

Schriften zur Rechtslehre

Band 38

Das Eigentum als subjektives Recht

Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts

Von

Dr. Josef Aicher



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

JOSEF AICHER

Das Eigentum als subjektives Recht

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 38

Das Eigentum als subjektives Recht

Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts

Von

Dr. Josef Aicher



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 03289 6

Meiner Frau
zum Dank für Hilfe und Verständnis
gewidmet

Vorwort

Die Arbeit ist ein in sich abgeschlossener Teil meiner Salzburger Habilitationsschrift „Grundfragen der Staatshaftung bei hoheitlichen Eigentumsbeeinträchtigungen“.

Mein besonderer Dank gilt meinem Lehrer, Herrn Univ. Prof. Dr. Rolf Ostheim. Er hat mir als seinem Assistenten nicht nur stets genügend Zeit für eigene wissenschaftliche Tätigkeit gelassen, sondern auch die vorliegende Arbeit durch stete Diskussionsbereitschaft erheblich gefördert. Herrn Univ. Prof. Dr. Kurt Ringhofer verdanke ich manche kritische Anregung, die er mir in hilfreichen Gesprächen gegeben hat.

Herrn Ministerialrat a. D. Senator Dr. Johannes Broermann danke ich für die Aufnahme der Untersuchung in die Reihe „Schriften zur Rechtstheorie“.

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Das Eigentum als subjektives Recht

I. Das Problem	13
II. Die Methode	15
III. Die rechtstheoretischen Prämissen	16
1. Die Normordnung als Verhaltensordnung zwischen Menschen ..	17
2. Die Ableitung des subjektiven Rechts aus der Rechtsnorm	20
IV. Das subjektive Recht als Reflex der durch die objektive Rechtsordnung normierten Rechtspflicht — <i>Kelsens</i> Eigentumslehre	24
1. Die Lehre <i>Kelsens</i> vom subjektiven Recht	24
2. Die unterschiedliche Struktur des subjektiven Rechts bei <i>Kelsen</i> und <i>Thon</i>	26
3. <i>Kelsens</i> Eigentumslehre als Ergebnis seiner Theorie vom subjektiven Recht	28
V. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis — <i>Buchers</i> Eigentumslehre	29
1. Die Lehre <i>Buchers</i> vom subjektiven Recht	29
2. <i>Buchers</i> Eigentumslehre als Ergebnis seiner Theorie vom subjektiven Recht	32
VI. Kritische Analyse der Lehren <i>Kelsens</i> und <i>Buchers</i>	33
1. Der wesentliche Unterschied zwischen <i>Kelsens</i> und <i>Buchers</i> Begriff des subjektiven Rechts	33
2. Kritische Würdigung der Lehre <i>Kelsens</i>	34
a) Das Mißverständnis der <i>Kelsenschen</i> Lehre	34
b) Die unterschiedliche Stellung der Willensmacht in der Lehre <i>Kelsens</i> und <i>Windscheids</i>	35
c) Die Frage nach der Richtigkeit der Prämissen in <i>Kelsens</i> Lehre	37
d) <i>Buchers</i> Einwände gegen <i>Kelsens</i> Lehre und deren Widerlegung	38
e) <i>Adomeits</i> Einwände gegen <i>Kelsens</i> Lehre und deren Widerlegung	40

3. Kritische Würdigung der Lehre <i>Buchers</i>	41
VII. Die right-privilege-Struktur des subjektiven Rechts — Zur Doppelstruktur des subjektiven Rechts aus rechtsformaler Sicht	45
1. Die besondere Bedeutung der right-privilege-Struktur bei dinglichen Rechten	45
2. Zur Anerkennung des Verfügendürfens als normatives Element des subjektiven Rechts in der neuen Lehre	47
a) Kritische Würdigung der Lehre <i>Schmidts</i>	47
b) Gibt es „erlaubende Normen“?	51
VIII. Gestaltungsrecht und subjektives Recht — Das Gestaltungsrecht aus normativer Sicht	54
IX. Subjektives Recht und Anspruch	61
X. Das dingliche Recht aus rechtsformaler Sicht	64
1. Die bisherigen Definitionsversuche des dinglichen Rechts	65
a) Die Unmittelbarkeit der Sachherrschaft als Merkmal des dinglichen Rechts	65
b) Die Absolutheit des Klageschutzes als Merkmal des dinglichen Rechts	68
c) Die güterzuordnende Funktion als wesentliches Merkmal des dinglichen Rechts	73
d) Die sonstigen Definitionsversuche des dinglichen Rechts	74
2. Das dingliche Recht aus rechtsformaler Sicht — Ergebnis	76
XI. Das Eigentumsrecht als absolutes Recht	77

Zweiter Teil

Exkurs: Die Eigentumsbeschränkung aus rechtsformaler Sicht

I. Zur normativen Struktur der Eigentumsbeschränkungen	79
1. Eigentumsbeschränkungen, die anderen Individuen ein ansonsten verbotenes Verhalten erlauben	79
2. Eigentumsbeschränkungen ohne Erlaubnisfunktion	81
II. Zur Frage der Immanenz der Eigentumsbeschränkungen aus normativer und teleologischer Sicht	82
III. Zum Verhältnis von Eigentumsrecht und Eigentumsbeschränkung ..	83
Literaturverzeichnis	90

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchBürgR	Archiv für das bürgerliche Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AuR	Arbeit und Recht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BStrG	Bundesstraßengesetz (österreich.)
DJT	Deutscher Juristentag
FernsprechO	Fernsprechordnung (österreich.)
FS	Festschrift
GruchBeitr	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
GS	Gedächtnisschrift
GZ	Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung
JBl	Juristische Blätter
JhJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Deutsche Juristenzeitung
KritVierteljSchr	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
ÖJT	Österreichischer Juristentag
RdA	Recht der Arbeit
RUW	Recht und Wirtschaft
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StPO	Strafprozeßordnung (österreich.)
StVO	Straßenverkehrsordnung (BGBI 1970, I, S. 1565)
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte unter Umständen
u. U.	
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZgesStW.	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZöfFR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Erster Teil

Das Eigentum als subjektives Recht

I. Das Problem

Betrachtet man die Umschreibungen des ABGB und des BGB, mit denen diese Gesetze das Eigentum zu erfassen suchen, stößt man auf zwei wesentliche Elemente: Die Berechtigung des Eigentümers mit der Sache nach Belieben zu verfahren und das Recht, andere von jeder Einwirkung auszuschließen¹. Obgleich nun alle diese Bestimmungen bei ihrer Umschreibung des Eigentumsrechtes sowohl die Innenseite des Rechtes, also die Verfügungsgewalt über die Sache, als auch die Außenseite, das ist die Ausschlußbefugnis, betonen, halten einige Autoren bei einer formalrechtlichen Betrachtungsweise nur die Ausschlußbefugnis für rechtlich relevant². Nur das Abstellen auf die Ausschlußbefugnis sei normlogisch sinnvoll, während die Sachbeherrschung bloß die faktische Folge der Unterlassungspflicht der übrigen Rechtsgenossen sei³. Dafür spricht nun in der Tat, daß die Rechtsordnung als Normordnung durch Sollenssätze das Verhalten von Menschen in ihrer Beziehung zu anderen Menschen regelt⁴. Demnach kann auch — um mit *Kelsen* zu sprechen⁵ —

¹ § 354 ABGB: „Als ein Recht betrachtet, ist Eigentum das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden anderen davon auszuschließen.“

§ 903 BGB: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“

Art. 641 ZGB: „Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen. Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.“

Art. 544 Code Civile: „La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.“

Art. 832 Codice Civile: „Il proprietario ha diritto di godere et disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall' ordinamento giuridico.“

² So schon *Lenel*, Ursprung und Wirkung der Exceptionen (1876), S. 8; *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht (1878), S. 218, 223, 291; *Schloßmann*, Über den Begriff des Eigentums JhJb. 45 (1903), S. 289 (325, 327); *Darmstädter*, Der Eigentumsbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches AcP 151 (1950/1951), S. 311 (337, 338); *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960), S. 137; *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis (1965), S. 38, 152, 153; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, IV, Das Sachenrecht⁴, 1. Abt., S. 71.

³ *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, S. 153.

⁴ *Kelsen*, Reine Rechtslehre², S. 25, 33.

⁵ *Kelsen*, Reine Rechtslehre², S. 136.

„das Eigentum rechtlich nur in einem bestimmten Verhältnis eines Menschen zu anderen Menschen bestehen, nämlich in der Pflicht, jenen in seiner Verfügung über die Sache nicht zu behindern“. Die Sachherrschaft ist rechtlich nur ein Reflex des Ausschlusses des anderen.

Immerhin könnte gegen diese Ansicht geltend gemacht werden, daß alle angeführten Rechtsordnungen das Verfügungdürfen über die Sache und die Ausschlußbefugnis in die Umschreibung des Eigentums aufgenommen haben, so daß deshalb neben dem Ausschlußrecht auch die Sachherrschaft als für den Kern der Sache wesentlich angesehen werden könnte. Muß doch auch *Bucher* zugeben, daß einer Person das Eigentumsrecht verliehen wird, um ihr die Herrschaft über einen bestimmten Sachbereich einzuräumen, „während die Verpflichtung aller übrigen Rechtsgenossen, nicht auf diesen Bereich einzuwirken, nur die notwendige Konsequenz dieser gesetzgeberischen Absicht ist“⁶.

In der Tat hat auch in jüngster Zeit Jürgen *Schmidt*⁷ die Ansicht vertreten, daß auch das Verfügungdürfen zum normativen Gehalt des subjektiven Rechtes gehört, woraus für das Eigentum als Konsequenz folgen würde, daß neben der Ausschlußbefugnis auch die Sachherrschaft ein normatives Charakteristikum des Eigentumsrechts wäre.

Überdies fehlt es nicht an Stimmen, die überhaupt die Sachherrschaft — weil diese Grund für die Zuordnung von Eigentum ist — für das Wesentliche des Eigentumsrechts halten⁸.

Die Frage, ob das Eigentumsrecht nur als Ausschlußrecht zu deuten sei oder ob die Befugnis des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, ebenfalls zum wesentlichen Inhalt des Eigentumsrechtes gehört, steht im engen Konnex mit der Frage nach der Struktur des subjektiven Rechtes. Ob sich das subjektive Recht darin erschöpft, anderen Personen ein Verhalten zu gebieten und zu verbieten oder ob durch das subjektive Recht auch dem Berechtigten ein Verhalten erlaubt wird, ist in der Theorie des subjektiven Rechtes freilich umstritten.

Deshalb muß auch im Rahmen unserer Untersuchung der Frage nach der Struktur des subjektiven Rechtes nachgegangen werden. Denn die Frage nach den Begriffsmerkmalen des Eigentums läßt sich nicht von der Frage nach der Struktur des subjektiven Rechtes trennen, zumal gerade das Eigentum als der Prototyp des subjektiven Rechtes überhaupt erscheint.

⁶ *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, S. 153.

⁷ *Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung (1969).

⁸ So schon *Jhering*, Passive Wirkungen der Rechte, JhJb. 10 (1871), S. 387 (392, 393); *Zitelmann*, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Person (1873), S. 50, 62; *Dernburg*, Pandekten I⁶ (1900), S. 47 FN 5; *Kohler*, Recht und Prozeß, GrünhutsZ 14, 1 ff.; aus der neueren Literatur vgl. etwa *Wolff/Raiser*, Sachenrecht¹⁰, S. 174; *Seufert*, in: Staudingers Kommentar zum BGB III^{12/1}, Vorbem. zu § 903, Anm. 3; *Westermann*, Sachenrecht⁵ (1966), S. 114; *Koziol*, JBl. 1966, S. 278 (279).

II. Die Methode

Es ist das Verdienst *Buchers*¹, dargelegt zu haben, daß die Diskussion um die wesentlichen Begriffsmerkmale des Eigentumsrechts durch einen unheilvollen Methodensynkretismus belastet ist. Bei vielen Autoren², die das „Wesen“ des Eigentums zu bestimmen suchen, wird nicht mit hinreichender Deutlichkeit klar, ob sie das Eigentum als Rechtsformbegriff oder als Rechtsinhaltsbegriff erfassen wollen, ob sie sich um eine Nominaldefinition oder eine Realdefinition des Eigentums bemühen und ob sie das Eigentum unter einem normativen oder teleologischen Gesichtspunkt betrachten³.

Um derartige Unsicherheiten für diese Untersuchung auszuschließen, soll eingangs die methodische Grundposition klargelegt werden.

Gegenstand der Untersuchung sind das Eigentum und das subjektive Recht als Rechtsformbegriffe⁴.

Aus dieser Festlegung folgt, daß es hier nicht um die Bestimmung des Rechtsinhaltsbegriffes⁵ „Eigentum“ geht, also nicht um die Analyse der eigentumsrelevanten Bestimmungen einer bestimmten Rechtsordnung und ebensowenig wird das subjektive Recht in Beziehung zu einer konkreten Norm⁶, also rechtsinhaltlich untersucht. Vielmehr wird das Eigentum bzw. das subjektive Recht in einer wertfreien, von den Eigenheiten einer bestimmten Rechtsordnung abstrahierenden Betrachtungsweise auf Begriffsmerkmale hin untersucht, die insofern allgemein gültig sind, als sich diese Merkmale in jeder Rechtsordnung finden, sofern eine bestimmte Rechtsordnung das betreffende Rechtsinstitut überhaupt kennt⁷.

¹ *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, S. 151 ff., 160 ff.; *Bucher*, Traditionale und analytische Betrachtungsweise im Privatrecht, *Rechtstheorie* 1970, S. 23 (32, 34).

² Vgl. etwa *Wolff/Raiser*, *Sachenrecht*¹⁰ (1957), S. 174; *Meier-Hayoz*, Vom Wesen des Eigentums, *FS Oftinger* (1969), S. 171 ff.

³ Die Diskussion um das „Wesen des Eigentums“ ist eine deutliche Bestätigung *Scheuerles* These, daß das „Wesensargument“ als Kryptoargument gegen die Forderung der methodischen Offenheit verstößt (*AcP* 163 [1964], S. 429 ff.).

⁴ Vgl. zu Wert und Funktion einer rechtsformalen Betrachtung eines Rechtsinstitutes *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, S. 38 ff.

⁵ Der Rechtsinhaltsbegriff Eigentum ist in enger Bindung an die positive Rechtsordnung zu bilden. In ihm ist der rechtliche Gehalt zum Ausdruck zu bringen, den der Gesetzgeber dem Institut des Eigentumsrechtes beigelegt hat. Vom Rechtsformbegriff unterscheidet er sich vor allem dadurch, daß es bei seiner Bildung nicht nur auf die „logische Richtigkeit“ ankommt, sondern daß vor allem die „Sachgerechtigkeit“ im Sinne einer „Ausrichtung auf das Objekt der Betrachtung“ im Vordergrund steht. Die rechtsinhaltliche Begriffsbildung erfolgt durch die Rechtsdogmatik mittels Auslegung des in Frage kommenden Normenbestandes.

⁶ Etwa die Bedeutung des Begriffes „Recht“ im Rechtsmißbrauchstatbestand des § 1295 Abs. 2 ABGB.

⁷ Eine Untersuchung aus diesem Blickwinkel ist Gegenstand der allgemeinen Rechtslehre.