Täter sein Verhalten gebietet, oder andere im *öffentlichen Recht* liegende Rechtfertigungsgründe. Bei den hier genannten Tatbeständen entfällt nicht nur die Widerrechtlichkeit, sondern im Sinne der hier entwickelten Begriffsbestimmung liegt auch keine Verletzung eines subjektiven Rechts vor. Bei der Einwilligung, weil der mit normativer Geltung ausgestattete

---

<sup>7</sup> Vgl. z. B. SCHÖNKE / SCHRÖDER, Kommentar zum Strafgesetzbuch (9. Aufl. München/Berlin 1959) p. 10 ff.

<sup>8</sup> Zum Beispiel ein Pfandrecht, das dem Pfandgläubiger erlaubt, unerachtet des Eigentums des Schuldners auf die Pfandsache zu greifen. Vgl. unten § 19/III.

Wille des Berechtigten das fragliche Verhalten nicht untersagt und mithin keine Norm verletzt ist. Im zweiten und dritten Fall, weil das subjektive Recht des Betroffenen eine Schranke an jenen Normen findet, welche das Verhalten des Täters zum erlaubten machen bzw. weil die fragliche Rechtsbeziehung gar nicht eine solche des Privatrechts ist. Sofern der Betroffene das zu beurteilende Verhalten untersagen wollte, würde seinem Willen keine normative Geltung zukommen, so daß in diesem Fall keine Verletzung eines subjektiven Rechts vorliegt und sich auch hier die Prüfung der Widerrechtlichkeit des Verhaltens erübrigt<sup>9</sup>.

2. Mit der Frage nach der Widerrechtlichkeit kann auch die *Frage nach Umfang und Grenzen des subjektiven Rechts* gemeint sein. Gerade bei den Persönlichkeitsrechten ist das Ausmaß der Willensmacht nicht durch das objektive Recht eindeutig umrissen, sondern ergibt sich erst durch dessen Auslegung, d. h. Ausfüllung des gesetzlichen Blanketts durch Lehre und Rechtsprechung. Vielfach können die Grenzen erst durch Abwägung der sich im Einzelfall gegenüberstehenden Interessen gefunden werden. Diese Grenzziehung zwischen erlaubter und unerlaubter Einwirkung auf die Persönlichkeitssphäre erfolgt nun vielfach unter dem Titel der Prüfung der Widerrechtlichkeit, während es sich im Grunde um eine Entscheidung über das Ausmaß der in Frage stehenden subjektiven Rechte handelt<sup>10</sup>. Es ist denn auch bezeichnend, daß diese Betrachtungsweise vor allem bei den Persönlichkeitsrechten in Erscheinung tritt, während sie bei den traditionellen, inhaltlich präziser bestimmten obligatorischen und dinglichen Rechten dagegen kaum eine Rolle spielt.

Die hier abgelehnte Betrachtungsweise, die neben dem Tatbestand der Verletzung eines subjektiven Rechts zusätzlich die Widerrechtlichkeit des fraglichen Verhaltens prüft, wird durch die Entstehungsgeschichte jener Rechtsinstitute, bei denen sie hauptsächlich eine Rolle spielt, entschuldigt. Da in beinahe allen Privatrechtsordnungen,

---

<sup>9</sup> Daß bei der Berücksichtigung der Einwilligung des Betroffenen die Frage der Widerrechtlichkeit mit derjenigen der Rechtsverletzung zusammenfällt, bemerkt auch WEITNAUER bei ERMAN, p. 24 N. 3, wenigstens hinsichtlich Eingriffen, bei denen die Vorstellung der Verletzung eines Rechtsobjekts problematisch ist (Haarschneiden, Tonband- und Fotoaufnahmen). Wenn dies bei den genannten Beispielen richtig ist, dann muß Gleiches bei allen subjektiven Rechten gelten.

<sup>10</sup> Als Beispiel diene die oben Anm. 2 genannte Arbeit von SCHUMACHER, bei der die Frage nach der Widerrechtlichkeit überwiegend nichts anderes ist als die Frage nach den Grenzen der Persönlichkeitsrechte. Dazu SJZ 58 (1960) p. 110.

die nicht ausdrücklich Persönlichkeitsrechte verleihen, sich in geringerem oder höherem Maß im Ergebnis über die Ausweitung des Schadensbegriffs ein allgemeiner Persönlichkeitsschutz durchgesetzt hat<sup>11</sup>, mußte mit dieser Entwicklung eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des Widerrechtlichkeitsbegriffs einhergehen, der gleichermaßen wie die rechtliche Fassung des Schadensbegriffs das Ausmaß des gewährleisteten Persönlichkeitsschutzes bestimmt. Damit ist es in jenen Privatrechtsordnungen, die den Schutz der Persönlichkeit nicht auf dem Weg einer ausdrücklichen Verleihung von Persönlichkeitsrechten<sup>12</sup>, sondern über eine Ausweitung des Schadensbegriffs erreichen<sup>13</sup>, gerechtfertigt, die Frage der Widerrechtlichkeit zum Ausgangspunkt der Problemstellung zu machen.

#### *IV. Ist jede Schadenersatzpflicht auf eine Verletzung subjektiver Rechte zurückzuführen?*

Die Einsicht, daß bei einer normativen Auffassung des subjektiven Rechts der Tatbestand der Rechtsverletzung zwangsläufig eine Widerrechtlichkeit konstituiert, führt zur Frage, ob nicht umgekehrt jegliche widerrechtliche Handlung, die als Sanktion eine Schadenersatz- oder Genugtuungspflicht nach sich zieht, auch als Verletzung eines subjektiven Rechts qualifiziert werden müsse und mithin jedermann im entsprechenden Umfang ein subjektives Recht darauf habe, nicht geschädigt zu werden. Wird durch die Einwilligung des Betroffenen in die schädigende Handlung deren Widerrechtlichkeit aufgehoben, so muß die Norm, welche die Schadenszufügung grundsätzlich untersagt, dem vor Schaden Geschützten zugerechnet werden, da ihre Geltung von dessen Willen abhängt. Damit ist an sich das entscheidende Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts gegeben; es gilt: "*ubi remedium, ibi ius*". Im allgemeinen hat die Doktrin diesen Schluß nicht gezogen, sondern sie nimmt nach wie vor an, die Widerrechtlichkeit eines schadenszufügenden Verhaltens könne abgesehen

---

<sup>11</sup> Vgl. dazu BUCHER, *Annuario* p. 14-16.

<sup>12</sup> Was im Hinblick auf ZGB Art. 28 und OR Art. 49 für die Rechtslage in der Schweiz, und gemäß der neueren Praxis zu den §§ 12 und 823 BGB auch für Deutschland anzunehmen ist.

<sup>13</sup> Dies ist im wesentlichen in Frankreich und Italien der Fall und in den von diesen Ländern beeinflussten Rechtskreisen. Vgl. BUCHER, *Annuario* p. 14 Anm. 6 und dortige Literaturhinweise.

vom Verstoß gegen subjektive Rechte auch in der Verletzung objektiver Rechtsvorschriften liegen, ohne daß in der Statuierung derartiger eine Schadenszufügung untersagender Normen die Verleihung entsprechender subjektiver Rechte erblickt würde<sup>14</sup>.

Die hier angedeutete Frage ist von grundsätzlichem Interesse, dürfte jedoch keine weitreichenden dogmatischen oder praktischen Folgen haben<sup>15</sup>. Immerhin ist festzuhalten, daß mit der Zurückführung der Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche auf eine Verletzung subjektiver Rechte vor allem eine konsequente dogmatische Verankerung des Satzes "volenti non fit iniuria" gewährleistet ist. Es wird damit erreicht, daß die mit Einwilligung des Betroffenen erfolgende schädigende Handlung zum vorneherein keinen Unrechtsgehalt hat, nicht widerrechtlich ist, keine "iniuria" darstellt, während dann, wenn man die Widerrechtlichkeit in der Übertretung objektiver Normen erblickt, sich die Unrechtsfolgen nur auf Umwegen<sup>16</sup> ausschließen lassen<sup>17</sup>.

### V. *Schlußfolgerungen*

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß die Fragen nach der Erfüllung des Tatbestandes der Verletzung eines subjektiven Rechts und nach der Widerrechtlichkeit gleiche Funktion haben und tautologisch sind. Die Fragen können vertauscht werden; sie beide zu stellen, ist sinnlos. Es soll hier keineswegs vorgeschlagen werden, den Widerrechtlichkeitsbegriff in allen Rechtsbereichen durch ein Denken in subjektiven Rechten zu ersetzen; es genügt der grundsätzliche Hinweis auf die Identität der mit den Begriffen der Verletzung

---

<sup>14</sup> Vgl. OFTINGER, Haftpflichtrecht p. 114; v. TUHR, BGB II/2 p. 457, OR I p. 349; REGELSBERGER, p. 643 ff.; von der älteren Literatur KELLER, Pandekten 1. Aufl. § 249, 2. Aufl. Bd. 1 § 248, je am Anfang. Anders jedoch ENNECCERUS / NIPPERDEY I § 72 Ziff. 3 am Anfang und am Schluß (p. 432 und 436/437).

<sup>15</sup> Die Frage der Widerrechtlichkeit eines Verhaltens ist in der Schadenersatz-Praxis ohnehin verhältnismäßig selten streitig. Vgl. dazu OFTINGER, Haftpflichtrecht p. 110. Und wenn sie es ist, wird deren Beantwortung, soviel ich sehen kann, nicht wesentlich von der Tatsache beeinflußt, daß die Widerrechtlichkeit als die Verletzung eines subjektiven Rechts auf Unterbleiben der Schädigung konstruiert werden kann.

<sup>16</sup> Vgl. dazu oben § 14/II.

<sup>17</sup> Über die rechtspolitische Bedenklichkeit, dem Betroffenen trotz dessen Einwilligung in die schädigende Handlung Ersatzansprüche zuzuerkennen vgl. BUCHER, PR p. 108 ff.

eines subjektiven Rechts und der Widerrechtlichkeit anvisierten Fragen<sup>18</sup>. Welche der beiden Fragestellungen vorzuziehen sei, läßt sich nicht nach logischen Gesichtspunkten bestimmen, sondern wird durch die Tradition und die vom Gesetzgeber befolgte Rechtstechnik entschieden, der sich auch die Dogmatik mit Vorteil anpaßt.

Die Frage nach der Widerrechtlichkeit hat *objektivierenden Charakter*; sie läßt den Gesichtspunkt unberücksichtigt, daß die die Widerrechtlichkeit konstituierende Norm nur um einzelner Privater willen aufgestellt ist, die sie durch eine "Einwilligung" außer Kraft setzen und auf deren Schutz sie verzichten können. Die den Begriff der Widerrechtlichkeit ins Zentrum stellende Betrachtungsweise wird vor allem im *Schadenersatzrecht* nach wie vor am Platze sein, da hier das Verbot der Schadenszufügung nur in äußerst seltenen Ausnahmefällen durch den Willen des Geschützten und Berechtigten abgeändert wird und auch dies nur in *einer* Richtung geschehen kann, nämlich der Aufhebung dieses Verbots durch die Einwilligung. Die Frage nach der Widerrechtlichkeit wird gegenüber der Frage nach der Verletzung eines subjektiven Rechts weiter in jenen Fällen vorzuziehen sein, wo durch das zu beurteilende Verhalten *eine Mehrzahl von Personen* betroffen wird. Durch die Einwilligung eines einzelnen wird der Unrechtsgehalt der betreffenden Handlung nur gerade im Hinblick auf den Einwilligenden aufgehoben, während er gegenüber den übrigen Verletzten bestehenbleibt<sup>19</sup>.

Im Gegensatz dazu wird man die ein subjektives Recht verletzende Natur eines Verhaltens bei den herkömmlichen obligatorischen und dinglichen Rechten ins Auge fassen, bei denen die Art der Rechtsausübung nicht zum vorneherein feststeht. Da auch beim privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz die Pflichten der Mitmenschen inhaltlich weitgehend durch den Willen jedes einzelnen Rechtsträgers determiniert

---

<sup>18</sup> Dies selbstverständlich immer nur bei jenen Tatbeständen, bei denen die Widerrechtlichkeit des Verhaltens durch die Einwilligung des Betroffenen aufgehoben wird.

<sup>19</sup> Dies dürfte der Grund sein, weshalb im *Wettbewerbsrecht* die objektivierende Widerrechtlichkeits-Doktrin vorherrscht. Durch die Einwilligung eines Mitbewerbers in eine die Wettbewerbsordnung verletzende Verhaltensweise werden zwar die Verletzung dessen subjektiver Rechte und daran geknüpfter Schadenersatzansprüche ausgeschlossen, nicht aber der Unrechtsgehalt schlechthin aufgehoben; hinsichtlich der übrigen Mitbewerber bleibt er bestehen und kann (vom Fall eines *numerus clausus* dieser Mitbewerber abgesehen) durch die Einwilligung einzelner Konkurrenten nicht beseitigt werden.

werden und sich nicht durch eine gesetzliche Vermutung eines Dritteinwirkungen ablehnenden Willens umschreiben lassen, hat auch hier die Rechtsbetrachtung die dem Individuum zukommenden subjektiven Rechte, die sog. Persönlichkeitsrechte, in den Vordergrund zu stellen. Der Tatbestand der Normverletzung ist primär als Tatbestand der Verletzung dieser Rechte zu konstruieren, bei welcher Betrachtungsweise die Prüfung des Merkmals der Widerrechtlichkeit gegenstandslos wird.

## KAPITEL IV

### DIE EINTEILUNG DER SUBJEKTIVEN RECHTE

Die im bisherigen entwickelte Modellvorstellung des subjektiven Rechts muß sich in ihrer Anwendung bewähren, wozu vor allem gehört, daß sie die Erfassung der Besonderheiten der verschiedenen Kategorien subjektiver Rechte ermöglicht. Im folgenden ist deshalb vorab der einzig wirklich grundlegende Strukturgegensatz innerhalb der subjektiven Rechte, der *Gegensatz der absoluten und relativen Rechte*, anhand der hier vorgeschlagenen Betrachtungsweise darzustellen. Grundlegend neue Einsichten sind nicht zu erwarten. Vielmehr beruht die Bewährung des hier entwickelten Modells gerade darin, daß es sich in die herkömmlichen Kategorien einfügt, auf denen das privatrechtliche Denken aufbaut. Immerhin wird die Konzeption des subjektiven Rechts als Normsetzungsbefugnis gelegentlich eine anschaulichere Darstellung des Wesens der behandelten Untergruppen der subjektiven Rechte und eine etwas schärfere, weiter vorstoßende Analyse der Strukturprobleme ermöglichen als die herkömmlichen Willens- und Interessentheorien.

#### **§ 16. Die Einteilung nach dem Kreis der Normadressaten: Absolute und relative Rechte**

##### *I. Die Möglichkeiten der Einteilung subjektiver Rechte – Das Gegensatzpaar der absoluten und relativen Rechte*

Die subjektiven Rechte können nach den verschiedensten Gesichtspunkten gruppiert werden, wenn man deren Zweck und Gegenstand, deren Voraussetzungen und Entstehungsgeschichte oder die Frage,

ob der Berechtigte über das Recht verfügen könne, in die Betrachtung einbezieht. Indessen lassen derartige Gesichtspunkte keine unmittelbaren Schlüsse über das Wesen dieser Rechte zu. Die Struktur subjektiver Rechte, das ist deren normative Wirkungsweise, kann nur aus sich selber erklärt werden. Eine Einteilung der Rechte in Untergruppen soll deren partikuläre Merkmale aufzeigen und damit eine differenziertere Betrachtung möglich machen. Wenn man das subjektive Recht als die dem Rechtsträger verliehene Befugnis des Setzens von Rechtsnormen auffaßt, muß die Gruppenbildung an den Charakter und den Inhalt dieser Normsetzungsbefugnis anknüpfen. Eine normlogische Klassierung muß danach erfolgen, was für Normen der Berechtigte erlassen kann.

Eine Klassenbildung nach dem *Norminhalt* ist infolge der Streubreite aller denkbaren Sollensinhalte nur sehr bedingt möglich und von beschränktem Erkenntniswert. In dieser Hinsicht bietet sich das Merkmal an, ob der Berechtigte infolge seines Rechts Dritten ein *Tun* oder *Unterlassen* befehlen kann. Dieser Umstand wird gelegentlich bedeutungsvoll, ohne aber Grundlage einer durchgehenden Einteilung sämtlicher subjektiven Rechte abgeben zu können<sup>1</sup>.

Eine Einteilung der subjektiven Rechte muß nicht nach dem Inhalt der zu erlassenden Normen, sondern nach Eigenschaften, die in diesen Normen selber liegen, gesucht werden. Das bei weitem wesentlichste formale Merkmal der dem Individuum zu verleihenden Normsetzungsbefugnisse, das auf alle Rechte angewandt und deshalb als allgemeingültiges Kriterium bezeichnet werden kann, ist das *Merkmal des Kreises der Adressaten der zu erlassenden Normen*, der entweder unbeschränkt ist oder nur bestimmte Einzelpersonen umfaßt. Es ist dies, abkürzend gesagt, die Einteilung der Rechte nach dem Geltungsbereich der zu erlassenden Normen: Entweder werden durch die Ausübung eines subjektiven Rechts nur *einzelne*, oder aber *schlechthin alle* verpflichtet. Im ersteren Fall spricht man nach einer seit der jüngeren Pandektistik geläufigen Terminologie von *relativen*, im letzteren Fall von *absoluten Rechten*<sup>2,3,4</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. im folgenden Ziff. V.

<sup>2</sup> Der älteren Pandektistik war diese Einteilung nicht bekannt; so noch bei SAVIGNY, PUCHTA, KELLER, VANGEROW. Ihre Funktion erfüllte jedoch weitgehend die Gegenüberstellung der *dinglichen Rechte* einerseits und der *persönlichen bzw. obligatorischen Rechte* andererseits. Vgl. dazu im folgenden Ziff. III.

<sup>3</sup> Nur Rechte, die Verhaltenspflichten implizieren, können in den Gegensatz der absoluten und relativen Rechte gestellt werden, was erklärt, daß die *Gestaltungsrechte* hier *nicht* subsumiert werden können. Gestaltungsrechte könnten in Analogie zu den materiellen subjektiven Rechten nach dem Kriterium eingeteilt werden, ob sich die in dessen Ausübung zu erlassende

Von *relativen Rechten* spricht man dann, wenn der Berechtigte nur eine beschränkte Zahl von individuell bestimmten oder doch aus den Umständen bestimmbar Personen verpflichten kann, wenn die Normsetzungsbefugnis nicht allgemein ist, sondern nur *relativ*, d. h. bezogen auf bestimmte Menschen. In der Mehrzahl der Fälle wird dem Berechtigten sogar nur ein einziger Normadressat gegenüberstehen.

Ein *absolutes Recht* liegt dann vor, wenn der Rechtsträger schlechthin jedermann zu einem bestimmten Verhalten verpflichten kann und sich seine Normsetzungsbefugnis ohne Einschränkung auf bestimmte Personen, d. h. *absolut* gegen jedes denkbare Rechtssubjekt erstreckt<sup>5</sup>.

## II. Alle subjektiven Rechte sind entweder absolut oder relativ

Das Kriterium der Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Rechten läßt sich auf jedes subjektive Recht anwenden. Sämtliche

---

rechtsgeschäftliche Willenserklärung gegen jedermann oder nur gegen einen beschränkten Personenkreis zu richten hat bzw. ob die Rechtsfolge der Willenserklärung bei jedermann oder nur bestimmten Personen eintritt. Das mit dem Eigentumsrecht verbundene Gestaltungsrecht der Dereliktion z.B. wäre demnach, ein "*absolutes Gestaltungsrecht*", da die in der Preisgabe der Sache enthaltene Willenserklärung sich an jedermann richtet und auch jedermann sich auf die Preisgabe des Rechts berufen kann (wenn er sich z. B. die Sache selber aneignen will). Umgekehrt wäre beispielsweise ein vertraglich eingeräumtes Rücktritts- oder Kündigungsrecht ein "*relatives Gestaltungsrecht*", da es sich nur gegen den Vertragspartner richtet.

In der Tat werden Gestaltungsrechte gelegentlich in den Gegensatz der absoluten und relativen Rechte hineingestellt (wobei diesfalls allerdings meist nicht bewußt sein dürfte, daß überhaupt ein Gestaltungsrecht und nicht ein materielles subjektives Recht vorliegt). So, wenn etwa die Lehre von den *Realobligationen* (vgl. dazu in folgender Ziff. IV lit. c) *Vorkaufsrechte* und dgl. als realobligatorische Rechte einbezieht, obwohl diese nicht materielle subjektive Rechte, sondern Gestaltungsrechte sind.

<sup>4</sup> Nichts zu tun mit dem hier beschriebenen Gegensatz hat es, wenn SAVIGNY (System Bd. I p. 57 ff.) und mit ihm andere von "absolutem Recht" spricht. Gemeint ist die *zwingende Natur* von objektiven Rechtssätzen, nicht aber eine Eigenschaft subjektiver Rechte.

<sup>5</sup> Wobei die Normsetzungsbefugnis nicht gegenüber jedem Normadressaten im gleichen Sinn ausgeübt werden muß. Die jedermann treffende Pflicht ist lediglich potentiell; der Berechtigte muß nicht sämtliche Rechtsgenossen durch Erhebung eines Anspruchs gleichermaßen verpflichten.

Rechte können danach eingeteilt werden, ob sie gegenüber jedermann oder nur gegenüber einer determinierten Zahl von Personen wirken. Das Unterscheidungskriterium liegt in der *Beschränkung des Kreises der potentiellen Normadressaten*; dies ist ein durchgehendes Kriterium, d. h. an ihm können alle subjektiven Rechte gemessen werden. Es liegt deshalb eine *Alternative* im logischen Sinn vor: Alle subjektiven Rechte sind entweder relativ oder absolut, tertium non datur. Kein subjektives Recht ist weder relativ noch absolut, und keines ist beides gleichzeitig<sup>6</sup>.

Aus dem, Gesagten folgt, daß zwischen absoluten und relativen Rechten *keine Zwischenstufen* möglich sind. Einerseits kann es keine Rechte geben, die zwar nicht schlechterdings jedermann verpflichten und deshalb nicht absolut sind, die sich aber doch an einen so weiten Personenkreis richten, daß man nicht von relativen Rechten sprechen mag. Die Forderung nach eindeutiger Bestimmung der Rechtslage bedingt eine genaue Bezeichnung der Verpflichteten, mögen es deren noch so viele sein. Dann liegt nichts anderes als ein relatives Recht vor. Andererseits geht die Absolutheit eines Rechts nicht verloren, wenn aus faktischen Gründen nur ein beschränkter Personenkreis überhaupt in der Lage ist, die gestützt auf ein absolutes Recht erhobenen Ansprüche zu verletzen; verpflichtet ist trotzdem jedermann.

Möglich sind dagegen *Mischformen*, d. h. es können in ein und derselben Rechtsstellung *absolute und relative Rechte vereinigt* sein. Wenn angenommen wird, daß sich ein Recht nicht vorbehaltlos als absolutes oder relatives Recht auffassen lasse, dürfte meist eine derartige Verbindung zweier zu unterscheidender Rechte vorliegen, deren Möglichkeit natürlich nichts gegen die Allgemeingültigkeit des gewählten Einteilungskriteriums aussagt (vgl. im folgenden Ziff. IV).

Die Einteilung der subjektiven Rechte in relative und absolute erfolgt nach einem formalen Kriterium, das *a priori* gilt, d. h. das nicht aus der Erfahrung abgeleitet ist und sich an jedes beliebige subjektive Recht jeder beliebigen Rechtsordnung herantragen läßt. Sofern sich in einer Privatrechtsordnung subjektive Rechte im hier definierten Sinn nachweisen lassen, kann immer die Frage nach der Relativität bzw. Absolutheit dieser Rechte gestellt werden. Die Einteilung

---

<sup>6</sup> Eine relative, d. h. gegenüber individuell bestimmten Personen wirkende Normsetzungsbefugnis würde durch ein absolutes Recht gleichen Inhalts *konsumiert*: Was man von allen verlangen kann, kann man auch von wenigen fordern.

ist nicht eine solche irgendeiner positiven Rechtsordnung, sondern sie ist mit dem Begriff des subjektiven Rechts im hier entwickelten formalen Sinn vorgegeben. Dabei ist es eine andere Frage, wie weit eine konkrete Rechtsordnung auf diese Einteilung abstellt, d. h. rechtliche Wirkungen daran knüpft und sie damit zum Bestandteil des positiven Rechts erhebt. Die Erfahrung zeigt, daß die Gegenüberstellung von absoluten und relativen Rechten im hier besprochenen Sinn in allen modernen Rechtsordnungen selbst dann eine entscheidende Rolle spielt, wenn der Gegensatz von der Rechtstheorie nicht in dieser allgemeinsten Form herausgearbeitet wird<sup>7</sup>.

### *III. Die Gegenüberstellung der "persönlichen" und der "dinglichen" Rechte*

Bis ins beginnende 20. Jahrhundert stand die Einteilung der subjektiven Rechte in "persönliche" und "dingliche" gegenüber derjenigen in "relative" und "absolute" im Vordergrund, und noch heute erfreut sich der Begriff des "dinglichen Rechts" in der Sachenrechtsdoktrin beträchtlicher Beliebtheit. Die Einteilung der subjektiven Rechte in "persönliche" und "dingliche" Rechte hat sich ihrerseits erst im Lauf des neunzehnten Jahrhunderts im Anschluß an die *actiones in personam* und die *actiones in rem* herausgebildet. Der Prozeß der Ablösung des Aktionendenkens durch materiellrechtliche Vorstellungsweisen hat allerdings schon eine Entsprechung im späteren römischen Recht, die ihrerseits nicht ohne Einfluß auf die Theorie der persönlichen und dinglichen Rechte geblieben ist, die Einteilung nicht mehr der *actiones*, sondern der *iura in personam* und *in rem*: "Omne autem ius, quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones."<sup>8</sup>

"*Persönliche Rechte*" sind im früheren Sprachgebrauch genau dasselbe wie "relative Rechte" im hier beschriebenen Sinn. Während auf

---

<sup>7</sup> Auch im angelsächsischen Rechtskreis, in dem der Begriff des subjektiven Rechts und damit der Gegensatz der absoluten und relativen Rechte dogmatisch sehr wenig erforscht ist, wirkt der Gegensatz zwischen Absolutheit und Relativität der Rechte sehr ausgeprägt. Er liegt der Gegenüberstellung von "*choses in action*" und "*choses in possession*" zugrunde und spielt in dem damit zusammenhängenden fundamentalen Prinzip der "*privity of contract*" eine Rolle, wonach nur die Parteien eines Vertrages aus diesem berechtigt (und verpflichtet) sein können.

<sup>8</sup> *Institutiones* 1, 2, 12. Entsprechend GAIUS, I § 8.

dieser Seite der beiden Gegensatzpaare der Unterschied bloß terminologischer Natur ist und keinen weiteren Kommentar erfordert, sind "*dingliche Rechte*" nicht mit "absoluten" Rechten identisch. Die dinglichen Rechte beziehen sich immer auf die Beherrschung einer körperlichen Sache, eines "Dings", während die absoluten Rechte jeden beliebigen Inhalt haben können und insbesondere neben den dinglichen Rechten auch Persönlichkeitsrechte und Immaterialgüterrechte umfassen. In diesem Sinn ist der Begriff des absoluten Rechts gegenüber demjenigen des dinglichen Rechts weiter gefaßt; er umschließt sämtliche subjektiven Rechte, die nicht "relativ" bzw. "persönlich" sind. Dagegen bilden die "dinglichen" Rechte keinen umfassenden Gegensatz zu den "persönlichen" Rechten (es gibt auch nicht-persönliche Rechte, die keine dinglichen sind), so daß der Begriff des dinglichen Rechts in der allgemeinen Rechtslehre zu meiden und durch denjenigen des absoluten Rechts zu ersetzen ist, wenigstens wenn es sich um die Bezeichnung des Gegensatzes zu relativen Rechten handelt und unter dinglichen Rechten nicht eine Untergruppe der absoluten Rechte verstanden wird, nämlich diejenigen Rechte, die sich auf eine Sache beziehen und damit im Gegensatz zu den Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechten stehen. In der Sachenrechtsdoktrin wird die Vorstellung der dinglichen Rechte aus Gründen der Tradition und der Anschaulichkeit vorläufig nicht zu verdrängen sein<sup>9</sup>.

#### *IV. Mischformen*

Stellt der Gegensatz der relativen und absoluten Rechte eine Alternative im logischen Sinn dar, weil das der Einteilung zugrunde liegende Kriterium auf alle subjektiven Rechte anwendbar ist, so sind Zwischenlösungen zwischen Absolutheit und Relativität subjektiver Rechte ausgeschlossen. Im folgenden sind jene Rechtsstellungen zu untersuchen, die scheinbar absolute und relative Elemente vereinigen.

---

<sup>9</sup> Über die verhängnisvollen Auswirkungen der Klassifikation der subjektiven Rechte in "dingliche" und "persönliche" auf die Entwicklung der Persönlichkeitsrechte und Immaterialgüterrechte vgl. BUCHER, Annuario p. 20/21 und oben § 1 Ziff. 6 bei Anm. 8.

a) Vereinigung absoluter und relativer Rechte  
in derselben Rechtsstellung

Vielfach läßt sich ein als Einheit aufgefaßtes subjektives Recht in mehrere Teilrechte zerlegen, die ihrerseits selbständige Rechte darstellen<sup>10</sup>. Diese Teilrechte müssen nicht unbedingt derselben Kategorie angehören, also entweder sämtliche absolut oder relativ sein. Es ist deshalb die Möglichkeit offen, daß in einem subjektiven Recht die Elemente eines absoluten und eines relativen Rechts vereinigt sind, d. h. daß der Berechtigte gewisse Ansprüche gegenüber jedermann, andere hinwieder um nur gegenüber einzelnen erheben kann<sup>11</sup>. Es bedarf keiner Begründung, daß dadurch dem Grundsatz des "tertium non datur" kein Abbruch geschieht und kein Zwischending zwischen absoluten und relativen Rechten geschaffen ist.

Als Beispiel seien hier die *beschränkten dinglichen Rechte* erwähnt, die, wie von keiner Seite bestritten wird, vorbehaltlos dingliche, d. h. gegenüber jedermann wirkende Rechte, sind, mit denen aber vielfach<sup>12</sup>, wie bisher nur ganz ausnahmsweise<sup>13</sup> beachtet wurde, ein relativer Anspruch negativer, d. h. normaufhebender Natur gegen den Träger des Vollrechts verbunden ist. Dieses im beschränkten dinglichen Recht enthaltene relative normaufhebende Recht ist es, welches das Recht des Eigentümers einschränkt und ihn zur Respektierung des seine Sache belastenden beschränkten dinglichen Rechts nötigt. Durch eine Dienstbarkeit oder ein Pfandrecht werden die im Eigentum enthaltenen Normsetzungsbefugnisse in bestimmtem Umfang aufgehoben; der Eigentümer kann dem Wegberechtigten oder dem Pfandgläubiger nicht mehr jegliche Einwirkung auf die Sache untersagen. Die partielle Aufhebung der durch das Eigentumsrecht

---

<sup>10</sup> Vgl. oben § 11/II.

<sup>11</sup> Anders würde es sich verhalten, wenn man den Begriff des subjektiven Rechts einschränkend dahin definieren wollte, daß sie immer nur entweder absolut oder relativ wirken können. Dies wäre nicht sinnvoll. Damit würde man sich ohne Grund in Gegensatz zur herrschenden Lehre stellen. Es würde z. B. eine Aufspaltung der beschränkten dinglichen Rechte in ein absolutes und ein relatives Recht nötig, wie im folgenden gezeigt wird.

<sup>12</sup> Als wichtigste Ausnahme erscheint das *Besitzesrecht*, das als Sonderfall eines beschränkten dinglichen Rechts betrachtet werden kann, jedoch keine relative Komponente aufweist. Vgl. unten § 19/II.

<sup>13</sup> Vgl. z. B. THON, Rechtsnorm p. 224 Anm. 4, der erkennt, daß im *Retentionsrecht* eine vom Willen des Retentionsberechtigten abhängige "Rücknahme eines Gebots" (d. h. Aufhebung einer Rechtsnorm) enthalten ist.

bedingten Normen ist ein Akt von Normsetzung, wenn auch negativer, d. h. normaufhebender Normsetzung. Zu den negativen relativen Rechten des beschränkt dinglich Berechtigten können auch positive relative Rechte treten, so z. B. das Recht des Mietbesitzers oder des Wegberechtigten auf Unterhalt der Mietsache, des Wegs usw.<sup>14</sup>

b) Insbesondere die Bestimmung der Person des Berechtigten durch die Rechtsträgerschaft hinsichtlich eines anderen Rechts

Als eine abgegrenzte Gruppe von Tatbeständen der Verbindung absoluter und relativer Rechte in derselben Rechtsstellung kommen jene Fälle in Betracht, bei denen die Person des Berechtigten hinsichtlich des einen subjektiven Rechts durch die Rechtsträgerschaft hinsichtlich eines anderen Rechts bestimmt wird. Damit treffen notwendig zwei verschiedene Rechte in derselben Person zusammen, von welchen mindestens das eine als durch das andere bedingt betrachtet werden kann.

Als Beispiele erscheinen vorab die in der Sachenrechtsdoktrin als "*subjektiv-dingliche Rechte*" bezeichneten Sachverhalte<sup>15</sup>, wovon hier nur jene Tatbestände erwähnt werden sollen, bei denen es relative Rechte sind, die mit dinglichen (absoluten) Rechten verknüpft werden. Als Beispiel sei die *Grundlast des ZGB* genannt, bei der nicht nur der Verpflichtete, sondern auch der Berechtigte durch das Eigentum an einem Grundstück bestimmt werden kann (ZGB, Art. 782/II), während das der Grundlast entsprechende Recht selber vorbehaltlos als relatives Recht aufzufassen ist<sup>16</sup>.

Als weitere Tatbestände, die durchaus auf der gleichen Linie der Verknüpfung zweier Rechte liegen, seien genannt das oft als Einheit aufgefaßte *subjektive Recht des Eigentümers eines Inhaberpapiers*, das in ein absolutes Recht (das Eigentum) *am* Papier einerseits und das relative Forderungsrecht *aus* dem Papier zerfällt, wobei die Person des Forderungsberechtigten durch das Eigentum am Papier bestimmt wird. Und sodann der ebenfalls denkbare umgekehrte Fall, daß ein absolutes Recht einem Forderungsrecht folgt; er ist z. B. dann

---

<sup>14</sup> Vgl. im übrigen unten § 19.

<sup>15</sup> Vgl. die Darstellung bei MEIER-HAYOZ, p. 69 N. 147, p. 70 ff.

<sup>16</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ, p. 70.

gegeben, wenn ein (absolutes) Pfandrecht immer dem Träger eines bestimmten (relativen) Forderungsrechts zusteht.

c) "Realobligationen", "obligations réelles"

Als "*obligations réelles*" werden in der französischen Doktrin, als "Realobligationen"<sup>17</sup> in der neueren schweizerischen und gelegentlich der deutschen Doktrin obligatorische (d. h. relative) Rechte verstanden, welche die Besonderheit aufweisen, daß sie sich nicht gegen eine individuell bestimmte Person, sondern den jeweiligen Träger eines dinglichen Rechts, d. h. aber potentiell gegen jedermann richten. Als Beispiel eines derartigen Rechts sei die *Grundlast* genannt, die den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks mit der (relativen) Pflicht zur Erbringung einer positiven Leistung belastet. Diese Pflicht kann infolge ihrer Verknüpfung mit einer Sache als *subjektiv-dinglich* bezeichnet werden, dies in gleichem Sinn, wie oben unter lit. b) Rechte als subjektiv-dinglich bezeichnet wurden. Auch wenn man in Fällen wie dem genannten von einer "Verdinglichung" des obligatorischen Rechts zu sprechen pflegt, bleibt dieses doch *ausschließlich ein relatives Recht*: Die realobligatorische Normsetzungsbefugnis richtet sich auch dann nur gegen einen beschränkten Personenkreis, wenn dieser durch eine Sachbeziehung bestimmt wird und jedermann umfaßt, der in die fragliche Sachbeziehung eintritt.

d) Zweifelhaftigkeit der Einordnung

Die Allgemeingültigkeit der Einteilung der subjektiven Rechte in absolute und relative schließt nicht aus, daß die Zuordnung zur einen oder zur anderen Gruppe gelegentlich zweifelhaft sein kann. Als Beispiel sei das *Vindikationsrecht* genannt. Das Eigentumsrecht an einer Sache ist zweifellos absolut, d. h. eine Normsetzungsbefugnis gegenüber jedermann verleihend. Sofern man im Vindikationsrecht nichts anderes als die Befugnis erblickt, den Detentor von der weiteren Einwirkung

---

<sup>17</sup> Mit einem neulateinischen Terminus spricht man auch von "obligatio propter rem" bzw. "obligatio ob rem", der Pflicht, die man wegen (der rechtlichen Beziehung zu) einer Sache zu tragen hat. – In der späten Pandektistik wurden derartige Pflichten "mittelbar zuständige Pflichten" genannt. Vgl. z.B. v. TUHR, BGB I p. 102 und 213, mit Literaturhinweisen.

auf die Sache auszuschließen und ihm die Macht über sie zu entziehen, ist es nichts anderes als das absolute Eigentumsrecht selber, das gegen eine bestimmte Person zur Anwendung gelangt. Sofern aber der Detentor zu einem mehreren als zu bloßen Unterlassungen verpflichtet ist, also etwa, die Sache zum Eigentümer zurückzuschaffen, dann liegt ein relatives Recht vor, da der Eigentümer diese Zurückschaffung nicht von jedermann, sondern nur vom Störer verlangen kann. Es liegt dann ein infolge der Verletzung eines primären Anspruchs entstehendes *sekundäres Recht*<sup>18</sup> vor, das als solches notwendig relativ ist<sup>19</sup> und das sich in seiner normativen Struktur nicht von einem Schadenersatzanspruch wegen Beschädigung der Sache unterscheidet. Die Unsicherheit der Einordnung des Vindikationsanspruchs als absolutes oder relatives Recht wird nicht durch einen Mangel an Eindeutigkeit des Einteilungskriteriums veranlaßt, sondern rührt daher, daß der Inhalt dieses Rechts nicht zum vorneherein eindeutig feststeht.

*V. Relative Rechte haben vorwiegend positiven, absolute Rechte dagegen grundsätzlich negativen Anspruchsinhalt*

Unter Anspruchsinhalt wird hier dasjenige verstanden, was der Rechtsträger vom Verpflichteten verlangen kann, mithin ein bestimmtes Verhalten.

Menschliches Verhalten wird danach eingeteilt, ob es in einem *Tun* oder *Unterlassen* besteht. Diese Unterscheidung ist für die Struktur der subjektiven Rechte, welche Ansprüche auf bestimmte Verhaltensweisen verleihen, gelegentlich bedeutsam und soll im folgenden beleuchtet werden.

*Unterlassen* ist die Negation von *Tun*. Durch die Vorstellung des *Tuns* als einer dem Inhalt nach bestimmten Verhaltensweise ist der Begriff des *Unterlassens* als der Verneinung dieser Verhaltensweise zwangsläufig mitgegeben. *Tun* und *Unterlassen* stehen damit im logischen Verhältnis einer Alternative zueinander, in der die Möglichkeit eines Dritten ausgeschlossen ist<sup>20</sup>. Und zwar ist der Begriff des

---

<sup>18</sup> Vgl. oben § 13/III.

<sup>19</sup> Vgl. unten § 17/IV.

<sup>20</sup> Wenn im römischen und im gemeinen Recht dem *facere* und *non facere* das "*dare*" an die Seite gestellt wird, muß sich auch dieses als Spezialfall der einen oder anderen Verhaltensweise, als Sondertatbestand des *Tuns* oder *Unterlassens* aufweisen lassen. Das *dare* würde sich wohl als eine besondere Art des *Tuns* deuten lassen.

Unterlassens nur möglich bezogen auf ein bestimmtes positives Tun. Es kann nur etwas Bestimmtes unterlassen werden, es gibt kein Unterlassen an sich. Absolute Passivität im Sinne der Negation jeglicher positiven Verhaltensweise würde Aufgabe der Existenz bedeuten.

Auch das *Tun* als solches kann vorerst nur mit einem Hinweis auf einen Unterlassungsbegriff definiert und irgendwie als Heraustreten aus der Passivität umschrieben werden. Mit dem Aufzeigen der Alternative zwischen Tun und Unterlassen ist für die Qualifikation eines bestimmten Benehmens noch nichts gewonnen. Wenn das Unterlassen als Negat des Tuns, Tun als Negat des Unterlassens beschrieben wird, bewegt man sich so lange im Zirkel, wie nicht wenigstens einer dieser Begriffe durch einen dritten Begriff bestimmt ist. Dies dürfte nicht leicht sein, da "Tun" wie "Unterlassen" Vorstellungen so allgemeiner Natur sind, daß sie sich nicht ohne weiteres auf noch allgemeinere Vorstellungen zurückführen lassen. Diese Frage braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden. Es genügen die Hinweise, daß die Vorstellung des Unterlassens und des Tuns dem allgemeinen Bewußtsein unmittelbar gegeben sind, daß aber Zweifel hinsichtlich der Zuordnung einer bestimmten Verhaltensweise innerhalb dieses eine echte Alternative bildenden Gegensatzpaares an sich denkbar sind.

Gegenstand einer Rechtsnorm kann sogut ein Tun wie ein Unterlassen sein. Wird ein Tun vorgeschrieben, kann man von einem *Gebot* sprechen; der Befehl zu einem Unterlassen heißt *Verbot*.

Die *relativen Rechte* verleihen meist einen Anspruch auf ein *positives Tun*, eine sog. Leistung. Dies nicht aus normlogischen, sondern aus teleologischen Gründen: Ein Unterlassungsanspruch bloß gegen einen oder wenige nützt nicht viel, wenn allen übrigen das gleiche Verhalten erlaubt ist. Relative Unterlassungsansprüche haben nur dann einen Sinn, wenn der Verpflichtete besondere Möglichkeiten zu dem untersagten Verhalten oder an diesem ein besonderes Interesse hat. So kann ein relativer Anspruch auf Unterlassen eines bestimmten Gebrauchs einer Sache gegenüber deren Eigentümer sinnvoll sein, da dieser kraft seines Eigentumsrechts allein die Möglichkeit hat, den verbotenen Gebrauch zu machen (z. B. vertragliche Pflicht, auf einem Grundstück nicht zu bauen). Oder es kann zweckmäßig sein, mit einem Angestellten ein Konkurrenzverbot zu vereinbaren, da dieser infolge seiner Tätigkeit eine Sonderstellung erlangt.

Mit dem Gegensatz zwischen Tun und Unterlassen ist eng verbunden der Gegensatz zwischen Ansprüchen auf eine *einmalige Leistung* und solchen auf ein *dauerndes Verhalten*. Ansprüche auf Unterlassen gehen immer auf einen Dauerzustand. Solange der Anspruch aufrechterhalten ist, dauert die Unterlassungspflicht. Anders Ansprüche auf ein Tun, die das Verhalten des Verpflichteten nicht in gleichem Maß dauernd beherrschen, sondern nur auf ein einmaliges oder wiederholtes, immer aber zeitlich begrenztes Tätigwerden gehen. Unter *Erfüllung* ist nicht schlechthin der Tatbestand normgemäßen Verhaltens zu verstehen, sondern nur die Befolgung von Normen, die auf ein *positives Tätigwerden* gehen. Da Pflichten des Tuns immer den Charakter zeitlicher und quantitativer Beschränkung haben, ist auch die *Erfüllung* die Erbringung einer in diesem Sinn begrenzten Leistung<sup>21</sup>. Der Begriff der Erfüllung soll nur im Zusammenhang von positiven Leistungspflichten, nicht aber von Unterlassungspflichten verwendet werden.

Im Gegensatz zu den relativen Rechten verleihen die *absoluten Rechte* dem Rechtsträger grundsätzlich *nur Unterlassungsansprüche*. Zwar läßt sich normlogisch die Möglichkeit nicht ausschließen, dass einem Rechtssubjekt die Befugnis verliehen wird, schlechterdings von jedermann eine gleiche positive Leistung zu verlangen. Aber eine derartige Regelung wäre so sehr im Widerspruch zum Zweck der Rechtsordnung, daß sich dafür nur schwer Beispiele finden lassen. Und zwar kommt die Verleihung positiver absoluter Ansprüche deshalb im Rahmen des Privatrechts kaum in Frage, weil der Berechtigte aus praktischen Gründen nicht die Möglichkeit hätte, von der unendlichen Vielzahl aller Verpflichteten die positive Leistung gleichermaßen einzufordern, so daß die Verleihung derartiger Rechte die Rechtsgenossen ungleich belasten würde. Die Verleihung absoluter Rechte mit positivem Leistungsanspruch kann nur in Bereichen erwogen werden, wo als Adressaten der zu erhebenden positiven Ansprüche zum vorneherein nur ein im voraus bestimmter Personenkreis in Frage kommt<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Dabei kann man unter Erfüllung sowohl die Abgeltung einer einmaligen Pflicht, die durch die Erfüllung aufgehoben wird, verstehen, als auch (z. B. im Falle der Obliegenheiten eines Arbeitnehmers oder Unterhaltungspflichtigen) die Befolgung von Pflichten, die sich trotz Erfüllung dauernd erneuern.

<sup>22</sup> Die sprachliche Formulierung kann gelegentlich einen positiven Anspruchsinhalt vortäuschen, wo nur ein Unterlassungsanspruch vorliegt. So ist ein allfälliges subjektives Recht auf "wettbewerbsgerechtes Verhalten" der Konkurrenten nichts anderes als ein Anspruch auf Unterlassung von Verstößen gegen die Wettbewerbsordnung.

Im Zusammenhang der *dinglichen Rechte* ist es nicht unbemerkt geblieben, daß diese niemals einen Anspruch auf positive Leistungen verleihen<sup>23,24</sup>. Die genannten Gründe haben indessen nicht nur bei den dinglichen, sondern allen absoluten Rechten Geltung. Auch die Persönlichkeitsrechte und Immaterialgüterrechte verleihen grundsätzlich bloß Unterlassungsansprüche. Allerdings sind hier Abweichungen von der Regel am ehesten denkbar. Wenn aus den Persönlichkeitsrechten ein Verbot gewisser Formen des *Boykotts* abgeleitet und dieses dahin verstanden wird, daß nicht nur die aktive Aufforderung zum Boykott untersagt sei, sondern u. U. auch die Pflicht zum Abschluß bestimmter Verträge bestehe, hat der Außenseiter auf Grund seiner Persönlichkeitsrechte einen Anspruch auf eine positive Leistung<sup>25</sup>. Die Zulassung der sog. *Ehestörungsklage*<sup>26</sup> bedingt dann einen auf die absoluten Persönlichkeitsrechte gestützten Anspruch auf positives Tätigwerden, wenn der ehestörende Dritte verpflichtet wird, nicht bloß seinerseits keine Beziehungen zum pflichtvergessenen Ehegatten zu suchen, sondern dessen Werbungen auszuweichen. Im einen wie im anderen Fall kommen als Adressaten derartiger positiver Ansprüche aus faktischen Gründen nur wenige Personen in Betracht, obgleich sich das zugrunde liegende Persönlichkeitsrecht gegen jedermann richtet, so daß eine entsprechende positiv-rechtliche Regelung nicht zum vorneherein als ausgeschlossen erscheint. Da indessen absolute Rechte mit positivem Anspruchsinhalt in der bisherigen Rechtsentwicklung praktisch unbekannt waren, wird man in den genannten und ähnlichen Zusammenhängen nur dann annehmen dürfen, absolute Rechte würden Ansprüche mit positivem Inhalt verleihen, wenn eine eindeutige gesetzliche Grundlage gegeben ist.

---

<sup>23</sup> Vgl. WINDSCHEID, Pandekten § 38 p. 167, § 43 Ziff. 2 p. 186; ARNDTS, § 21; ROGUIN, Science Bd. III p. 684; BURCKHARDT, Methode p. 157, Einführung p. 85; MEIER-HAYOZ, p. 70 und dort zitierte.

<sup>24</sup> Bei den römischen *actiones in rem*, welche der materiellrechtlichen Vorstellung der dinglichen Rechte entwicklungsgeschichtlich vorangehen, wird der bloß negative Gehalt der vom Berechtigten zu erhebenden Ansprüche ohne weiteres einsichtig: Die Klage geht nur auf die Sache, sie ist nicht "in personam" gerichtet, ein Einlassungszwang besteht nicht. Da der Beklagte sich durch Preisgabe der Sache des Prozesses entschlagen kann und dann, wenn er die Sache nicht in Händen hält, mit dinglichen Klagen nicht ins Recht gefaßt zu werden vermag, kann eine *actio in rem* auch niemals eine positive Leistung zum Inhalt haben. Vgl. KASER, Römisches Privatrecht Bd. I p. 111, 364; WENGER, p. 101ff., bes. 104.

<sup>25</sup> Vgl. BUCHER, Annuario und dort zitierten Entscheid.

<sup>26</sup> Vgl. Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts Bd. 78 II p. 289 ff.

## § 17. Besonderheiten der relativen Rechte

### *I. Der Begriff der Relativität ist allgemeingültig*

Relativ sind per definitionem jene Rechte, die dem Rechtsträger die Befugnis der Normsetzung gegenüber einer beschränkten Anzahl von Personen verleihen. Da sich diese Normen immer an individuell bestimmte oder bestimmbar Personen richten, können sie nicht nur ein Unterlassen gebieten, sondern auch ein positives Tätigwerden, sog. Leistungen, vorschreiben; ja, unter relativen Rechten sind diejenigen mit positivem Anspruchsinhalt die Regel.

Werden durch relative Rechte nur wenige bestimmte Personen verpflichtet, so können auch nur diese Personen die fraglichen Rechte *verletzen*. Dieser Satz ist *allgemeingültig*. Seine Richtigkeit steht auch dann nicht im Zweifel, wenn es, wie gelegentlich behauptet oder postuliert wird, eine "Vertragsverletzung durch Dritte" und eine entsprechende Verhaltensvorschrift gibt, wonach auch Dritte vertragliche Rechte zu respektieren haben. Derartige Regelungen – deren Wünschbarkeit und Durchführbarkeit hier nicht zur Diskussion stehen – würden keineswegs den Begriff der Relativität in Frage stellen, sondern höchstens bedeuten, daß in gewissen Fällen vertraglich eingeräumten relativen Rechten absolute Rechte überlagert werden.

### *II. Begriffsvarianten der relativen Rechte*

Auf die Identität des Begriffs der "*persönlichen Rechte*" mit demjenigen der relativen Rechte wurde bereits hingewiesen<sup>1</sup>. Bei weiteren Untergruppen subjektiver Rechte wird stillschweigend vorausgesetzt, daß es sich dabei um relative Rechte handle.

Als *Forderungsrechte* oder kurz *Forderungen* bezeichnet man in der Regel nur subjektive Rechte, die nicht nur relativ, sondern auf eine positive Leistung gerichtet sind. Meist wird der Ausdruck lediglich auf Rechte angewendet, die eine *Geldleistung* zum Gegenstand haben.

Ausnahmslos auf relative Rechte eingeschränkt ist der Begriff der *obligatorischen Rechte*. Anders als bei der Bildung der Gruppe der relativen Rechte wird hier nicht auf die durch das subjektive Recht

---

<sup>1</sup> § 16/III.

begründete normative Beziehung abgestellt, sondern der Entstehungsgrund des Rechts, die *obligatio*<sup>2</sup>, zum Kriterium erhoben, wobei sich die Relativität des obligatorisch begründeten Rechts als eine vom positiven Recht an den rechtsbegründenden Tatbestand des Verpflichtungsgeschäfts geknüpfte Folge darstellt. Gelegentlich werden infolge dieser regelmäßig gegebenen Relativität der obligatorischen Rechte letztere den relativen bzw. persönlichen Rechten gleichgestellt und als Gegenstück der dinglichen oder absoluten Rechte aufgefaßt<sup>3</sup>.

### *III. Sekundäre subjektive Rechte sind immer relativ*

Als *sekundär* haben wir jene subjektiven Rechte definiert, die infolge der Verletzung gewöhnlicher (primärer) subjektiver Rechte dem Träger dieser letzteren Rechte zuerkannt werden<sup>4</sup>. Der solche sekundäre Rechte begründende Tatbestand besteht in der Verletzung einer Pflicht. Diese Pflichtverletzung kann nur durch einzelne Personen, die sich individuell bestimmen lassen, nicht aber durch schlechthin jedermann begangen werden, so daß auch nur gegen bestimmte Personen Sanktionen verhängt sein können. Sekundäre Rechte wie Ansprüche auf Schadenersatz, Genugtuung, Beseitigung einer Störung, Wiederherstellung eines früheren Zustandes usw. sind immer relativ, und die Möglichkeit von absoluten sekundären Rechten ist nicht nur auf Grund des positiven Rechts, sondern allgemeingültig auszuschließen.

---

<sup>2</sup> Mit den an das lateinische *obligatio* anknüpfenden Bezeichnungen wird in der deutschen Rechtssprache auf das Element der selbstgewollten Bindung oder Selbstverpflichtung angespielt: *obligatio* von *ob-ligare* = binden. Weshalb es einem feineren Sprachempfinden widerstrebt, unmittelbar durch Gesetz begründete Ansprüche (z. B. *ex delicto*) als obligatorisch zu bezeichnen, obwohl dieser Sprachgebrauch geläufig ist.

<sup>3</sup> Der deutsche Sprachgebrauch verwendet den Wortstamm von *obligatio* wohl überwiegend auf der Berechtigungsseite eines Rechtsverhältnisses; man spricht häufiger von obligatorischen Rechten oder Ansprüchen als von obligatorischen Pflichten. Anders die romanischen Sprachen oder das englische, wo man unter den Ableitungen von lateinisch *obligatio* (französisch: *obligation*, italienisch: *obbligazione*, spanisch: *obligación*, englisch: *obligation*) nur die Verpflichtung versteht.

<sup>4</sup> Vgl. oben § 13/III.

#### IV. Der Grundsatz der Relativität im angelsächsischen Recht

Im *Common Law* ist der Begriff des subjektiven Rechts von der Rechtsprechung und der Rechtslehre in viel geringerem Maß bewusst gemacht worden als auf dem Kontinent. Dies heißt nun keineswegs, daß der das Wesen der subjektiven Rechte ausmachende Kern nicht auch in den Rechtsordnungen des angelsächsischen Kreises wirksam wäre. Das Rechtsempfinden und die rechtlichen Regelungen sind vielmehr sehr ausgeprägt nach der freien Entscheidungsmöglichkeit des Individuums ausgerichtet, wie es für subjektivrechtliche Verhältnisse charakteristisch ist. Nur ist der Begriff des "right" nicht theoretisch untermauert worden. Gleiches gilt auch vom Gegensatz der absoluten und relativen Rechte, der als solcher unbekannt ist, d. h. von der Rechtslehre nicht in dieser Allgemeinheit entwickelt wird, der aber trotzdem in den konkreten rechtlichen Anordnungen konsequent durchgeführt und wohl lediglich wegen seiner dem Rechtsempfinden ohne weiteres einleuchtenden Selbstverständlichkeit nicht theoretisch untermauert wird. Daß "*contractual rights*" nur relativ wirken, steht völlig fest. Aber dogmatischer Ansatzpunkt der Rechtsbetrachtung und Rechtsdarstellung ist nicht der Begriff des relativen subjektiven Rechts, sondern man geht vom zwei- oder mehrseitigen vertraglichen Rechtsverhältnis, dem "contract" oder der "obligation" aus und gelangt so zu dem mit äußerster Unerbittlichkeit durchgeführten Grundsatz der "*privity of contract*", dem Grundsatz, daß nur die Parteien selber Pflichten wie auch Rechte aus einem Vertrag haben können.

Dieses Beispiel eines anderen methodischen Vorgehens zeigt nun aber auch die Nachteile des Verzichts auf die theoretische Ausgestaltung des Begriffs des subjektiven Rechts: Die nicht an der Figur des (relativen) subjektiven Rechts, sondern am Begriff des Vertrags orientierte Betrachtungsweise zwingt in einer nicht kodifizierten, mithin stark an allgemeinen Begriffen orientierten Rechtsordnung dazu, nicht nur Pflichten ausschließlich bei den Vertragsparteien eintreten zu lassen, sondern auch Rechte, was zur *Ablehnung des Vertrags zugunsten Dritter* führen muß, während in den kontinentalen Rechtsordnungen solche Verträge in der Regel ausdrücklich<sup>5</sup> oder stillschweigend zugelassen werden. – Das durch die Vernachlässigung der Figur des subjektiven Rechts bedingte Sichfestklammern an der Figur

---

<sup>5</sup> Vgl. OR 112/II, BGB § 328.

des Vertrages oder des Rechtsverhältnisses behinderte darüber hinaus im angloamerikanischen Recht ganz erheblich die *Entwicklung der Zession*: Vertragliche Rechte konnten in den Vereinigten Staaten bis ins 19. Jahrhundert im allgemeinen nicht abgetreten werden, was zur Flucht in Ersatzformen wie der Bestellung von Stellvertretern zwang<sup>6</sup>; in England können sie auch heute nur "in equity" oder dann gestützt auf eine statutarische Sonderbestimmung abgetreten werden, während sie "at common law" immer noch als unklagbar gelten<sup>7</sup>.

*V. Mehrheit von potentiellen Normadressaten bei relativen Rechten.  
Der Begriff der Solidarität*

Relative Rechte richten sich im Regelfall gegen eine einzige Person, während eine Mehrheit von Verpflichteten bereits Ausnahmecharakter hat. Es bleiben die normativen Besonderheiten des Sachverhaltes zu untersuchen, daß durch das subjektive Recht eines Einzelnen<sup>8</sup> eine Personenmehrheit verpflichtet wird und durch ein einziges subjektives Recht mehrere Rechtsverhältnisse begründet werden. Von einer Mehrheit von Normadressaten oder Verpflichteten zu sprechen und Besonderheiten dieses Sachverhaltes zu untersuchen, ist nur bei *relativen Rechten* sinnvoll, da die absoluten Rechte per definitionem gegenüber *jedermann* wirken und deshalb nicht bloß eine Mehrheit (d. h. eine zahlenmäßig beschränkte Zahl) von Personen verpflichten können.

Der hier behandelte Sonderfall einer Mehrheit von potentiell Verpflichteten spielt sodann nur bei jenen relativen Rechten eine Rolle, die einen *Anspruch auf eine positive Leistung* verleihen, nicht aber bei Rechten, die einen Unterlassungsanspruch zum Inhalt haben. Wenn jemand von verschiedenen Personen die Unterlassung eines bestimmten Verhaltens fordern kann, so steht ihm gegen jeden der Verpflichteten sogar dann ein selbständiges subjektives Recht zu, wenn diese auf denselben Rechtsgrund zurückgehen. Die Selbständigkeit der einzelnen Rechte kommt darin zum Ausdruck, daß die

---

<sup>6</sup> Vgl. PARKER, p. 134.

<sup>7</sup> Vgl. zum hier Gesagten Lehrbücher und Entscheidungssammlungen zum englischen Vertragsrecht unter den Stichworten "privity of contract", "assignment of contractual rights" und "chose in action".

<sup>8</sup> Über den umgekehrten Fall, daß ein subjektives Recht nicht gegen mehrere, sondern mehreren gemeinsam zusteht, vgl. oben § 11.

Beobachtung des Unterlassungsanspruchs durch einen der Verpflichteten (z. B. die Respektierung eines vertraglichen Konkurrenzverbots) die Mitverpflichteten nicht befreit<sup>9</sup>.

Ebenfalls eine Mehrheit subjektiver Rechte und nicht eine Mehrheit von durch ein und dasselbe subjektive Recht Verpflichteten liegt vor, wenn der Rechtsträger von *Verschiedenen eine Leistung nach Bruchteilen* zu fordern hat. Daß die verschiedenen Rechtsverhältnisse auf den gleichen Rechtsgrund (d. h. denselben Lebensvorgang und denselben Normbereich des objektiven Rechts) zurückgehen, vermag die verschiedenen subjektiven Rechte nicht zu einer Einheit zusammenzufassen, auch wenn man in einem landläufigen Sprachgebrauch von einer und derselben Forderung sprechen mag, die gegen mehrere Personen bruchteilig gerichtet ist. Der Berechtigte hat die Befugnis, gegenüber verschiedenen Personen normsetzend zu sein, wobei die verschiedenen Normsetzungsbefugnisse unabhängig von einander ausgeübt werden können und bei denen die Ausübung des subjektiven Rechts gegenüber dem einen der Verpflichteten die Ansprüche gegenüber den anderen Verpflichteten nicht berührt, sowenig die Erfüllung bzw. Nichterfüllung der Pflicht durch den einen Normadressaten die Pflichten der übrigen Normadressaten beeinflußt<sup>10</sup>.

Sind verschiedene Personen zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet, ist es nur dann sinnvoll, deren Pflichten auf ein und dasselbe subjektive Recht des Berechtigten und nicht auf eine Mehrheit von Rechten (die je jedem Verpflichteten entsprechen) zurückzuführen, wenn der Rechtsträger seine Normsetzungsbefugnis nicht gegenüber jedem Verpflichteten unabhängig und selbständig (d. h. unter Umständen unterschiedlich und widersprechend) ausüben kann, sondern ihm nur eine einzige Normsetzung zu Gebote steht und *mit einer einzigen Willenserklärung die Befugnis der Rechtsausübung konsumiert* wird. Der Sachverhalt des einheitlichen subjektiven Rechts, das gegen mehrere gerichtet ist, liegt immer dann vor, wenn der Rechtsträger trotz der Pluralität der Verpflichteten nur *einen Anspruch* erheben kann. Dies bedeutet entweder, daß er nur *gegen alle*

---

<sup>9</sup> Ein einheitliches relatives Recht auf Unterlassung gegen mehrere könnte nur angenommen werden, wenn von den verschiedenen potentiell zu einem Unterlassen Verpflichteten jeweils *nur einer* durch Anspruchserhebung *aktuell verpflichtet* werden könnte, welche Lösung normlogisch möglich ist, aber kaum je praktisch werden dürfte.

<sup>10</sup> So auch WINDSCHEID, Pandekten II § 292 p. 198.

*Verpflichteten gemeinsam*, oder daß er *bloß gegen einen* sämtlicher Verpflichteter einen Anspruch erheben kann.

Der erstgenannte Sachverhalt liegt dann vor, wenn die *Verpflichteten* in irgendeiner Weise *zu einer Einheit zusammengefaßt* sind, somit die Pluralität der Normadressaten mehr der Form als der Sache nach besteht. Als Hauptbeispiel erscheint die *Unteilbarkeit der von mehreren gemeinsam zu erbringenden Leistung*, z. B. die Verschaffung des Eigentums oder des Genusses einer Sache, die im Miteigentum oder Gesamteigentum mehrerer steht, wo der Berechtigte nur einen einheitlichen Anspruch gegen alle Eigentümer gemeinsam erheben kann.

Praktisch wichtiger und theoretisch interessanter ist der andere Tatbestand, bei dem der Berechtigte nur eine Leistung zu fordern hat, diesen Anspruch aber nach seiner Wahl gegenüber einer von verschiedenen Personen erheben kann, von denen jede zur Leistung des Ganzen ("*in solidum*") verpflichtet ist, weshalb man oft von einer solidarischen Verpflichtung mehrerer durch ein und dasselbe subjektive Recht spricht. Bei dieser *Solidarität* wird gelegentlich zwischen *echter* und *unechter* Solidarität (letztere auch *Konkurrenz* von Forderungen genannt) unterschieden<sup>11</sup>; in der pandektistischen Lehre wird ihr auch die *Korrealität* gegenübergestellt<sup>12</sup>. Diese Erscheinungsformen der Verpflichtung einer Personenmehrheit durch ein einzelnes subjektives Recht können sich durch den *Entstehungsgrund*<sup>13</sup>, die Ausgestaltung des *Innenverhältnisses* zwischen den Verpflichteten<sup>14</sup>, die Umschreibung des die Mitverpflichteten befreienden Tatbestandes<sup>15</sup> und die Art der Verbindung des rechtlichen Schicksals der verschiedenen Rechtsverhältnisse zwischen dem Berechtigten einerseits und den verschiedenen Verpflichteten andererseits<sup>16</sup> unterscheiden, ohne

---

<sup>11</sup> Vgl. OFTINGER, Haftpflichtrecht p. 296 ff.; v. TUHR, OR II p. 765.

<sup>12</sup> Vgl. WINDSCHEID, Pandekten II § 292, 293 ff., 298.

<sup>13</sup> So die Einteilung in echte und unechte Solidarität, je nachdem ob die Ansprüche gegenüber den verschiedenen Verpflichteten auf dem gleichen Rechtsgrund beruhen. Vgl. OFTINGER, a. a. O., p. 296/297.

<sup>14</sup> So z. B. hinsichtlich des Umfangs des Rückgriffs, der Frage, ob der die Leistung erbringende Schuldner durch Subrogation in die Stellung des ursprünglich Berechtigten eintrete.

<sup>15</sup> Werden die Mitverpflichteten nur durch Erfüllungstatbestände (Leistung, Hinterlegung, Tilgung durch Verrechnung) oder aber bereits dann befreit, wenn der Berechtigte gegen einen bestimmten potentiell Verpflichteten einen Anspruch oder Klage erhoben hat?

<sup>16</sup> Befreit die Unmöglichkeit der Leistung oder Verjährung oder Verwirkung hinsichtlich des einen Verpflichteten alle Mitverpflichteten oder wirkt z. B. umgekehrt die Unterbrechung der Verjährung bezüglich eines Verpflichteten auch für alle übrigen?

daß von einem begrifflich-formalen Standpunkt aus in dieser Hinsicht etwas Allgemeingültiges ausgesagt werden könnte, wann die eine oder andere Regelung Platz zu greifen habe. Über die normative Struktur solcher sich gegen mehrere Personen richtenden subjektiven Rechte ist jedoch folgendes festzuhalten.

Der behandelte Tatbestand unterscheidet sich vom Normalfall dadurch, daß dem Berechtigten verschiedene potentiell Verpflichtete, dem einen subjektiven Recht verschiedene potentielle Pflichten gegenüberstehen. Eine Aktualisierung der Pflicht tritt nur bei jenem Verpflichteten ein, gegen den der Berechtigte einen Anspruch erhebt (wobei die Frage offenbleibt, ob durch diese Aktualisierung die übrigen potentiellen Pflichten der übrigen Solidar- oder Korrealschuldner dahinfallen oder aber – z. B. für den Fall der Nichterfüllung – neben der aktuellen Pflicht weiterbestehen). Nur die hier eingeführte *Unterscheidung zwischen potentieller und aktueller Pflicht* macht es überhaupt möglich, Solidarschuldverhältnisse dogmatisch widerspruchsfrei zu konstruieren. Daß sämtliche Solidarschuldner Träger von Rechtspflichten sind, ist nicht zu leugnen und wird von niemandem bestritten. Da nun die traditionelle Doktrin den Begriff der potentiellen Pflicht nicht kennt, müßte sie bei normativer Betrachtungsweise annehmen, daß jeder Solidarschuldner mit dem Entstehen des Solidarschuldverhältnisses *hic et nunc* zur Leistung des Ganzen verpflichtet sei und durch das Unterlassen der Leistung eine Normwidrigkeit begehe, was natürlich nicht die Meinung sein kann. Der Tatbestand der Solidarschuld, die dem Rechtsträger die Möglichkeit gibt, den Anspruch auf eine einmalige Leistung nach seiner Wahl gegen einen von mehreren Schuldner zu erheben mit der Wirkung, dass dieser eine – und nur dieser! – zur Erbringung der Leistung verpflichtet ist, beweist die Richtigkeit und Notwendigkeit der hier vertretenen Auffassung, wonach eine verbindliche ("aktuelle") Verhaltenspflicht nicht durch die bloße Tatsache der Verleihung eines subjektiven Rechts, sondern erst durch dessen Ausübung, die Anspruchserhebung geschaffen und deshalb als das die Pflicht auslösende und im eigentlichen Sinn normsetzende Element nicht die Verleihung des subjektiven Rechts, sondern der in Ausübung dieses Rechts geäußerte Wille des Rechtsträgers betrachtet wird.

## § 18. Besonderheiten der absoluten Rechte

### *I. Zweck und normative Besonderheiten der absoluten Rechte*

Während der Zweck relativer Rechte, die meist eine positive Leistung (z. B. eine Geldzahlung) zum Gegenstand haben, in der Regel aus dem Inhalt der Normsetzungsbefugnis selber zu ersehen ist, gibt die Charakterisierung der absoluten Rechte als Befugnis, jedermann ein bestimmtes Verhalten zu untersagen, noch keinen Aufschluß über den Sinn dieser Möglichkeit. Mit der Verleihung einer derartigen Ausschließungsbefugnis soll dem Rechtsträger ein bestimmter *sachlicher Bereich zu ausschließlicher Verfügung* gestellt und durch den Ausschluß der übrigen Rechtsgenossen dem Ausschließungsberechtigten *zugeordnet* werden<sup>1</sup>.

Dies ist offenkundig bei den sog. dinglichen Rechten, bei denen die Einwirkungen auf Sachen untersagt werden können und deren Zweck darin besteht, dem Berechtigten in irgendeiner Form Genuß und Nutzen dieser Sache zu verschaffen. Die ganze privatrechtliche Eigentumsordnung als eine Ordnung der Güterverteilung unter den Privaten läßt sich auf das Zusammenspiel von den Einzelnen zugeteilten absoluten Rechten zurückführen, welche die Möglichkeit geben, Dritte von diesen Gütern auszuschließen<sup>2</sup>.

Der gleiche Sachverhalt liegt aber auch den übrigen absoluten Rechten zugrunde: Die Immaterialgüterrechte stellen dem Berechtigten statt einer Sache den Gebrauch eines technischen Verfahrens, einer schöpferischen Leistung oder eines Personen- bzw. Sachnamens usw. zur Verfügung unter gleichzeitigem Ausschluß Dritter von diesem Gebrauch. Die sog. Persönlichkeitsrechte unterscheiden sich in ihrer Struktur von den übrigen absoluten Rechten vor allem dadurch, daß der Ausschließlichkeitsbereich, d. h. jene sachliche Sphäre, auf die Dritte gegen den Willen des Berechtigten nicht einwirken dürfen,

---

<sup>1</sup> Die Funktion der *Zuordnung von Sachen* wird neuerdings im Sachenrecht zur Umschreibung des *Wesens der Dinglichkeit* verwendet, was aber nur – wie hier – den Sinn haben kann, die *Aufgabe* der dinglichen Rechte zu paraphrasieren, nicht aber deren *rechtlich-normatives* Wesen zu erfassen. Vgl. dazu MEIER-HAYOZ, p. 66 N. 140.

<sup>2</sup> Wenn gesagt wird, absolute bzw. dingliche Rechte würden eine *Sachherrschaft* verleihen, kann damit nur gemeint sein, die fragliche Sachbeherrschung sei von der Rechtsordnung *erlaubt*. Diese Erlaubtheit im Sinne des Fehlens von Verbotsnormen ist ein normativer Sachverhalt, nicht aber die Sachbeherrschung als solche, die auf der Ebene *faktischer Gegebenheiten* liegt.

diesem nicht willkürlich durch Entscheidung des positiven Rechts, sondern *von Natur aus* zugeordnet sind<sup>3</sup>.

Das für die absoluten Rechte charakteristische *Auseinanderfallen von Zweck und normativem Gehalt* hat in der Privatrechtsdogmatik viel *nutzlose Auseinandersetzungen* veranlaßt. Die in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts wurzelnde und auch heute noch nicht ganz abgeschlossene Entwicklung juristischer Begriffe und Denkformen, die von der prozeßrechtlichen Vorstellung des Gegensatzes der *actiones in rem* und der *actiones in personam* ausgeht und zu materiellrechtlichen Denkfiguren des persönlichen und des dinglichen Rechts führt, welche letzterer Begriff seinerseits zwangsläufig nach einer Ausweitung zum Begriff des absoluten Rechts verlangt, um einen umfassenden Gegensatz zu den persönlichen Rechten zu bilden, schafft ohnehin eine lange Reihe von Mißverständnissen, scheint doch jeder Schritt in diesem Entwicklungsprozeß dogmatischer Vorstellungsweisen zu bedingen, daß die zu verlassende und damit zu bekämpfende Position falsch verstanden wird<sup>4</sup>. In dieser Evolution von prozessualen zu materiellrechtlichen Vorstellungen läßt sich auf allen Entwicklungsstufen immer auch der Gegensatz teleologischer und normativer Betrachtungsweise erkennen: Bald steht der *Zweck* der absoluten Rechte, nämlich, dem Berechtigten den Genuß einer Sache zu verschaffen, bald das *normative Element*, d. h. die Möglichkeit des Berechtigten, alle übrigen Rechtsgenossen von der Sache auszuschließen, im Vordergrund<sup>5</sup>. Dabei kann doch nicht zweifelhaft sein, daß sich beide Betrachtungsweisen gegenseitig *nicht ausschließen, sondern ergänzen*, und daß die Verschiedenheit des Resultats in der *Verschiedenheit des Gegenstandes der Untersuchung* (das eine Mal der normative Gehalt der absoluten Rechte, das andere Mal der Normzweck) bedingt ist.

Einerseits ist offenkundig, daß absolute Rechte verliehen werden, um dem Rechtsträger Herrschaft über einen bestimmten Sachbereich

---

<sup>3</sup> Vgl. BUCHER, PR p. 60 lit. c, p. 61.

<sup>4</sup> Die Darstellung dieser im höchsten Maße spannenden Geschehnisse kann hier nicht versucht werden. Vgl. dazu immerhin die knappe und wohl in den Grundzügen treffende, wenn auch selber einer heute überholten Denkweise verhaftete Darstellung von OERTMANN, p. 415-427.

<sup>5</sup> v. TUHR, BGB I p. 154, und andere unterscheiden zwischen der "*äußeren Seite*" des dinglichen Rechts als dem Rechtsverhältnis des Berechtigten zu Dritten, und der "*inneren Seite*", der Herrschaft des Rechtsträgers über die Sache, welche Unterscheidung im wesentlichen auf den hier beschriebenen *Gegensatz normativer und teleologischer Betrachtungsweise* hinausläuft.

einzuräumen, während die Verpflichtung aller übrigen Rechtsgenossen, nicht auf diesen Bereich einzuwirken, nur die notwendige Konsequenz dieser gesetzgeberischen Absicht ist. Andererseits ist die Einsicht unausweichlich, daß sich der normative Gehalt der absoluten Rechte in dieser Unterlassungspflicht, bzw. der Befugnis des Berechtigten, derartige Unterlassungspflichten zu statuieren, *erschöpft*, während die Sachbeherrschung durch den Berechtigten bloß *Motiv* für die rechtliche Regelung bzw. deren *faktische Folge* ist. Die Herrschaft einer Person über eine Sache als solche ist niemals normativer Natur, da Sachen weder Subjekte noch Adressaten von Normen, sondern nur deren Beziehungspunkte sein können.

Auch der Sachverhalt, daß der Berechtigte mit der Sache im Rahmen seines Rechts nach Belieben verfahren (sie z. B. zerstören) darf, ist nicht das Resultat einer eigentlichen normativen Anordnung, sondern nur die Folge des negativen Umstandes, daß ihm keine Rechtsnormen den Sachgebrauch untersagen. Da jede Rechtsordnung auf einer *Freiheitsvermutung* aufgebaut ist<sup>6</sup>, kann bei normativer Betrachtungsweise die Erlaubtheit der Verfügung über die Sache nicht zum Begriffsmerkmal der absoluten oder der dinglichen Rechte erhoben werden<sup>7</sup>. Der Zweck der Verleihung solcher Rechte und die normativen Mittel, mit denen dieser Zweck verfolgt wird, sind zwei völlig verschiedene Dinge, die auseinandergehalten werden müssen und ohne Gefahr von Mißverständnissen nicht verbunden werden können. Da die Einteilung der subjektiven Rechte in absolute und relative Rechte eine Einteilung nach normativen Kriterien ist, muss bei der Fassung des Begriffs der absoluten Rechte die den Rechtszweck ausmachende Sachbeherrschung außer Betracht bleiben.

Daß absolute Rechte von jedermann beachtet werden müssen und jedermann verpflichten, erweist sich sofort beim Betrachten der in allen Rechtsordnungen anzutreffenden und als absolut definierten Rechte; dieser Grundsatz ergibt sich mittels eines Umkehrschlusses aus der Beobachtung, daß es bei derartigen Rechten niemanden gibt, der durch sie *nicht* verpflichtet wäre. Je länger je weniger können die

---

<sup>6</sup> Der Satz "was nicht verboten ist, ist erlaubt" ist nicht rechtsinhaltlicher, sondern logischer Natur, d. h. er gilt in jeder Rechtsordnung. Vgl. oben § 5/X.

<sup>7</sup> Ebenso WINDSCHEID, Pandekten I § 38 p. 166 ff. – Vgl. besonders N. 3 und die dort zitierten zustimmenden und ablehnenden Autoren. Die Diskussion über diese Frage lebt von terminologischen Mißverständnissen oder ist durch eine Verschiedenheit des Ausgangspunktes veranlaßt.

Bedenken nachgeföhlt werden, die gelegentlich auch heute noch gegen die Annahme erhoben werden, daß durch dingliche und absolute Rechte schlechthin jedermann, auch die Menschen "hinten, weit, in der Türkei" verpflichtet sind. Bei einer formallogischen Betrachtungsweise kann, die Vorstellung von unendlich vielen und für unendlich viele geltenden Pflichten nichts Stoßendes haben. Die Allgemeingültigkeit der durch die absoluten Rechte begründeten Pflichten ist zudem dahin zu präzisieren, daß jedermann vorerst lediglich eine *potentielle* Pflicht der Nichteinwirkung hat. Normen, die ein unmögliches Verhalten verbieten, sind überhaupt keine Normen, sondern lediglich eine Wiederholung von Naturgesetzen<sup>8</sup>. Die Annahme einer aktuellen Pflicht der Nichteinwirkung wird überhaupt erst dann sinnvoll, wenn der Normadressat die Möglichkeit der Einwirkung und damit der Pflichtverletzung hat, d. h. wenn er in eine Beziehung zur Sache tritt und auf sie einwirken kann<sup>9</sup>.

Schließlich akkumulieren sich in der Person des einzelnen Rechtsgenossen nur in einem logisch-analytischen, nicht aber in einem praktischen Sinn eine unendliche Zahl von Pflichten, auf sämtliche in Reichweite befindliche Rechtsobjekte nicht einzuwirken. Im praktischen Leben kann sich der einzelne durchaus auf die Vorstellung beschränken, er dürfe nicht auf fremde (d. h. nicht Gegenstand eines eigenen absoluten Rechts bildende) Objekte einwirken<sup>10</sup>.

Der Vorwurf v. TUHRs, die den Inhalt des absoluten Rechts als eine Summe von Verboten an alle Nebenmenschen beschreibende Auffassung sei der Anschaulichkeit des Begriffs abträglich, ist nicht ganz von der Hand zu weisen. Es wird denn auch hier keineswegs die Verbannung der herkömmlichen Vorstellung des "Rechts an einer Sache" gefordert. Wenn man jedoch eine begriffliche Analyse unter normlogischen Gesichtspunkten unternimmt und den formalen Gehalt

---

<sup>8</sup> Vgl. oben § 5/II.

<sup>9</sup> Damit sind wohl auch die Schwierigkeiten behoben, die sich auf den ersten Blick aus der Tatsache zu ergeben scheinen, daß ein gegen jedermann wirkendes absolutes Recht von einer bestimmten Rechtsordnung verliehen wird, die ihrerseits lediglich einen räumlich beschränkten Geltungsbereich hat.

<sup>10</sup> Diese als Populärvorstellung gerechtfertigte Betrachtungsweise ist es, die auch in der wissenschaftlichen Analyse immer wieder die Auffassung geweckt hat, absolute Rechte würden eine "Erlaubnis" zur Einwirkung auf das Rechtsobjekt enthalten, was angesichts der jeder Normordnung zugrunde liegenden Freiheitsvermutung, die auch im Bereich der Güterverteilung und -zuordnung nicht als durchbrochen betrachtet werden kann, normlogisch falsch ist. Vgl. dazu oben § 5/X, unten § 20/I.

des Gegensatzes der absoluten und relativen Rechte untersucht, dürfen Rücksichten auf die "Anschaulichkeit" keine Rolle spielen; es kann das Resultat nur die bereits in der jüngeren Pandektistik angetroffene Auffassung sein, daß der rechtliche (d. h. normative) Gehalt der absoluten Rechte sich im Unterlassungsanspruch gegenüber allen Nebenmenschen erschöpft, wobei dieser Unterlassungsanspruch seinerseits bloß Mittel zum Zweck der Verschaffung einer faktischen Sachbeherrschung ist. Damit ist erkannt, daß die vermeintlich gegensätzlichen Aspekte des absoluten Rechts im *Verhältnis von Ursache und Wirkung bzw. Mittel und Zweck* stehen, mithin sich nicht gegenseitig ausschließen, sondern durch die Wahl der Betrachtungsweise bedingt sind.

## II. Die Ausschließlichkeit der absoluten Rechte und deren Sachzuordnungsfunktion

*Absolute Rechte* sind mehrheitlich ausschließliche Rechte, d. h. es können in der Regel aus teleologischen Gründen nicht zwei Rechte mit gleichem Inhalt nebeneinander bestehen. Dies folgt aus der absoluten, gegen jedermann wirkenden Natur dieser Rechte: Wenn mehrere Personen identische absolute Rechte hinsichtlich desselben Sachbereichs haben würden, müßte jeder Rechtsträger im Rahmen seines Rechts die anderen von der Einwirkung auf diesen Bereich ausschließen können, so daß dieser niemandem zur Verfügung stände und die Verleihung der fraglichen Rechte sinnlos würde.

Daß an ein und derselben Sache nur *ein* absolutes Recht gleicher Stufe bestehen kann, soll die Rechtsverleihung ihren Zweck erfüllen, ist vor allem augenfällig beim *Eigentumsrecht* als dem umfassendsten absoluten Recht: An derselben Sache kann *nur* ein Eigentumsrecht bestehen. Sind mehrere gleichzeitig Eigentümer einer Sache, so teilen sie sich in *ein* Recht, das sie in einem bestimmten Verfahren auszuüben und in deren Genuß sie sich nach der konkreten rechtlichen Anordnung zu teilen haben, während volles und unbeschränktes Eigentum mehrerer Eigentümer das Eigentumsrecht jedes einzelnen illusorisch machen würde. Ganz ebenso liegen die Verhältnisse bei absoluten Vollrechten, die sich nicht auf eine körperliche Sache, sondern immaterielle Güter beziehen. Die absoluten Rechte können

ihrer Zuordnungsfunktion nur so weit genügen, als es ausschließliche Rechte sind.

Da die Ausschließlichkeit der absoluten Rechte eine Funktion der sich gegen jedermann erstreckenden absoluten Normwirkung ist, spielt sie bei beschränkten dinglichen Rechten nicht, soweit deren *relativer Gehalt*<sup>11</sup> in Frage steht. Wenn, wie zu zeigen sein wird, bei einem beschränkten dinglichen Recht wie dem Wegrecht der relative normaufhebende Anspruch gegenüber dem Eigentümer der belasteten Sache im Vordergrund steht und im übrigen die absolute Wirkung des Rechts sich in der Befugnis erschöpft, von jedermann zu verlangen, in der Benutzung des Weges nicht gehindert zu werden, während die Benutzung des Weges durch Dritte nicht untersagt werden kann, dann sind mehrere identische Rechte möglich<sup>12</sup>.

### *III. Die quantitative Bestimmung des Rechtsinhalts. – Der Begriff des Rechtsobjekts*

Von der Struktur der subjektiven Rechte als den einzelnen verliehener Normsetzungsbefugnisse läßt sich die Frage nicht trennen, wie diese Normsetzungsbefugnisse inhaltlich zu umschreiben sind. Der Inhalt relativer Rechte kann durch Gesetz oder Vertrag oder beides gleichzeitig bestimmt werden, ohne daß sich über die Art der Inhaltsbestimmung etwas Allgemeingültiges aussagen ließe. Anders bei den absoluten Rechten, die dadurch gekennzeichnet sind, daß sie gegenüber jedermann einen Unterlassungsanspruch verleihen und wo sich bereits aus der Tatsache, daß durch deren Verleihung jedermann potentiell verpflichtet wird und jedermann diese potentiellen Pflichten kennen soll, die Forderung nach *Typisierung der Umschreibung des Rechtsinhalts* ergibt. Nachdem festgestellt wurde, daß absolute Rechte *negativen Gehalt* haben, d. h. nur Pflichten des Unterlassens, nicht aber Pflichten des Tuns bedingen können, muß der Inhalt der Unterlassungsansprüche, die gestützt auf ein absolutes Recht erhoben werden können, in jedem Fall nach zwei Seiten umschrieben werden: Bezüglich

---

<sup>11</sup> Vgl. unten § 19/II.

<sup>12</sup> In derartigen Fällen werden mehrere identische Dienstbarkeitsrechte nur dann ausgeschlossen, wenn die Ausübung durch mehrere sich ausschließt, wie z. B. bei einem Baurecht, das bezüglich des gleichen Grundstücks nicht wie im Falle von Wegrechten durch mehrere unabhängig ausgeübt werden kann.

des gebietsmäßigen *Umfangs* und bezüglich der *Intensität* des Unterlassungsanspruchs. Es muß der Inhalt absoluter Rechte hinsichtlich der *Quantität* und der *Qualität* bestimmt werden.

Die *quantitative Umschreibung* des Rechtsinhalts, der wir uns nun zuerst zuwenden, besteht in der Umschreibung des Bezugspunktes des Rechts, der allgemein als "*Rechtsobjekt*" und gelegentlich als "*Gegenstand eines Rechts*" bezeichnet wird<sup>13,14</sup>.

Die Vorstellung eines Rechtsobjekts drängt sich hauptsächlich bei den sog. dinglichen Rechten auf, d. h. bei absoluten Rechten, die sich auf die Beherrschung einer körperlichen Sache beziehen. Bei den übrigen absoluten Rechten läßt sich die Annahme eines Rechtsobjekts nicht voll aufrechterhalten, obwohl auch hier eine quantitative Umschreibung des Rechtsinhalts erforderlich ist. Persönlichkeitsrechte können wenigstens teilweise, soweit nämlich der menschliche Körper des Geschützten in Frage steht, als auf ein Rechtsobjekt bezogen gedacht werden. Man spricht von "Rechten an der eigenen Person", "Rechten am eigenen Körper" und dgl., wobei hier der Körper tatsächlich der sachliche Bereich ist, auf den sich die Normsetzungsbefugnis quantitativ bezieht und hinsichtlich dessen Einwirkungen abgewehrt werden können. Sobald aber die "Integrität des Gefühlslebens", die Ehre, die persönliche Ruhe und Ungestörtheit im Spiele stehen, läßt sich die Vorstellung eines Rechtsobjekts, das primär etwas Körperhaftes ist, nicht mehr oder bloß im Sinne einer Analogie aufrechterhalten. Auch Patentrechte, Urheberrechte und dgl. haben nicht ein Objekt im herkömmlichen Sinn; der dem Rechtsträger gegenüber jedermann zustehende Anspruch auf Nichtbenützung eines Verfahrens, Nichtwiedergabe eines Kunstwerkes usw. läßt sich nur sehr bedingt als objektbezogen verstehen. Die Umschreibung des sachlichen Bereichs, innerhalb dessen der Berechtigte normsetzungsbefugt ist, kann nur durch eine Beschreibung des geschützten Verfahrens,

---

<sup>13</sup> Demgegenüber wird die Bezeichnung "*Rechtsgut*" weniger in einem technisch-präzisen Sinn zur Umschreibung des sachlichen Bereiches absoluter Rechte verwendet, sondern steht meist allgemeiner für sämtliche Zustände, die von der Rechtsordnung und besonders durch das öffentliche Recht, z. B. das Strafrecht, geschützt werden.

<sup>14</sup> Wenn ausnahmsweise bei einem relativen Recht von Rechtsobjekt oder Rechtsgegenstand gesprochen wird (etwa dem Gegenstand einer Forderung), ist diese Bezeichnung nicht gleichermaßen mit dogmatischen Konsequenzen belastet wie bei den absoluten Rechten. Meist ist damit der Gegenstand gemeint, an dem der Verpflichtete dem Berechtigten Eigentum verschaffen soll.

Kunstwerks usw. erreicht werden und kann sich nicht in einer Umgrenzung eines körperlichen Gegenstandes, auf den nicht eingewirkt werden soll, erschöpfen.

#### IV. Die qualitative Bestimmung des Rechtsinhalts

Während das Problem der quantitativen Umschreibung des Inhalts absoluter Rechte durch Bezeichnung eines Rechtsobjekts durchaus gegenwärtig ist, hat die Privatrechtsdogmatik bisher kaum beachtet, daß die im absoluten Recht enthaltene Normsetzungsbefugnis oder Willensmacht, sofern sie auf ein Rechtsobjekt im herkömmlichen Sinn bezogen ist, auch in *qualitativer* Hinsicht bestimmt werden muß. Mit der Umgrenzung eines sachlichen Bereichs des Rechts und der Einsicht, daß der Berechtigte Einwirkungen auf diesen untersagen kann, ist der Rechtsinhalt noch nicht festgestellt; es muss vielmehr auch ausgemacht werden, welche Arten der Einwirkungen untersagt werden können.

Die Einwirkung auf eine Sache, die Objekt eines absoluten Rechts ist, kann von *verschiedener Intensität* sein. Die Einwirkung mag entweder eine *bloße Berührung* der Sache sein, oder aber in deren *völliger Zerstörung* bestehen. Zwischen diesen Extremen sind viele Zwischenstufen, die kontinuierlich ineinander übergehen, denkbar, so der mehr oder weniger intensive Gebrauch der Sache, deren leichtere oder schwerere Veränderung, deren teilweise oder ganze Vernichtung. Ob der an einer Sache Berechtigte alle oder nur einen Teil dieser Einwirkungen untersagen kann, muß durch das positive Recht entschieden werden und läßt sich nicht formallogisch deduzieren. Die *Angabe des Grades der Intensität der Einwirkung*, die auf Grund eines absoluten Rechts untersagt werden kann, *gehört mit zur Umschreibung des Inhalts dieses Rechts*.

Am Beispiel des Grundeigentums mag ersehen werden, daß auch beim sog. Vollrecht des Eigentums an einer Sache keineswegs aus dem Eigentumsbegriff abgeleitet werden kann, welches die Qualität der Normsetzungsbefugnis des Eigentümers ist, d. h. welche Einwirkungen dieser untersagen kann. Im Bereich überbauten Landes mag der Eigentümer Dritten auch die bloße Berührung der Sache, das Betreten des Landes, untersagen können. Keinesfalls braucht dies auch in landwirtschaftlich genutzten Gegenden oder gar im Gebiet von Alpen,

Wald und Heide der Fall zu sein. Hier kann Dritten sehr wohl das Betreten oder Befahren, das Überreiten oder das Anzünden von Feuern gestattet sein; ja es ist sogar eine gewisse Sachnutzungsbefugnis Dritter denkbar, wenn z. B. das Sammeln wildwachsender Beeren und Pilze oder das Aneignen von Holz privatrechtlich gestattet ist, so daß in derartigen Fällen das Eigentumsrecht nicht einmal die Befugnis einschließt, alle Eingriffe in die Substanz zu untersagen<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Vgl. weiterhin oben § 14/I lit. c.

## KAPITEL V

### SONDERFORMEN UND SCHEINFORMEN SUBJEKTIVER RECHTE

#### § 19. Sonderformen subjektiver Rechte

Die im folgenden zu untersuchenden Begriffe sind Bestandteil des positiven Rechts, insofern sie in jeder Rechtsordnung ihre eigentümliche Ausprägung erfahren. Nichtsdestoweniger ist in jedem dieser Begriffe ein Kern enthalten, der von positivrechtlichen Besonderheiten unabhängig ist, weshalb man ja, wenn man von Eigentum, Pfand und Ähnlichem spricht, nicht zuerst an das Eigentumsrecht oder Pfandrecht des schweizerischen oder italienischen Rechts denkt, sondern durchaus eine allgemeingültige Vorstellung dieser Institute im Auge haben kann. Unsere Absicht ist es, hier den Versuch zu unternehmen, den allgemeingültigen, rechtsformalen Gehalt einiger besonders hervortretender Arten subjektiver Rechte aufzusuchen, d. h. zu fragen, welche normativen Merkmale in jeder Rechtsordnung angetroffen werden müssen, wenn die betreffenden Rechte der Sache und nicht bloß dem Namen nach gegeben sein sollen.

#### *I. Eigentum*

Vorab ist zu untersuchen, was sich bei normativer Betrachtungsweise über den *Eigentumsbegriff* aussagen läßt. Das Eigentum ordnet den einzelnen bestimmte sachliche Bereiche zur Beherrschung zu. Diese Zuordnungsfunktion ist eine der wichtigsten und geschichtlich ursprünglichsten Aufgaben des Rechts. Deren Bedeutung mag daraus ersehen werden, daß jede Sprache durch Possessivpronomina und andere grammatikalische Mittel die Möglichkeit gibt, diese Zuordnung unmittelbar auszudrücken. Sodann wird in jeder Rechtsordnung

das dem Privatrecht zugerechnete Eigentumsrecht nicht nur mit den Mitteln des Privatrechts, sondern auch weitgehend strafrechtlich und sogar von Amtes wegen geschützt, während das gleiche bloß in geringerem Maße für die beschränkten dinglichen Rechte und nur ganz ausnahmsweise bei den relativen Rechten gilt<sup>1</sup>.

Gerade wegen der Bedeutung des Instituts des Eigentums steht beim Eigentumsbegriff der *teleologische* Aspekt gegenüber dem rechtstechnischen Gesichtspunkt im Vordergrund; hier noch mehr als beim Oberbegriff des dinglichen Rechts betrachtet man als Kern des Eigentums die dadurch verliehene *Sachherrschaft*, während die gegenüber jedermann wirkende Ausschließungsbefugnis weniger ins Bewußtsein tritt. Das enthebt indessen nicht von der Pflicht, die normative Wirkungsweise zu analysieren und zum Ausgangspunkt der dogmatischen Erfassung des Instituts zu machen.

Das Institut des Privateigentums erfährt in jeder Rechtsordnung seine besondere Ausprägung. Die positivrechtlichen Besonderheiten entscheiden etwa darüber, welche Gegenstände der Eigentumsherrschaft unterworfen sein können, welche objektivrechtliche Schranken die faktische Nutzung der Eigentumsobjekte eingrenzen, welche Tatbestände die Entstehung, den Untergang oder die Übertragung eines Eigentumsrechts auslösen, welche Einwirkungen auf seine Sache der Eigentümer untersagen kann, allenfalls welche (privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen) Pflichten an das Eigentumsrecht geknüpft sind. Insofern, als diese Fragen von jeder Rechtsordnung verschieden beantwortet werden können und deren Beantwortung die inhaltliche Ausgestaltung des Eigentums ausmacht, liegt ein *rechtsinhaltlicher* Eigentumsbegriff vor. Neben diesem Eigentumsbegriff, über den sich nichts Allgemeingültiges aussagen läßt und der hier nicht zur Diskussion steht, weil er nur im Hinblick auf eine bestimmte Rechtsordnung untersucht werden kann, gibt es auch einen *rechtsformalen* Eigentumsbegriff, der insoweit allgemeingültig ist, als sich dessen Merkmale in jeder Rechtsordnung finden, sofern überhaupt von Eigentum gesprochen werden kann. Mag die positivrechtliche Ausgestaltung sein wie sie will: Die durch das Eigentum verschaffte typische Art der Sachbeherrschung kann normativ nur auf eine und dieselbe Weise hergestellt werden. Diese normativen Merkmale seien hier versuchsweise zusammengestellt:

---

<sup>1</sup> Als eine derartige Ausnahme strafrechtlich geschützter relativer Rechte erscheinen gelegentlich familienrechtliche Unterhaltsansprüche.

a) Das Eigentum oder Eigentumsrecht ist, wie von keiner Seite bestritten wird, ein *subjektives Recht*, das alle hier herausgearbeiteten Merkmale dieses Begriffs aufweist, wie auch alle anderen Definitionen des subjektiven Rechts das Eigentumsrecht mitumfassen. Ja, das Eigentumsrecht erscheint als subjektives Recht par excellence, und die Lehren vom subjektiven Recht sind oft einseitig nach diesem Leitbild ausgerichtet. Dies äußert sich darin, daß die beim Eigentum besonders naheliegende Identifikation des Rechtsobjekts mit dem Recht selber immer wieder verallgemeinernd auf alle absoluten Rechte übertragen wird<sup>2</sup>. Auch wenn zu Unrecht die Verzichtbarkeit und Übertragbarkeit als notwendige Begriffsmerkmale aller subjektiven Rechte aufgefaßt werden, liegt eine Verallgemeinerung von Eigenschaften vor, die besonders beim Eigentum hervortreten<sup>3</sup>.

b) Das Eigentumsrecht ist ein *absolutes Recht*<sup>4</sup>. Dies ist in der modernen Privatrechtsdogmatik nicht bestritten. Dagegen gelangte die romanistische Forschung zur Auffassung, das *altrömische Eigentum* sei nicht ein absolutes, sondern ein relatives Recht gewesen. Diese Ansicht wird z. B. auf die Tatsache gestützt, daß der Richter im Prozeß nicht über das Eigentumsrecht an einer Sache als solches zu entscheiden hatte, sondern sie demjenigen zusprechen mußte, der ein "besseres" Recht hatte, ohne die Möglichkeit zu haben, niemanden als berechtigt zu erklären. Sodann ist für die Konzeption des "relativen Eigentumsrechts" der Umstand maßgebend, daß der Sieger in einem Eigentumsstreit nicht sicher war, in einem späteren Vindikationsprozeß die Sache nicht an einen besser berechtigten Dritten zu verlieren<sup>5</sup>.

Die Richtigkeit der einzelnen Feststellungen über die Wirkungsweise des römischen Eigentums- und Besitzschutzes sollen in keiner Weise angezweifelt, dagegen aber bestritten werden, daß aus diesen Feststellungen der Schluß auf die "Relativität" des Eigentums im Sinne der modernen Privatrechtsdogmatik zu ziehen sei. Absolut ist ein subjektives Recht nicht, weil es dem Rechtsträger nicht unter gewissen Umständen verloren gehen könnte, sondern weil es ihm, solange

---

<sup>2</sup> Vgl. oben § 14.

<sup>3</sup> Vgl. oben § 8/VI, § 10/V.

<sup>4</sup> Besonders bedeutsam ist beim Eigentumsrecht dessen Ausschließlichkeit, die als Merkmal vieler absoluter Rechte aufgezeigt worden ist. Vgl. oben § 18/II. Mit dieser Ausschließlichkeit wird die Zuordnung von Sachen zu bestimmten Personen erreicht, was Zweck der Verleihung von Eigentumsrechten ist.

<sup>5</sup> Vgl. KASER, Eigentum und Besitz, passim; Eigentumsbegriff p. 19 ff., bes. p. 22/23; Römisches Privatrecht Bd. I p. 108, überall mit Literaturhinweisen.

er als berechtigt gilt, die Befugnis der Abwehr von Einwirkungen gegenüber jedermann verleiht, d. h. weil durch dieses Recht sämtliche Nebenmenschen und nicht bloß einige wenige verpflichtet werden. In diesem Sinn wirkte nun aber auch das altrömische Eigentum durchaus absolut, und die *actio negatoria* stand dem Eigentümer gegenüber jedermann zu; er konnte sein Eigentum von jedermann vindizieren außer vom "besser Berechtigten", in welchem Fall er aber auch bereits nicht mehr Eigentümer war. Im übrigen war die Sicherung der Eigentümerstellung durch dieses "relative Eigentum" im Ergebnis kaum verschieden vom heute üblichen Rechtszustand: Auch im modernen Recht wirkt das Urteil regelmäßig infolge der Beschränkung der Rechtskraft nur zwischen den Parteien selber; die mit dem Eigentumsanspruch durchdringende Partei ist nicht davor geschützt, in einem anderen Prozeß das Eigentum zu verlieren. Auch heute soll und kann der Richter nicht, wie KASER anzunehmen scheint<sup>6</sup>, die Sache im Prozeß keiner Partei zusprechen, sondern er muß die Eigentumsklage des Klägers gutheißen oder abweisen. Im letzteren Fall verbleibt die Sache dem Beklagten, der in der Regel ihr Besitzer ist, und zwar selbst dann, wenn der Richter zur Auffassung gelangen sollte, auch ihm stehe kein Eigentumsrecht zu.

Wenn der an einer Sache Berechtigte sein Recht nicht gegenüber allen Nichtberechtigten geltend machen und deren Einwirkungen abwehren kann, darf man nicht mehr von Eigentum sprechen. Deshalb ist die Absolutheit des Eigentumsrechts im Sinne der modernen Privatrechtsdogmatik und der hier entwickelten Begriffsbestimmung ein allgemeingültiges formales, d. h. unabhängig von einer bestimmten Privatrechtsordnung und damit für alle Privatrechtsordnungen geltendes Merkmal des Eigentumsrechts.

c) Nicht alle absoluten Vollrechte sind Eigentumsrechte, vielmehr vorerst nur diejenigen, die sich auf die *Beherrschung einer körperlichen Sache* beziehen, mithin die sog. *dinglichen Rechte*. Diese Beschränkung ist allerdings hauptsächlich historisch bedingt, deswegen aber nicht weniger wirksam. Im Zusammenhang des Immaterialgüterrechts spricht man gern von "geistigem Eigentum"<sup>7</sup>, was an sich zutreffend ist, da die normativen Merkmale des Eigentums, die Beherrschung eines bestimmten Bereichs mit der Möglichkeit des Ausschlusses aller Nichtberechtigten, sich hier verwirklicht finden. Aber es wird doch nur im Sinne einer Analogie "geistiges Eigentum" an

---

<sup>6</sup> KASER, Eigentumsbegriff, p. 22.

<sup>7</sup> Vgl. TROLLER, II p. 88 ff.

"unkörperlichen Sachen" angenommen; das Bedürfnis, als Objekt des Eigentums eine "unkörperliche Sache" (genaubesehen eine *contradictio in adiecto*) anzunehmen, illustriert, wie tief die Vorstellung verwurzelt ist, Eigentum sei notwendig sachbezogen.

Die *Persönlichkeitsrechte* werden heute niemals dem Eigentum zugerechnet, obwohl sich auch diese wenigstens zu einem Teil (soweit sie die körperliche Integrität schützen) auf einen körperhaften Bereich beziehen und im übrigen nicht viel anders als das "geistige Eigentum" den Schutz ideeller Zustände bezwecken. Es sind folgende Gründe, welche die Erstreckung des Eigentumsbegriffs auf die Persönlichkeitsrechte ausschließen: Einmal erfüllt das Eigentum die Funktion der Zuordnung eines bestimmten Sachbereiches zu einzelnen Individuen, während die Persönlichkeitsrechte Güter schützen, die dem Individuum von der Natur zugeordnet sind. Sodann ist mit dem Eigentumsbegriff vielfach die Vorstellung *vermögensmäßiger Nutzbarkeit*<sup>8</sup> verbunden, welche den Persönlichkeitsrechten abgeht. Schließlich wird oft als Merkmal des Eigentumsrechts dessen *Veräußerbarkeit bzw. Verzichtbarkeit* betrachtet, die den Persönlichkeitsrechten ebenfalls fehlt.

d) Das Eigentum verleiht eine *umfassende* Normsetzungsbefugnis im Sinne der Befugnis der Abwehr aller denkbaren Einwirkungen durch Dritte. Diese Normsetzungsbefugnis ist so umfassend wie möglich, d. h. sie geht so weit, als das objektive Recht überhaupt eine Ausschließungsbefugnis hinsichtlich der betreffenden Sache zuläßt. Daß diese im Rahmen einer bestimmten positiven Rechtsordnung nicht notwendig hinsichtlich sämtlichen Sachen dieselbe ist und dass die *Qualität* der im Eigentumsrecht enthaltenen Normsetzungsbefugnis sich nicht nach begrifflich-formalen Kriterien ableiten läßt, sondern vom positiven Recht bestimmt werden muß, ist bereits aufgezeigt worden<sup>9</sup>.

Durch das Gesagte unterscheidet sich das Eigentum als sog. Vollrecht

---

<sup>8</sup> Der Begriff des *Vermögens* ist normativ in keiner Weise strukturiert und völlig auf wirtschaftliche Gegebenheiten abgestützt. Unter ihn fallen nicht nur Eigentumsrechte und beschränkte dingliche Rechte, sondern auch Forderungen, ja möglicherweise wirtschaftlich vorteilhafte Situationen (z. B. "goodwill" und "know-how" im Geschäftsleben), die nicht rechtlich gefaßt sind. Wenn der Vermögensbegriff als Bestandteil einer positiven Rechtsordnung (z. B. im Steuerrecht, Ehegüterrecht, Gesellschaftsrecht, Konkursrecht usw.) auftaucht, ist sein Gehalt von Fall zu Fall zu bestimmen, ohne daß sich vom Standpunkt der Privatrechtsdogmatik darüber etwas Allgemeingültiges aussagen ließe.

<sup>9</sup> Oben § 18/IV.

von den *beschränkten dinglichen* Rechten, die keine umfassende Normsetzungsbefugnis verleihen und dem Berechtigten nur die Möglichkeit geben, in einem durch das betreffende Recht limitierten Umfang die Einwirkung auf die Sache abzuwehren, etwa dem Wegberechtigten, Störungen in der Wegbenutzung zu untersagen.

Die Normsetzungsbefugnis des Eigentümers kann durch Rechtsgeschäft oder durch beschränkte dingliche Rechte eingeschränkt werden. Diese Einschränkung wirkt jedoch nur gegenüber einzelnen Personen, die beschränkte dingliche oder obligatorische Rechte an der Sache haben, während die Abwehrbefugnis des Eigentümers gegenüber allen Nichtberechtigten bestehen bleibt<sup>10</sup>. Derartige Einschränkungen, welche die Eigentümerbefugnis hinsichtlich eines beschränkten Personenkreises erfahren kann, stellen *Ausnahmen* vom Grundsatz der umfassenden Abwehrbefugnis dar. Die durch derartige relative Rechtsverhältnisse aufgehobene Ausschließungsbefugnis lebt wieder auf, sobald die entsprechenden Rechte der Dritten wegfallen. So verliert zwar der Eigentümer der Pfandsache bei der Pfandhingabe die Befugnis der Abwehr von Zugriffen in einem bestimmten, genau umrissenen Umfang gegenüber dem Pfandgläubiger, behält seine Abwehrbefugnis jedoch gegenüber allen an der Pfandsache nicht dinglich Berechtigten, und bei der Auslösung der Pfandsache, Ungültigkeit der Pfandbestellung usw. lebt das volle unbeschwertete Eigentumsrecht wieder auf.

Durch obligatorische oder beschränkte dingliche Rechte kann die Befugnis des Eigentümers, über seine Sache zu verfügen, sie zu nutzen und zu beherrschen, vollkommen ausgeschlossen werden, so daß das Eigentum zur *nuda proprietas* wird. Auch wenn dem Eigentümer seinerseits untersagt ist, auf seine Sache einzuwirken, da er durch das Recht eines Dritten ausgeschlossen wird, bleibt ihm trotzdem die Befugnis, nach wie vor alle Unberechtigten von der Sache auszuschließen. Würde ihm diese Möglichkeit abgehen, könnte man überhaupt nicht mehr von Eigentum sprechen, sondern höchstens eine Anwartschaft auf späteren Erwerb des Eigentums annehmen. – In

---

<sup>10</sup> Der Träger eines beschränkten dinglichen Rechts hat (abgesehen vom Fall des Besitzesschutzrechts) auf Grund seiner Rechtsstellung einen *relativen Anspruch normaufhebender Natur* gegen den Eigentümer, d. h. er kann dessen Unterlassungsansprüche aufheben, soweit sie gegen ihn selber gerichtet sind. Man kann mithin sagen, daß die im Eigentumsrecht enthaltene Normsetzungsbefugnis durch obligatorische oder beschränkte dingliche Rechte immer nur im Verhältnis zu einzelnen aufgehoben werden kann, d. h. eine *relative* Einschränkung erfährt.

der Tatsache, daß die mit *nuda proprietas* bezeichnete Rechtslage als Eigentum zu betrachten ist, muß der Beweis erblickt werden, dass nicht die hier fehlende Möglichkeit der Sachbeherrschung, sondern die Befugnis, Dritten die Einwirkung auf die Sache zu untersagen, das entscheidende Merkmal des Eigentumsrechts konstituiert<sup>11</sup>.

Neben den hier aufgezeigten begrifflich-formalen Merkmalen des Eigentumsrechts weist dieses eine Reihe von Besonderheiten auf, die durch dessen *Zweck der Güterzuordnung* bedingt sind. Es sind *teleologische* und *historische Gründe*, welche eine weitgehende Übereinstimmung des Inhalts des Eigentums in den verschiedenen Privatrechtsordnungen veranlassen. Im folgenden ist von einer Reihe vorherrschender Merkmale aufzuzeigen, daß sie nicht schon durch den formalen Eigentumsbegriff, wie er oben entwickelt wurde, zwingend vorgegeben, sondern von der rechtsinhaltlichen Regelung in einer positiven Rechtsordnung abhängig sind:

α) Vielfach wird die *Veräußerbarkeit* und *Verzichtbarkeit* als für das Eigentumsrecht charakteristisch angesehen. Indessen sind diese Eigenschaften für das Eigentum normlogisch nicht notwendig und zwingend, sowenig sie es für den Begriff des subjektiven Rechts sind<sup>12</sup>; es wären ohne logischen Widerspruch unveräußerliche Eigentumsrechte denkbar. Aus teleologischen Gründen mag die Möglichkeit des Verzichts und der Veräußerung in den verschiedenen Rechtsordnungen regelmäßig gegeben sein, zwingend ist sie nicht. Durch den Begriff des subjektiven Rechts ist dagegen die Freiheit in der Ausübung der Normsetzungsbefugnis bedingt, d. h. es ist notwendig die Möglichkeit gegeben, Dritten die Einwirkung auf das Objekt des Eigentums zu untersagen oder aber zu gestatten. Wenn ein Eigentumsrecht veräußerbar, verzichtbar oder übertragbar ist, muß die entsprechende Verfügungsbefugnis als ein vom Eigentumsrecht verschiedenes Gestaltungsrecht aufgefaßt werden<sup>13</sup>.

β) Gelegentlich werden *die der Ausübung des Eigentums gesetzten Schranken* als dem Privateigentum inhärent betrachtet. Sie sind es möglicherweise unter rechtspolitischen, ideologischen oder teleologischen Gesichtspunkten, lassen sich aber in keiner Weise aus der begrifflich-formalen Struktur des Eigentumsrechts ableiten. Dieses als absolutes Recht ist die Befugnis, Dritten die Einwirkung auf den

---

<sup>11</sup> Über das Verhältnis des Eigentumsrechts zu den beschränkten dinglichen Rechten vgl. im folgenden Ziff. 2.

<sup>12</sup> Vgl. oben § 10/V.

<sup>13</sup> Vgl. oben § 10/V.

Eigentumsgegenstand zu untersagen bei gleichzeitiger Abwesenheit einer gleichwertigen Befugnis eines Dritten, welcher den freien Gebrauch der Sache untersagen könnte. Dem Begriff des Eigentums ist nicht nur keine Schranke hinsichtlich des Gebrauchs dieser Sache immanent, sondern vielmehr umgekehrt die *Vermutung der Freiheit des Gebrauchs*. Was wiederum nicht heißt, daß nicht das positive Recht derartige Schranken für die Ausübung des Eigentums aufstellen oder sogar Pflichten an das Eigentum knüpfen könne oder solle; derartige Vorschriften haben aber den Charakter von Spezialnormen, welche den im Eigentum enthaltenen Grundsatz der Freiheit der Eigentumsausübung durchbrechen<sup>14</sup>.

γ) Endlich läßt sich auch die *Priorität der absoluten Rechte* gegenüber den relativen Rechten, vor allem der *Vorrang des Eigentumsrechts gegenüber Forderungsrechten*, nicht normlogisch begründen, sondern nur aus der teleologischen Zuordnungsfunktion des Eigentumsinstituts ableiten. Daß der Vindikationsanspruch des Eigentümers einem konkurrierenden Forderungsanspruch eines Dritten auf dieselbe Sache vorgeht, ja sogar, daß dem Eigentümer im Konkurs des Besitzers ein Aussonderungsanspruch zukommt, wie dies heute, soviel ich sehen kann, ohne Ausnahme geltendes Recht ist, läßt sich nur teleologisch und historisch begründen, nicht aber normlogisch ableiten; das positive Recht könnte ohne inneren Widerspruch auch etwas anderes vorschreiben.

Diese und andere Besonderheiten, die im Rahmen einer bestimmten Rechtsordnung in geringerem oder höherem Maß verwirklicht sein können, sind nicht durch die normative Struktur des Eigentumsrechts als eines absoluten Rechts mit umfassender Normsetzungsbefugnis bedingt. Sie werden aber trotzdem bald mehr, bald weniger mit dem Eigentumsbegriff verbunden. Sodann ist dieser vielfach Bestandteil einer konkreten gesetzlichen Regelung. Der Eigentumsbegriff ist deshalb meist als Rechtsinhaltsbegriff aufzufassen, und dies auch dann, wenn sich über ihn in normlogischer Hinsicht einige allgemeingültige Aussagen machen lassen, wie dies oben versucht wurde.

---

<sup>14</sup> Derartige Schranken sind m. E. nicht privatrechtlicher Natur, sondern dem *öffentlichen Recht* zuzurechnen. Insbesondere lassen sich derartige Schranken nicht durch die Umschreibung des Eigentumsrechts darstellen oder als subjektive Rechte der Nicht-Eigentümer auffassen. Schranken der Eigentumsausübung sind vielmehr unmittelbar vom Staat erlassene Verhaltensvorschriften, welche sich auf den Gebrauch von Sachen beziehen, d. h. wesensmäßig öffentlich-rechtliche Normen.

Abschließend ist darauf aufmerksam zu machen, daß die bei allen absoluten Rechten immer wieder angetroffene *Identifikation von Recht und Rechtsobjekt* beim Eigentumsrecht die größte Rolle spielt und wohl auch hier ihren Ausgangspunkt hat. Dieser Sachverhalt kommt deutlich genug darin zum Ausdruck, daß die Worte wie "*Eigentum*", "*propriété*", "*proprietà*", "*propiedad*", "*property*" nicht nur das Eigentumsrecht, sondern ebenso den Gegenstand, der im Eigentum steht, bezeichnet ("diese Sache ist mein Eigentum", "mein Eigentum wurde im Krieg zerstört" usw.). Die Identifikation von Recht und Rechtsobjekt ist hier besonders naheliegend, weil praktisch in den meisten Fällen eine Beeinträchtigung des Rechtsobjekts eine Verletzung des Eigentumsrechts begründet. Da nun das Eigentumsrecht von jeher als das subjektive Recht par excellence aufgefaßt wurde, mußte diese für das praktische Denken naheliegende, dogmatisch aber unhaltbare Vermengung von Gegenstand eines Rechts mit dem Recht selber verallgemeinernd auf alle subjektiven Rechte übertragen werden und hier die bereits beschriebenen nachteiligen Auswirkungen zeitigen<sup>15</sup>. Aber auch rein rechtsinhaltliche Merkmale des Eigentumsrechts wie dessen Verzichtbarkeit wurden in unzulässiger Verallgemeinerung immer wieder vom Eigentumsbegriff als Rechtsinhaltsbegriff losgelöst und zu Merkmalen subjektiver Rechte schlechthin gestempelt. Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist, die rechtsformalen Elemente des Begriffs des subjektiven Rechts herauszuschälen und von den rechtsinhaltlichen Merkmalen, die vom positiven Recht einzelnen Kategorien subjektiver Rechte verliehen sind, zu trennen.

Gerade im Fall des Eigentums ist es besonders wesentlich, die nur für diese Gattung subjektiver Rechte geltenden Merkmale zu isolieren, um damit die Bildung eines allgemeingültigen, vor allem auch bei den relativen Rechten geltenden Begriffs des subjektiven Rechts zu ermöglichen. Die praktische Vorrangstellung des Eigentumsbegriffs im rechtlichen Geschehen ist zudem nach Raum und Zeit bedingt; heute wird sie immer mehr in Frage gestellt. In der modernen Industriegesellschaft, die durch ein Höchstmaß an Arbeitsteilung und Orientierung nach der Konsumgüterproduktion gekennzeichnet ist und die auf weitesten Strecken der westlichen Zivilisation vorherrscht,

---

<sup>15</sup> Vgl. oben § 14.

spielt das Eigentum an Dauergütern<sup>16</sup> wie Grundstücken und Edelmetallen eine geringe Rolle im Vergleich mit Zuständen, wie sie in einer von der landwirtschaftlichen Urproduktion geformten Sozialordnung vorherrschen. In der modernen Massengesellschaft ist Existenzsicherung, Daseinsvorsorge und Vermögensanlage beinahe nur noch im Ausnahmefall mit dinglichen Rechten verknüpft und ruht überwiegend in relativen Forderungsrechten: Arbeits- und Dienstleistungsverträgen, Mietverträgen, Versicherungs- und Rentenansprüchen<sup>17</sup>, Vermögensanlagen in Obligationen und Aktien usw. Früher wurde die ganze Rechtsordnung wesensmäßig als Eigentumsordnung aufgefaßt; symptomatisch etwa der Aufbau des französischen Code Civil, der im dritten Buch "Des différentes manières dont on acquiert la propriété" anknüpfend an das als besonders wichtig empfundene Kriterium des Eigentumsübergangs weitgehend die Regelung des Erbrechts, des Güterrechts der Ehegatten und die Bestimmungen über die einzelnen Vertragsverhältnisse enthält und damit auch Sachverhalte rechtlich ordnet, die keinen Einfluß auf die Eigentumsverhältnisse haben, und bezeichnend etwa, daß die zu ihrer Zeit als für den damaligen Rechtszustand repräsentativ geltenden *Commentaries* von BLACKSTONE in ihrer ersten Ausgabe des Jahres 1756 dem Grundeigentum 380 Seiten widmeten, dem Vertragsrecht dagegen lediglich 28 Seiten<sup>18</sup>.

## II. Die sogenannten beschränkten dinglichen Rechte im allgemeinen

Beschränkte dingliche Rechte sind absolute Rechte, die sich von dem als Vollrecht bezeichneten Eigentum dadurch unterscheiden, daß sie nicht eine umfassende, sondern bloß eine *beschränkte Normsetzungsbefugnis* verleihen<sup>19</sup>. Die absoluten Rechte sind wesensmäßig ausschließliche Rechte; an ein und derselben Sache kann nur *ein*

---

<sup>16</sup> Die zum Konsum bestimmten Güter geben im praktischen Leben in ihrer sachenrechtlichen Struktur wenig Probleme auf und haben kaum Einfluß auf das rechtliche Bewußtsein, können deshalb auch kein Gegengewicht zum Vorherrschen der relativen Rechtsverhältnisse bilden.

<sup>17</sup> Gemeint hier Rentenansprüche privatrechtlicher Natur, denen sich öffentlichrechtliche Rentenansprüche an die Seite reihen.

<sup>18</sup> So die Angabe von ANSON, p. 1.

<sup>19</sup> Beschränkt ist nicht die Dinglichkeit des Rechts, sondern die im Recht enthaltene Befugnis. Falsch ist deshalb die gelegentlich angetroffene Bezeichnung "*beschränkt* dingliches Recht".

unbeschränktes Recht bestehen. Sollen mehrere absolute Rechte nebeneinander Geltung haben, ohne sich gegenseitig aufzuheben, müssen sie sich im Rang bzw. im Inhalt der Normsetzungsbefugnis unterscheiden. Ein derartiges Verhältnis rangmäßiger und inhaltlicher Verschiedenheit besteht zwischen dem Vollrecht des Eigentums und beschränkten dinglichen Rechten an der gleichen Sache.

Bei den beschränkten dinglichen Rechten sind *zwei verschiedene normative Aspekte* zu unterscheiden: Einmal die gegen jedermann wirkende *absolute Ausschließungsbefugnis* einerseits und sodann die *relative Beziehung zum Eigentümer*, dessen Befugnisse durch den Bestand beschränkter dinglicher Rechte an seiner Sache teilweise aufgehoben werden. Das erstgenannte Element der Ausschließungsbefugnis wird allgemein als konstitutives Merkmal beschränkter dinglicher Rechte erkannt, die ja deswegen auch als dingliche bzw. absolute Rechte gelten. Weniger beachtet wird die *relative Beziehung zwischen dem Eigentümer und dem beschränkt dinglich Berechtigten*, die ebenfalls eine normative Beziehung ist und die sich außer beim Besitzschutzrecht ebenfalls bei allen beschränkten dinglichen Rechten findet.

Über das Verhältnis der beschränkten dinglichen Rechte zu dem Eigentumsrecht ist das unter Ziff. I Gesagte wie folgt zu ergänzen: Das Eigentumsrecht ist nicht nur umfassend, während die beschränkten dinglichen Rechte bloß Teilbefugnisse verleihen, sondern das Eigentumsrecht ist *genereller* Natur, demgegenüber die beschränkten dinglichen Rechte den Charakter von *Sonderrecht* aufweisen, die dem generellen Eigentumsrecht vorgehen, genau wie spezielle Normen generellen Normen derogieren. Die Art, wie beschränkte dingliche Rechte das Eigentumsrecht als dingliches Vollrecht in seiner Wirksamkeit teilweise ausschalten, kann vielleicht noch präzisiert werden. Die Befugnisse des Eigentümers gegenüber Dritten werden nicht aufgehoben, sondern bleiben neben den kumulativ hinzutretenden Teilbefugnissen der beschränkt dinglich Berechtigten bestehen: Der Eigentümer wie beispielsweise der Besitzer oder ein Pfandberechtigter können Dritten untersagen, das betreffende Rechtsobjekt zu zerstören<sup>20</sup>. Dagegen kann der Eigentümer

---

<sup>20</sup> Diese kumulative Normsetzungsbefugnis zweier Rechtssubjekte bewirkt, daß auch bloß das Verbot des *einen* Berechtigten genügt, eine Einwirkung auf die Sache unrechtmäßig werden zu lassen. Dies heißt mit anderen Worten, es bedarf der Einwilligung beider Berechtigter, damit eine Einwirkung rechtmäßig wird.

dem Träger eines beschränkten dinglichen Rechts nicht mehr sämtliche Einwirkungen auf die Sache untersagen; vielmehr ist in letzterem Recht die Befugnis enthalten, in einem bestimmten Umfang unabhängig vom Willen des Eigentümers auf die Sache einzuwirken<sup>21</sup>. Der Träger eines beschränkten dinglichen Rechts hat mithin die Befugnis, eine an sich geltende Norm (das vom Eigentümer an ihn gerichtete Verbot der Einwirkung) *aufzuheben*. Beschränkte dingliche Rechte haben deshalb neben der absoluten Komponente eine *relative* Seite. Sie verleihen eine Normsetzungsbefugnis relativer Natur, weshalb sie nicht bloß absolute, sondern zu einem Teil ihrer Wirkungen auch *relative Rechte* sind, da sie eine normative Befugnis<sup>22</sup> nur gegenüber einer Person, dem jeweiligen Eigentümer der Sache<sup>23</sup>, verleihen.

Die *Vereinigung des Eigentums und beschränkter dinglicher Rechte in einer Person* ist insofern nicht möglich, als die beschränkten dinglichen Rechte den im Eigentum als Vollrecht enthaltenen Befugnissen nichts hinzufügen und deshalb als aktuelle Rechte nicht wirksam sein können. Wenn das positive Recht trotzdem die Möglichkeit beschränkter dinglicher Rechte an eigener Sache vorsieht, ist dies Ausdruck der an anderer Stelle beschriebenen *Verabsolutierungsfunktion* der subjektiven Rechte<sup>24</sup>. Der genannte Sachverhalt kann nichts anderes bedeuten, als daß die beschränkten dinglichen Rechte dann zur Entstehung gelangen sollen, wenn sie (scheinbar) auf einen anderen Rechtsträger übergehen oder umgekehrt das Eigentumsrecht

---

<sup>21</sup> Der Eigentümer vermag z. B. dem Wegberechtigten nicht das Betreten seines Grundstückes, dem Pfandberechtigten (beim Faustpfand) nicht die Vorenthaltung der Pfandsache, dem Mieter nicht die Benützung der Mietsache zu untersagen.

Über die normative Struktur von Dienstbarkeiten läßt sich nicht viel mehr sagen, als daß sie einerseits einen absoluten Anspruch gegen jedermann auf Unterlassung der Störung der Ausübung der Dienstbarkeit, andererseits einen relativen Anspruch gegen den Eigentümer der belasteten Sache auf Duldung dieser Ausübung (d. i. die negative Normsetzungsbefugnis des Inhalts, eine vom Eigentümer kraft seines Eigentums zu erlassende Verbotsnorm aufzuheben) enthalten.

<sup>22</sup> Der von Berechtigten zu erhebende relative Anspruch bewirkt, daß ein allenfalls vom Eigentümer geltend gemachter Anspruch auf Nichteinwirkung in seiner normativen Geltung aufgehoben wird. Dies ist ein Akt negativer, normaufhebender Normsetzung.

<sup>23</sup> Der Adressat des vom beschränkt dinglich Berechtigten zu erhebenden relativen negativen Anspruchs ist durch das Eigentumsrecht bestimmt. Vom Verpflichteten aus gesehen liegt ein "realobligatorisches" Rechtsverhältnis vor. Vgl. dazu oben § 16/IV lit. c.

<sup>24</sup> Vgl. oben § 2/II.

den Träger wechselt. Eine vom positiven Recht zu beantwortende Frage ist es, ob die Vereinigung von Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten in einer Person die letzteren Rechte untergehen läßt oder nicht<sup>25</sup>.

### III. Besitz

Der Besitzbegriff ist einer der umstrittensten und dogmatisch am wenigsten geklärten rechtlichen Grundbegriffe. Wenn hier trotzdem versucht wird, die allgemeingültigen normativen Merkmale des Besitzesschutzes soweit als möglich namhaft zu machen, ist damit keine umfassende Analyse oder eine umfassende Definition angestrebt<sup>26</sup>.

Als Besitz wird einmal das *tatsächliche Innehaben und Beherrschen einer Sache* bezeichnet. In diesem Sinn ist Besitz kein normativer Sachverhalt und mithin auch niemals ein subjektives Recht, sondern *bloßes Faktum*, als solches aber möglicherweise Voraussetzung einer Rechtsfolge und Gegenstand rechtlichen Schutzes<sup>27</sup>.

Wenn im folgenden die normative Struktur des Besitzes untersucht wird, kann damit nur das *Besitzesrecht* oder besser *Besitzesschutzrecht* gemeint sein. Die Verleihung dieses Rechts ist an die Voraussetzung des Besitzes im Sinne faktischen Innehabens geknüpft. Das Besitzesrecht ist die rechtliche Folge des Besitzes im tatbeständlichen Sinne. Mit Besitz bezeichnet demnach der Jurist zweierlei: *Faktisches* und *Normatives*, *Tatbestand* und daran geknüpfte *Rechtsfolge*, Schutzobjekt eines Rechts und dieses Recht selber<sup>28</sup>. Die vielen

---

<sup>25</sup> So sind z. B. nach ZGB Art. 733 Grunddienstbarkeiten zugunsten und zulasten von Grundstücken, die in derselben Hand vereinigt sind, zugelassen, während der französische CC Art. 705 diese Möglichkeit ausschließt. BGB § 889 läßt beschränkte dingliche Rechte trotz Vereinigung mit dem Eigentumsrecht weiterbestehen. Vgl. weiterhin BGB § 1063, ZGB Art. 859 Abs. II.

<sup>26</sup> In einem verbreiteten untechnischen Sprachgebrauch wird mit Besitz nichts anderes als *Eigentum* an einer Sache bezeichnet, welche Sinngebung aus den folgenden Betrachtungen ausscheidet.

<sup>27</sup> Dieser faktische Besitzbegriff, soweit er die Voraussetzung des Besitzesschutzes bildet, ist ein *positiv-rechtlicher* Begriff, d. h. des näheren von der positiven Rechtsordnung zu umschreiben, die auch darüber zu entscheiden hat, wie weit sog. Besitzessurrogate zuzulassen sind, d. h. inwiefern außer an den selbständigen Besitz die Besitzesschutzfolgen an andere Tatbestände, wie Besitz durch Mittelspersonen, geknüpft werden sollen.

<sup>28</sup> Worauf bereits SAVIGNY, Besitz § 5, hinweist.

begrifflichen Kontroversen um den Besitzesbegriff leben wenigstens zu einem Teil von den aus diesem Doppelsinn des Wortes Besitz fließenden Mißverständnissen.

Bei der Untersuchung des normativen Gehalts der an die Tatsache des faktischen Besitzes geknüpften rechtlichen Besitzesschutzfolgen ist zweierlei auseinanderzuhalten: Einmal der dem Besitzer verliehene Besitzesschutz gegenüber unberechtigten Dritten, und sodann die Rechtsstellung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer oder anderen an der Sache dinglich Berechtigten.

Vorab ist die Wirkung des Besitzesschutzes gegenüber *Außenstehenden*, die keinerlei Rechte an der Sache haben, zu untersuchen. Soweit das positive Recht nicht nur die Stellung des Eigentümers garantiert, sondern auch denjenigen schützt, der die Sache aus irgendeinem Grund im "Besitz" hält, kann dessen Rechtsstellung gegenüber Dritten nur als ein dem Besitzer verliehenes *subjektives Recht* beschrieben werden, und zwar nicht nur nach der hier entwickelten Auffassung des subjektiven Rechts als einer Normsetzungsbefugnis, sondern ebenso nach traditionellen Begriffsbestimmungen als "Willensmacht", "rechtlich geschütztes Interesse" usw.: Die Interessen des Besitzers werden rechtlich geschützt, dessen Wille auf ungestörten Besitz ist mit rechtlicher Macht ausgestattet, oder, wie wir es hier formulieren, seinem Willen wird normativ Geltung verliehen.

Das so verstandene Besitzesschutzrecht kann seinerseits nur *absolutes Recht* sein, da der Berechtigte gegenüber jedermann und nicht bloß gegenüber einigen wenigen geschützt ist. Da der Besitz ein auf die Beherrschung einer körperlichen Sache gerichtetes absolutes Recht darstellt, kann es als *dingliches Recht* bezeichnet werden, und zwar als *beschränktes* dingliches Recht, weil es eine im Gegensatz zum Eigentum beschränkte Sachherrschaft verleiht<sup>29,30</sup>.

---

<sup>29</sup> Allerdings unterscheidet sich, wie zu zeigen sein wird, das Besitzesschutzrecht so sehr von den übrigen beschränkten dinglichen Rechten, daß es bedenklich erscheint, das erstere in diese Gruppe einzureihen: Es geht ihm vor allem die sämtlichen übrigen beschränkten dinglichen Rechten gemeinsame *relative Komponente* ab. Das Besitzesrecht muß durchaus als Recht sui generis verstanden werden, das nur notgedrungen mangels einer besseren Bezeichnung beschränktes dingliches Recht genannt wird.

<sup>30</sup> Wenn SAVIGNY, Besitz § 6 p. 48 ff., das im Besitz enthaltene Recht als *obligatorisches* bezeichnet, kann er nur die im Fall der Besitzesstörung eintretende Sanktion, den Beseitigungsanspruch in Gestalt eines sekundären relativen Rechts, im Auge haben, während er natürlich keinesfalls behaupten will, der Besitzesschutz wirke nicht gegenüber jedermann, d. h. nicht schlechthin jedermann werde im Falle einer Störung mit Sanktionen belegt. Daß SAVIGNY bei der Klassifikation des Besitzesrechts auf die im Fall der Rechtsverletzung eintretende Sanktion abstellt und die absolute Wirkung des Besitzesschutzes, den gegen

Die dem Besitzer verliehene absolute Befugnis, Dritten die Einwirkung auf die Sache zu untersagen, ist in keiner Weise von derjenigen des Eigentümers verschieden, was darin zum Ausdruck kommt, daß der Besitzer einer Sache auf Grund des bloßen Besitzes den gleichen Schutz wie der Eigentümer genießt, ohne hierzu gegenüber nichtberechtigten Dritten den Nachweis eines dinglichen Rechts erbringen zu müssen<sup>31</sup>. Dadurch hebt sich der Besitz von den übrigen beschränkten dinglichen Rechten ab, die sich zum vorneherein durch eine engere Begrenzung der Normsetzungsbefugnis vom Eigentum als dinglichem Vollrecht unterscheiden.

Die Übereinstimmung der Befugnis zur Normsetzung des Eigentümers und des Besitzers gegenüber Dritten ruft der Frage nach dem Unterschied dieser beiden Rechte, dies um so mehr, als absolute Rechte wie Eigentum und Besitz ausschließliche Rechte sind und nicht zwei identische Rechte an der selben Sache bestehen können.

In der Regel wird der Unterschied zwischen Eigentum und Besitz dahin beschrieben, dass das Eigentum ein dauerndes und endgültiges Recht sei, während das Besitzesrecht nur eine vorläufige Sachherrschaft verleihe<sup>32</sup>, was in näher zu präzisierendem Sinn zutrifft. Die Vorläufigkeit des Besitzesschutzrechts kann nur dessen normative Wirkung gegenüber dem Eigentümer und allfälligen Trägern beschränkter dinglicher Rechte betreffen, da gegenüber unberechtigten Dritten das Besitzesrecht durchaus dauernden Charakter hat: Solange der Besitz andauert, dauert auch dessen Schutz und das ihn konstituierende Recht. Wenn der Besitzer infolge der "Vorläufigkeit" seines Rechts weichen muß, dann immer nur einem besser Berechtigten, d. h. dem Eigentümer oder dem Träger eines beschränkten dinglichen Rechts, sofern dieses den Anspruch auf faktische Beherrschung

---

jedermann wirkenden Unterlassungsanspruch, vernachlässigt, darf wohl als Ausdruck des an anderer Stelle beschriebenen *Aktionendenkens* erklärt werden, dem die frühere Pandektistik noch stark verhaftet war.

<sup>31</sup> Soweit sich die Normsetzungsbefugnisse des Eigentümers und des Besitzers decken, läßt sich auch nicht entscheiden, auf Grund welchen Rechts der besitzende Eigentümer Dritte von der Sache ausschließt. Primär wird sich auch der besitzende Eigentümer auf seinen Besitz und nicht auf sein Eigentum berufen, d. h. er wird sich nicht dazu herbeilassen, sein Eigentum zu beweisen, um Einwirkungen unberechtigter Dritter abzuwehren.

<sup>32</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ, p. 67 N. 142; WOLFF / RAISER, § 3/II, beide mit weiteren Hinweisen.

der Sache verleiht. Das unbelastete Eigentum und teilweise die beschränkten dinglichen Rechte verleihen die Befugnis, die Sache "in Besitz zu haben". Sobald ein derartiges Recht *auf* Besitz vorliegt, muß das Recht *aus* dem Besitz weichen. Während der Besitzer gegenüber Dritten die volle Ausschlußbefugnis wie ein Eigentümer hat, versagt sein Recht vollkommen gegenüber einem auf faktischen Besitz gerichteten Recht.

Der Besitzer kann nicht nur den Zugriff der Träger von Rechten an der Sache nicht abwehren, sondern er muß sich gefallen lassen, daß der Träger eines Rechts ihn seinerseits von der Sache ausschließt. Es *fehlt* dem Besitzerschutzrecht die *relative negative Normsetzungsbefugnis*, welche für die übrigen beschränkten dinglichen Rechte charakteristisch ist, die es dem Besitzer ermöglichen würde, einen gegen ihn gerichteten Ausschlußanspruch aufzuheben. Das *Besitzerschutzrecht muß demnach hinter jedem anderen dinglichen Recht zurücktreten*. Damit erweist sich, daß der Besitzer im Verhältnis zum Träger eines anderen dinglichen Rechts in der Tat keine irgendwie gesicherte Rechtsstellung hat<sup>33</sup>, daß ihm insofern *kein Recht* zukommt. Dieser Sachverhalt ist es wohl, welcher immer wieder zur Annahme führt, der Besitz sei oder verleihe kein subjektives Recht<sup>34</sup>, was in dieser Verallgemeinerung falsch, im Verhältnis zu Trägern dinglicher Rechte aber tatsächlich richtig ist.

Die *Vorläufigkeit* des Besitzesrechts beruht darin, daß es gegenüber Nichtberechtigten immer und gegenüber den Trägern dinglicher Rechte wenigstens so lange wirkt, bis der Nachweis eines Rechts erbracht ist, nachher aber versagt. Der Umstand, daß dem Besitzer hinsichtlich der besessenen Sache kein "Recht des Dürfens" zukommt, daß er die Sache zwar besitzen und gegenüber Unberechtigten verteidigen, seinerseits aber nicht in ihre Substanz eingreifen darf, hat seinen Grund im *Fehlen einer negativen relativen Normsetzungsbefugnis*: Soweit Dritte ein dingliches Recht an der besessenen Sache haben (was so gut wie immer der Fall ist, d. h. ausnahmslos

---

<sup>33</sup> Es soll hier jener Schutz *prozessualer Natur* außer Betracht bleiben, welcher der besitzenden Partei im Streit um Eigentum oder beschränkte dingliche Rechte an der Sache zukommt, wie die an den faktischen Besitz geknüpfte Eigentumsvermutung (ZGB Art. 930/I, BGB § 1006) oder das bis zum Nachweis eines Rechts auf Besitz vermutungsweise geltende Verbot der Sachentziehung (vgl. ZGB Art. 926 ff. und BGB § 858 ff.).

<sup>34</sup> Vgl. die bei MEIER-HAYOZ, p. 67 N. 142 zitierten sowie REHFELDT, p. 70 ff.

dann, wenn die Sache in jemandes Eigentum steht), muß der Besitzer diese Rechte und die gestützt darauf erhobenen Ansprüche respektieren.

Zusammenfassend läßt sich die Wirkung des Besitzschutzes und die normative Struktur des Besitzrechts dahin umschreiben, daß der Besitzer gegenüber unberechtigten Dritten eine absolut wirkende Befugnis zur Abwehr von Einwirkungen genau wie ein Eigentümer hat, daß ihm jedoch im Verhältnis zu Trägern dinglicher Rechte keinerlei positive oder negative Normsetzungsbefugnis zukommt, er deshalb weder seinerseits deren Eingriffe untersagen noch umgekehrt deren Unterlassungsansprüche aufheben kann, also insbesondere auf Grund des bloßen Besitzes nicht in die Substanz der Sache eingreifen darf, soweit Drittrechte (insbesondere dasjenige des Eigentümers) dies untersagen. Gegenüber Unberechtigten kann der Besitzer als vollberechtigt wie ein Eigentümer gelten; gegenüber Trägern dinglicher Rechte dagegen verleiht die Tatsache des Besitzes keinerlei subjektives Recht.

Meist steht das Besitzschutzrecht nicht allein, sondern ist verbunden mit einem anderen (relativen oder absoluten) Recht: Der Besitzer übt seinen Besitz als Mieter, Nutznießer, Pfandhalter usw. aus. Durch derartige Rechte kann zwar die ohnehin umfassende Abwehrbefugnis gegenüber unberechtigten Dritten nicht erweitert, wohl aber die Rechtsstellung des Besitzers gegenüber den Trägern anderer absoluter Rechte (besonders gegenüber dem Eigentümer) sichergestellt werden: Der Mieter kann kraft seines relativen Rechts den Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe oder Nichtbenützung der Mietsache entkräften usw. Seine Abwehrbefugnis gegenüber Dritten hat ihren Ursprung im Faktum des Besitzes, die Befugnis, die Sache auch dem Eigentümer nicht herausgeben zu müssen und sie gebrauchen zu dürfen, im obligatorischen Mietsverhältnis.

#### *IV. Pfandrecht*

Der Inhalt des Pfandrechts kann dahin umschrieben werden, dass durch dieses ein nicht dem Pfandberechtigten gehörender Gegenstand in der Weise belastet ist, daß die Erfüllung einer Forderung durch die Befugnis des Gläubigers zur Verwertung dieses Gegenstandes

sichergestellt wird<sup>35</sup>. Dabei kann das Eigentum am Pfandgegenstand dem Schuldner oder einem Dritten zustehen. Wenn wir zunächst vom Pfandrecht an Forderungen absehen, ist das Pfandrecht auf die Beherrschung einer bestimmten Sache gerichtet und mit der Befugnis ausgestattet, jedermann in einem näher zu bestimmenden Umfang von der Sache auszuschließen. Sodann hat der Pfandberechtigte die Befugnis, im Fall der Nichterfüllung der pfandgesicherten Forderung die verpfändete Sache zu verwerten. Diese beiden Befugnisse sind normativ verschieden strukturiert und im folgenden gesondert zu betrachten.

Daß das Pfandrecht<sup>36</sup> ein *subjektives* Recht darstellt, ist nicht kontrovers. Soll der Pfandberechtigte durch das Pfandrecht tatsächlich eine Sicherung für die Erfüllung einer Forderung erhalten, muß er eine gegenüber jedermann wirkende Befugnis der Abwehr von Einwirkungen auf die Sache haben. Er ist ähnlich wie der Eigentümer am Bestand der Sache interessiert und muß gleich wie dieser vor Beeinträchtigung der Sache durch Dritte geschützt werden. Es ist denn auch nicht umstritten, daß das Pfandrecht ein *absolutes Recht* darstellt. Dieses kann weiterhin als *beschränktes dingliches Recht* charakterisiert werden, da es auf eine Sachbeherrschung gerichtet ist, jedoch nicht die umfassende Sachherrschaft des Eigentums verleiht.

Das Verhältnis zwischen Pfandberechtigtem und Eigentümer ist dadurch charakterisiert, daß beiden mindestens die Befugnis zukommt, dem anderen die materielle Beeinträchtigung der Pfandsache zu untersagen. Diese Befugnis ist von beiden Berechtigten aus gesehen ein absolutes Recht und Ausfluß des Eigentums bzw. des Pfandrechts<sup>37</sup>. Der Eigentümer verliert jedoch gegenüber dem Pfandberechtigten möglicherweise in näher zu bestimmendem Umfang die Befugnis, jegliche Einwirkung auf die Sache, allenfalls auch deren bloße Berührung, untersagen zu können; den Fall des besitzlosen Pfandes und des Grundpfandes ausgenommen muß der Eigentümer

---

<sup>35</sup> So im Kern die Definition von OFTINGER, Fahrnispfand p. 10 N. 22.

<sup>36</sup> Über das Terminologische vgl. OFTINGER, a. a. O., p. 6 ff. – Statt von Pfandrecht spricht man kurzerhand auch von *Pfand*, welcher Ausdruck aber auch die Pfandsache bezeichnet. – Unter *Pfandrecht* könnte weiterhin auch verstanden werden der z. B. aus einem Pfandvertrag entspringende Anspruch auf pfandrechtliche Sicherstellung durch Einräumung eines Pfandes; dieses Recht stellt ein relatives Recht dar, das hier nicht weiter in Betracht gezogen wird.

<sup>37</sup> Gegenüber dem Pfandberechtigten ist der Eigentümer nicht in seiner Rechtsstellung als Eigentümer, sondern wie jeder Dritte verpflichtet.

eine beschränkte Sachherrschaft des Pfandberechtigten hinnehmen und darf dessen Pfandbesitz nicht stören. Insofern kommt dem Pfandberechtigten eine relative negative Normsetzungsbefugnis zu, als er Unterlassungsansprüche des Eigentümers in bestimmtem Umfang aufheben kann<sup>38</sup>. Die Ausgestaltung dieser Sachherrschaft ist durch das positive Recht und rechtsgeschäftliche Vereinbarung festzulegen; sie ist es, welche die Zugehörigkeit zu einer oder der anderen Untergruppe der Pfandrechte bestimmt. Andererseits ist der Pfandberechtigte auf Grund der dem Eigentümer verbleibenden Normsetzungsbefugnis dazu verpflichtet, nicht auf die Substanz der Pfandsache einzuwirken<sup>39</sup>.

Über die *Befugnis der Veräußerung der Pfandsache*, in welcher das Pfandrecht gipfelt, lassen sich keine allgemeinen Angaben machen. Das positive Recht regelt das bei der Veräußerung zu beobachtende Verfahren, das ein privates vom Pfandberechtigten selber durchzuführendes Veräußerungsverfahren sein kann<sup>40,41</sup> oder aber ein vom öffentlichen Recht geregeltes Vollstreckungsverfahren ist<sup>42</sup>.

Das der Verpfändung körperlicher Sachen zugrunde liegende Prinzip ist in der Folge auf Rechte übertragen worden, wo es vor allem im Zusammenhang der *Verpfändung von Forderungen* Bedeutung erlangt hat. Die Entwicklung verlief nicht gradlinig; im römischen Recht weitgehend anerkannt<sup>43</sup>, war die Möglichkeit der Pfandbestellung an Rechten und insbesondere an Forderungen in neuerer Zeit gelegentlich umstritten, wobei entweder die Konstruktion von "Rechten an Rechten" schlechthin, oder wenigstens die Annahme von dinglichen

---

<sup>38</sup> Vgl. im vorangehenden Ziff. II.

<sup>39</sup> Bei der *Sicherungsübereignung*, die oft an Stelle der Einräumung eines Pfandrechtes tritt und bei der das Eigentum auf den Gläubiger der sicherzustellenden Forderung übergeht, beruht die Pflicht, die Substanz der Sache nicht zu beeinträchtigen, auf einem relativen Recht des früheren Eigentümers der Sache und ist nicht Ausfluß eines diesem verbleibenden absoluten Rechts. Der Unterschied liegt weniger im rechtlichen Verhältnis zwischen den beiden Beteiligten, als vielmehr in den Wirkungen, die eine normwidrige Verfügung des sichergestellten Gläubigers auslösen würde.

<sup>40</sup> So BGB §§ 1233 ff.; in der Schweiz zulässig auf Grund vertraglicher Vereinbarung.

<sup>41</sup> Vgl. OFTINGER, a. a. O., p. 313.

<sup>42</sup> Z. B. in der Schweiz das Verfahren der Betreibung auf Pfandverwertung nach Art. 151 ff. des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.

<sup>43</sup> Vgl. WINDSCHEID, Pandekten I § 227 N. 1-4 p. 1145 f. und KASER, Römisches Privatrecht I § 110/II.

Rechten an persönlichen Rechten (Forderungen) als unmöglich erklärt und dann die Pfandbestellung an Forderungen als zessionsähnlicher Vorgang erklärt wurde<sup>44</sup>.

Die modernen Gesetzgebungen lassen die Verpfändung von Rechten in der Regel ausdrücklich zu<sup>45</sup>. Damit ist freilich das entscheidende Wort über die Natur der Rechtsstellung des durch ein Forderungspfandrecht sichergestellten Gläubigers nicht gesprochen. Einerseits steht außer Zweifel, daß das im Pfandrecht an körperlichen Sachen verwirklichte Prinzip der Haftung eines fremden Gegenstandes für die Erfüllung einer Forderung sich auf alle verwertbaren Vermögensobjekte, insbesondere auf Forderungen ausdehnen läßt. Aber auch wenn die gesetzliche Ordnung und vorerst die dogmatische Konstruktion sich an das Pfandrecht an körperlichen Sachen, insbesondere an das Faustpfand, anlehnt, stellt sich die Frage nach der normativen Struktur des Pfandrechts an einer Forderung. Hier muß man sich von überkommenen Vorstellungen trennen, die durch die Entwicklungsgeschichte des Pfandinstituts als einer ursprünglich auf körperliche Sachen bezogenen Ordnung belastet sind. Das Recht des durch die Pfandbestellung an einer Forderung sichergestellten Gläubigers ist *kein absolutes Recht*, wenn man am Begriff des absoluten Rechts als einer gegen jedermann gerichteten Berechtigung oder Normsetzungsbefugnis festhält<sup>46</sup>. Denn durch das Pfandrecht an einer Forderung kann der Träger des Pfandrechts nicht mehr rechtliche Befugnis bekommen, als im verpfändeten Forderungsrecht selber enthalten sind. Diese Befugnisse sind relativer Natur: Wie durch die Forderung wird auch durch das Pfandrecht bloß der Schuldner der verpfändeten Forderung verpflichtet. Es ist nicht einzusehen, welche Pflichten Dritten aus der Pfandbestellung erwachsen könnten. In der Tat genießt der Träger des Pfandrechts einen gegenüber jedermann wirkenden Schutz insofern, als der Pfandbesteller und Gläubiger der verpfändeten Forderung diese an niemanden abtreten kann. Dieser Schutz stellt die Analogie dar zum absolut wirkenden Pfandrecht an körperlichen Sachen und ist der Grund für die

---

<sup>44</sup> Vgl. dazu die Darstellung bei OFTINGER, a. a. O., p. 426 N. 5 und dort zitierte Verfasser.

<sup>45</sup> Vgl. OFTINGER, a. a. O., p. 425/426 N. 4.

<sup>46</sup> So schon DERNBURG, Pfandrecht Bd. I p. 461/462, der auf Grund dieser Einsicht das Forderungspfandrecht wie viele nach ihm als "eine eigene Species der Cession der Forderung" konstruiert.

Auffassung, auch das Pfandrecht an Forderungen sei ein absolutes Recht. Die Absolutheit ist aber nicht wie beim Sachpfand ein normativer Sachverhalt, sondern bloß die *faktische Auswirkung* der Tatsache, daß der Schuldner der verpfändeten Forderung sich durch Zahlung an den Gläubiger oder an einen Dritten nicht befreit, selbst wenn die Forderung zediert worden wäre. Im Fall der nicht notifizierten Verpfändung ist es dem Gläubiger der verpfändeten Forderung untersagt, die Forderung abzutreten oder selber einzutreiben. Normadressaten aus dem Pfandrecht sind in beiden Fällen nur Schuldner oder Gläubiger der verpfändeten Forderung.

Die *Frage*, ob das Pfandrecht an einer Forderung als *dingliches Recht* zu bezeichnen sei, ist nicht eine Frage nach der Natur des Forderungspfandrechts, sondern die *Frage, wie der Begriff des dinglichen Rechts zu definieren* sei. Wird dieses als Recht an einer körperlichen Sache aufgefaßt, so läßt sich das Pfandrecht an einer Forderung nicht darunter subsumieren. Wird es dagegen als das auf die Beherrschung von körperlichen Sachen und Objekten, die der Gesetzgeber wie körperliche Sachen behandelt, aufgefaßt, ist das Forderungspfandrecht auch dann ein dingliches Recht, wenn es, wie gesehen, keine absolute, d. h. gegen jedermann wirkende Normsetzungsbefugnis enthält<sup>47,48</sup>.

Die Tatsache, daß dem durch eine Forderungsverpfändung sichergestellten Gläubiger kein absolutes, sondern ein relatives Recht zukommt, ist wohl verantwortlich für die Ablehnung der Einbeziehung von Rechten in den Kreis verpfändbarer Objekte durch maßgebende Autoren: Solange das Pfandrecht ausschließlich als dingliches und absolutes Recht aufgefaßt wird, scheint eine sachlogische Unmöglichkeit vorzuliegen. Die Frage muß offenbleiben, ob diese Ablehnung im Gemeinen Recht notwendig war, im Gemeinen Recht, das als

---

<sup>47</sup> Der Begriff des dinglichen Rechts ist kein analytischer, normlogischer Begriff – von diesem Standpunkt ist er sogar abzulehnen, vgl. oben § 16/III – sondern überwiegend Rechtsinhaltsbegriff. Deshalb ist die Vorstellung eines relativ wirkenden dinglichen Rechts, zu der man zwangsläufig geführt wird, wenn man das Pfandrecht an Forderungen als dingliches Recht bezeichnen will, kein begrifflicher Widerspruch, da die beiden Begriffsmerkmale (das der Relativität und das der Dinglichkeit) verschiedenen Begriffssystemen angehören.

<sup>48</sup> Überall da, wo der Gesetzgeber im Sinne eines technischen Kunstgriffs bei der Regelung pfandrechtlicher Sicherstellung Rechte als Sachen fingiert oder diesen gleichstellt, mag es angezeigt sein, in der dogmatischen Terminologie dem Gesetzgeber zu folgen und das Pfandrecht an Forderungen als dingliches Recht – oder besser: "*quasi-dingliches Recht*" – zu bezeichnen.

nichtkodifizierte Ordnung immerhin an begriffliche Deduktionen gebunden und deshalb zwangsläufig in gewissem Sinne auf begriffsjuristische Methoden verwiesen war. Die vom Begrifflichen her kommenden Vorbehalte gegenüber der Annahme eines Pfandrechts an Forderungen werden jedoch angesichts von positiven gesetzlichen Regelungen hinfällig, welche wesentliche normlogische Merkmale der Pfandbestellung aufweisen und sich insofern von der als konstruktiven Ausweg gewählten Sicherungszession dadurch unterscheiden, als dem Pfandgläubiger kein selbständiges Forderungsrecht gegenüber dem Schuldner der verpfändeten Forderung zusteht<sup>49</sup>.

Die Dogmatik hat die Ausdehnung pfandmäßiger Haftung von körperlichen Sachen auf Forderungen<sup>50</sup> als gegeben hinzunehmen. Was nicht ausschließt, daß die Privatrechtslehre den normativen Gehalt des vom Gesetzgeber zugelassenen Forderungspfandrechts analysiert und erkennt, daß dieses kein absolutes Recht darstellt. Schließlich ist nicht einzusehen, was an der Vorstellung eines Pfandrechts, das zufolge der relativen Natur des Pfandgegenstandes selber nur eine relative Normsetzungsbefugnis verleiht, widersprüchlich sein könnte.

Im übrigen ist OFTINGER, darin zuzustimmen, daß die Frage der Konstruktion des Forderungspfandrechts heute ohne praktische Bedeutung ist<sup>51</sup>. Aber die fruchtlosen und der Weiterbildung und Anwendung des Rechts nicht förderlichen begrifflichen Auseinandersetzungen über die Möglichkeit des Forderungspfandrechts beweisen die Notwendigkeit einer rechtswissenschaftlichen Methode, die nach logisch-formalen Kriterien rechtsdogmatische Begriffe bildet, nicht um aus diesen Begriffen rechtsinhaltliche Schlüsse zu ziehen, sondern um das vom Gesetzgeber gestaltete positive Recht strukturell zu erfassen. Die deduktiv gebildeten formalen Begriffe, welche als Instrumentarium für die Darstellung des positiven Rechts dienen, selber aber keinen rechtlichen Inhalt haben wie z. B. die Begriffe des absoluten und des relativen subjektiven Rechts, sollen Unabhängigkeit von den historisch überkommenen, rechtsinhaltlich in einer bestimmten Richtung eingeeengten Vorstellungen wie derjenigen des dinglichen

---

<sup>49</sup> Vgl. für die Schweiz: OFTINGER, a. a. O., p. 427 N. 6 in fine.

<sup>50</sup> Die Möglichkeit der Pfandhaftung kann auch auf immaterielle absolute Rechte, z. B. Patentrechte, erstreckt werden. Vgl. z. B. TROLLER II, p. 759.

<sup>51</sup> OFTINGER, a. a. O., p. 428 N. 7.

Rechts geben und damit die Weiterentwicklung und wissenschaftliche Darstellung des Rechts erleichtern.

Im Gegensatz zu dem hier beschriebenen Forderungspfandrecht stellt das Pfandrecht an relativen Rechten, die in *Inhaberpapieren verkörpert sind*, ein absolutes Recht dar. Pfandgegenstand ist nicht die Forderung, sondern das diese repräsentierende Wertpapier, mithin ein körperlicher Gegenstand. Mit dem rechtstechnischen Kunstgriff der Verkörperlichung eines Rechts in einer Urkunde mit dem Resultat, daß das Recht aus der Urkunde das Schicksal des Rechts an der Urkunde teilt, wird erreicht, daß die für die Sachbeherrschung geltenden Grundsätze für die fraglichen Forderungsrechte unmittelbar und nicht nur im Sinne einer Analogie anwendbar werden.

#### V. Retentionsrecht

Unter den Begriff des *Retentionsrechts* werden rechtliche Befugnisse mit unterschiedlicher rechtlicher Struktur subsumiert. Die beiden wichtigsten sollen hier kurz dargestellt werden.

In der Ausprägung, die dieses Rechtsinstitut im ZGB (Art. 895 ff.), im HGB (§§ 369 ff.) sowie teilweise in der Praxis zum französischen CC erfahren hat<sup>52</sup>, stellt das Retentionsrecht die Befugnis des Gläubigers dar, eine in seinem Besitz befindliche fremde Sache unter bestimmten weiteren Voraussetzungen bis zur Befriedigung seiner Forderung zurückzubehalten und sie allenfalls wie ein Pfand zu verwerten. Die normative Struktur des Retentionsrechts stimmt mit derjenigen des Pfandrechts überein: Dem Retentionsberechtigten steht eine Abwehrbefugnis gegenüber jedermann zu, welche die Sicherstellung der retinierten Sache im Hinblick auf deren allfällige Verwertung ermöglicht; das Retentionsrecht ist als *absolutes* oder *beschränktes dingliches Recht* zu bezeichnen<sup>53</sup>. Vom Regelfall des Pfandrechts unterscheidet sich das Retentionsrecht nicht durch seine Wirkungen, sondern durch seinen *Entstehungsgrund*, indem es nicht wie ersteres durch eine rechtsgeschäftliche Abrede (Pfandbestellungsvertrag), sondern durch Gesetz begründet wird; das Retentionsrecht entsteht, wenn die im Gesetz umschriebenen Voraussetzungen erfüllt

---

<sup>52</sup> Vgl. die rechtsvergleichende Darstellung bei OFTINGER, Fahrnispfand, p. 349 ff.

<sup>53</sup> Vgl. dazu OFTINGER, a. a. O., p. 352 N. 13 und 14.

sind<sup>54</sup>. Diese gesetzlichen Voraussetzungen können stark abweichen<sup>55</sup>, ohne daß dadurch die normative Struktur des einmal zuerkannten Retentionsrechts verändert würde.

Neben der genannten absoluten Ausschlußbefugnis des Retentionsberechtigten gegenüber Dritten spielt beim Retentionsrecht die bei den übrigen beschränkten dinglichen Rechten angetroffene *relative negative Normsetzungsbefugnis*, d. h. die Möglichkeit, den Herausgabeanspruch des Eigentümers (und allenfalls anderer dinglich Berechtigter) zu hemmen, eine besonders wichtige Rolle. Im römischen Recht übernahm die *exceptio doli generalis* weitgehend die Funktion des Retentionsrechts<sup>56</sup>, also ein Rechtsbehelf, der immer nur relativ gegenüber Trägern dinglicher Rechte wirksam werden konnte. Auch im heutigen französischen Recht bewegt sich der Schutz des Gläubigers teilweise auf der Linie der Verleihung von Einreden. Daß sich das praktische Ergebnis nicht stark von der durch die Verleihung eines eigentlichen dinglichen Retentionsrechts unterscheidet, hängt damit zusammen, daß der die Sache gestützt auf eine Einrede zurückhaltende Gläubiger gegenüber Dritten vor Einwirkungen auf die Sache einen Schutz als *Besitzer* genießt.

Vom *dinglichen* Retentionsrecht im hier beschriebenen Sinn ist zu unterscheiden die gelegentlich ebenfalls als Retentionsrecht aufgefaßte oder als "*obligatorisches Retentionsrecht*" bezeichnete Befugnis, in einem zweiseitigen Rechtsverhältnis die eigene Leistung zurückzubehalten<sup>57</sup>. Diese Befugnis ist nur gegenüber dem Anspruchsberechtigten wirksam, deshalb ein *relatives* Recht und zwar negativer, freiheitsgewährender, d. h. normaufhebender Natur, eine aufschiebende *Einrede* gegenüber einem Forderungsrecht. Dieses sog. obligatorische Retentionsrecht unterscheidet sich vom eigentlichen

---

<sup>54</sup> Vgl. dazu OFTINGER, a. a. O., p. 353 N. 15.

<sup>55</sup> So hinsichtlich der Umschreibung der Natur des die Retention zulassenden Besitzes an der fraglichen Sache und der Natur der durch das Retentionsrecht zu sichernden Forderung (Anforderungen an die sog. Konnexität zwischen Besitz und Forderung oder die Beschränkung des Retentionsrechts auf den Ersatz von Verwendungen auf die Sache oder die Vergütung eines durch sie verursachten Schadens), möglicherweise Beschränkung des Retentionsrechts auf kaufmännische Verhältnisse, oder Ausschluß der Retention von Gegenständen, die nicht im Eigentum des Schuldners, sondern eines Dritten stehen.

<sup>56</sup> Vgl. OFTINGER, a. a. O., p. 350 N. 6.

<sup>57</sup> So OR Art. 82. – Vgl. dazu v. TUHR, OR II § 79/V und § 64/IV. Für den Fall der *contractus bilaterales inaequales* vgl. OFTINGER, a. a. O., p. 400 N. 202 und dort zitierte, bes. v. TUHR, OR II § 64/VIII.

dinglichen Retentionsrecht<sup>58</sup> grundlegend in der Normstruktur, stimmt aber weitgehend im Zweck mit diesem überein, weshalb die beiden Institute nicht immer konsequent auseinander gehalten werden.

### VI. Unvollkommene Obligationen

Im Anschluß an die bisher behandelten absoluten Rechte seien von den *relativen Rechten* lediglich die als *unvollkommene Obligationen* oder *Naturalobligationen* bezeichneten subjektiven Rechte erwähnt, die dadurch gekennzeichnet sind, daß deren Erfüllung durch Klage und im Vollstreckungsverfahren *nicht erzwungen* werden kann. Diesen Rechten geht indessen nicht jede rechtliche und praktische Bedeutung ab; unter bestimmten Voraussetzungen entfalten auch derartige "Rechte" eine normative Wirkung, die allerdings sehr verschieden geartet sein kann. In Frage kommt folgendes:

a) *Forderungen* können *unklagbar* sein, wenn sie z. B. auf Spiel, Wette, Ehemäklervertrag und ähnlichen Geschäften beruhen. Daß man trotzdem eine Forderung, wenn auch eine "natürliche" Forderung, annimmt, hängt damit zusammen, daß nach erfolgter (freiwilliger) Erfüllung eine Rückforderung ausgeschlossen ist, ohne daß ein Schenkungsvertrag angenommen würde. Die gleichen rechtlichen Wirkungen haben *sittliche Pflichten*, die als solche nicht klagbar sind, die jedoch, einmal erfüllt, einen Rückgabeanspruch ausschließen und zwar möglicherweise auch dann, wenn der Leistende irrtümlich eine Rechtspflicht zur Leistung angenommen haben sollte.

In allen genannten Fällen liegt nicht nur kein klagbarer Anspruch, sondern überhaupt kein subjektives Recht auf eine Leistung vor. Die Tatsache, daß eine Leistung im Hinblick auf Spiel, Wette, Heiratsmäkelei oder eine sittliche Pflicht erbracht wurde, stellt eine *rein tatbestandliche Voraussetzung der Abweisung einer Rückforderungsklage*

---

<sup>58</sup> Von dem bloß auf einer Einrede beruhenden uneigentlichen Retentionsrecht des römischen und teilweise französischen Rechts unterscheidet sich das obligatorische Retentionsrecht lediglich dadurch, daß die in ihm enthaltene Einrede nicht einen absoluten (d. h. auf einem dinglichen Recht beruhenden), sondern einen relativen Anspruch hemmt und daß umgekehrt auf der Gläubigerseite die Einredobefugnis nicht durch ein bloßes Besitzschutzrecht, sondern das Eigentumsrecht an der retinierten Sache ergänzt wird.

dar, ohne daß ein nicht klagbares subjektives Recht des Leistungsempfängers angenommen werden müßte<sup>59</sup>.

Aus einem *sittenwidrigen Vertrag*, der infolge des Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, kann keine Forderung abgeleitet werden<sup>60</sup>. Wenn aber freiwillig oder im voraus geleistet worden ist, kann in der Regel die Rückgabe verweigert werden<sup>61</sup>. Obgleich die herrschende Doktrin hier keine Naturalobligation annimmt, ist die normative Struktur der Stellung des Leistungsempfängers dieselbe wie in den oben genannten Fällen<sup>62</sup>. Bei Forderungen aus Spiel wie solchen aus nichtigen Verträgen besteht überhaupt keine rechtliche Pflicht; der "Forderungsberechtigte" kann keinen Anspruch erheben, keine Norm setzen. Es wird nicht lediglich die Erzwingbarkeit versagt, so daß man nicht den Fall einer sanktionslosen *lex imperfecta* annehmen kann.

b) Meist subsumiert man unter den Begriff der Naturalobligation auch die *verjährte Forderung*<sup>63</sup>. Hier liegen indessen grundlegend verschiedene normative Verhältnisse vor: Der Schuldner ist auch nach Eintritt der Verjährung zur Leistung verpflichtet, es steht ihm lediglich ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht in Form einer Einrede zu, die entweder außergerichtlich oder im Prozeß erhoben, jedoch nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden kann<sup>64</sup>. Vor der Erhebung einer Einrede steht dem Gläubiger ein echtes subjektives Recht zu, das einredebelastet ist; nach Ausübung des Einrederechts hat er überhaupt kein Recht mehr<sup>65</sup>.

Die Verjährung muß gleichermaßen das subjektive Recht wie die daraus entspringenden Ansprüche betreffen: Das subjektive Recht ist die Möglichkeit, rechtsverbindliche Ansprüche zu erheben, deshalb ohne Recht kein Anspruch, ohne Anspruch kein Recht. Die ins BGB übergegangene Auffassung der Verjährung als

---

<sup>59</sup> In gleichem Sinne KELSEN, RRL II p. 53.

<sup>60</sup> Zum Begriff der Sittenwidrigkeit vgl. BUCHER, PR p. 205 ff.

<sup>61</sup> OR Art. 66, BGB § 817.

<sup>62</sup> Somit ergibt sich das Resultat, daß die normative Wirkung *sittlicher Pflichten* und *unsittlicher Verträge* dieselbe ist.

<sup>63</sup> Vgl. für viele v. TUHR, OR I p. 32 Ziff. 3.

<sup>64</sup> Vgl. dazu oben § 10/III in fine.

<sup>65</sup> Dem Gläubiger der durch die Verjährungseinrede aufgehobenen Forderung kann lediglich noch ein *Gestaltungsrecht* in Form einer *Verrechnungsmöglichkeit* zukommen, wenn der Gesetzgeber die Verrechnung verjährter Forderungen zuläßt, wie z. B. in OR Art. 120/III.

Anspruchsverjährung<sup>66</sup> geht auf die spätrömische und gemeinrechtliche Aktionenverjährung zurück und ist ein Überbleibsel des Aktionendenkens. WINDSCHEID z. B. verkennt keineswegs, daß von der Verjährung der Ansprüche auch die zugrunde liegenden subjektiven Rechte betroffen werden<sup>67</sup>; soweit die Doktrin zu BGB § 194 etwas anderes annimmt, beruht dies in der Verschiedenheit des Anspruchsbegriffs<sup>68</sup>.

c) Nicht als Naturalobligation, wohl aber als "*unvollkommene Obligation*" oder "*unselbständige Verpflichtung*" werden jene Obliegenheiten bezeichnet, die sich infolge ihrer Beschaffenheit (z. B. als persönliche Dienstleistungen) nicht erzwingen lassen<sup>69</sup>. Infolgedessen können auch die korrespondierenden subjektiven Rechte nicht zum Gegenstand einer Klage gemacht werden; vielmehr tritt im Falle des Ausbleibens der freiwilligen Erfüllung an Stelle des ursprünglichen Rechts ein Schadenersatzanspruch, der seinerseits klagbar ist<sup>70</sup>. Derartige "unvollkommene Ansprüche" sind ohne weiteres als subjektive Rechte zu betrachten. Diese sind nicht dadurch gekennzeichnet, daß das Verhalten, das der Rechtsträger vom Verpflichteten fordern kann, als solches erzwingbar ist. Es genügt, daß irgendwelche Sanktionen auf der Nichtbefolgung des vom Berechtigten erlassenen Rechtsbefehls stehen<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> WINDSCHEID, Pandekten I §§ 106 ff.; BGB § 194 und die dafür einschlägige Literatur, ebenfalls oben § 8/X lit. g.

<sup>67</sup> WINDSCHEID, Pandekten I § 105 (p. 543): "Durch Verjährung können Rechte sowohl begründet als *aufgehoben* werden."

<sup>68</sup> Vgl. dazu oben § 8/X lit. g. Die aus absoluten Rechten entspringenden relativen Ansprüche sind keine Ansprüche im technischen Sinn, wie wir sie hier verstehen (und wie sie überwiegend auch WINDSCHEID verstanden hat), sondern selbständige, vom absoluten (primären) Recht unabhängige und eine Sanktion darstellende *sekundäre* subjektive Rechte, deren Verjährung den Bestand des ursprünglichen absoluten Rechts nicht berührt.

<sup>69</sup> So von v. TUHR, OR I p. 33.

<sup>70</sup> In den kontinentalen Rechtsordnungen bilden derartige Rechte die Ausnahme; soweit als tunlich wird die Erfüllung des ursprünglichen Anspruchs erzwungen. Umgekehrt geht im *angelsächsischen* Recht die Klage in der Regel nur auf Schadenersatz ("damages"), während die Erzwingung der ursprünglichen Leistung eine Ausnahme darstellt. In *England* ist es immer noch nur "in equity" möglich, "specific performance" zu erzwingen oder mit einer "injunction" ein Unterlassen zu befehlen.

<sup>71</sup> Auch dies nur, wenn man den Rechtszwang zum Begriffsmerkmal der Rechtsnorm erhebt.

## § 20. Beispiele bloß scheinbarer subjektiver Rechte

Im folgenden sollen einige Tatbestände erwähnt werden, die eine gewisse Ähnlichkeit mit subjektiven Rechten aufweisen und von der Doktrin teilweise auch als solche betrachtet werden, nach der hier entwickelten Auffassung jedoch nicht unter diesen Begriff fallen.

### *I. Rechte des "Dürfens", der Freiheit zu einem bestimmten Verhalten sind dem Grundsatz nach keine subjektiven Rechte*

Vielfach wird die Freiheit, sich in bestimmtem Sinne zu verhalten, als subjektives Recht bezeichnet, so wenn man vom "Recht" auf ein bestimmtes Tun spricht. Hier ist aber im Regelfall kein normativer Sachverhalt gegeben, sondern es liegt lediglich die Feststellung vor, daß keine Norm bestehe, die das fragliche Verhalten verbietet. Wie an anderer Stelle ausgeführt, ist der Freiheitsbegriff durch den Normbegriff bedingt und stellt die logische Verneinung der Geltung einer Verbots- oder Gebotsnorm in einem bestimmten Verhaltensbereich dar<sup>1</sup>. Was nicht verboten ist, das ist erlaubt, und was nicht geboten ist, darf unterlassen werden. Die Erfahrung zeigt, daß jede Rechtsordnung von der *Vermutung der Freiheit* ausgeht, d. h. aus einer Summe freiheitsbeschränkender Vorschriften besteht, aber alle normativ nicht geregelten Verhaltensweisen freistellt, insbesondere auf dem ungeschriebenen Grundsatz aufbaut, daß alles, was nicht verboten wird, erlaubt ist.

Insofern ist die Vorstellung eines "subjektiven Rechts zu einem Verhalten" sinnlos, weil sie etwas Selbstverständliches und ohnehin Geltendes zum Inhalt hat. Würde sie konsequent durchgeführt, müßte jedermann eine unendliche Vielzahl von Rechten auf alle ihm faktisch möglichen Verhaltensweisen haben, soweit ihm diese nicht verboten sind. Das menschliche Verhalten würde rechtlich von zwei Seiten her geregelt, nämlich durch die Umschreibung der Verbote einerseits und des Bereichs des Erlaubten andererseits<sup>2</sup> – Die Vorstellung freiheitsgewährender subjektiver Rechte ist nur in Bereichen

---

<sup>1</sup> Vgl. oben § 5/X.

<sup>2</sup> Aus diesem Grund ist auch die verbreitete Vorstellung von "*Gewährungen*" im Sinne von Rechtsnormen oder subjektiven Rechten abzulehnen (vgl. statt vieler ENNECCERUS / NIPPERDEY, I § 30 p. 196 ff.). Der Tatbestand einer "Gewährung" läßt sich normativ nur als Verneinung einer verbotenden Rechtsnorm formulieren, z. B. die "Gewährung des Eigentums" als Abwesenheit jeder Norm, welche dem Eigentümer die Einwirkung auf die Sache untersagt. Die Vorstellung einer "Gewährung" ist logisch nur dann zu halten, wenn

sinnvoll und richtig, in deren durch eine Verbotsnorm begrenzten Inhalts die Freiheit aufgehoben ist. Dann haben derartige Rechte die Bedeutung von *Spezialnormen*, welche die durch die übergeordneten Verbote aufgehobene Freiheit teilweise wiederherstellen. Obgleich das Ergebnis, die Freiheit des Verhaltens, keine Norm darstellt, ist der Vorgang der Aufhebung einer Verbotsnorm ein Akt negativer Normsetzung, das freiheitsgewährende subjektive Recht ein normativer Sachverhalt. Wir haben derartige subjektive Rechte "*negative*" Rechte genannt und vor allem als Bestandteil beschränkter dinglicher Rechte (Dienstbarkeiten, Pfandrechte usw.) angetroffen, nämlich als die Möglichkeit, die vom Eigentümer erlassenen Verbote der Einwirkung auf die belastete Sache aufzuheben<sup>3</sup>.

## II. Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und Status- oder Personenstandsrechte

Gelegentlich wird die *Rechtsfähigkeit* oder die *Handlungsfähigkeit* als subjektives Recht aufgefaßt. Zu Unrecht, denn in beiden Fällen wird dem betreffenden Individuum nicht ein subjektives Recht im Sinne der Befugnis der Setzung einer bestimmten Norm verliehen, sondern ihr grundsätzlich die Eigenschaft zuerkannt, Träger von solchen subjektiven Rechten und von Pflichten zu sein (Rechtsfähigkeit) oder ihr die Fähigkeit verliehen, durch eigenes Handeln rechtsbegründende, rechtsverändernde und rechtsaufhebende Tatbestände zu setzen (Handlungsfähigkeit).

Als *Status-* oder *Personenstandsrechte* werden gelegentlich jene rechtlich zuerkannten Eigenschaften bezeichnet, welche dessen Stellung in der Rechtsgemeinschaft bestimmen und die im englischen Recht unter der Bezeichnung *status* zusammengefaßt sind, "sei es der Personenstand als Verheirateter oder Lediger, als eheliches, uneheliches oder legitimiertes Kind, sei es die Stellung als Staatsbürger

---

gleichzeitig angegeben wird, welche Verbotsnormen durch die fragliche "Gewährung" aufgehoben werden sollen. Meist liegen aber – wie beim Eigentum – gar keine derartigen Normen vor.

<sup>3</sup> Vgl. oben § 19/II.

oder Ausländer, als Geschäftsfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter, als Gemeinschuldner, als Hochverräter, der die bürgerlichen Ehrenrechte verwirkt hat, als Vormund oder auch die Stellung als juristische Person<sup>4</sup>. Diese Aufzählung könnte ergänzt werden durch den Hinweis auf die Ehefähigkeit, die Wechselfähigkeit, die Kaufmannseigenschaft im Sinne des HBG. Da derartige Rechtsstellungen oft privilegierenden Charakter haben oder sonst von Interesse für den Betroffenen sein können, besteht die Neigung, sie als subjektive Rechte aufzufassen. Besonders deutlich wird dies in der Lehre des Internationalen Privatrechts, soweit diese dem Anknüpfungsgrundsatz der Wahrung "*Wohlerworbener Rechte*", "*vested rights*", "*droits acquis*" verpflichtet ist. Sie zählt diesfalls immer auch die erwähnten Status-Rechte zu den als wohlerworben zu schützenden subjektiven Rechten, ja diese erscheinen sogar als deren Hauptbeispiele<sup>5</sup>.

Die geschilderten Rechtsstellungen können nicht als subjektive Rechte im hier entwickelten Sinn gelten, da sie zwar Voraussetzung verschiedenster Rechtsfolgen sind und möglicherweise Anlaß der Verleihung subjektiver Rechte sein können, selbst aber keine Normsetzungsbefugnisse zuerkennen<sup>6</sup>.

### III. Vertretungsbefugnis

Auch die Befugnis, einen anderen Rechtsgenossen rechtlich zu vertreten, d. h. für ihn Rechte auszuüben und Rechte und Pflichten zu begründen, stellt kein subjektives Recht dar. Dies selbst dann nicht, wenn die Bestellung als Stellvertreter eine gewisse vom Recht im objektiven Sinn in Kauf genommene oder gewollte eigennützige Komponente aufweist, wie möglicherweise die Vertretungsbefugnis der Eltern, des Testamentsvollstreckers usw. Denn der Stellvertreter übt nicht eigene Rechte aus, sondern diejenigen des Vertretenen, und seine Stellvertretungsbefugnis fügt keine materiellen Normsetzungsbefugnisse zu derjenigen des Vertretenen hinzu. Vgl. im Übrigen das über die Stellvertretung Gesagte (oben § 12).

---

<sup>4</sup> NEUHAUS, p. 133. Vgl. weiterhin WINDSCHEID, Pandekten Bd. I § 40 N. 2 p. 176; DERNBURG, Pandekten Bd. I § 17 Ziff. 2, § 38.

<sup>5</sup> Vgl. SCHMITTHOFF, p. 34, 39 lit. A, 46 lit. C.

<sup>6</sup> Damit ist natürlich in keiner Weise etwas über die Brauchbarkeit der Theorie des Schutzes Wohlerworbener Rechte im Internationalen Privatrecht ausgemacht.

#### IV. "Klagendürfen"

Über das Verhältnis zwischen materiellem subjektivem Recht und dem Klagerecht im Sinne der römischen *actio*, der *action* des Common Law, d. h. der Möglichkeit, einen materiellen Anspruch klageweise durchzusetzen, wurde an anderer Stelle gehandelt<sup>7</sup>. Hier steht zur Diskussion die Befugnis der Klageerhebung schlechthin, ohne Rücksicht auf eine materielle Berechtigung, eine Befugnis, die auch dem Unberechtigten offensteht. Zu Unrecht wird diese von einem Teil der Doktrin als subjektives Recht aufgefaßt, dem konsequenterweise eine lange Kette anderer prozessualer subjektiver Rechte angereiht werden müßte, wie ein subjektives Recht auf rechtliches Gehör, ein Recht auf richterliche Prozeßleitung, auf Anwesenheit bei Zeugeneinvernahmen und Verhandlungen, ein Recht auf Urteilsfällung usw. Richtig ist, daß jedermann die Möglichkeit hat, durch Einleitung einer Klage, Aufstellung von Sachbehauptungen usw. das Gericht zur Vornahme bestimmter Handlungen zu zwingen. Ganz abgesehen davon, daß diese Ansprüche nur als subjektive öffentliche Rechte betrachtet werden könnten, lassen sie sich nicht als subjektives Recht, wie wir es hier verstehen, auffassen, da der Träger dieser Befugnis nicht Nebenmenschen zu einem bestimmten materiellen Verhalten zwingen, sondern lediglich den Gerichtsapparat in Bewegung setzen kann, wobei die beteiligten Personen nicht als Einzelne, sondern als Beamte verpflichtet sind und das Verfahren keinen Selbstzweck aufweist, vielmehr darauf hinzielt, festzustellen, welche materiellen Verhaltensnormen für die am Prozeß Beteiligten Geltung haben<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Vgl. § 3/IV.

<sup>8</sup> Vgl. dazu GULDENER, p. 163 f., der die Auffassung des "Klagerechts" bzw. "Rechtsschutzanspruchs" als subjektives Recht ebenfalls ablehnt.

## Hauptthesen

### 1

Die positive Rechtsordnung ist nichts als eine Summe von Rechtsnormen.  
Alle Erscheinungen des positiven Rechts müssen als normative Tatbestände gedeutet werden. So auch das *subjektive Recht*.

### 2

Normen als Vorschriften über menschliches Verhalten haben die Struktur von *Sollenssätzen*, oder, was dasselbe ist, *Sollensurteilen* oder *Imperativen*.

Normen sind *Willensinhalte*. Als solche sind sie an ein normsetzendes Subjekt gebunden, dessen Wille den Norminhalt ausmacht.

Als normsetzendes Subjekt kann eine Gemeinschaft, z. B. eine staatliche Gemeinschaft, gedacht werden; es kann jedoch *auch ein einzelnes Individuum* normsetzend sein.

*Geltung* einer bestimmten Norm heißt deren *Zurechnung* zu einem bestimmten Normensystem. Rechtsnormen sind Willensinhalte, die einer bestimmten Rechtsordnung zugerechnet werden.

Eine Norm wird einer Rechtsordnung zugerechnet und damit zur Rechtsnorm, wenn der Wille des normsetzenden Subjekts auf der Delegation einer Normsetzungsbefugnis beruht.

### 3

*Das subjektive Recht ist die einem Rechtssubjekt von objektivem Recht verliehene Befugnis, in einem bestimmten Umfang (nach freiem Belieben) Rechtsnormen zu setzen.*

Durch die Verleihung eines subjektiven Rechts wird der Wille des Rechtsträgers für die Rechtsgenossen innerhalb des vom Inhalt des Rechts vorgezeichneten Bereichs rechtsverbindlich; d. h. der *Wille des Berechtigten* wird der Rechtsordnung *zugerechnet* und damit seinerseits zur *Rechtsnorm*.

Der in Ausübung eines subjektiven Rechts geäußerte Wille ist *Anspruch* zu nennen; er stellt eine Rechtsnorm dar.

## 4

Der Bestand eines subjektiven Rechts bedingt an sich noch keine Rechtsnorm und begründet deshalb für die Rechtsgenossen *keine eigentlichen Verhaltenspflichten*.

*Verhaltenspflichten* im eigentlichen Sinn werden erst durch die Ausübung des subjektiven Rechts, die *Anspruchserhebung*, begründet.

Einem subjektiven Recht entspricht nicht eine aktuelle Verhaltenspflicht, sondern ein Bereich potentieller Pflichten. Es müssen deshalb im Privatrecht zwischen *potentiellen* und *aktuellen* Pflichten, und entsprechend auch zwischen potentiell Verpflichteten und aktuell Verpflichteten unterschieden werden. Ebenso können innerhalb der normativen Beziehung zwischen Rechtsträger und Pflichtträger potentielle und aktuelle Rechtsverhältnisse unterschieden werden.

Vielfach besteht infolge der allgemeinen Lebenserfahrung oder kraft objektiven Rechts eine *Vermutung*, daß der Träger eines subjektiven Rechts dieses in einem bestimmten Sinn ausübe. Diesfalls wird das subjektive Recht auch ohne Mitwirkung des Berechtigten wirksam und begründet aktuelle Verhaltenspflichten.

## 5

*Die Geltung einer Norm hat Zustandsform und zeitliche Dauer.*

Da die in *Ausübung eines subjektiven Rechts* erhobenen Ansprüche als Normen Zustandsform haben, ist die Anspruchserhebung selber, d. h. die Rechtsausübung, *ein Zustand von zeitlicher Dauer*.

Da der Begriff des Rechtsgeschäfts auf Willensäußerungen, die durch einen punktuellen Akt einmaliger Willenserklärung eine dauernde

Rechtswirkung herbeiführen, eingeschränkt ist, stellt die *Ausübung eines subjektiven Rechts kein Rechtsgeschäft* dar.

Die Beseitigung eines kraft früherer Anspruchserhebung oder infolge einer Vermutung bestehenden Anspruchs durch Widerruf, die meist "Einwilligung" genannt wird, stellt als Tatbestand negativer (normaufhebender) Normsetzung einen Tatbestand der Rechtsausübung dar; sie hat ebenso wie der Anspruch Dauerzustand und nicht als Rechtsgeschäft aufgefaßt werden.

## 6

Solange ein subjektives Recht und damit die in ihm enthaltene Normsetzungsbefugnis besteht, kann der Berechtigte die zu erlassenden Normen jederzeit *abändern* und *neue Ansprüche erheben*.

Eine *bindende Ausübung subjektiver Rechte* ist nicht möglich; eine derartige Willenserklärung würde keine Rechtsausübung mehr sein, sondern eine *Verfügung über das Recht*, d. h. einen Eingriff in die Substanz des Rechts (den Bestand der Normsetzungsbefugnis) darstellen.

Als Verfügungen über subjektive Rechte kommen vor allem dauernder oder vorübergehender *Verzicht* und dauernde oder vorübergehende *Abtretung* in Frage.

Die "Einwilligung" (sc. in eine "Verletzung" eines Rechts) ist als Tatbestand der Rechtsausübung streng zu unterscheiden von Verfügungen über das Recht, insbesondere vom Rechtsverzicht. Sie stellt die (auf Zusehen hin) erfolgende Widerrufung einer ausdrücklichen oder kraft Vermutung bestehenden Anspruchserhebung dar.

## 7

Die Möglichkeit, durch einseitiges Rechtsgeschäft eine Veränderung im Bestand subjektiver Rechte herbeizuführen, wird *Gestaltungsrecht* genannt; sie ist kein subjektives Recht im engeren Sinn der hier behandelten Herrschaftsrechte.

Die Möglichkeit der Verfügung über ein Recht ist nicht Ausfluß der Freiheit der Rechtsausübung und deshalb nicht begriffsnotwendig mit diesem Recht verbunden.

Sofern die Befugnis, in bestimmtem Umfang über das Recht zu verfügen – wie meist – gegeben ist, liegt ein Gestaltungsrecht vor, das vom Recht selber begrifflich unterschieden werden kann und das durch Rechtsgeschäft ausgeübt wird.

## 8

Der Tatbestand der *Verletzung* eines subjektiven Rechts besteht darin, daß der Verpflichtete die vom Rechtsträger gesetzten Normen nicht befolgt.

*Rechtsverletzung ist Anspruchsverletzung.*

Bei absoluten Rechten ist eine Verletzung des sog. Rechtsobjekts für den Verletzungstatbestand nicht konstitutiv.

Die "Einwilligung" schließt den Tatbestand der Normverletzung und damit Rechtsverletzung aus; es wird in jedem Fall (auch wenn eine sog. Verletzung des Rechtsobjekts vorliegt) die Normwidrigkeit des Verhaltens beseitigt und nicht lediglich mittelbar der Eintritt von Sanktionen ausgeschlossen.

## 9

Von einem normlogischen Standpunkt aus erscheint als einziger grundlegender Gesichtspunkt der *Einteilung subjektiver Rechte* das Kriterium, ob der Kreis der durch das Recht potentiell Verpflichteten *auf bestimmte Rechtssubjekte* beschränkt ist oder nicht.

Ist dies der Fall, spricht man von *relativen*, sonst von *absoluten* Rechten.

Absolute als gegen jedermann wirkende Rechte haben grundsätzlich negativen, d. h. auf Unterlassungen gerichteten Anspruchsinhalt.

Wenn durch absolute Rechte *Herrschaft über eine bestimmte Sache* verliehen werden soll, geschieht dies durch die dem Berechtigten verliehene *Befugnis, jedermann von dieser Sache auszuschließen* unter Abwesenheit gleicher Ausschlußbefugnisse Dritter.

## Anhang

### L I T E R A T U R H I N W E I S E

- ANDERSSEN WALTER, Das subjektive Recht. Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre. In Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Z.) Bd. 38 (Wien 1911) S. 603-644.
- ANSON, WILLIAM R., Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract. 19. Aufl. (herausgeg. von Brierly) Oxford 1945/1947 (seither weitere).
- ARANGIO-RUIZ, VINCENZO, Istituzioni di Diritto Romano. 14. Aufl. Neapel 1960.
- Archives de philosophie de droit, Bd. IX, "Le droit subjectif en question",* mit Beiträgen von Coing, Dabin, Kalinowski, Longchamps, Maspétiol, Roubier, Villey, El Shakankiri, Thommann. Paris 1964.
- ARNDTS, K. LUDWIG, RITTER VON ARNESBERG, Lehrbuch der Pandekten. 14. Aufl. nach des Verfassers Tode besorgt von Pfaff und Hofmann. Stuttgart 1889.
- AUSTIN, JOHN, Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive laws. 2 Bde. London, versch. Aufl. (z.B. 3. Aufl. 1869).
- BAGOLINI, LUIGI, Norma negoziale e paradigma normativo. In "La norma giuridica" etc., Atti del IV congresso nazionale di filosofia del diritto, (Pavia 1959) S. 30-43. Mailand 1960.
- BARBERO, DOMINICO, Sistema istituzionale del Diritto Privato Italiano. 2 Bde., 3. Aufl. Turin 1950/1951.
- BARBERO, DOMINICO, Studi di teoria generale del diritto. Diritto naturale e diritto positivo – Diritto soggettivo e credito (vgl. bes. p. 79-142). Mailand 1953.
- BARON, J., Pandekten. 8. Aufl. Leipzig 1893.
- BAUMGARTEN, ARTHUR, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode. 2 Bde. Tübingen 1920/1922.
- BAUMGARTEN, ARTHUR, Grundzüge der juristischen Methodenlehre. Bern 1939.
- BAUR, FRITZ, Lehrbuch des Sachenrechts. München / Berlin 1960.
- BEKKER, ERNST IMMANUEL, Die Aktionen des Römischen Privatrechts. 2 Bde. Berlin 1871/1873.

- BEKKER, ERNST IMMANUEL, Das Recht des Besitzes bei den Römern.  
Leipzig 1880.
- BEKKER, ERNST IMMANUEL, System des heutigen Pandektenrechts. 2 Bde.  
Weimar 1886-1889.
- BEKKER, ERNST IMMANUEL, Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der  
Gesetzgebung. Berlin / Leipzig 1910.
- BERGBOHM, KARL, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische  
Abhandlungen. 1. Bd. (einziger) Leipzig 1892.
- BETTI, EMILIO, In concetto della obbligazione costruito dal punto di vista  
dell'azione. Pavia 1920.
- BETTI, EMILIO, Teoria generale del negozio giuridico. 2. Aufl. Turin 1950.
- BETTI, EMILIO, Teoria generale delle obbligazioni. 4 Bde., Mailand 1953-1955.
- BIERLING, RUDOLF ERNST, Juristische Prinzipienlehre. 5 Bde., Freiburg i.Br. /  
Leipzig / Tübingen, 1894-1917.
- BINDER, JULIUS, Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht.  
Leipzig 1899.
- BINDER, JULIUS, Rechtsnorm und Rechtspflicht. Rede. Leipzig 1912.
- BINDER, JULIUS, Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom  
Rechtsschutzanspruch. Leipzig 1927 (zit. "Prozeß").
- BINDER, JULIUS, Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung.  
Leipzig 1927 (Abh. der Rechts- und Staatswiss. Fak. der Universität  
Göttingen, H. 5).
- BINDING, KARL, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die  
rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Bd. 1: Normen und  
Strafgesetze. 3. Aufl. Leipzig 1916 (1. Aufl. 1872).
- BLOMEYER, ARWED, Der unbestimmte Gläubiger. In Festschrift für Ernst Rabel,  
Bd. I, (Tübingen 1954) S. 307-331.
- BOBBIO, NORBERTO, Studi sulla teoria generale del diritto. Turin 1955 (zit.  
"studi").
- BOBBIO, NORBERTO, Due variazioni sul tema dell'imperativismo. In: "La norma  
giuridica" etc., Atti del IV congresso nazionale di filosofia del diritto  
(Pavia 1959) S. 71-81. Mailand 1960.
- BÖTTICHER, EDUARD, Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das  
Gestaltungsklagerecht. In Festschrift für Hans Dölle, Bd. I (Tübingen 1963)  
p. 40-77.
- BÖTTICHER, EDUARD, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht.  
Berlin 1964 (Heft 17 der Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft Berlin).
- BORRADORI, GIORDANO, Profili ortodossi ed inconsueti alla teorica dei diritti  
pubblici subbietivi. Diss. Zürich 1955.

- BRINZ, ALOIS, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 4 Bde. (Bd. 4 nach dem Tode des Verfassers besorgt von Lotmar). Erlangen / Leipzig 1873-1892.
- BUCHER, EUGEN, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte; insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit. Diss. Zürich 1956 (zit. "PR").
- BUCHER, EUGEN, Neues auf dem Gebiet des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. In *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, terza serie Bd. XXXV Rom 1961, p. 5-44 (zit. "Annuario").
- BÜCKLING, GERHARD, Systematische und geschichtliche Grundlagen des subjektiven Rechts. Heft 146 der Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, begründet von Otto v. Gierke, herausgegeben von Julius v. Gierke. Breslau 1933.
- BURCKHARDT, WALTER, Methode und System des Rechts. Zürich 1936 (zit. "Methode").
- BURCKHARDT, WALTER, Einführung in die Rechtswissenschaft. Zürich 1939 (zit. "Einführung").
- BURCKHARDT, WALTER, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts. 2. Aufl. Zürich 1944 (zit. "Organisation").
- CAEMMERER, ERNST VON, Wandlungen des Deliktsrechts. In "Hundert Jahre deutsches Rechtsleben", Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960. Bd. II. (Karlsruhe 1960) p. 49-136.
- CARBONNIER, CARL, Droit Civil. 2 Bde., Coll. "Thémis", 3./4. Aufl. Paris 1962.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, Situaciones Jurídicas Subjetivas. Madrid 1963.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, Derechos subjetivos; im Bd. VII der Nueva Enciclopedia Jurídica. Barcelona, 1955.
- CASTANOS, STELIOS, Nouvel essai de classification du droit civil. Paris 1958.
- CESARINI SFORZA, W., Filosofia del diritto. 2. Aufl. Mailand 1957.
- CHESHIRE/FIFOOT, The Law of Contract. 5. Aufl. London 1960.
- CHITTY, Treatise on the Law of Contract. 20. Aufl. herausgeg. von Potter. London 1947 (seither weitere Auflagen und Supplemente).
- COING, HELMUT, Zur Geschichte des Privatrechtssystems. 3 Aufsätze. Frankfurt a. M. 1962.
- COIN/LAWSON/GRÖNFORS, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit. Heft 5 der Arbeiten zur Rechtsvergleichung; Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung Hamburg. Frankfurt a. M. / Berlin 1959.
- COLIN/CAPITANT/JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Traité de Droit Civil. Bd. 1: Introduction générale, personnes et famille, biens. Paris 1953.

- DABIN, JEAN, *Le droit subjectif*. Paris 1952.
- DABIN, JEAN, *Théorie générale du droit*. 2. Aufl. Brüssel 1953.
- DELWAIDE, HENRY, *Le droit subjectif individuel et social*. Liège 1905.
- DERNBURG, HEINRICH, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*. 2 Bde. Leipzig 1860/1864 (zit. "Pfandrecht").
- DERNBURG, HEINRICH, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts*. Festschrift zum fünfzigjährigen Stiftungsfest der Universität Zürich. Halle a.S. 1883 (zit. "Besitz").
- DERNBURG, HEINRICH, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*. Bd. 1: Die allgemeinen Lehren. Halle a.S. 1902 (zit. "Bürgerliches Recht").
- DERNBURG, HEINRICH, *System des Römischen Rechts*. Der Pandekten achte, umgearbeitete Aufl., bearb. von Sokolowski, 2 Bde. Berlin 1911/1912 (zit. "Pandekten").
- DESCHENAUX, HENRI, *Obligations propter rem*. In "Ius et Lex", Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller. (Basel 1959) p. 711-747.
- DEUTSCHE RECHTSWISSENSCHAFT (Periodikum), Bd. 1, herausgegeben von Eckhardt, Hamburg 1936, mit zahlreichen Beiträgen zum Thema des subjektiven Rechts von Eckhardt und anderen.
- DIAS/HUGHES, *Jurisprudence*. London 1957.
- DÖLLE, HANS, *Neutrales Handeln im Privatrecht*. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung. In Festschrift Fritz Schulz, Bd. II, p. 268-288. (Weimar 1951).
- DÖLLE, HANS, *Bemerkungen zur Blankozession*. Ein Beitrag zur Lehre von den subjektlosen Rechten. In Festschrift für Martin Wolff, herausgeg. von v. Caemmerer u. a. (Tübingen 1952) p. 23-32.
- DUGUIT, LÉON, *Traité de droit constitutionnel*. Bd. 1 (La règle de droit etc.). Paris 1927.
- DULCKEIT, GERHARD, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*. Tübingen 1951 (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 158/159).
- DU PASQUIER, CLAUDE, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. 3. Aufl. Neuenburg 1948.
- EBENSTEIN, WILLIAM, *Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre*. Prag 1938.
- ECKHARDT, KARL AUGUST (Herausgeber), *Deutsche Rechtswissenschaft (Periodikum)*, Bd. 1 Hamburg 1936. Mit zahlreichen Beiträgen zum Thema des subjektiven Rechts von E. und anderen.
- EDLIN, GREGOR, *Recht und Rechtsnorm*. Kritische Essays, Diss. Zürich 1918.

- EHRlich, EUGEN, Die juristische Logik. 2. unv. Aufl. Tübingen 1925.
- ENGLISCH, KARL, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. Heidelberg 1953 (Abh. der Heidelberger Akademie der Wiss., Philosophisch-historische Klasse, Nr. 1).
- ENGLISCH, KARL, Einführung in das juristische Denken. 2. Aufl. Stuttgart 1959 (Nr. 20 der "Urban-Bücher").
- ENNECCERUS, LUDWIG, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1889.
- ENNECCERUS, LUDWIG/NIPPERDEY, HANS CARL, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. (Erster Band des Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus, Kipp und Wolff). 15. Aufl. (zwei Halbbände). Tübingen 1959/1960.
- ERMAN, WALTER, Handkommentar zum BGB. 2 Bde., 3. Aufl. Münster/Westf. 1962.
- ESSER, JOSEF, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie. Wien 1949.
- ESSER, JOSEF, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 2. Aufl. Tübingen 1964.
- FÈROLA, VINCENZO, Motivi unitari e soggettivi del diritto. In RIFD 32 serie III (1955) S. 104-110.
- FERRANTE MATTEO, Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni. Mailand 1947.
- FERRI LUIGI, L'autonomia privata. Mailand 1959.
- FLEINER, FRITZ, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. Tübingen 1928.
- FREYTAG GEN. LÖRINGHOFF, BRUNO BARON VON, Logik. Ihr System und ihr Verhältnis zur Logistik. 2. Aufl. Stuttgart 1955 (Nr. 16 der "Urban-Bücher").
- FRIEDMANN, W., Legal Theory. 3. Aufl. London 1953 (seither 4. Aufl. 1960).
- GEIGEL, ROBERT, Die Verwirkung von Rechten durch Nichtausübung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung. Diss. München 1938.
- GÉNY, FRANÇOIS, Science et technique en droit positif. 4 Bde. Paris 1913-1924.
- GERMANN, O. A., Imperative und autonome Rechtsauffassung. In ZSR 46 (1927) p. 183-231.
- GERMANN, O. A., Grundlagen der Rechtswissenschaft. Einführung in deren Probleme, Methoden und Begriffe. Bern 1950.

- GIACOMETTI, ZACCARIA, Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts. Tübingen 1924.
- GIACOMETTI, ZACCARIA, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates). 1. Band. Zürich 1960.
- GIERKE, OTTO, Das deutsche Genossenschaftsrecht. Bd. 2: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs. Berlin 1873.
- GIERKE, OTTO, Deutsches Privatrecht. Bd. 1: Allgemeiner Teil und Personenrecht. Leipzig 1895 (zit. "Privatrecht").
- GULDENER, MAX, Schweizerisches Zivilprozeßrecht. 2. Aufl. Zürich 1958.
- HAESAERT, J., Théorie générale du droit. Brüssel 1948.
- HAHLER, WILHELM, Das dingliche Recht, eine Fiktion. Eine rechtsphilosophische Untersuchung. Diss. Münster/Westf. 1936.
- HATZ, HELMUT, Rechtssprache und juristischer Begriff. Vom richtigen Verstehen des Rechtssatzes. Stuttgart 1963.
- HECK, PHILIPP, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1932.
- HEINEMANN, GUSTAV W., Die Verwaltungsrechte an fremden Vermögen. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der subjektiven Privatrechte. In Beitr. z. Erläuterung des Deutschen Rechts, herausgeg. von Predari u. a., Neue Folge 7. Jahrg. (Berlin 1929) p. 496-542.
- HELLER, THEODOR, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung. Berlin 1961 (H. 16 der Neuen Kölner Rechtswiss. Abh.).
- HINDERLING, HANS, Persönlichkeit und subjektives Recht. Basel 1963 (H. 66 der Basler Studien zur Rechtswiss.).
- HÖLDER, EDUARD, Pandekten. Allgemeine Lehren. – Mit Rücksicht auf den Civilgesetzentwurf. Freiburg i.Br. 1891.
- HÖLDER, EDUARD, Über objectives und subjectives Recht. Ein Vortrag. Leipzig 1893.
- HÖLDER, EDUARD, Über das Klagrecht (Dekanatsprogramm). Leipzig 1903.
- HOLD V. FERNECK, ALEXANDER, Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes. Bd. 1: Der Begriff der Rechtswidrigkeit. Jena 1903.
- HOLLAND, THOMAS ERSKINE, The Elements of Jurisprudence. 1. Aufl. Oxford 1880. Zahlreiche spätere Aufl., vom Verfasser benutzt 13. Aufl. Oxford 1924.
- L'HUILLIER, LAURENT, La notion du droit formateur en droit privé suisse. Diss. Genf 1947.

- IONESCU, OCTAVIAN, La notion de droit subjectif dans le droit privé. Diss. Paris 1931.
- IONESCU, OCTAVIAN, Léon Duguit et le droit subjectif. In Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique. (Paris 1932) S. 269-277.
- JÄGGI, PETER, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit. In ZSR 79 (1960) Bd. 2. S. 135a-261a.
- JAMES, PHILIP S., Introduction to English Law. 4. Aufl. London 1959.
- JELLINEK, GEORG, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1905.
- JHERING, RUDOLF, Passive Wirkungen der Rechte. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Rechte. In Jahrbücher für die Dogmatik ..., herausgeg. von Jhering u. a., Bd. 10 (Jena 1871) p. 387-580.
- JHERING, RUDOLF, Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode. Jena 1889.
- JÖCKEL, WILHELM, Hans Kelsens rechtstheoretische Methode. Darstellung und Kritik ihrer Grundlagen und hauptsächlichsten Ergebnisse. Tübingen 1930.
- JOLOWICZ, H. F., Lectures on Jurisprudence. Herausgegeben von J. A. Jolowicz. London 1963.
- JUNG, ERICH, Subjektives und objektives Recht. Die neue Rechtsquellenlehre. Marburg 1939.
- KANTOROWICZ, HERMANN, The definition of Law. Aus dem Nachlaß herausgeg. von Campbell. Cambridge 1958. Deutsche Ausg. unter dem Titel "Der Begriff des Rechts". Göttingen 1963.
- KÄNZIG, ERNST, Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 des OR unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Diss. Bern 1939.
- KASER, MAX, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht. 2. Aufl. Köln / Graz 1956 (zit. "Eigentum und Besitz").
- KASER, MAX, Das Römische Privatrecht. Bd. 1: Das altrömische, vorklassische und klassische Recht. Bd. 2: Die nachklassische Entwicklung. München 1955/1959 (zit. "Römisches Privatrecht").
- KASER, MAX, Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch (Kurzlehrbücher für das juristische Studium). 2. Aufl. München / Berlin 1962 (seither 3. Aufl. 1964. – Zit. "Kurzlehrbuch").
- KASER, MAX, Der römische Eigentumsbegriff. In: Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg (1962). Sonderveröffentlichung von Rabels Zeitschrift. Berlin / Tübingen 1962 p. 19-38 (zit. "Eigentumsbegriff").

- KAUFMANN, ARMIN, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik. Göttingen (Göttinger Rechtswiss. Studien) 1954.
- KAUFMANN, ARMIN, Logik und Rechtswissenschaft. Grundriß eines Systems der Reinen Rechtslehre. Tübingen 1922.
- KAUFMANN, ARMIN, Die Kriterien des Rechts. Eine Untersuchung über die Prinzipien der juristischen Methodenlehre. Tübingen 1924.
- KEETON, G. W., The elementary principles of Jurisprudence. 2. Aufl. London 1949 und 1961.
- KELLER, FRIEDRICH LUDWIG VON, Pandekten (Vorlesungen, aus dem Nachlaß des Verfassers herausgegeben). 1. Aufl. (herausgeg. von Friedberg) Leipzig 1861; 2. Aufl. (herausgeg. von Lewis) 2 Bde. Leipzig 1866/1867.
- KELLER, FRIEDRICH LUDWIG VON, Der Römische Civilproceß und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauch bei Vorlesungen. 6. Ausgabe, bearb. von Adolf Wach. Leipzig 1883.
- KELSEN, HANS, Allgemeine Staatslehre. Berlin 1925 (zit. "Staatslehre").
- KELSEN, HANS, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Leipzig und Wien 1934 (zit. "RRL I").  
2. neubearb. und erweiterte Aufl.: Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit. Wien 1960 (zit. "RRL II").
- KELSEN, HANS, Was ist die Reine Rechtslehre? In: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Giacometti (Zürich 1953) p. 143-162.
- KIPP, THEODOR, Über den Begriff der Rechtsverletzung. In Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke, Bd. 2 (Breslau 1910) p. 3-39.
- KIPP, THEODOR, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. In Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz (Berlin 1911) p. 211-233.
- KLUG, ULRICH, Juristische Logik. 2. Aufl. Berlin / Göttingen / Heidelberg 1958.
- KOSCHAKER, PAUL, Europa und das Römische Recht. 3. unveränderte Aufl. München / Berlin 1958.
- KRELLER, HANS, Grundlehren des Gemeinen Rechts. Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht. Wien 1950.
- KÜHNE, EBERHARD, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten. Diss. Rostock 1929.
- KUMMER, MAX, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb. Bern 1960 (Abhandlungen zum Schweiz. Recht Heft 338).
- LAHTINEN, OSVI, Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen. Helsinki 1951.

- LASSALE, FERDINAND, Die Theorie der erworbenen Rechte. 2 Bde. 2. Aufl. herausgeg. von Lothar Bucher. Leipzig 1880.
- LAWSON, F. H., Rights and other relations in rem. In Festschrift für Martin Wolff. Herausgeg. von v. Caemmerer u. a. (Tübingen 1952) p. 103-122.
- LEISTRITZ, HANS CARL, Der Rechtsbegriff Eigentum. Geschichte und Aufgabe. Diss. Frankfurt/Main 1935.
- LEONHARD, RUDOLF, Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte. Ein Beitrag zur Vereinfachung der Vertragslehre. 2 Teile. Berlin 1882/1883.
- LEVI, ALESSANDRO, Teoria generale del diritto. Padua 1953.
- LEVY, ERNST, West Roman Vulgar Law. The Law of Property. Philadelphia 1951.
- LOGUERCIO, LEONARDO, Teoria generale del consenso dell'avente diritto. Mailand 1955.
- MANIGK, ALFRED, Das gegenseitige Verhältnis der Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung. Habilitationsschrift. Breslau 1900.
- MANIGK, ALFRED, Willenserklärung und Willensgeschäft; ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen. Berlin 1907.
- MASCHKE, R., Das Eigentum im Civil- und Strafrechte. Untersuchungen zur organischen Structur der Sachenrechte. Berlin / Leipzig 1895.
- MEGGARY/WADE, The Law of Real Property. 2. Aufl. London 1959.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR, Kommentar zum ZGB, Sachenrecht. I. Abschnitt: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 (Band IV Abt. 1/1 des "Berner Kommentars"). Bern 1959.
- MEIJERS, E. M., Algemene Leer van het Burgerlijk Recht. Teil 1: De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht. 2. Aufl. Leiden 1958.
- MERZ, HANS, Die Widerrechtlichkeit gemäß Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem. In: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht; Festgabe der Rechts- und wirtschaftswiss. Fakultät der Universität Bern für den schweizerischen Juristenverein. Bd. 91<sup>bis</sup> der ZSR, Bern 1955.
- MESSINEO FRANCESCO, Manuale di diritto civile e commerciale. Bd. 1: Introduzione (l'ordinamento giuridico italiano) – Dottrine generali. 8. Aufl. Mailand 1952.
- MESTRE, ACHILLE, Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit. In Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique (Paris 1932) p. 163-173.

- MEUMANN, GOTTLIEB AUGUST, Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts. Breslau 1903 (Heft 12 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgeg. von Leonard).
- MICHAS, H., Le droit réel, considéré comme une obligation passivement universelle. Diss. Paris 1900.
- MINEI, BASILE, Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance. Diss. Paris 1912.
- MOLITOR, ERICH, Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte. Karlsruhe 1949.
- MORIN, GASTON, L'Oeuvre de Duguit et le droit privé. In Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique (Paris 1932) p. 153-162.
- MÜLLEREISERT, FRANZ ARTHUR, Juristische Grundbegriffe aus dem Vertrags-, Schuld-, Urheber- und Sachenrecht. Würzburg-Aumühle 1936.
- MÜLLEREISERT, FRANZ ARTHUR, Das objektive Recht und die subjektiven Rechte. Karlsruhe i.B. 1940.
- NATOLI, UGO, Il diritto soggettivo. Mailand 1943.
- NAWIASKY, HANS, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe. 2. Aufl. Einsiedeln 1948.
- NEF HANS, Recht und Moral in der deutschen Rechtsphilosophie seit Kant. Diss. Zürich 1937.
- NEUHAUS, PAUL HEINRICH, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts. Berlin / Tübingen 1962.
- NEUSSEL, JULIUS, Anspruch und Rechtsverhältnis. Mainz 1952 (Heft 3 der Beiträge zum Zivilrecht und Zivilprozeß, herausgeg. von Bruns).
- NIEDERER, WERNER, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts. 3. Aufl. Zürich 1961.
- NIEDERHÄUSERN, WILLIAM VON, Zur Konstruktion des subjektiven öffentlichen Rechts. Diss. Zürich 1955.
- OERTELT, ROLF, Der Begriff des subjektiven Rechts und seine Negierung. Diss. Tübingen 1956.
- OERTMANN, PAUL, Der Dinglichkeitsbegriff. In Jahrbücher für die Dogmatik ..., herausgeg. von Jhering, Bd. 31 (Jena 1892) p. 415-467.
- OFTINGER, KARL, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis. (Abhandlungen zum Schweiz. Recht Nr. 82). Bern 1933.
- OFTINGER, KARL, Das Fahrnispfand. Kommentar zum ZGB, 23. Titel (Band IV Abt. 2/c des "Zürcher Kommentars"). Zürich 1952. (zit. Fahrnispfand").
- OFTINGER, KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. 1, 2. Aufl. Zürich 1958 (zit. "Haftpflichtrecht").
- OLIVECRONA, KARL, Der Imperativ des Gesetzes. Kopenhagen 1942.

- ORECCHIA, RINALDO (Herausgeber), *La norma giuridica. Diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV congresso nazionale di filosofia del diritto (Pavia 1959)*. Mailand 1960.
- PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch (Kurzkommentar)*. Vom Verf. benutzt 19. Aufl. München 1960 (seither weitere).
- PARKER, REGINALD, *Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*. Wien 1960.
- PEROZZI, SILVIO, *Istituzioni di diritto romano*. 2. Aufl. 2 Bde. Rom 1928.
- PETER, HANS, *Actio und Writ. Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe*. Tübingen 1957.
- PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit Civil*. Bd. 1: *Principes généraux, personnes, biens*. 3. Aufl. Paris 1946 (seither weitere).
- POLLOCK, FREDERICK, *Essays in Jurisprudence and Ethics*. London 1882.
- POLLOCK, FREDERICK, *Principles of Contract: A treatise on the general principles concerning the validity of agreements in the Law of England*. 9. Aufl. London 1921, 13. Aufl. herausgeg. von Winfield, London 1950.
- POLLOCK, FREDERICK, *A first book of Jurisprudence*. 6. Aufl. London 1929.
- PUCHTA, G. F., *Pandekten*. 2. Aufl. Leipzig 1844.
- PUCHTA, G. F., *Kleine civilistische Schriften, gesammelt und herausgeg. von Rudorff*. Leipzig 1851 (zu beachten die Aufsätze zum Thema "Besitz", Nr. XIV, XV, XIX, XXVI, p. 239, 259, 303, 408).
- QUÉRU, RENÉ, *Synthèse du droit réel et du droit personnel. Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*. Diss. Paris 1905.
- RAISER, LUDWIG, *Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz*. In *Festschrift für Martin Wolff* (Tübingen 1952) p. 123-140.
- RAISER, LUDWIG, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*. In: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben; Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960* (Karlsruhe 1960) p. 101-134.
- RAISER, LUDWIG, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht*. In *ZBJV* 97 (1961) p. 121-152.
- REGELSBERGER, FERDINAND, *Pandekten*. Leipzig 1893.
- REHFELDT, BERNHARD, *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Berlin 1962.
- REINACH, ADOLF, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*. 2. unveränderte Aufl. Halle a.S. 1922.
- RENSING, F., *Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund*. In: *Index Lectionum Universitatis Friburgensis*. 1892/93. Vgl. dazu *Bespr.* in *ZSR* 12 (1893) p. 326ff. (v. Tuhr).
- RIGAUT, LOUIS, *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*. Diss. Toulouse 1912.

- ROGUIN, ERNEST, *La règle de droit*. Lausanne 1889.
- ROGUIN, ERNEST, *La science juridique pure*. 3 Bde. Paris / Lausanne 1923 (zit. "Science").
- ROSS, ALF, *Theorie der Rechtsquellen; ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Leipzig / Wien 1929.
- ROSS, ALF, *Towards a Realistic Jurisprudence. A criticism of the Dualism in Law*. Kopenhagen 1946.
- ROSS, ALF, *On Law and Justice*. London 1958.
- ROUBIER, PAUL, *Théorie générale du droit; histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*. 2. Aufl. Paris 1951.
- ROUBIER, PAUL, *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris 1963 (Coll. "Philosophie du droit").
- RÜMELIN, GUSTAV, *Die Theilung der Rechte*. Freiburg i.Br. / Tübingen 1883.
- SALMOND, JOHN, *Jurisprudence*. 1. Aufl. London 1902 (seither zahlreiche weitere, z. B. 11. Aufl. herausgeg. von Glanville Williams 1957).
- SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON, *System des heutigen römischen Rechts*. 8 Bde., Berlin 1840-1849 (zit. "System").
- SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*. 2 Bde. Berlin 1851-1853 (zit. "Obligationenrecht").
- SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON, *Das Recht des Besitzes*. 7. Aufl., aus dem Nachlasse des Verfassers und durch eigene Zusätze vermehrt von Rudorff. Wien 1865 (zit. "Besitz").
- SCHANTZ, ARNO, *Das subjektive Recht als Bestandteil des allgemeinen Teils der Rechtsordnung*. Berlin 1931.
- SCHLUEP, WALTER R., *Das Markenrecht als subjektives Recht*. (Bd. 5 der Studien zum Immaterialgüterrecht, herausgeg. von Pointet und Troller). Basel 1964.
- SCHMITTHOFF, CLIVE M., *The English Conflict of Laws*. 3. Aufl. London 1954.
- SCHREIER, FRITZ, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre*. Leipzig / Wien 1924.
- SCHULZ-SCHAEFFER, RUDOLF, *Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung*. Bd. 1. Marburg 1915.
- SCHUPPE, WILHELM, *Der Begriff des subjektiven Rechts*. Breslau 1887.
- SCHUPPE, WILHELM, *Allgemeine Rechtslehre mit Einschluß der allgemeinen Lehren vom Sein und vom Wissen*. Aus dem Nachlaß herausgeg. und redigiert von Fuchs. Berlin 1936.

- SCHWARZ, ANDREAS B., Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, herausgeg. von Thieme und Wieacker. Karlsruhe 1960.
- SECKEL, EMIL, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. In Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden Dr. Richard Koch (Berlin 1903) p. 205-253.
- SIGWART, CHRISTOPH, Beiträge zur Lehre vom hypothetischen Urteile. Tübingen 1871.
- SIGWART, CHRISTOPH, Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache. Tübingen 1879.
- SIGWART, CHRISTOPH, Logik. 3. Aufl. 2 Bde. Tübingen 1904.
- SOKOLOWSKI, PAUL, Die Philosophie im Privatrecht. 2 Bde. Halle a.S. 1902, 1907.
- STINTZING, R./LANDSBERG, ERNST, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. 3. Abt., 2. Halbband. München / Berlin 1910.
- STOLFI, NICOLA, Teoria del negozio giuridico. Padua 1947.
- STOLFI, NICOLA, Diritto Civile. Bd. 1: Parte generale. Turin 1919.
- STOLL, HANS, Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte. In AcP 162 (1963) p. 203-236.
- SOMLÓ, FELIX, Juristische Grundlehre. 2., unveränderte Aufl. Leipzig 1927.
- SPEISER, ENZELIN, Die Basler Wiedervereinigung als Problem des schweizerischen Verfassungsrechtes. Diss. Zürich 1958 (vgl. die methodologische Einleitung, p. 1-54).
- SUIJLING, J. PH., De subjectieve rechten in het positieve privaaten publiekrecht. Haarlem 1949.
- TAMMELO, ILMAR, Untersuchungen zum Wesen der Rechtsnorm. Habilitationsschrift. Heidelberg und Willsbach 1947.
- TAMMELO, ILMAR, Contemporary developments of the Imperative Theory of Law: A survey and appraisal. In: ARSP 49 (1963) p. 255-277.
- THIBAUT, ANTON FRIEDRICH JUSTUS, System des Pandekten-Rechts. 2 Bde. 8. Aufl. Jena 1834.
- THON, AUGUST, Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre. Weimar 1878 (zit. "Rechtsnorm").  
Italienische Übersetzung mit Einleitung und Anmerkungen von ALESSANDRO LEVI, Padua, 1. Aufl. 1939, 2. Aufl. 1951.
- THON, AUGUST, Der Normadressat. Eine Untersuchung zur allgemeinen Rechtslehre. In Jahrbücher für die Dogmatik ... herausgeg. von Jhering, Bd. 50 (Jena 1906) p. 1-54 (zit. "Normadressat").
- TROLLER, ALOIS, Immaterialgüterrecht. 2 Bde. Basel 1959, 1962.

- TUHR, ANDREAS VON, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2 Bde., davon Bd. II in zwei Halbbänden, Leipzig 1910, 1914, 1918 (zit. "BGB").
- TUHR, ANDREAS VON, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. 2 Halbbände. 2. Aufl. ergänzt und herausgeg. von Alfred Siegwart. Zürich 1942/1944 (zit. "OR").
- USTERI, MARTIN, Theorie der Verwaltung in Formen des Privatrechts, in: *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, terza serie, Bd. XXXVIII (Rom 1964) p. 167-243.
- VANGEROW, KARL ADOLPH VON, Lehrbuch der Pandekten. 3 Bde. Marburg / Leipzig 1863, 1867, 1876.
- VECCHIO, GIORGIO DEL, Il concetto del diritto. Bologna 1912 (ristampa).
- VECCHIO, GIORGIO DEL, Lehrbuch der Rechtsphilosophie. (Übersetzung der in zahlreichen Aufl. erschienenen "Lezioni di filosofia del diritto"). Berlin 1937.
- VERDIER, JEAN-MAURICE, Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits. Diss. Paris 1955.
- VERDROSS, ALFRED, Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau. Wien 1958.
- VONLANTHEN, ALBERT, Zum rechtsphilosophischen Streit über das Wesen des subjektiven Rechts. Zürich 1964.
- WÄCHTER, CARL GEORG VON, Pandekten. 2 Bde., herausgeg. von Otto v. Wächter. Leipzig 1880/1881.
- WALDER, HANS, Untersuchungen zu einer Grundlehre des Rechts. Diss. Zürich 1945.
- WENDT, OTTO, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.
- WENGER, LEOPOLD, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts. München 1925.
- WESTERMANN, H., Die Konstruktion des Rechts an der eigenen Sache im Gebiet des BGB. Diss. Göttingen 1933.
- WESTERMANN, H., Die Bestimmung des Rechtssubjekts durch Grundeigentum. Eine Darstellung der subjektiv dinglichen Rechte und Pflichten im Bodenrecht. Heide i. Holst. 1942 (Heft 9 der Abh. zum deutschen Gemeinrecht).
- WESTERMANN, H., Lehrbuch des Sachenrechts. 2. Aufl. Karlsruhe 1953 (zit. "Sachenrecht").
- WICHSER, WERNER, Der Begriff des wohlervorbenen Rechts im internationalen Privatrecht. Diss. Zürich 1955.
- WIEACKER, FRANZ, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen 1952.

- WINDSCHEID, BERNHARD, Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkt des heutigen Rechts. Düsseldorf 1856 (zit. "Actio").
- WINDSCHEID, BERNHARD, Die Actio. Abwehr gegen Dr. Theodor Muther. Düsseldorf 1857 (zit. "Abwehr").
- WINDSCHEID, BERNHARD, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 Bde., 9. Aufl. bearbeitet von Kipp. Frankfurt a.M. 1906 (zit. "Pandekten").
- WOLFF, MARTIN/RAISER, LUDWIG, Sachenrecht. 10. Aufl. Tübingen 1957 (In: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, herausg. von Enneccerus / Kipp /Wolff).
- ZITELMANN, ERNST, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen, Leipzig 1873.
- ZITELMANN, ERNST, Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung. Leipzig 1879.
- ZITELMANN, ERNST, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. In AcP 99 (1906) p. 1-130.
- ZITELMANN, ERNST, Internationales Privatrecht, München / Leipzig, Bd. I 1897 (Neudruck 1914), Bd. II (in zwei Halbbänden) 1912 ff.

**SACHVERZEICHNIS****{Seitenzahlen sind jene der original Ausgabe}**

- absolute Rechte 10, 18, 84 ff., 109, 113 ff., § 16 p. 131-143, § 18 p. 150-159, 162, 167, 169, 173, 179, 182
- und Anspruchsbegriff 85
  - mit positivem Anspruchsinhalt? 142/43
- Abtretung (Zession) 5, 8, 10, 22/23, 78 A 28, 147, 179 ff.
- actio in rem – in personam 10, § 16/III p. 135 f., 143 A 24, 152
- Aktionendenken, actio 15, 17, 29, § 3/III p. 30-32, 90 A 6, 135, 174 A 30
- Allgemeine Rechtslehre, allg. Privatrechtslehre 3 f., 6, 11 f., 13, 14, 16, § 4/III p. 38-40, 42
- Analytisches Rechtsdenken, a. Methode, Rechtsbetrachtung 6, 10/11, 17, 29, 31, 181/182
- Aneignungsrecht, ein Gestaltungsrecht? 94 A 19
- Angloamerikanisches (angelsächsisches) Recht 6, 10, 17, 22/23, 25 A 9, 30 A 3, 31 f., 53, 65 A 7, 103, 135 A 7, § 17/IV p. 146 f., 186 A 70
- Anspruch 8, 57 ff., 60 ff., § 8 p. 66-86 (bes. 77 ff.), 108 A 2, 147 ff.
- als Norm 67, 77
  - , subjektives Recht und Anspruch 8, 57 f., § 8/VII p. 77 ff.
  - , Fälligkeit? 68
  - , Geltendmachung im Prozeß § 8/IX p. 80-82
  - , verschiedene Sinngebungen § 8/X p. 82-86
  - im Sinne von BGB § 194 p. 83 lit. g
  - , Anspruchsbegriff bei absoluten Rechten 84-86
- Anspruchserhebung 63, § 8 p. 66 ff., siehe auch Vermutung der  
Anspruchsverjährung 83 ff., 185/186
- Anspruchsverletzung § 13 p. 106-113
- Anspruchsverzicht, siehe precarium
- Anwartschaft 165
- Aufklärung 32
- Aufrechnung, Verrechnung 95
- Ausschließlichkeit der absoluten Rechte 151 ff., 155 ff., 162 A 4

Ausübung der subjektiven Rechte

- als Anspruchserhebung § 8 p. 66 ff.
- , Freiheit der Rechtsausübung § 8/III p. 70-72
- und Verfügung über ein subjektives Recht, siehe Verfügung
- und rechtsgeschäftliche Normsetzung § 9 p. 87-89
- , gemeinschaftliche Ausübung 101 f.

Begriff, Begriffsbildung § 4 p. 33-40

- , Autonomie der 33
- , Sachgerechtigkeit und formale Richtigkeit 33-35  
siehe auch Rechtsformbegriffe – Rechtsinhaltsbegriffe

Begriffsinstrumentarium 11

Begriffsjurisprudenz, begriffsjuristisch 11, 180/181

beschränkte dingliche Rechte 137, 156, 165 f., § 19/II p. 169 ff., 173 ff., 182 ff.

Besitz, Besitzesrecht, Besitzerschutz(recht) 21, 37 f., 137 A 12, 170 f., § 19/III p. 172-176

Bestreitung eines subjektiven Rechts 108

BLACKSTONE, Commentaries 169

Boycott 143

Choses in action – Choses in possession 22, 135 A 7, 147 A 7

Code Civil, französischer 18, 71 A 2, 87, 127 A 13, 169

Common Law, siehe Angloamerikanisches Recht

Dauer, zeitliche, siehe Zustand

Definition, siehe Begriffsbildung

Delegation von Normsetzungsbefugnis 46 ff., bes. 48

- , subjektives Recht als Delegation 14, 48, 59, 71

Deliktobligation 121/22

Dereliktion, siehe Entäußerung

Dienstbarkeit 137, 156 (auch A 12)

dingliche Rechte 10, 18, 113 ff., 132 A 2, § 16/III p. 135 f., 136 A 9, 143,

151 A 1, 152, 157 f., 163 f., 173, 180 ff., siehe auch absolute Rechte

Dürfen, "Rechte des Dürfens" § 20/I p. 187 f.

Ehestörungsklage 143

Eigentum, Privateigentum, Eigentümer 21, 28, 29, 37 f., 137 f., 151 ff., 155 f.,

§ 19/I p. 160-169, 170 ff., 174, 177

- , relatives Eigentum im römischen Recht? 162 ff.

Einrede 95, 183, 184 A 58, 185

"Einwilligung" in die Verletzung eines subjektiven Rechts 70, 74 A 20, 76,  
78 A 27, 80, § 14/II p. 116-119, 129, 126 A 9, 128 A 17, 129 f.  
siehe auch Rechtfertigungsgrund

Entäußerung subjektiver Rechte 78 A 28, § 10/V p. 97-99, 99 A 35, 133 A 3

Entmystifizierung des Begriffs des subjektiven Rechts 2

Erfüllung (Begriff) 142

Erlaubtheit, erlaubende Norm? 54, 151 A 2, 154 A 10, siehe auch Dürfen,  
Freiheitsvermutung

Erzeugungszusammenhang, normativer 14

Ethik, Moral, als normatives System 73

Fälligkeit subjektiver Rechte 26, 107

Feststellungsklage 81 f.

Fiktion 103, 104

Forderung, Forderungsrecht 58, 74, 111 f., 138 f., 144 f., 178-182, 184 ff.

Forderungspfandrecht 178-182

Freiheitsvermutung § 5/X p. 53 f., 153, 187/188

Geldforderung, siehe Forderung

Geltung, siehe Normgeltung

Gemeinschaftliche Zuständigkeit subjektiver Rechte § 11 p. 99-102

Generalklausel 71 (auch A 16)

Generalverbot 53/54 A 25

Genugtuung, Genugtuungsanspruch 124 ff., 127 ff., 145

Geschäftsfähigkeit (Handlungsfähigkeit) 75 A 22, 94 A 19, § 20/II p. 118/119

Geschichte der Figur des subjektiven Rechts 14 f.

Gesetzesdenken 6, 32

Gestaltungsklage, Gestaltungsurteil 96 f.

Gestaltungsrechte 68, 73 A 19, 78 A 28, § 10 p. 89-99, 108 f., 111, 132/133 A 3  
– im Gegensatz zu Herrschaftsrechten p. 89-92  
–, rechtsgeschäftliche und judizielle Gestaltungsrechte 83 A 34, § 10/IV p. 96 f.  
–, Ausübung erfolgt durch Rechtsgeschäft 73 A 19, 91 f.  
–, selbständige und unselbständige Gestaltungsrechte § 10/II p. 92 f.  
–, Entäußerungsmöglichkeit als Gestaltungsrechte 78 A 28, § 10/V p. 97-99

Gewährung 187/188 A 2, siehe auch Freiheitsvermutung

Gewere 21

Grundlast 138, 139

Haftpflichtrecht, siehe Schadenersatzrecht

Handlungsfähigkeit, siehe Geschäftsfähigkeit

hypothetische Grundnorm 47

hypothetisches Urteil, Norm als 12, 13, § 5/VII p. 50 f.

Immaterialgüterrecht 10, 114, 116 A 10, 120, 136, 143, 157 f., 163 f., 181 A 50

Imperativ 47 f., 73

–, Norm als Imperativ 13, § 5/VII p. 50 f.

"Individualismus, überspitzter" (Vorwurf des) 4, 72 A 17

Inhaberpapier 138, 182

Interesse, Interessenjurisprudenz, Interessentheorie 15, 16, 35, 103 A 1, 108

ius 31, 127, 135

Kauf 37

Kaufrecht (Kaufs-, Verkaufs-, Wiederkaufs- bzw. Rückkaufsrecht) 94, 133 A 3

"Klagendürfen" § 20/IV p. 190

Klageprovokation 81

Kodifikation, Kodifizierung 6

Kollektivismus, kollektivistische Rechtsordnung 4

Kompetenz

– staatlicher Organe 56 A 1, 70, 71 (bes. A 14)

– des Stellvertreters 105

Konkurrenzverbot 141

Korrealität 149

Kündigung, Kündigungsrecht 95, 109

Leistung, positive, siehe Tun – Unterlassen

Leistungsklage 80/81

Logik, logisch 13, 33-35, 39f., 42 A 1, 44, 54, 57 A 3, siehe auch *petitio principii*

Methodenreinheit 13

mittelbar zuständige Pflichten 139 A 17

Moral, siehe Ethik

Müssen 42 f.

Nationalsozialismus 3/4

Naturalobligation, siehe Obligation (unvollkommene)

Naturgesetz, siehe Seinssatz

Naturrecht, naturrechtlich 6, 32

Negativer (negatorischer) Gehalt der absoluten Rechte § 16/V p. 140-143, 156 ff.

Negative (normaufhebende) relative Normsetzungsbefugnis bei beschränkten dinglichen Rechten 165 A 10, 170 f., 175, 183, 188

Nominaldefinition 33 A 3

## Normen

- , abstrakte und konkrete 37, 49
- , allgemeine und spezielle 37
- , generell-abstrakte § 5/VI p. 49, 57
- , generelle und individuelle 37, 49
- , individuell-konkrete § 5/VI p. 49, 57
- , kategorische und hypothetische 49
- , mittelbare und unmittelbare § 5/VIII p. 51, 118 A 13
- , primäre und sekundäre 37, § 5/IX p. 51-53
- , rückwirkende 43 A 5
- , ungültige 47 A 10
- , als Imperative 13, 50 f.
- , hypothetische Urteile? 12, 13, 50 f.
- , als Willensinhalte § 5/III p. 44 f., 55, 59, 66, 71
- , Zustandsform der Norm 44/45
- , und Gesetzesnormen 49
- , und Pflichten, Identität 64
- Normadressat § 5/IV p. 45 f., § 16 p. 131-143, § 17 p. 147-150, 153
- normatives Denken, normative Rechtsauffassung 5 f., 13
- Normbegriff 5 f., 37, § 5/II p. 42-44, 101
- Normdenken 17, 29, § 3/III 30 f., siehe auch Aktionendenken
- Normgeltung 37, § 5/V p. 46-48, 71
- Norminhalt 101
- normlogische (normative) Betrachtungsweise 5, 12, 16, 28 f., 30 f., 41, 152 ff.,  
siehe auch "analytisches Rechtsdenken"
- Normordnung, die Rechtsordnung als Normordnung 5, § 5/II p. 42-44, 5, 64
- , Identität mit Pflichtordnung 46, 64
- Normsetzung,
- , Akt der Normsetzung 44 f., 137/138
- , autonome und heteronome 87-89
- , rechtsgeschäftliche und rechtsausübende § 9 p. 87-89
- Normsetzungsbefugnis, das subjektive Recht als 7, 35 A 5, § 6 p. 55 ff.,  
71 A 14, 120 und passim
- Normsetzungsbefugnis, negative relative bei beschränkten dinglichen Rechten  
165 A 10, 170 f., 175, 183, 188
- Normstruktur, normative Struktur des Rechts 15/16, 41
- Normverletzung, siehe Verletzung subjektiver Rechte
- Notwendigkeit der Figur des subjektiven Rechts 7, § 2/I p. 18-21 59/60, 63, 64,  
66

nuda proprietas 165 f.

objektives Recht im Verhältnis zu subjektiven Rechten 7, 14, 55 f., 58, 63 ff.,  
117 A 11

obligatio ob rem (propter rem) 139 A 17, siehe auch Realobligation

Obligation, unvollkommene § 19/VI p. 184-186

obligatorische Rechte (und Pflichten), obligatio 132 A 2, 144/145, 145 A 2, 3,  
p. 173 A 30

öffentliches Recht 11, 12, 13, 167 A 14

– Verhältnis zum Privatrecht 13, 64, 167 A 14

Pandekten, Pandektenwissenschaft, Pandektistik 11, 15, 32, 48/49 A 13, 108,  
132, 155

Personenstandsrechte § 20/II p. 188 f.

persönliche Rechte 10, 114, 132 A 2, § 16/III p. 135 f., 136 A 9, § 17 p. 144-150  
(bes. 144), 152, siehe auch relative Rechte

Persönlichkeitsrechte 10, 69, 80, 114, 116, 122, 125, 126 ff., 130, 136 (auch  
A 9), 143, 157, 164

petitio principii (auch Zirkelschluß) 11, 25, 141

Pfand, Pfandrecht 21, 37 f., 125 A 8, 137, 165, 170 f., § 19/IV p. 176-182

Pflicht

–, subjectives Recht und korrespondierende Pflicht § 7 p. 60 ff., 65

–, potentielle und aktuelle 8, 20, § 7/II p. 61 ff., 64, 77/78, 150, 154

–, subjektivrechtliche und objektivrechtliche 61 A 2

–, keine bei Gestaltungsrechten 91, siehe weiterhin Anspruch, Rechtsverhältnis,  
Norm (Identität mit Pflicht), Normordnung

Positivismus 5, 42 A 1

Prämissen § 5 p. 41-54

precarium, prekaristisch (Rechtsverhältnis, Anspruchsverzicht) 76 A 25,  
§ 8/VIII p. 79 f.

primäre subjektive Rechte 110, 145

vgl. im übrigen "sekundäre subjektive Rechte" und "Normen, primäre und  
sekundäre"

Privatautonomie 19, 87 ff.

Privatrecht, Privatrechtslehre, Privatrechtsdogmatik 12, 13

–, Verhältnis zum öffentlichen Recht 13, 64, 167 A 14

privity of contract 10, 135 A 7, 146 f.

"Psychologismus" (Vorwurf des) 48 A 11

Rationalismus, siehe Aufklärung

Realdefinition 33 A 3

Realobligation 133 A 3, 139, 171 A 23

Recht, Rechte, siehe absolutes, angloamerikanisches, beschränktes dingliches, dingliches, des Dürfens, objektives, persönliches, primäres, relatives, römisches, sekundäres, subjektiv-dingliches, wohl erworbenes, zwingendes Recht usw.

Rechtfertigungsgrund, Einwilligung als 12, 116 ff., 125

Rechtsausübung, siehe Ausübung

Rechtsfähigkeit § 12 p. 102-105, § 20/II p. 188 f.

Rechtsformbegriffe und Rechtsinhaltsbegriffe § 4/II, III p. 36-40

Rechtsgeschäft

–, Anspruchserhebung (Ausübung eines subjektiven Rechts) kein R. § 8/V p. 74-76

–, Abgrenzung gegenüber rechtsausübender Normsetzung § 9 p. 87-89

–, als einmaliger Akt 75, 78

–, Verfügung über ein subjektives Recht als R. 77 f.

Rechtsgeschichte, rechtsgeschichtlich 14/15, 27, 28-30, 36, 39 f.

Rechtsgut 157 A 13, siehe auch Rechtsobjekt

Rechtsmißbrauch, Rechtsüberschreitung 3, 38, § 8/III p. 70-72, 75 A 22

Rechtsnorm, siehe Norm

Rechtsobjekt (Gegenstand eines Rechts) p. 113 ff., § 18/III p. 156-158, 162

Rechtsobjektsverletzung, Identifikation mit Rechtsverletzung (Identifikation von Rechtsobjekt und Recht) 12, 18, § 14 p. 113-121, 125, 168

Rechtsordnung als Normordnung, siehe Normordnung

Rechtspflicht, siehe Pflicht

Rechtssatz (im Gegensatz zu Rechtsnorm) p. 42 (bes. A 2), 46 A 9, 50 A 17

Rechtsträgerschaft § 12 p. 102-105

Rechtsverhältnis 29, § 7/I p. 60 f.

– einseitiges und zweiseitiges (gegenseitiges) R. 65 f.

– potentielles und aktuelles R. 62

Rechtsverzicht, siehe Verzicht

Rechtswidrigkeit, siehe Widerrechtlichkeit

Reine Rechtslehre (auch KELSEN) 4, 5, 12, 13 f., 27, 32 A 5; 42 A 1, 2; 43 A 3, 4; 46 A 8, 9; 47; 48; 49 A 14, 16; 50 A 17; 53 A 23; 62 A 3; 63-65, 104 A 3; 112 A 12

relative Rechte 10, 18, 109, 114, § 16 p. 131-143, § 17 p. 144-150, 152

Retentionsrecht 137 A 3; § 19/V p. 182-184

right (und Untergruppen) 30 A3, 31, 53, 112, 146f., 147 A 7

römisches Recht 17, 31, 32, 105, 119, 135, 143 A 24, 162 ff.

- Sacheigentum (als Modell des subjektiven Rechts) 17/18
- Sachzuordnungsfunktion der absoluten bzw. dinglichen Rechte 151 ff., 155 ff., 160 ff., 166
- Sanktion (oder Unrechtsfolge) 52, 110 f., 123 ff., 145, 173 A 30, 186
- Schadenersatzrecht, Haftpflichtrecht, Schadenersatzanspruch, Schadenersatzpflicht 110, § 15 p. 121-130, 145
- Schenkung 94 A 20
- Sein, Seinssatz, Seinsurteil § 5/II p. 42-44, 44 ff.
- sekundäre subjektive Rechte (und Pflichten) § 13/III p. 110-112, 140, § 17/III p. 145, 186
- , kumulative und vikariierende sekundäre Rechte 111, vgl. auch Normen (primäre und sekundäre)
- Sicherungsübereignung 178 A 39
- Sittliche Pflichten, sittenwidrige Verträge, siehe Obligationen, unvollkommene Solidarität, Solidarschuldverhältnisse § 17/V p. 147-150 (bes. 149 f.)
- Sollen, Sollenssatz, Sollensurteil 37, § 5/II p. 42-44, 44 ff.
- "sonstiges Recht" (BGB § 823) 3, 38
- Statusrechte § 20/188 f.
- Stellvertretung § 12 p. 102-105, 189
- Strafrecht, Strafrechtslehre, Strafrechtsdogmatik, Strafgesetze 12, 52, 53 A 23, 119, 157 A 13, 161 A 1
- Stufenbau der Rechtsordnung 14, 47 f.
- Stundung, 76 A 25, 78 A 28, 92 A 12
- subjektiv-dingliche Rechte, subjektiv-dingliche Pflichten (Realobligationen) 138/139
- subjektives Recht, subjektive Rechte
- , Allgemeingültigkeit des Begriffs 17, 28-30
- , des "Dürfens"? 54
- , Einheit und Mehrheit § 11/II p. 100 f.
- , Einteilung 67, Kap. IV p. 131-159
- , Fälligkeit 67 f.
- , "freiheitsgewährende"? 187/188, siehe auch "Dürfen", "Freiheitsvermutung"
- , geschichtliche Bedingtheit der Rechtsfigur § 3/II p. 28-30
- , Identifikation mit Rechtsnorm 6
- , ideologische Aspekte des Begriffs § 3/I p. 26-28
- , in intertemporalrechtlicher und international-privatrechtlicher Hinsicht 24-26
- , negative 170 f., 175, 183, 188
- an Rechten 23 f., 178 ff.
- , rechtstechnische Funktion des Begriffs § 2 p. 18-26, 26-28

- , scheinbare subjektive Rechte § 20 p. 187-190
- , Sonderformen subjektiver Rechte § 19 p. 160-186
- , Teilbarkeit 23
- , teleologische Priorität vor Rechtspflicht 63 ff.
- , Übertragbarkeit 22 f.
- , Unentbehrlichkeit der Figur, siehe "Notwendigkeit"
- , Übergang auf den Verpflichteten 24
- , Verselbständigungswirkung, siehe dort
- , Verfügung über ein subjektives Recht im Gegensatz zu Ausübung, siehe "Verfügung"
- , gemeinschaftliche Zuständigkeit § 11 p. 99-102
- im Verhältnis zum objektiven Recht, siehe dort
- als weltanschaulich indifferenter Begriff 3/4, 26 ff.
- als Bestandteil des objektiven Rechts 55
- als Möglichkeit der Anspruchserhebung 67
- als Normsetzungsbefugnis, siehe dort
- als Normerzeugungsfunktion, -medium 7, 56
- als positivrechtlicher Begriff? 1 ff., § 3/I p. 26-28
- als Rechtsformbegriff, rechtformaler, rechtstechnischer Begriff 1 ff., 14, 17, 26-28, § 4/II, III p. 36-40
- als rechtsinhaltlicher Begriff? 1 ff., § 3/I p. 26-28 160 ff., 167, 180 A 47
- als rechtsphilosophischer Begriff? 1 ff.,  
siehe auch Normsetzungsbefugnis, Verletzung, Interesse, Rechtsformbegriff, Willensmacht etc., sowie die unter dem Stichwort "Recht" gegebenen Verweisungen.
- Subsumtion 58, 59
- Suspendierung eines subjektiven Rechts (Stunden) 76, siehe auch Verfügung
- Teilrecht 83 lit. f., 137
- teleologisch (Betrachtungsweise etc.) 16, § 18/I p. 18-21, 45, 52, 63 ff., 151 ff., 161, 166
- Tun und Unterlassen (Gegensatz) 109, 132, 140 ff., 145, 147 ff.
- ubi remedium ibi ius 127
- Übertragung subjektiver Rechte, Übertragbarkeit 98 f., 99 A 35, 162
- Unentbehrlichkeit der Figur des subjektiven Rechts, siehe "Notwendigkeit"
- Unterbewußtsein, juristisches 17, 22/23, 31
- Unterlassen, Unterlassungsanspruch, siehe Tun und Unterlassen
- Unterlassungsklage 80/81
- Verabsolutierungsfunktion, siehe "Verselbständigungswirkung"

Veräußerlichkeit (Unveräußerlichkeit), siehe "Verzichtbarkeit"

Verfügung über ein subjektives Recht 72-74, § 8/IV, VI p. 72-74, 76 f., § 10/V p. 97-99

Verhaltensordnung, Rechtsordnung als 13

Verjährung 5, 95, 185/86

– der Ansprüche im Sinne von BGB § 194 p. 83 ff.

Verletzung subjektiver Rechte

– als Anspruchsverletzung 8, § 13 p. 106-113

– als Normverletzung 8/9, § 13 p. 100-113

– und das Erfordernis der "Widerrechtlichkeit" § 15 p. 121-130

Vermögensbegriff 164 A 8

Vermutung der Anspruchserhebung § 8/II p. 68-70, 76, 78 A 27, 113, 118, 120, 129, 130

– bei den Persönlichkeitsrechten 69, 80

Verrechnung, siehe Aufrechnung

Verschulden § 15/IV p. 112

Verselbständigungswirkung (Verabsolutierungsfunktion) der Figur des subjektiven Rechts § 2/II p. 21-26, 67, 171 f.

Vertrag 37, § 9 p. 87-89, 118/119 A 13

– zugunsten Dritter 10, 146 f.

Vertragsverletzung durch Dritte? 144

Vertretungsbefugnis § 20/III p. 189

Verwirkung 5

Verzicht (auf ein subjektives Recht) 5, 70, 76, 78, 92 A 12, § 10/V p. 97-99

– auf Anspruchserhebung 78, § 8/VIII p. 79f., siehe auch "precarium"

Verzichtbarkeit subjektiver Rechte 8, 78 f., 162, 166

Verzug, in Verzug setzen 69

Verzugszinsen 111 A 10

vested rights, siehe "wohlerworbene Rechte"

Vindikation, Vindikationsrecht 139/140, 162 f.

volenti non fit iniuria 117, 119 A 16, 128

Volljährigkeit, siehe Geschäftsfähigkeit

Wettbewerbsrecht 117 A 11, 129 A 19, 142/143 A 22

Widerrechtlichkeit, widerrechtlich § 15 p. 121-130

Widerrechtlichkeitstheorie, objektive und subjektive 122/123 A 4

Wille, Willensinhalt, siehe "Norm als Willensinhalt"

Willensäußerung 72, 90, 91/92 A 7

Willenserklärung 75, 91/92 A 7

Willensmacht, Willensherrschaft, Wollendürfen 16, 35, 55, 56, 108, 121, 173

Wohlerworbene Rechte 25 f., 189

Zession, siehe "Abtretung"

Zurechnung, Zurechnungsordnung § 5/V p. 46-48, 71, 108 A 2

Zustand, Zustandsform der Normsetzungsbefugnis § 8/IV p. 72-74

Zwang, Rechtsordnung als Zwangsordnung 13, 51 f., 52 A 21, 110, 186 A 71

zwingendes Recht 118 A 13

Zweck des Rechts 19, 21, 27/28