

MAXIMILIAN BECKER

Absolute  
Herrschaftsrechte

*Jus Privatum*

266

---

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 266





Maximilian Becker

# Absolute Herrschaftsrechte

Mohr Siebeck

*Maximilian Becker*, geboren 1978; Studium des Deutschen und Europäischen Wirtschaftsrechts an der Universität Siegen; 2012 Promotion; 2013–19 Juniorprofessur für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht sowie Lehrstuhlvertretung an der Universität Siegen; 2019 Habilitation, Erteilung der *venia legendi* für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht und Medienrecht, Informationstechnologierecht und Datenrecht, Wettbewerbsrecht, Rechtsmethodik; 2019–21 Inhaber des Lehrstuhls für Datenschutzrecht und IT-Recht an der Universität Hannover; seit Oktober 2021 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht und Medienrecht an der Universität Siegen.  
orcid.org/0000-0001-8679-8700

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG)–Projektnummer 457773221.

ISBN 978-3-16-159765-7 / eISBN 978-3-16-160807-0  
DOI 10.1628/978-3-16-160807-0

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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

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

Printed in Germany.

*Für A.*



## Vorwort

Diese Arbeit lag der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht der Universität Siegen im Wintersemester 2018/2019 als Habilitationsschrift vor. Literatur und Rechtsprechung wurden weitgehend aktualisiert.

Die Struktur und Funktionsweise absoluter Herrschaftsrechte hat mich schon vor Beginn meiner Dissertation beschäftigt. Dabei zeigte sich, dass sich das Thema besser für ein längeres Werk eignet, weshalb ich es zum Gegenstand meiner Habilitationsschrift gemacht habe. Nun hoffe ich, einen passenden Zeitpunkt für die Veröffentlichung einer solchen Arbeit zu treffen. Die Digitalisierung hat in den letzten beiden Jahrzehnten immer wieder neue Güter in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt und der europäische Gesetzgeber arbeitet an einem digitalen Binnenmarkt, dessen Kern eine europäische Datenwirtschaft bilden soll. Spätestens dies sollte Anlass sein, Ausschau nach einem konsistenten Modell eigentumsartiger Rechte zu halten, das ausgehend vom bestehenden System im Sachenrecht und geistigen Eigentum die Voraussetzungen für die Verrechtlichung neuer, insbesondere digitaler Güter entwickelt. Ein solches Modell ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Wenngleich hierbei das deutsche Recht im Mittelpunkt steht, wäre es möglich, dass sich einige der (abstrakteren) Erkenntnisse auch auf andere Rechtsordnungen anwenden lassen, die durch gesetzliche subjektive Eigentumsrechte geprägt sind.

Mein hauptsächlicher Dank gilt meinem hochverehrten akademischen Lehrer Prof. Dr. Peter Krebs, der mich seit meinem Studium unter ständigem Einsatz gefördert, unterstützt, beraten und auch immer wieder motiviert hat. Sein Engagement als Hochschullehrer und seine Begeisterung für die Wissenschaft sind beispiellos. Wie schon bei der Erstellung meiner Dissertation waren seine zahlreichen Anregungen und seine stete Diskussionsbereitschaft unentbehrlich für das Gelingen dieser Arbeit. Diese Erfahrung teile ich mit einer großen Zahl Doktorandinnen und Doktoranden und einer noch viel größeren Zahl Absolventinnen und Absolventen. Besonderen Dank schulde ich außerdem den externen Gutachtern der Arbeit, Prof. Dr. Christian Berger und Prof. Dr. jur. Dipl.-Biol. Herbert Zech, für die überaus zügige Erstellung der Zweitgutachten. Ihre wertvollen Anregungen habe ich ganz weitgehend in die Druckfassung aufgenommen.

Ich habe an der Universität Siegen durchweg eine aufgeschlossene und bestärkende Atmosphäre sowie ausgezeichnete Arbeitsbedingungen vorgefunden. Das ist nicht selbstverständlich. Ich danke Mohr Siebeck für die Aufnahme in die

Schriftenreihe „Jus Privatum“ und der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Finanzierung der Drucklegung.

Zum Abschluss danke ich meiner Familie und ganz besonders meiner Frau für ihre unermüdliche und geduldige Unterstützung beim Verfassen dieser Arbeit.

Köln, im Mai 2022

Maximilian Becker

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XIII
Abbildungsverzeichnis .....	XXVII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXIX
Einleitung und Terminologie .....	1
1. Kapitel: Rechtstheoretische Grundlegung .....	7
§1 <i>Zur Theorie des subjektiven Rechts</i> .....	7
A. Objektives und subjektives Recht .....	7
B. Die Trennung von materialer und formaler Betrachtung .....	43
C. Normstruktur und deontische Logik .....	46
D. Eine schrittweise Teleologie .....	49
E. Zusammenfassung und Folgerungen .....	49
§2 <i>Zur Theorie des Rechtsgegenstands</i> .....	52
A. Einführung .....	52
B. Der Rechtsgegenstand bei <i>G. Husserl</i> .....	53
C. Der Rechtsgegenstand bei <i>Sobm</i> .....	73
D. Rechtsgegenstände bei <i>Larenz</i> .....	77
E. Jüngere Untersuchungen zum Rechtsgegenstand .....	80
F. Zusammenfassung und Folgerungen .....	80
2. Kapitel: Rechtsgegenstände .....	85
§3 <i>Rechtsobjekte</i> .....	85
A. (Lebens)gut, tatsächliche Lebenswelt und Rechtsobjekt .....	85
B. Gegenstände im Vertragsrecht .....	87
C. Die Spanne zwischen Vertragsgegenstand und Rechtsobjekt .....	90
D. Verschiedene Auffassungen des Rechtsobjekts .....	90
E. Zusammenfassung und Folgerungen .....	98
§4 <i>Körperliche Rechtsobjekte (Sachen)</i> .....	99
A. Römisches Recht: <i>res corporales</i> und <i>res incorporales</i> .....	100
B. Die Sache im Pandektenrecht: Enger und weiter Sachbegriff .....	103
C. Abgrenzungskriterien für den Sachbegriff nach §90 BGB .....	111

D. Unkörperliche Sachen im 21. Jahrhundert .....	123
E. Zusammenfassung und Folgerungen .....	128
§ 5 <i>Unkörperliche Rechtsobjekte (Immaterialgüter)</i> .....	129
A. Definitionen für Immaterialgüter .....	129
B. Immaterialgüterrecht als Informationsrecht .....	138
C. Der Informationsbegriff .....	140
D. Information als Rechtsgegenstand .....	160
§ 6 <i>Immaterialgüter und die conditio humana</i> .....	202
A. Fragestellung .....	202
B. Das Konzept der <i>qualia</i> .....	203
C. Koppelung der gesetzlichen Immaterialgüterrechte an menschliches Bewusstsein? .....	204
D. <i>Qualia</i> als Differenzierungskriterium für Immaterialgüter .....	217
E. Grenzfälle: Menschenfremde Immaterialgüter .....	219
F. Folgerungen und Ausblick .....	231
§ 7 <i>Realgüter und Idealgüter</i> .....	233
A. Unterscheidung von Real- und Idealgüterrechten .....	234
B. Sinn und Zweck der Einteilung .....	234
C. Beispielhafte Realgüter(rechte) .....	235
D. Beispielhafte Idealgüter(rechte) .....	241
E. Mischformen .....	242
§ 8 <i>Rechtsobjekte und die Konturierung des Handlungsrahmens</i> .....	243
A. Die Zuweisungslücke als Besonderheit des Sacheigentums .....	243
B. Rechtsobjekt und Verbotungsrecht .....	248
C. Zusammenfassung und Folgerungen .....	252
§ 9 <i>Verfügungsobjekte</i> .....	254
A. Begriff und Geschichte .....	255
B. Das Verhältnis von Verfügungs- und Rechtsobjekt .....	256
C. Verfügungsobjekte als Überbegriff der Güterordnung? .....	257
D. Eigener Nutzen von Verfügungsobjekten .....	259
E. Konsequenzen für den Vermögensbegriff .....	260
F. Verfügungsinstrumente .....	266
G. Die Verfügungsfähigkeit von Rechten .....	272
H. Zusammenfassung und Folgerungen .....	293
3. Kapitel: Der Herrschaftsbegriff .....	297
§ 10 <i>Besitz und Herrschaft</i> .....	297
A. Begriff und Problem .....	297
B. Der Sachbesitz .....	300
C. Rechtsbesitz .....	326
D. Der Besitz unkörperlicher Gegenstände .....	331
E. Zusammenfassung und Folgerungen .....	345

F. Exkurs und Abgrenzung: Besitzschutz für unkörperliche Gegenstände? . . . .	348
§ 11. <i>Persönlichkeitsrechte als Herrschaftsrechte</i> . . . . .	348
A. Die Persönlichkeit als vorrechtliches Gut . . . . .	349
B. Natur des Persönlichkeitsrechts . . . . .	362
C. Kontrollherrschaft und Dispositionsherrschaft . . . . .	373
D. Zusammenfassung und Folgerungen . . . . .	386
4. Kapitel: Vom absoluten zum dinglichen Recht. . . . .	389
§ 12 <i>Absolute Rechte</i> . . . . .	389
A. Der Begriff „Absolutheit“ . . . . .	389
B. Primäre und sekundäre Rechte . . . . .	402
C. Der Abwehranspruch . . . . .	404
D. Die positive und die negative Seite absoluter Rechte . . . . .	407
E. Folgerungen . . . . .	418
§ 13 <i>Merkmale und Prinzipien der Dinglichkeit</i> . . . . .	420
A. Was heißt „Dinglichkeit“ und wozu dient diese Frage? . . . . .	421
B. Sachenrechts- bzw. Verfügungsprinzipien . . . . .	425
C. Das <i>numerus clausus</i> -Prinzip . . . . .	432
D. Spezialitätsprinzip . . . . .	455
E. Bestimmtheitsgrundsatz . . . . .	459
F. Publizität (Offenkundigkeit) . . . . .	466
G. Die Eigenständigkeit von Verfügungen . . . . .	489
H. Unteilbarkeit (Totalität) . . . . .	512
I. Rangverhältnis . . . . .	526
J. Sukzessions- und Verfügungsschutz . . . . .	534
K. Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsfestigkeit . . . . .	543
L. Verkehrsfähigkeit der Stammrechte . . . . .	551
M. Zusammenfassung und Folgerungen . . . . .	556
5. Kapitel: Rechtsdurchsetzung – Absolute Rechte und Sekundärrechte	561
§ 14 <i>Dingliche Ansprüche</i> . . . . .	562
A. Rechte und Ansprüche . . . . .	562
B. Definition/Charakterisierung dinglicher Ansprüche . . . . .	563
C. Dingliche Ansprüche aus dem Sacheigentum . . . . .	566
D. Eigene Charakterisierung . . . . .	574
E. Abgleich mit den Immaterialgüterrechten . . . . .	575
F. Stammrechte und Rechtsfolgenrechte . . . . .	578
G. Zusammenfassung und Folgerungen . . . . .	580
§ 15 <i>Weitere Ansprüche „aus“ absoluten Herrschaftsrechten</i> . . . . .	582
A. Deliktische Ansprüche . . . . .	582
B. Eingriffskondiktion und Zuweisungsgehalt . . . . .	610
C. Gewinnherausgabe, § 687 Abs. 2 BGB . . . . .	617
D. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis . . . . .	619

E. Ergebnisse .....	620
6. Kapitel: Abgeleitete Rechte .....	625
§ 16 <i>Rechtsnatur beschränkter dinglicher Rechte</i> .....	625
A. Belastungslehre .....	625
B. <i>Hauck</i> : Vergemeinschaftung des Stammrechts .....	626
C. Die Abspaltungslehre(n) .....	627
D. Folgerungen .....	631
E. Differenzierte Spaltung .....	637
F. Zusammenfassung und Folgerungen .....	647
§ 17 <i>Dinglichkeit im Lizenzrecht</i> .....	649
A. Der Lizenzvertrag .....	649
B. Positive und negative Lizenzen .....	650
C. Ausschließliche und einfache Lizenzen .....	653
D. Struktur von Lizenzen .....	664
E. Eigener Vorschlag .....	672
F. Zusammenfassung und Folgerungen .....	674
7. Kapitel: Dogmatisches Modell absoluter Herrschaftsrechte .....	677
A. Rechtsgegenstände .....	677
B. Herrschaft .....	683
C. Absolute und dingliche Rechte .....	685
D. Abgeleitete Rechte .....	688
E. Schluss: Was bedeutet Dinglichkeit? .....	688
Literaturverzeichnis .....	691
Materialien .....	725
Namens- und Sachregister .....	727

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abbildungsverzeichnis .....	XXV
Abkürzungsverzeichnis .....	XXVII
Einleitung und Terminologie .....	1
1. Kapitel: Rechtstheoretische Grundlegung .....	7
§1 <i>Zur Theorie des subjektiven Rechts</i> .....	7
A. Objektives und subjektives Recht .....	7
I. Objektives Recht .....	8
II. Subjektive Rechte .....	9
1. Willentheorie .....	10
2. Interessentheorie .....	12
3. Kombinationstheorie .....	14
4. Typen subjektiver Rechte .....	17
III. Zur Funktionsweise subjektiver Rechte .....	18
1. Der Aufbau von Herrschaftsrechten .....	18
2. Verschiedene Auffassungen der Imperativentheorie .....	20
a) Befehl und Zwang .....	20
b) Vollständige und unvollständige Rechtssätze .....	20
c) Präskriptive (regulative) und konstitutive Regeln .....	21
d) Keine Verneinung überpositiver Normen .....	22
e) Der Reiz der Imperativentheorie .....	23
3. Die Imperativentheorie in der Weiterentwicklung <i>Buchers</i> .....	24
4. Schwächen der Imperativentheorie .....	26
5. Zur Eigenständigkeit des Dürfens .....	28
a) <i>Hobfeld</i> – das <i>privilege</i> als Dürfen .....	28
b) Recht und Befugnis .....	30
c) <i>J. Schmidt</i> .....	31
6. Die Geltungsanordnung bei <i>Larenz</i> .....	32
7. Das <i>Jörgensensche</i> Dilemma als konstativer Fehlschluss .....	34
a) Das Dilemma .....	34
b) Theoretische Lösung .....	35
c) Verbindung zur Welt der Tatsachen .....	35
aa) Überblick über die <i>institutional theory of law</i> .....	35
bb) Institutionelle Tatsachen und Recht .....	36

cc) Konstativer Fehlschluss im Rechtsverständnis .....	39
d) Zwischenergebnis .....	41
8. Der Erkenntniseinwand gegen die Imperativentheorie .....	42
9. Zwischenergebnis .....	43
B. Die Trennung von materialer und formaler Betrachtung .....	43
C. Normstruktur und deontische Logik .....	46
D. Eine schrittweise Teleologie .....	49
E. Zusammenfassung und Folgerungen .....	49
§2 <i>Zur Theorie des Rechtsgegenstands</i> .....	52
A. Einführung .....	52
B. Der Rechtsgegenstand bei <i>G. Husserl</i> .....	53
I. Einleitung .....	54
II. Die rechtslogische Grundform des Zueigenhabens: Die primäre Eigenrelation .....	55
III. Zur Statuslehre .....	58
IV. Entwicklung des Rechtsgegenstands .....	60
1. Das Gut im Rechtsstreit .....	60
2. Vom Tausch zum Kauf .....	61
3. Die finale Eigenrelation als endgültiges Haben .....	63
4. Herausbildung eines Etwas von rechtlicher Eigenwertigkeit .....	65
5. <i>Iniurecessio</i> und Rechtsgegenstand .....	66
6. Zusammenfassung .....	67
V. Rechtsgegenstand und Rechtszuständigkeit .....	68
VI. Folgerungen für die Konstruktion absoluter Herrschaftsrechte .....	69
1. Gleichsetzung von Recht und Rechtsobjekt .....	70
2. Sachbesitz .....	71
3. Machtwille und Rechtsmacht .....	72
4. Die Rechtszuständigkeit .....	72
C. Der Rechtsgegenstand bei <i>Sohm</i> .....	73
D. Rechtsgegenstände bei <i>Larenz</i> .....	77
I. Rechtsgegenstände erster und zweiter Ordnung .....	77
II. Rechtsgegenstände dritter Ordnung .....	78
III. Gegenstände „unterhalb“ von Rechtsobjekten? .....	78
IV. Kritik am Modell .....	79
E. Jüngere Untersuchungen zum Rechtsgegenstand .....	80
F. Zusammenfassung und Folgerungen .....	80
I. Genese des Rechtsgegenstands .....	80
II. Der Modus der Rechtsinhaberschaft .....	81
III. Rechtsmacht .....	82
IV. Abgleich <i>Husserl</i> , <i>Sohm</i> und <i>Larenz</i> .....	82
V. Speziell: Persönlichkeit als Rechtsgegenstand? .....	83
2. Kapitel: Rechtsgegenstände .....	85
§3 <i>Rechtsobjekte</i> .....	85
A. (Lebens)gut, tatsächliche Lebenswelt und Rechtsobjekt .....	85
B. Gegenstände im Vertragsrecht .....	87

I.	Das Leistungssubstrat .....	87
II.	Der Vertragsgegenstand .....	88
III.	Können Vertragsgegenstände Rechtsgegenstände sein? .....	89
C.	Die Spanne zwischen Vertragsgegenstand und Rechtsobjekt .....	90
D.	Verschiedene Auffassungen des Rechtsobjekts .....	90
I.	Das Definitionsproblem bei Rechtsobjekten .....	90
II.	Formale Definition – Das Rechtsobjekt als Bezugspunkt von Rechten ..	91
III.	Materiale Definition – Das Rechtsobjekt als Herrschaftsgegenstand ...	93
IV.	„Verhaltensollen“ als Rechtsobjekt .....	94
V.	Rechtsobjekte und die Innen- und Außenseite des Rechts .....	95
VI.	Funktionen des Rechtsobjekts und eigene funktionale Definition .....	95
1.	Aufnahme in die Rechtsordnung .....	96
2.	Vergegenständlichung .....	96
3.	Ordnungs- und Bezugsfunktion für subjektive Rechte .....	96
4.	Zuweisungsfunktion .....	96
5.	Ausschließungsfunktion .....	97
6.	Herrschaftsfunktion .....	97
7.	Wirtschaftliche Nutzbarmachung .....	97
8.	Bedeutung der Funktionen .....	98
E.	Zusammenfassung und Folgerungen .....	98
§ 4	<i>Körperliche Rechtsobjekte (Sachen)</i> .....	99
A.	Römisches Recht: <i>res corporales</i> und <i>res incorporales</i> .....	100
I.	Darstellung .....	100
II.	Heutige Einordnung .....	101
III.	Ergebnis .....	103
B.	Die Sache im Pandektenrecht: Enger und weiter Sachbegriff .....	103
I.	Überblick .....	104
II.	Verschiedene Sachabgrenzungen im Pandektenrecht .....	107
III.	Folgerungen .....	109
C.	Abgrenzungskriterien für den Sachbegriff nach § 90 BGB .....	111
I.	Der Sachbegriff in den Vorarbeiten zum BGB .....	111
II.	Der heutige Sachbegriff .....	113
III.	Der Gerechtigkeitsgehalt der Körperlichkeit .....	115
1.	Fragestellung .....	115
2.	§ 90 BGB als Norm zur Erfassung rivaler Güter .....	116
3.	Erfassung menschlich nutzbarer Güter – pragmatische/intuitive Deutung .....	118
4.	Erfassung der beherrschbaren Natur .....	119
5.	Erfassung der dem Sacheigentum unterfallenden Güter .....	120
6.	Begrenzung des Eigentums auf leicht erkennbare Güter .....	121
IV.	Zwischenergebnis und Folgerungen .....	122
D.	Unkörperliche Sachen im 21. Jahrhundert .....	123
I.	Vorentwicklung .....	123
II.	Überblick zur heutigen Rechtslage .....	125
III.	Verschiedene Zwecke der Subsumtion eines Gegenstandes unter den Sachbegriff .....	126
IV.	Zwischenergebnis .....	128
E.	Zusammenfassung und Folgerungen .....	128

§ 5	Unkörperliche Rechtsobjekte (Immaterialgüter)	129
A.	Definitionen für Immaterialgüter	129
I.	Definitionen aus dem 20. Jahrhundert	130
II.	Rechtsrealistische Kritik an metaphysischen Immaterialgütern	131
III.	Die Artefakttheorie	132
1.	Überblick	133
2.	Würdigung	135
a)	Master-Artefakt als Ansatzpunkt	135
b)	Zerstörung von Werken als Fall des § 14 UrhG	136
3.	Immaterialgüter als institutionelle Tatsachen	137
IV.	Informationstheoretisches Verständnis von Immaterialgütern	138
B.	Immaterialgüterrecht als Informationsrecht	138
C.	Der Informationsbegriff	140
I.	Drei Ebenen von Informationen und <i>Benklers layer model</i>	140
1.	Syntaktische Ebene	140
2.	Semantische Ebene	142
3.	Strukturelle Ebene	144
4.	Verhältnis der Ebenen zueinander	145
II.	Gedankenexperiment: Informationen auf elementarer Ebene	147
III.	Aktuelle und potentielle Information	147
IV.	Die Existenzweise von Information	149
1.	Der Formgehalt und die quantitative Definition von Information	149
2.	Die Information existiert in der Struktur	151
V.	Bedeutung als konstitutives Merkmal von Information	153
1.	Der Begriff „Bedeutung“	154
2.	Menschliches Bewusstsein und Information	156
3.	Kontextabhängigkeit des semantischen Gehalts einer Information	157
VI.	Zusammenfassung und Folgerungen	158
D.	Information als Rechtsgegenstand	160
I.	Informationen und Daten	161
II.	Informationsgüter	162
III.	Idealgüter und Informationen im Immaterialgüterrecht	163
1.	Idealgut und Information im Urheberrecht	163
2.	Existieren Immaterialgüter?	167
3.	Idealgut und Information im Patentrecht	170
4.	Idealgut und Information im Marken- und sonstigen Zeichenrecht	171
a)	Das Zeichen als Rechtsobjekt	171
b)	Relevanz der Markenfunktionenlehre für den Schutzgegenstand	172
c)	Relevanz des „Markenwerts“	174
d)	Marken als intersubjektive Realitäten	177
e)	Immaterialgut und Information im Markenrecht	179
f)	Die Beschreibung des Idealzeichens bei speziellen Markenformen	181
g)	Zeichen als Rechtsobjekte	184
aa)	Verhältnis zum Personennamensrecht	184
bb)	Formale oder materiale Definition des Rechtsobjekts?	185
5.	Sonderfälle	188
a)	Sortenschutz	188

b) Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen .....	190
IV. Immaterialgüterrechte als Informationsbestimmungsrechte .....	194
V. Das Rechtsobjekt gesetzlicher Immaterialgüterrechte: Information oder Idealgut? .....	197
VI. Zwischenergebnis und Folgerungen .....	199
§ 6 <i>Immaterialgüter und die conditio humana</i> .....	202
A. Fragestellung .....	202
B. Das Konzept der <i>qualia</i> .....	203
C. Koppelung der gesetzlichen Immaterialgüterrechte an menschliches Bewusstsein? .....	204
I. Markenrecht und „Maschinenkennzeichen“ .....	205
II. Patentrecht .....	206
1. Die Rolle menschlicher Erfinder und Nutzer im Patentrecht .....	206
2. Maschinenerfindungen .....	209
III. Urheberrecht .....	210
1. Maschinen als Schöpfer .....	211
2. Maschinen als Rezipienten .....	212
3. Folgerungen .....	216
D. <i>Qualia</i> als Differenzierungskriterium für Immaterialgüter .....	217
E. Grenzfälle: Menschenfremde Immaterialgüter .....	219
I. Für Menschen unverständliche Immaterialgüter – Beispiele .....	220
II. Urheberrechtsschutz für Computerprogramme .....	223
III. Datenbankschutz <i>sui generis</i> , §§ 87a ff. UrhG .....	224
1. Schutzobjekt des Datenbankschutzes <i>sui generis</i> .....	226
2. Elemente der Datenbank .....	228
F. Folgerungen und Ausblick .....	231
§ 7 <i>Realgüter und Idealgüter</i> .....	233
A. Unterscheidung von Real- und Idealgüterrechten .....	234
B. Sinn und Zweck der Einteilung .....	234
C. Beispielhafte Realgüter(rechte) .....	235
I. Rechte an Sachen .....	235
II. Rechte an Datenbeständen .....	236
III. Rechte an Internetdomains .....	236
IV. Rechte an Frequenzen .....	237
V. Rechte an Geschäftsgeheimnissen .....	237
VI. Rechte an Veranstaltungen .....	238
VII. Rechte an Non-Fungible-Tokens (NFT) .....	238
D. Beispielhafte Idealgüter(rechte) .....	241
I. Die geltenden IP-Rechte .....	241
II. Rechte an Algorithmen .....	241
III. Persönlichkeitsrechte .....	242
E. Mischformen .....	242
§ 8 <i>Rechtsobjekte und die Konturierung des Handlungsrahmens</i> .....	243
A. Die Zuweisungslücke als Besonderheit des Sacheigentums .....	243
I. Zwei Regelungskreise: rechtlich und faktisch .....	243

1. Rechtlicher Freiraum .....	243
2. Faktischer Freiraum .....	244
II. Die Zuweisungslücke im Sacheigentum .....	244
III. Abgleich Immaterialgüterrechte .....	246
1. Rechtlicher Freiraum .....	246
2. Keine Vergrößerung des faktischen Könnens .....	246
3. Keine Zuweisungslücke .....	248
B. Rechtsobjekt und Verbotungsrecht .....	248
I. Verbotungsrechte des Sacheigentümers .....	248
II. Immaterialgüterrechte .....	249
1. Typen von Immaterialgütern mit typischen Verbotungsrechten ....	249
2. Abgleich mit dem Sacheigentum .....	250
III. Grundtypen verbotbarer Handlungen .....	250
1. Körperliche Einwirkung und informationelle Repräsentation .....	250
2. Abgrenzungsmerkmale des Rechtsobjekts als Maßstab für Verbotungsrechte .....	251
C. Zusammenfassung und Folgerungen .....	252
§9 <i>Verfügungsobjekte</i> .....	254
A. Begriff und Geschichte .....	255
B. Das Verhältnis von Verfügungs- und Rechtsobjekt .....	256
C. Verfügungsobjekte als Überbegriff der Güterordnung? .....	257
D. Eigener Nutzen von Verfügungsobjekten .....	259
E. Konsequenzen für den Vermögensbegriff .....	260
I. Bedeutung in den Wirtschaftswissenschaften .....	260
II. Verkehrsfähigkeit als Merkmal von Verfügungsobjekten? .....	263
F. Verfügungsinstrumente .....	266
I. Standardinstrumente und Ergänzungen .....	266
II. Beispiel: Verpflichtungs- und Verfügungsebene eines Kaufs gem. §453 Abs. 1 BGB .....	267
1. Verfügung: §§398, 413 BGB vs. §929 S. 1 BGB (analog) .....	268
2. Verschaffung .....	270
3. Zusammenfassung .....	272
G. Die Verfügungsfähigkeit von Rechten .....	272
I. Begriff der Verfügung .....	272
II. Merkmale übertragender Verfügungen .....	273
1. Verbrauch von Verfügungsmacht .....	273
2. Wechsel in der Rechtsinhaberschaft .....	274
3. Erlangung von Verbotsrechten durch den Erwerber .....	275
III. Verfügungsmacht und Verfügung .....	276
1. Begriff und Natur der Verfügungsmacht .....	276
2. Verfügungsmacht als Mittel der Steuerung der Verkehrsfähigkeit von Rechten .....	279
3. Beschränkung von Verfügungsmacht .....	279
4. Positive und negative Seite .....	281
5. Ausprägungen von Verfügungsmacht .....	282
a) Übertragungsmacht .....	282
b) Belastungsmacht .....	283
c) Aufhebungsmacht .....	283

d) Änderungsmacht .....	285
6. Verhältnis zum subjektiven Recht .....	285
a) Verfügungsmacht als Inhalt eines Rechts .....	285
b) Stellungnahme .....	288
IV. Abgrenzung zu Rechtsinhaberschaft/Rechtszuständigkeit .....	291
H. Zusammenfassung und Folgerungen .....	293
<b>3. Kapitel: Der Herrschaftsbegriff .....</b>	<b>297</b>
§ 10 <i>Besitz und Herrschaft</i> .....	297
A. Begriff und Problem .....	297
B. Der Sachbesitz .....	300
I. Überblick und Rechtsnatur .....	300
II. Funktionen des Besitzschutzes .....	301
1. Persönlichkeitsschutz .....	302
2. Modernere Ansätze .....	303
III. Beherrschungswille ( <i>animus</i> ) .....	305
IV. Tatsächliche Herrschaft ( <i>corpus</i> ) .....	306
V. „Vergeistigter Besitz“ als Sachherrschaft? .....	310
1. Besitzdienerschaft .....	311
a) Erste Auslegungsoption: Keine Sachherrschaft des Besitzherrn ..	312
b) Zweite Auslegungsoption: Sachherrschaft des Besitzherrn .....	313
2. Mittelbarer Besitz .....	313
3. Folgerungen .....	315
VI. Funktionen des Traditionsprinzips .....	316
1. Entwicklung .....	317
2. Heutige Sicht .....	319
a) Ablauf der <i>traditio</i> .....	320
b) Eigentumsübertragung .....	320
c) Besitzerlangung .....	321
d) Publizität .....	322
e) Visualisierung des Eigentumsübergangs .....	323
f) Gutgläubensschutz .....	324
3. Folgerungen .....	325
C. Rechtsbesitz .....	326
I. Rechtsbesitz als Besitzschutz für Inhaber bestimmter Dienstbarkeiten ..	326
II. Rechtsbesitz als Innehabung eines Rechts .....	328
III. Rechtsbesitz in der Darstellung <i>Pawlowskis</i> .....	330
IV. Ergebnis .....	331
D. Der Besitz unkörperlicher Gegenstände .....	331
I. Lehren zur Herrschaft im Immaterialgüterrecht .....	332
1. Spezialgesetzlicher „Besitzschutz“ .....	332
2. Werkherrschaft im Urheberrecht .....	333
II. Bestimmungsgewalt über körperliche und unkörperliche Gegenstände ..	335
1. Bestimmungsgewalt als Herrschaft .....	335
a) Infrastruktur und unkörperliche Gegenstände .....	336
b) Technikabhängige Güter .....	338
2. Recht und Bestimmungsgewalt .....	341

III. Erweiterung faktischer Handlungsmöglichkeiten durch unkörperliche Gegenstände .....	343
IV. Abgleich mit Funktionen des Besitzschutzes .....	344
E. Zusammenfassung und Folgerungen .....	345
F. Exkurs und Abgrenzung: Besitzschutz für unkörperliche Gegenstände? ....	348
§ 11. <i>Persönlichkeitsrechte als Herrschaftsrechte</i> .....	348
A. Die Persönlichkeit als vorrechtliches Gut .....	349
I. Abgrenzung der Persönlichkeit .....	349
II. Der Siegeszug der Individualität .....	354
III. Sexualität als Teil der gelebten Persönlichkeit .....	356
IV. Der Konflikt zwischen Menschenwürde und Individualität .....	358
V. Zusammenfassung und Folgerungen .....	361
B. Natur des Persönlichkeitsrechts .....	362
I. Die Persönlichkeit als „Gegenstand“ von Rechten .....	362
II. Unterteilung in Persönlichkeitsgüter(rechte) und Immaterialgüter(rechte) .....	364
III. Persönlichkeitsrecht zwischen Statusrecht und subjektivem Recht ....	365
1. Statuslehre und subjektives Recht .....	365
2. Das Personsein als Status .....	367
3. Persönlichkeitsrechte als subjektive Rechte .....	369
IV. Zusammenfassung und Folgerungen .....	373
C. Kontrollherrschaft und Dispositionsherrschaft .....	373
I. Persönlichkeitsrechte als Herrschaftsrechte in der Literatur .....	374
II. Die Begriffe „Kontrollherrschaft“ und „Dispositionsherrschaft“ .....	376
III. Drohende Disposition über die eigene Persönlichkeit .....	377
IV. Vom Personstatus zum verkehrsfähigen Persönlichkeitsgegenstand ....	379
1. Kontrollherrschaft über nicht-rechtliche Gegenstände .....	379
2. Dispositionsherrschaft über Rechtsgegenstände .....	382
3. Persönlichkeitsrecht als Informationsbestimmungsrecht .....	383
4. Überlagerung abgelöster Rechtsgegenstände durch Persönlichkeitsrechte .....	384
V. Kontrollherrschaft über die Persönlichkeit berührende Gegenstände ..	384
VI. Beispiel: Datenschutzrecht als Herrschaftsrecht über die eigenen Daten	386
D. Zusammenfassung und Folgerungen .....	386
4. Kapitel: Vom absoluten zum dinglichen Recht .....	389
§ 12 <i>Absolute Rechte</i> .....	389
A. Der Begriff „Absolutheit“ .....	389
I. Benennung des Adressatenkreises – Monopolisiertes Verbotungsrecht und exklusives Dürfen .....	389
II. <i>Löwisch</i> : Trennung von formaler Kategorie und materiellem Gehalt ...	390
III. <i>Löwisch</i> : Innenbeziehung und Außenschutz .....	392
IV. Die Absolutheit als Rechtsinhaberschaft (Rechtszuständigkeit) .....	393
V. Die Absolutheit als unmittelbares Recht am Gegenstand .....	397
VI. Fazit und Folgerungen für die Dinglichkeit .....	400
B. Primäre und sekundäre Rechte .....	402
C. Der Abwehranspruch .....	404

D. Die positive und die negative Seite absoluter Rechte .....	407
I. Stimmen aus der Literatur .....	408
1. <i>Peukert</i> .....	408
2. <i>Portmann</i> .....	411
3. <i>Schluep</i> .....	412
4. Folgerungen zur negativen Seite absoluter Rechte .....	413
II. Merkmale positiver Berechtigungen .....	413
1. Überblick .....	414
2. Die positive Seite als starke Erlaubnis? .....	416
3. Die Verfügungsmacht als positive Berechtigung .....	416
4. Zugehörigkeit des Gutes .....	417
5. Inkongruenz von Verbot und Erlaubnis .....	418
6. Sekundäransprüche .....	418
E. Folgerungen .....	418
§ 13 Merkmale und Prinzipien der Dinglichkeit .....	420
A. Was heißt „Dinglichkeit“ und wozu dient diese Frage? .....	421
I. Zuordnung und unmittelbare Herrschaft über ein „Ding“ .....	421
II. Dinglichkeit als Sammelbegriff für bestimmte Merkmale .....	423
III. Zusammenfassung und Folgerungen .....	424
B. Sachenrechts- bzw. Verfügungsprinzipien .....	425
I. Dogmatische Stellung der Sachenrechtsprinzipien .....	426
1. Der ungewisse Kreis der Sachenrechtsprinzipien .....	426
2. Folgerungen für die dogmatische Stellung .....	429
a) Meinungsüberblick .....	430
b) Stellungnahme: Sachenrechtsprinzipien als Rechtsanalogie .....	431
II. Zusammenfassung und Bedeutung für den weiteren Gang der Arbeit ..	432
C. Das <i>numerus clausus</i> -Prinzip .....	432
I. Enumeration dinglicher Rechtseinräumungen (Typenzwang) .....	432
1. Der sachenrechtliche <i>numerus clausus</i> .....	433
2. Methodische und dogmatische Stellung .....	435
3. Geltung für Rechtseinräumungen außerhalb des Sachenrechts .....	437
4. Geltung im Immaterialgüterrecht .....	439
a) Urheberrecht .....	439
b) Markenrecht .....	441
c) Patentrecht .....	443
d) Weder immaterialgüterrechtlicher noch vertragsrechtlicher Typenzwang .....	444
II. Enumeration dinglicher Stammrechte .....	445
1. Abgrenzung der eigentlichen Streitfrage .....	445
2. Beispiele: Unmittelbarer Leistungsschutz und sonstige Rechte .....	446
3. Zur richterrechtlichen Anerkennung dinglicher Rechtswirkungen ..	449
4. Zusammenfassung .....	453
III. Zusammenfassung und Folgerungen .....	454
D. Spezialitätsprinzip .....	455
I. Abgrenzung zum Bestimmtheitsgrundsatz .....	456
II. Eigenständige Bedeutung .....	456
III. Zusammenfassung und Folgerungen .....	459
E. Bestimmtheitsgrundsatz .....	459

I.	Dogmatik des Bestimmtheitsgrundsatzes .....	459
II.	Beispiel zur Abgrenzung .....	462
III.	Relevanz im Immaterialgüterrecht .....	463
IV.	Zusammenfassung und Folgerungen .....	465
F.	Publizität (Offenkundigkeit) .....	466
I.	Publizität als Prinzip .....	466
II.	Publizität als Sachenrechtsgrundsatz .....	468
1.	Welchen Zwecken diene ein Publizitätsprinzip? .....	468
2.	Gibt es ein Publizitätsprinzip im Sachenrecht? .....	471
a)	Immobilarsachenrecht .....	471
b)	Mobiliarsachenrecht .....	472
c)	Mögliche Begründung der unterschiedlichen Publizität .....	474
3.	Exkurs: Prinzip der Einheitlichkeit des Sacheigentums? .....	474
III.	Publizität im Immaterialgüterrecht .....	475
1.	Rechtsentstehung .....	475
a)	Patentrecht .....	475
b)	Markenrecht .....	477
c)	Urheberrecht .....	479
2.	Rechtsübertragung, Rechtsbelastung und Lizenzvergabe .....	481
a)	Patentrecht .....	481
b)	Markenrecht .....	482
c)	Urheberrecht .....	483
3.	Anerkennung der Leistung .....	483
4.	Offenbarung der Informationen .....	484
5.	Folgerungen .....	485
IV.	Zusammenfassung und Folgerungen .....	486
G.	Die Eigenständigkeit von Verfügungen .....	489
I.	Rechtsverkehrsregeln .....	490
II.	Herleitung von Trennungs- und Abstraktionsprinzip im Bürgerlichen Recht .....	490
1.	Trennungsprinzip .....	491
2.	Abstraktionsprinzip .....	492
III.	Inhaltliche und äußere Abstraktion .....	494
IV.	Abstraktion als allgemeine Regelungstechnik .....	496
V.	Verhältnis zum Sukzessionsschutz .....	496
VI.	Charakterisierung abstrakter Verfügungen mit Blick auf die Dinglichkeit .....	497
VII.	Eigenständige Verfügungen im Immaterialgüterrecht? .....	499
1.	Das Abstraktionsprinzips und immaterialgüterrechtliche Verfügungen .....	499
2.	Überblick zu den einzelnen Immaterialgüterrechten .....	501
3.	Immaterialgüterrechtliche Einwände gegen die Geltung des Abstraktionsprinzips .....	502
a)	Besondere Funktion des Kausalverhältnisses mangels Typenzwangs .....	503
b)	Analogie zu §9 Abs.1 VerlG .....	505
c)	Schutzbedürftigkeit des Verfügenden .....	507
d)	Die Gebundenheit urheberrechtlicher Rechtsübertragungen ....	510
VIII.	Folgerungen .....	511

H. Unteilbarkeit (Totalität) .....	512
I.  Ungeteiltes Sacheigentum und Funktionseigentum .....	512
II. Die Teilbarkeit von Immaterialgüterrechten .....	518
1. Zum geltenden Immaterialgüterrecht .....	518
2. Zweifel an der Unaufteilbarkeit .....	520
III. Verhältnis zur <i>bundle of rights theory</i> .....	523
IV. Zusammenfassung und Folgerungen .....	525
I. Rangverhältnis .....	526
I.  Das Rangverhältnis dinglicher Rechte im Sachenrecht .....	526
II. Rangverhältnis von Rechten an Immaterialgütern/Informationen .....	529
1. Kollision abgespaltener Rechte .....	529
2. Kollision gleicher Stammrechte .....	530
3. Kollision unterschiedlicher Stammrechte .....	532
III. Zusammenfassung .....	533
J. Sukzessions- und Verfügungsschutz .....	534
I.  Begriff und Unterarten .....	534
II. Sukzessionsschutz durch Verbrauch an Verfügungsmacht .....	536
III. Rückschlüsse auf das Stammrecht .....	537
IV. Verfügungsverkehrsregeln .....	538
1. Abstraktions- und Kausalitätsprinzip .....	538
2. Sonderansicht C. Berger zum Abstraktionsprinzip .....	539
3. Konsequenzen der unterschiedlichen Lehren .....	539
4. Angeordneter Sukzessionsschutz .....	540
V.  Sonderproblem: Enkellizenzen .....	541
VI. Zusammenfassung und Folgerungen .....	542
K. Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsfestigkeit .....	543
I.  Pfändbarkeit und Anerkennung eines Rechts als „anderes Vermögensrecht“ .....	543
II. Drittwiderspruchsklage (§771 ZPO) und Aussonderung (§47 InsO) ..	546
1. Dingliche Rechte in der Insolvenz .....	547
2. Bedeutung der Verfügungsverkehrsregeln .....	548
3. Speziell: Lizenzen .....	549
III. Zusammenfassung und Folgerungen .....	550
L. Verkehrsfähigkeit der Stammrechte .....	551
I.  Fragestellung .....	552
II. Strukturelle Erklärung .....	553
III. Persönlichkeitsrecht als Ausschlussgrund .....	554
IV. Folgerungen .....	556
M. Zusammenfassung und Folgerungen .....	556
 5. Kapitel: Rechtsdurchsetzung – Absolute Rechte und Sekundärrechte ..	561
§ 14 <i>Dingliche Ansprüche</i> .....	562
A. Rechte und Ansprüche .....	562
B. Definition/Charakterisierung dinglicher Ansprüche .....	563
I.  Bindung an das Stammrecht .....	564
II. Bindung von Pflichten an das Rechtsobjekt .....	565
III. Konsequenzen .....	566
C. Dingliche Ansprüche aus dem Sacheigentum .....	566

I.	Allgemeines .....	566
II.	Vindikation (§985 BGB) .....	569
III.	Beseitigung und Unterlassung (§1004 BGB) .....	570
	1. Prozessuale oder materiellrechtliche Natur .....	570
	2. Regelungsgehalt und Regelungscharakter .....	571
IV.	Entwicklung der Abwehrrechte aus §1004 BGB über das Sacheigentum hinaus .....	572
D.	Eigene Charakterisierung .....	574
E.	Abgleich mit den Immaterialgüterrechten .....	575
F.	Stammrechte und Rechtsfolgenrechte .....	578
	I. <i>Hofmann</i> : Rechtsfolgenrechte als Feinabstimmung der Stammrechte ..	578
	II. Folgerungen .....	579
G.	Zusammenfassung und Folgerungen .....	580
§ 15 Weitere Ansprüche „aus“ absoluten Herrschaftsrechten .....		582
A.	Deliktische Ansprüche .....	582
	I. Zur Dogmatik des Deliktsrechts .....	582
	1. Funktion und Funktionsweise des Deliktsrechts .....	582
	2. Erfolgs- und Handlungsunrecht .....	584
	3. Zusammenfassung und Folgerungen .....	587
	II. Subjektive Rechte und deliktische Haftung .....	588
	1. Die Personalsphäre des Menschen .....	588
	2. Ausschlusswirkung und Zuweisungsgehalt sonstiger Rechte .....	589
	3. Die Funktion subjektiver Rechte für die deliktische Haftung .....	592
	4. Rahmenrechte .....	596
	5. Zwischenergebnis .....	597
	III. Zur Haftungsausfüllung bei der Verletzung absoluter Herrschaftsrechte	598
	1. Ordnung der Haftungsausfüllung .....	598
	2. Die Schutzzwecklehre .....	600
	a) Integritätsinteresse als deliktisch geschütztes Interesse .....	601
	b) Schutzzweck der Haftungsnormen .....	602
	c) Folgerungen .....	603
	3. Speziell: Die dreifache Schadensberechnung .....	604
	a) Dreifache Schadensberechnung in der deutschen Lehre und Rechtsprechung .....	604
	b) Kritik unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten .....	605
	c) Umsetzung der EnforcementRL .....	607
	d) Folgerungen zum positiven Gehalt absoluter Herrschaftsrechte ..	609
B.	Eingriffskondiktion und Zuweisungsgehalt .....	610
	I. Normzweck der Eingriffskondiktion .....	610
	II. Kritik an der Rechtswidrigkeitstheorie .....	611
	III. „Positiver“ Zuweisungsgehalt .....	612
	IV. Folgerungen .....	616
C.	Gewinnherausgabe, §687 Abs. 2 BGB .....	617
D.	Eigentümer-Besitzer-Verhältnis .....	619
E.	Ergebnisse .....	620
	I. Zusammenfassung und Folgerungen .....	620
	II. Noch einmal zum positiven Gehalt .....	623

6. Kapitel: Abgeleitete Rechte .....	625
§ 16 <i>Rechtsnatur beschränkter dinglicher Rechte</i> .....	625
A. Belastungslehre .....	625
B. <i>Hauck</i> : Vergemeinschaftung des Stammrechts .....	626
C. Die Abspaltungslehre(n) .....	627
I. Grundgedanke .....	627
II. Dogmatische Unklarheiten .....	628
III. Verständnis als gebundene Übertragung ( <i>Forkel</i> ) .....	629
D. Folgerungen .....	631
I. Charakterisierung beschränkter dinglicher Rechte .....	631
II. Weitere Anforderungen an eine Abspaltungslehre .....	632
III. Mögliche Bezugspunkte der Abspaltung .....	635
IV. Spaltung des Rechtsinhalts (qualitative Spaltung) .....	636
E. Differenzierte Spaltung .....	637
I. Vorüberlegungen anknüpfend an <i>Wilhelm</i> .....	638
II. Unteilbarkeit des Sacheigentums .....	639
III. Rechtsnatur der Sicherungs- und Erwerbsrechte .....	639
IV. Rechtsnatur der Nutzungsrechte .....	640
1. Nießbrauch .....	640
2. Dienstbarkeiten .....	641
3. Verhältnis von Stammrechtsinhaber und dinglich Berechtigtem .....	642
4. Klarstellung des Unterschieds zu Sicherungs- und Erwerbsrechten .....	642
V. Die Dinglichkeit beschränkter dinglicher Rechte an relativen Rechten .....	643
VI. Elastizität des Eigentums .....	646
F. Zusammenfassung und Folgerungen .....	647
§ 17 <i>Dinglichkeit im Lizenzrecht</i> .....	649
A. Der Lizenzvertrag .....	649
B. Positive und negative Lizenzen .....	650
C. Ausschließliche und einfache Lizenzen .....	653
I. Ausschließliche Lizenzen .....	653
1. Ausschließlichkeit .....	654
2. Aktivlegitimation .....	655
3. Vergabe von Unterlizenzen .....	657
4. Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsfestigkeit .....	657
5. Sukzessionsschutz .....	657
6. Verkehrsfähigkeit .....	658
7. <i>Numerus clausus</i> abgeleiteter Rechte .....	658
II. Einfache Lizenzen .....	659
1. Keine Aktivlegitimation .....	659
2. Keine Vergabe von Unterlizenzen .....	659
3. Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsfestigkeit .....	660
4. Sukzessionsschutz .....	660
5. Verkehrsfähigkeit .....	661
6. Unterschied zur rein vertraglichen Nutzungsberechtigung .....	662
III. Dinglichkeit .....	663
D. Struktur von Lizenzen .....	664

I.	Struktureller Gleichlauf mit beschränkten dinglichen Rechten? . . . . .	664
II.	Abspaltung und Belastung . . . . .	666
	1. Rechtsabspaltung – Translative Rechtsübertragung . . . . .	667
	2. Belastungstheorie – „Konstitutive“ Rechtsübertragung . . . . .	668
	a) Konstitutive Rechtsnachfolge ( <i>v. Tuhr</i> ) . . . . .	669
	b) Heutiges Verständnis der konstitutiven Lizenzeinräumung . . . . .	670
	3. Kritik . . . . .	670
	a) Konstitutive Rechtsübertragung im Wortsinn . . . . .	671
	b) Gebundene Übertragung ( <i>Forkel</i> ) . . . . .	671
E.	Eigener Vorschlag . . . . .	672
F.	Zusammenfassung und Folgerungen . . . . .	674
	<b>7. Kapitel: Dogmatisches Modell absoluter Herrschaftsrechte . . . . .</b>	<b>677</b>
	A. Rechtsgegenstände . . . . .	677
	B. Herrschaft . . . . .	683
	C. Absolute und dingliche Rechte . . . . .	685
	D. Abgeleitete Rechte . . . . .	688
	E. Schluss: Was bedeutet Dinglichkeit? . . . . .	688
	Literaturverzeichnis . . . . .	691
	Materialien . . . . .	725
	Namens- und Sachregister . . . . .	727

## Abbildungsverzeichnis

<i>Abb. 1: Hohfelds</i> Konzeption rechtlicher Relationen.....	28
<i>Abb. 2: Joerden</i> , Logik im Recht, 181, „Das deontologische Sechseck“ .....	46
<i>Abb. 3:</i> Zeichen als Gegenstand von Zeichenrechten.....	187
<i>Abb. 4:</i> Immaterialgüterrechte als Informationsbestimmungsrechte .....	195
<i>Abb. 5:</i> Aufbau von Verfügungsobjekten.....	290
<i>Abb. 6:</i> Einräumung einer Hypothek.....	290
<i>Abb. 7:</i> Nießbrauch als Abspaltung.....	629
<i>Abb. 8:</i> Abspaltung einer Lizenz als separates Verfügungsobjekt .....	674



# Abkürzungsverzeichnis

Hier nicht genannte Abkürzungen richten sich nach dem Abkürzungsverzeichnis bei *Duden*, Das Wörterbuch der Abkürzungen, 6. Aufl., Mannheim/Zürich 2011 sowie *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl., Berlin 2021.

AK-BGB	Alternativkommentare zum BGB
EnforcementRL	RL 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums
ER.	Eigenrelation
GeschäftsgeheimnisRL	Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung
GeschGehG-E	Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung
GMVO	VO (EG) Nr. 207/2009 über die Gemeinschaftsmarke
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
Iic.	Iniurecessio
M2M	Machine to Machine
MarkenRL 2015	RL (EU) 2015/2436 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken2015
Mugd.	Mugdan
RO	Rechtsobjekt
RS	Rechtssubjekt
UMV	VO (EU) 2017/1001 über die Unionsmarke
VO	Verfügungsobjekt



## Einleitung und Terminologie

In fast jedem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des BGB wie auch in vielen Sachenrechtslehrbüchern findet sich eine Darstellung zu Rechtsobjekten. Zur Veranschaulichung wird gewöhnlich auf Sachen und das an ihnen bestehende Sacheigentum verwiesen.<sup>1</sup> Diesen scheinbar gleichgestellt werden im selben Zuge die durch Immaterialgüterrechte geschützten unkörperlichen Güter.<sup>2</sup> Rechtsobjekte, so heißt es, stehen Rechtssubjekten gegenüber, Rechtsbeziehungen bestünden aber nur zwischen Letzteren.<sup>3</sup> Begriffe wie der des Rechtsobjekts werden zwar nicht immer gleich definiert (etwa hinsichtlich der Frage, ob auch Rechte Rechtsobjekte sein können), in weiten Teilen ähneln sich die Auffassungen aber.

Die damit angestrebte einheitliche Systematik wäre überaus nützlich für die Bewältigung des bestehenden Stoffs und insbesondere des wachsenden Anteils immaterialgüterrechtlicher Fragen, was inzwischen auch die Verrechtlichung von Informationen und digitalen Daten<sup>4</sup> betrifft (dazu sogleich). Schließlich wäre das Gegenteil eine Rechtsordnung, in der es etwa für Urheber-, Marken- und Patentrecht unterschiedliche und also nicht-übertragbare Strukturen, Funktionsweisen und Grundsätze gäbe und nur punktuelle Parallelen zum Sachenrecht bestünden. Von der Idee eines übergreifenden zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs oder zumindest dem Abstraktum eines absoluten Herrschaftsrechts könnte keine Rede sein.

Dieses Bild ist freilich eine Strohpuppe. Längst gehen Literatur und Rechtsprechung implizit von der Existenz eines einheitlichen, wenn auch nie ausformulierten abstrakten Modells absoluter Herrschaftsrechte aus. Gängig werden Begriffe wie „Rechtsobjekt“, „Herrschaftsrecht“, „absolutes Recht“, „quasi-dingliches Recht“ oder „Rechtsinhaber“ genutzt. Damit bezieht man sich bewusst oder implizit auf ein System, das diesen Teil der Rechtswelt strukturiert und das als existent und bekannt vorausgesetzt wird. Andernfalls wäre der Gebrauch der abstrakten Begriffe von vornherein wenig erhellend.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist die Entwicklung eines Modells der absoluten Herrschaftsrechte im deutschen Zivilrecht. Dabei soll kein erweitertes Sachen- und Immaterialgüterrechtslehrbuch entstehen. Ein bloßer Abgleich aller absolu-

---

<sup>1</sup> Siehe nur *Larenz/Wolf*, BGB AT, §20 Rn. 1 ff.; *Bork*, BGB AT, Rn. 227 ff.; *Prütting*, Sachenrecht, 34. Aufl. 2010, Rn. 2 ff.; *Habersack*, SachenR, Rn. 5 ff.

<sup>2</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, §20 Rn. 6; §15 Rn. 8 ff.; *Bork*, BGB AT, Rn. 229; *Habersack*, SachenR, Rn. 6.

<sup>3</sup> *Bork*, BGB AT, Rn. 227.

<sup>4</sup> Siehe nur *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012.

ten Herrschaftsrechte auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede wäre zu kurz gedacht. Er würde bestenfalls zu einer großen wie unübersichtlichen Matrix führen, die viel beschreiben und wenig erklären würde. Vielmehr sollen die *Struktur und Funktionsweise* absoluter Herrschaftsrechte untersucht und modellhaft aufbereitet werden.

Das größte Problem liegt wohl darin, dass schon das Sachen- und Immaterialgüterrecht nicht „aus einem Guss“ am Reißbrett geschaffen wurden, sondern sich die einzelnen gesetzlichen Herrschaftsrechte nach und nach unter uneinheitlichen Umständen entwickelt haben. Z. B. hat das Markenrecht eine lauterkeitsrechtliche Vergangenheit und ist nach wie vor mit lauterkeitsrechtlichen Elementen durchsetzt, während das Patentrecht eher auf volkswirtschaftlichen Überlegungen beruht, in denen der Erfindung schon früh eine stark immaterialgüterrechtlich geprägte Position zuerkannt wurde. Es gibt also wahrscheinlich kein Universalmodell absoluter Herrschaftsrechte, das den bisherigen Gesetzgebungen und zahllosen juristischen Quellen unerkannt zugrunde liegt und nur noch freigelegt werden muss.

Zu den Zielen dieser Arbeit gehört es daher, die Bausteine und Prinzipien absoluter Herrschaftsrechte *funktional* zu analysieren. Ermittelt werden soll, ob es sie überhaupt in der behaupteten Grundsätzlichkeit gibt und welche Funktionen sie haben. Notwendiger Teil dieser Untersuchung ist die Frage, ob diese Grundelemente gleichermaßen im Sachen- wie im Immaterialgüterrecht gelten. Das Modell soll nämlich auch dogmatisch Streitige Fragen wie die Einräumung beschränkter dinglicher Rechte und die Vergabe von Lizenzen beinhalten.

Ob die Rechtsgebiete eine hinreichende Konsistenz aufweisen, um sie mit einem einzigen, einheitlichen Modell beschreiben zu können, ist offen. Sofern kein einheitliches Modell möglich ist, soll zumindest ein „Baukasten“ absoluter Herrschaftsrechte gezeigt werden, der Widerspruchsfreiheit sichert und das Rechtssystem verschlankt.

In der jüngeren Forschung sind besonders die Arbeiten von *Jänich*,<sup>5</sup> *Abrens/McGuire*<sup>6</sup> und *Peukert*<sup>7</sup> zu nennen, die in unterschiedlichem Maße und mit unterschiedlichen Zielsetzungen (auch) der Suche nach einer einheitlichen Dogmatik von Ausschließlichkeitsrechten und der Güterzuordnung gewidmet sind. Der Fokus der vorliegenden Untersuchung ist eher rechtstechnischer, ordnender Natur. Die an der Grenze zur Rechtspolitik verlaufenden Debatten um die gebotene Reichweite bestehender und die Einführung neuer Schutzrechte, sowie um die Frage, in welchem genauen Ausmaß persönlichkeitsnahe Güter eigentumsartig zugewiesen werden sollten, werden hier nur am Rande berührt.

Das Vorhaben, ein konsistentes Modell absoluter Herrschaftsrechte abzubilden, begegnet notgedrungen zahlreichen Streitigen Punkten in Literatur und Rechtsprechung, die zumindest prämissenartig entschieden werden müssen, um weiter-

<sup>5</sup> *Jänich*, Geistiges Eigentum, 2002.

<sup>6</sup> *Abrens/McGuire*, Modellgesetz für Geistiges Eigentum, 2012.

<sup>7</sup> *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008.

zukommen. An entsprechend vielen Stellen sind die Ergebnisse angreifbar. Der Versuch einer Ordnung steht zudem vor dem Problem, dass viele Abgrenzungen, Definitionen und Begriffe nicht logisch oder naturwissenschaftlich, sondern oftmals einzelfallgebunden und immer menschengemacht sind. Daher ist jede übergreifende Ordnung ein Korsett, das an manchen Stellen drückt.

Methodisch beruht die Arbeit nicht auf einer quasi-induktiven Betrachtung der einzelnen Herrschaftsrechte, sondern auf einer Bewertung und Zusammenführung der Ideen, Funktionen und Theorien, die für Herrschaftsrechte bzw. für Bestandteile von Herrschaftsrechten vertreten werden. Das Sacheigentum als besterforshtes und mit der meisten Literatur versehenes absolutes Herrschaftsrecht nimmt nicht nur notgedrungen einen prominenten Platz in der Untersuchung ein, sondern ist zudem Quelle für zahlreiche Prinzipien und Grundsätze, die man so oder ähnlich auch im Immaterialgüterrecht zu finden meint.

Die Untersuchung ist also theoretisch angelegt. Sie soll aber nicht in der Theorie verharren, sondern zeigen, welche unmittelbaren Auswirkungen theoretische Überlegungen auf die praktischen Ergebnisse haben können. Die diversen Beispiele dienen daher nicht nur der besseren Lesbarkeit, sondern auch der Veranschaulichung der praktischen Folgen. Vor allem aber zwingen sie zur Konkretisierung und dienen so dem Verständnis und einer ersten rudimentären Überprüfung theoretischer Ausführungen.<sup>8</sup>

Dass sich die Untersuchung auf die *Struktur und Funktionsweise* absoluter Herrschaftsrechte konzentriert, ist nicht als Aufforderung zu verstehen, Zuteilungskonflikten oder -begehrlichkeiten verstärkt durch die Schaffung neuer Herrschaftsrechte zu begegnen. Dazu verhält sich die Arbeit, wie gesagt, nicht. Ziel ist eine ordnende Dogmatik für den Bereich der absoluten Herrschaftsrechte. Diese Dogmatik dient der Beseitigung von Wertungswidersprüchen, der Erhöhung der Rechtssicherheit und der Vergleichbarkeit. All dies ist entscheidend für die Überzeugungskraft einer Rechtsordnung. Das Offenlegen von Funktionen rechtlicher Strukturelemente ermöglicht einen tiefergehenden Abgleich kollidierender Interessen mit gesetzlichen Wertungen, ist also ganz im Sinne der Wertungsjurisprudenz. Je genauer bekannt ist, wo und wie die Rechtsordnung welche Interessen berücksichtigt, desto systematischer und somit gerechter können Besonderheiten des Einzelfalls gewürdigt werden. Das Gegenteil wäre eine beinahe willkürliche Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Rechtssuchender. Nicht zuletzt wird sich im Laufe der Bearbeitung zeigen, dass viele Streitigkeiten auf Missverständnisse oder Fehlvorstellungen über die eigentlich streitige Frage zurückgehen.

Mit Blick auf die Zukunft dient ein dogmatisches Modell absoluter Herrschaftsrechte der Schaffung einer rechtstechnischen Grundlage für die Konstruktion von Herrschaftsrechten an „neuen Gütern“. In den vergangenen 30 Jahren gab es im

---

<sup>8</sup> Siehe zur überragenden Bedeutung von Beispielen zur Erläuterung und Prüfung wissenschaftlicher Theorien nur *Feynman*, Surely You're Joking Mr Feynman, 244f.; *Hofstadter*, I Am a Strange Loop, XV.

Zuge der Digitalisierung und medialen Umbrüche zahlreiche Überlegungen, „neue Güter“ eigentumsartig zuzuordnen. Für solche Güter, deren rein vertragliche Erfassung der wirtschaftlichen Realität nicht mehr gerecht wird, gibt es derzeit aber kein klares System, kein Grundmodell, nach dem sie eine eigentumsartige Zuweisung erfahren könnten. Selbst wenn sich der Gesetzgeber entschiede, ein neues Immaterialgüterrecht aus der Taufe zu heben, könnte er derzeit auf keine abstrakten Vorgaben für „diese Art von Rechten“ zurückgreifen. Gleiches gilt für Gerichte bei Auslegungsfragen oder Rechtsfortbildungen. Ohne theoretische Vorarbeit steigt die Gefahr von Systembrüchen, Wertungswidersprüchen und nicht oder falsch genutzten systemimmanenten Optionen. Diese theoretische Vorarbeit hat aber gravierende Konsequenzen für den Umfang der Zuweisung exklusiver Befugnisse, die spiegelbildlich eine Begrenzung der Gemeinfreiheit darstellen. Es ist daher wichtig zu verstehen, wie eine eigentumsartige Zuordnung funktioniert und welche Gestaltungsoptionen sich bieten.

Unter besagten neuen Gütern, deren Zuweisung seit einigen Jahren diskutiert wird, befinden sich auch Daten und Informationen. Wenngleich es in Deutschland und Europa aller Voraussicht nach vorläufig nicht zu einem „Dateneigentum“ kommen wird, zwingen das Datenrecht und die (nicht-juristische) Informationstheorie das Immaterialgüterrecht dazu, dogmatisch präziser zu werden. Die ungenaue Sprechweise von „geistigen Gütern“ und „daran“ bestehenden Rechten wird einer technisierten Informationsgesellschaft und Informationsmärkten nicht mehr gerecht. Sachenrecht, Immaterialgüterrecht und Daten- bzw. Informationsrecht müssen dieselbe Sprache sprechen. Die Arbeit soll daher eine dogmatische Verbindung nicht nur zwischen dem allgemeinen Zivilrecht und dem Immaterialgüterrecht, sondern auch mit dem neu hinzugetretenen Datenwirtschaftsrecht<sup>9</sup> schaffen. Letzteres bildet ein neues Rechtsgebiet im Zentrum des digitalen Binnenmarktes.<sup>10</sup>

Der verbreitet genutzte Begriff für die hier zu behandelnden subjektiven Rechte lautet „Ausschließlichkeitsrechte“.<sup>11</sup> Mitunter werden die Bezeichnungen „Ausschließlichkeitsrechte“ und „absolute Herrschaftsrechte“ auch synonym verwendet.<sup>12</sup> Was spricht also dafür, stattdessen den sperrigeren Begriff „absolute Herrschaftsrechte“ zu verwenden?

<sup>9</sup> Zum Begriff nur *Berger*, ZGE/IPJ 9 (2017), 340; *Steinrötter*, FS Taeger, 491; *Becker*, ZGE/IPJ 9 (2017), 253.

<sup>10</sup> Vgl. nur COM(2014) 442; COM(2015) 192; COM(2017) 9.

<sup>11</sup> Entsprechende Suchen – „Ausschließlichkeitsrecht“ vs. „Herrschaftsrecht“ bei Beck Online (>5000:685) und Juris (1802:334) sind zwar ungefiltert, sie sprechen aber eine deutliche Sprache. Bei Google Books ist das Verhältnis hingegen umgekehrt (14100:34600), was daran liegen könnte, dass die Suche dort interdisziplinär, also nicht auf juristische Inhalte begrenzt ist (z. B. spielt der Begriff „Herrschaftsrecht“ auch in der Philosophie eine Rolle) und sehr viel mehr ältere Werke einbezieht.

<sup>12</sup> Siehe etwa *Mager*, AcP 193 (1993), 68 (71); die von *Peukert* gewählte Abgrenzung von Ausschließlichkeitsrechten ist ähnlich eng wie das vorliegende Verständnis absoluter Herrschaftsrechte; er zieht ersteren aber vor um „stark wirklichkeits- und damit potentiell begriffsjuristisch-ergebnisgeneigte Formulierungen“ zu vermeiden (was dem Thema seiner Untersuchung geschuldet ist), *Peukert*, Güterzuordnung, 57 ff.

Der Begriff „Ausschließlichkeitsrecht“ ist nicht etwa falsch oder irreführend und dürfte auch künftig der üblichere Begriff bleiben, zumal er teils auch im Gesetz verwendet wird.<sup>13</sup> Aus Sicht einer genaueren Untersuchung des hier gemeinten Typs subjektiver Rechte ist er aber wenig informativ. Er legt sich dem Wortlaut nach nur auf eine Ausschließlichkeit unbestimmter Richtung fest und beansprucht nicht einmal irgendeine Form der Zuweisung oder besonderer Rechtsmacht. Daher kann er für wesentlich mehr Rechte verwendet werden, als hier untersucht werden sollen.

Der Begriff „absolutes Herrschaftsrecht“ ist älter,<sup>14</sup> ein gutes Stück aussagekräftiger und rechtspolitisch sensibel. Er spricht das an, was bei vielen immateriellen und auch bei persönlichkeitsrechtlich geprägten Schutzgütern von Berechtigten gewünscht wird, aber rechtspolitisch und dogmatisch heikel ist: die *Herrschaft* über das Gut. Zugleich macht er die Frage, welche Rechte genau zur Gruppe der „absoluten Rechte“ zählen, vorerst entbehrlich – denn er ist schon begrifflich eine Unterart davon.

Der Ansatz dieser Untersuchung liegt nicht in einer Abgrenzung der Rechte, die zum Kreis absoluter Herrschaftsrechte zählen. Er liegt auch nicht vornehmlich darin, eine Liste an Komponenten zu erstellen, die ein „vollständiges“ absolutes Herrschaftsrecht aufweisen muss. Das Ziel ist vielmehr, die Funktionsweise und Komponenten absoluter Herrschaftsrechte zu verstehen. Welchen Grad an Vollständigkeit man dann für ein „vollständiges“/„echtes“ absolutes Herrschaftsrecht fordert, ist eine rechtspolitische Entscheidung, da davon keine Rechtsfolgen abhängen. Z. B. könnte man die Grenze leicht so eng ziehen, dass nur das Sacheigentum übrig bliebe, oder so weit, dass auch familienrechtliche Ansprüche darunter fielen.

Eine erste funktionale Abgrenzung absoluter Herrschaftsrechte gibt die Beschreibung von *Larenz*:

„Ihr Kennzeichen besteht darin, daß sie dem Berechtigten einen Freiheitsbereich zuweisen, in dem er unter Ausschluß aller anderen Personen und ohne auf deren Mitwirkung angewiesen zu sein, allein bestimmt. Die Herrschaftsbefugnis zeigt sich gerade darin, daß der Berechtigte seine Macht alleine ausüben kann, und nicht der aktiven Mithilfe anderer Personen zur Verwirklichung seines Rechtes bedarf. Andere Personen haben lediglich störende Eingriffe zu unterlassen.“<sup>15</sup>

Zu dieser Art von Rechten zählt *Larenz* Rechte an Sachen, die gesetzlichen Immaterialgüterrechte und die Persönlichkeitsrechte.<sup>16</sup> Dies gibt zugleich den Rahmen

<sup>13</sup> Siehe etwa §§ 14 f. MarkenG, § 15 UrhG sowie Regelungen zu „ausschließlichen“ Lizenzen (vgl. etwa § 15 Abs. 2 PatG; § 31 UrhG).

<sup>14</sup> Siehe etwa v. *Tuhr*, BGB AT, Bd. I, 62 („Herrschaftsrechte“ als subjektive Rechte gewähren „eine Herrschaft über ein außerhalb des Subjekts stehendes Stück der Außenwelt: ein Objekt“); *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I/1, § 73 I. (440) („Beherrschungsrechte“), die aber von den „Immaterialgüterrechten“ klar geschieden werden, § 79 B. (Rn. 462); *Larenz*, BGB AT, 1. Aufl. 1967, 230 f. (trennt noch „Herrschaftsrechte an Sachen“ und „Immaterialgüterrechte“).

<sup>15</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 15 Rn. 2.

<sup>16</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 15 Rn. 3 ff.

der vorliegend zu untersuchenden Rechte vor: Die Untersuchung ist auf besagte Rechtsgebiete begrenzt. Denn diese Gebiete weisen Rechte an *vorrechtlichen* Gütern zu. Nicht behandelt werden daher z. B. Mitgliedschaftsrechte als Rechte an juristischen Konstruktionen (also an *rechtlichen* Gütern) oder persönliche Familienrechte als auf *personenrechtliche Verhältnisse*<sup>17</sup> bezogene Rechte.

Die Betrachtung der Rechtssubjektseite wiederum wird vor allem dort wichtig, wo Menschen für die Rechtsentstehung und/oder -inhaberschaft erforderlich sind, was insbesondere persönlichkeitsrechtlich geprägte Rechte betrifft. Relevant wird der Mensch als Rechtssubjekt außerdem bei der Genese des Rechtsgegenstands und der Stellung von unter dem Schlagwort „künstliche Intelligenz“ zusammengefassten Technologien im Immaterialgüterrecht. Differenzierungen innerhalb der verschiedenen Erscheinungsformen von juristischen Personen und Personenverbänden haben für die Struktur und Funktionsweise absoluter Herrschaftsrechte hingegen keine absehbare Bedeutung. Sie bilden ein eigenständiges Rechtsgebiet, zu dem insbesondere das Personen- und Gesellschaftsrecht gehören. Die Arbeit stellt daher den Menschen als Inhaber absoluter Herrschaftsrechte in den Mittelpunkt.

---

<sup>17</sup> Larenz/Wolf, BGB AT, § 15 Rn. 26.

## 1. Kapitel

# Rechtstheoretische Grundlegung

Absolute Herrschaftsrechte sind eine Unterart subjektiver Rechte. Daher ist zunächst ein Grundverständnis der Natur und Struktur subjektiver Rechte zu entwickeln. Hieraus ergeben sich die kleinsten Teile, die Grundelemente absoluter Herrschaftsrechte. Solche Grundsatzfragen spielen zudem für verschiedene speziellere Zusammenhänge eine entscheidende Rolle, wie etwa für die Frage nach dem positiven Gehalt absoluter Herrschaftsrechte oder nach der subjektivrechtlichen Natur von Persönlichkeitsrechten.

### § 1 Zur Theorie des subjektiven Rechts

Die Lehre vom subjektiven Recht „an sich“ hat eine ähnliche Funktion wie die Lehren von einzelnen Bausteinen absoluter Herrschaftsrechte, z. B. die Lehren vom Rechtsgegenstand oder der Ontologie geistiger Schöpfungen: Sie erklärt einen Aspekt des Gesamtgebildes. Die Lehre vom subjektiven Recht ist die Lehre von der übergeordneten und damit absoluten Herrschaftsrechten zugrunde liegenden *Rechtskategorie*.

Eine Untersuchung der Struktur und Funktionsweise absoluter Herrschaftsrechte als Typus subjektiver Rechte kommt daher nicht ohne die Untersuchung der grundsätzlicheren Gruppe – der subjektiven Rechte – aus.

#### *A. Objektives und subjektives Recht*

Zunächst ist zu klären, welche Funktion subjektive Rechte erfüllen, wie sie aufgebaut sind und funktionieren. Hierzu gehört auch die Frage, welcher Erklärungsanspruch mit der normlogisch starken, womöglich aber dennoch erklärungschwachen Imperativentheorie verbunden wird und insofern insbesondere, welche Funktion die Annahme eines eigenständigen „Dürfens“ im Aufbau subjektiver Rechte hat.

## I. Objektives Recht

Unter dem objektiven Recht ist die Summe<sup>1</sup> oder der Inbegriff aller Rechtsnormen,<sup>2</sup> die „generell geltenden, abstrakten Vorschriften und Verhaltensanweisungen“,<sup>3</sup> wenn nicht gleich die „Rechtsordnung“<sup>4</sup> zu verstehen. Im Englischen können objektives Recht tendenziell mit *law* und subjektive Rechte mit *rights* übersetzt werden.<sup>5</sup>

Der Begriff bezeichnet weniger die Aufsummierung einer großen Zahl von Rechtsnormen als vielmehr den „Inbegriff der Rechtssätze“.<sup>6</sup> Unter dem Topos „Objektives Recht“ wird daher häufig das *Wesen* staatlich gesetzten Rechts in Abgrenzung zu Begriffen wie Sitte und Moral untersucht.<sup>7</sup> Objektives Recht kann somit als *geltendes Recht an sich* beschrieben werden. Die Frage nach dem Wesen objektiven Rechts ist daher eng mit der Rechtsquellenlehre verwandt.<sup>8</sup> Darin ist die Summe aller Gesetznormen notwendig enthalten. Da das entscheidende Kriterium die abstrakte Geltung dieses Rechts ist, zählt auch das Gewohnheitsrecht<sup>9</sup> zum objektiven Recht.<sup>10</sup>

Vom subjektiven Recht unterscheidet es sich, wenn überhaupt, durch die fehlende Individualisierung. *E. Wolf* schlägt deshalb statt subjektivem Recht den Begriff „individuelles Recht“ vor;<sup>11</sup> objektives Recht wäre demzufolge das *überindividuelle* Recht. Das subjektive Recht setzt objektives Recht voraus, es „ruht“ auf der Rechtsordnung und ist aus objektivem Recht „abgeleitet“.<sup>12</sup> *Kelsen* versteht das subjektive Recht nur als besondere Erscheinungsform des objektiven Rechts, Letzteres mache nur ein von ihm bestimmtes Verhalten des Individuums zur Bedingung

<sup>1</sup> *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 380 (die Rechtsordnung besteht aus Normen deren Summe das objektive Recht bildet); *Lehmann/Hübner*, BGB AT, § 10 I. (S. 79).

<sup>2</sup> *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 49; *Schack*, BGB AT, Rn. 44; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 61 (es bedeute „so viel wie ‚Rechtsordnung‘ oder ‚rechtliche Regelung‘“).

<sup>3</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 14 Rn. 1.

<sup>4</sup> So *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I/1, § 72 (428).

<sup>5</sup> *Olivecrona*, Law as Fact, 275f.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 130f.

<sup>6</sup> v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 113.

<sup>7</sup> So bei *E. Wolf*, BGB AT, 74ff. (kritisiert aber die mit dem Begriff des objektiven Rechts gängig verbundenen Lehren zur Rechtserkenntnis und verwendet sich für ein „objektive[s] wissenschaftliche[s] Erkennen rechtlicher Gesetze und Allgemeinbegriffe“); *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I/1, §§ 30 ff. (196 ff.); v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, § 15 (112 ff.).

<sup>8</sup> Das zeigt sich insbesondere bei *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 3 Rn. 6 („Das objektive Recht besteht aus den Rechtsnormen als abstrakten Rechtssätzen, die unabhängig von konkreten Anwendungsfällen gelten und ihre normative Kraft allgemein als Orientierung für jedermann entfalten.“), siehe weiter Rn. 31 ff.

<sup>9</sup> Dazu *Krebs/Becker*, JuS 2013, 97 (98).

<sup>10</sup> Siehe nur *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I/1, § 32 (205 ff.).

<sup>11</sup> *E. Wolf*, BGB AT, 106 (dort Fn. 1).

<sup>12</sup> *Zitelmann*, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 58 (stellt fest, „daß das objektive Recht nicht gedacht werden darf ohne seinen Inhalt, der sich auf subjektive Rechte bezieht, und das subjektive Recht nicht ohne das objektive Recht als seine Quelle“); *Kasper*, Das subjektive Recht, 47; *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 3 Rn. 6 (aus den Rechtsnormen des objektiven Rechts entstehe im konkreten Fall für eine bestimmte Person ein einzelnes Recht, ein subjektives Recht *erwachsen* aus dem objektiven Recht).

bestimmter Folgen.<sup>13</sup> Dem folgend ist jedes subjektive Recht zugleich objektives Recht und objektives Recht betrifft letztlich immer Individuen: „Es gibt kein bloß objektives Recht.“<sup>14</sup> Unabhängig von der Frage, ob es objektives Recht in „Reinform“ überhaupt gibt, hat der Begriff seine Berechtigung schon als Bezeichnung für die Summe aller geltenden Rechtsnormen.

## II. Subjektive Rechte

Was ein subjektives Recht ist, bzw. was der Begriff bezeichnet, ist so unklar, dass man nicht einmal von einem echten Meinungsstreit sprechen kann. *Kelsen* bringt das Problem vieler Lehren zum subjektiven Recht auf den Punkt. Es liege im „Mangel einer korrekten und präzisen Fragestellung“, so bleibe vielfach offen,

„was der gesuchte Begriff eines subjektiven Rechtes dem Juristen zu leisten habe, man war sich nicht klar genug darüber, auf welche Frage er eine Antwort sein solle“.<sup>15</sup>

Es handelt sich bei der Diskussion um das „Wesen“, die „Natur“ subjektiver Rechte daher eher um einen Auffassungsstreit i. w. S., da nicht einmal Einigkeit darüber herrscht, wozu der Begriff dienen soll.<sup>16</sup> Man spricht mit Recht von einem *reichlich konturenlosen Begriff*.<sup>17</sup>

Einigkeit besteht wohl zumindest darüber, dass die Bezeichnung „subjektives Recht“ ausdrücken soll, dass es sich im Gegensatz zum objektiven Recht „um ein Recht einer Person – eines ‚Subjekts‘ –, also um ein individuelles Recht handelt“.<sup>18</sup> Subjektive Rechte sind die durch objektives Recht vorgegebenen konkreten Berechtigungen einer Person.<sup>19</sup>

Ein anschauliches Beispiel zur Unterscheidung sind Verkehrsregeln. Bei ihnen handelt es sich um objektives Recht. Die dem von rechts kommenden Fahrer zustehende Vorfahrt ist nur ein Reflex der StVO. Er „hat“ weder gegenüber dem Staat und erst recht nicht gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern ein subjektives „Recht auf Vorfahrt“. Vielmehr steht es ihm frei, denjenigen anzuzeigen, der ihm die Vorfahrt genommen hat, was in dessen Be-

<sup>13</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 140f.; hierzu *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht, 24.

<sup>14</sup> *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 380 (das subjektive Recht sei „nur eine andere Darstellungsweise des objektiven Rechts, die von der Person des Berechtigten ausgeht und eine Position kennzeichnet, die sich für ihn aus den Verhaltenspflichten anderer ergibt“), 407 („zwei verschiedene Seiten derselben Medaille [...] Es gibt kein bloß objektives Recht. [...] Objektives ‚Recht‘ ohne subjektive Rechte wäre bloß soziale Ordnung.“).

<sup>15</sup> *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 618.

<sup>16</sup> *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, 149 merkt zutreffend an: „Versteht man unter Definition eine Vereinbarung darüber, wie man den Ausdruck versteht, so gilt es gerade beim subjektiven Recht zu beachten, daß Definitionen keinen Inhalt ausdrücken, sondern nur festsetzen, wie sein Inhalt auszudrücken ist.“

<sup>17</sup> *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, 149.

<sup>18</sup> *E. Wolf*, BGB AT, 106 (dort Fn. 1).

<sup>19</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, §14 Rn. 1; *Schack*, BGB AT, Rn. 45; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 1558 („Qualifizierung bestimmter Teile des objektiven Rechts als personenbezogen“).

strafung (durch ein Bußgeld), nicht aber in einen Ersatzanspruch oder dergleichen für der Ersten mündet.<sup>20</sup>

Fragt man, welchem Zweck subjektive Rechte dienen und was sie schützen, scheinen Interessen-, Willens- und Kombinationstheorie eine Antwort zu geben. Im Folgenden ist kurz zu zeigen, welcher Erklärungsanspruch von diesen Theorien im Einzelnen verfolgt wird.

### 1. Willenstheorie

Nach der Darstellung *Wagners* begreift die Willenstheorie das subjektive Recht

„als einen von der Rechtsordnung geschützten Handlungsspielraum, in dem der einzelne nach seinem eigenen Gutdünken schalten und walten kann.“ Seine Funktion sei „ganz auf die Verbürgung individueller Freiheit ausgerichtet.“<sup>21</sup>

Sie legt den Schwerpunkt dabei auf die Willensfreiheit des Menschen,<sup>22</sup> mit der er im subjektiv-rechtlich zugewiesenen Raum nach Belieben verfahren darf. So heißt es bei *Savigny*, dem Begründer der deutschen Willenstheorie:

„Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnis: Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn.“<sup>23</sup>

Das entspricht *Savignys* Verständnis von Rechtsverhältnissen an sich; diese seien „eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt“, die darin bestehe, „daß dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen wird, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat.“<sup>24</sup>

Diese Lehre einer – möglicherweise naturrechtlich geprägten – Dominanz des individuellen Willens, dem nur ein Freiheitsraum gegeben werden muss, stellt normative oder moralische Vorgaben hinten.<sup>25</sup> Eine solche von äußeren Wertvorgaben abgekoppelte, dem Individuum zur Ausfüllung überlassene Freiheit wirkt heute allerdings keineswegs unvertraut. Tatsächlich spricht Einiges für eine Interpretation von *Savigny* als „Positivist [...] mit moralischem Hintergrund“.<sup>26</sup> Er hat im *Kantischen* Sinne das Recht als „Mittel zum Zweck“ verstanden, es solle „der

<sup>20</sup> Vgl. zu dem Beispiel *Brehm*, BGB AT, Rn. 608.

<sup>21</sup> *Wagner*, AcP 193 (1993), 319 (322).

<sup>22</sup> So baut *Georg Friedrich Puchta* unmittelbar auf dem christlichen Verständnis der menschlichen Willensfreiheit auf, *Puchta*, Institutionen, Bd. 1, 3 ff.; siehe auch *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, 217.

<sup>23</sup> *Savigny*, System, Bd. 1, 7.

<sup>24</sup> *Savigny*, System, Bd. 1, 333.

<sup>25</sup> Vgl. *Coing/Lawson/Grönfors/Coing*, Das subjektive Recht, 7 (19).

<sup>26</sup> *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 356.

autonomen Sittlichkeit der Person den notwendigen Raum verschaffen“,<sup>27</sup> auf die *Savigny* selbst verweist:

„Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freyheit willen.“<sup>28</sup>

Auch *Puchta* begreift das (subjektive) Recht als Wort „für den Willen des Einzelnen“, als Wort „für die Herrschaft oder Macht (wie man auch sagt, die Befugnis), die der Person über einen Gegenstand gegeben ist.“<sup>29</sup> Am deutlichsten ist *Windscheid*:

„Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft.“<sup>30</sup>

Die Willenstheorie beantwortet damit aber nur die Frage, was das *vorläufige Ziel* subjektiver Recht ist: Willensherrschaft. Das ist eine enge Antwort auf eine enge Frage. Sie lässt Manches offen wie insbesondere die weiter gefasste Frage, *weshalb*, d. h. zu welchem Zweck dem Berechtigten ein solcher Willensfreiraum eingeräumt wird. Sie ignoriert auch weitgehend gesellschaftliche/soziale Fragen (was dem Vertrauen in das sittliche Individuum geschuldet ist). Dieser Einwand wurde zum Ausgangspunkt für *v. Jherings* Interessentheorie.<sup>31</sup>

Zudem wird geltend gemacht, dass die Willenstheorie einige Rechtsverhältnisse nicht gut erfasse, die aber unter anderen Gesichtspunkten zu den subjektiven Rechten zu zählen sein könnten. Zum einen seien dies Forderungen, deren Geltendmachung zwar dem Willen des Gläubigers unterliege, während ein darüber hinausreichender Wille des Gläubigers als Macht über das Verhalten des Schuldners fraglich erscheine.<sup>32</sup> Zum anderen würden Persönlichkeitsrechte Probleme auf – dem Berechtigten werde keine Macht über seine Person, sondern nur ein Schutzbereich gegen Verletzungen derselben eingeräumt.<sup>33</sup>

Da Forderungen klageweise geltend gemacht werden können, wird dem entgegengehalten, dass sie gegenüber dem Schuldner nicht erkennbar weniger Macht begründeten als ein Herrschaftsrecht gegenüber einem Verletzer. Die Macht des Eigentümers über die Sache äußere sich genauso wie die Macht des Gläubigers über die zu verrichtende Handlung des Schuldners (z. B. sein Auto zu waschen) immer nur in einem *zwischenmenschlichen* Verhältnis (relational).<sup>34</sup>

<sup>27</sup> *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 357; *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 20.

<sup>28</sup> *Savigny*, System, Bd. 2, 2.

<sup>29</sup> *Puchta*, Institutionen, Bd. 1, 11.

<sup>30</sup> *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht Bd. 1, §37 (156).

<sup>31</sup> Siehe unten 2. Interessentheorie.

<sup>32</sup> Vgl. *Coing/Lawson/Grönfors/Coing*, Das subjektive Recht, 7 (22); *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 15 Rn. 38 („[...] Schuldner ist nicht Objekt einer willkürlichen Bestimmung durch den Gläubiger, sondern verpflichtet [...]“); *Portmann*, Wesen und System, Rn. 26.

<sup>33</sup> *Portmann*, Wesen und System, Rn. 27.

<sup>34</sup> Vgl. *Zitelmann*, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 54 („Und wie man da, wo sich der gewährleistete Handlungsinhalt auf eine Person oder Sache bezieht, gern abgekürzt von einem Recht an der Person, an der Sache spricht, so wird man auch die rechtliche Macht, die man in

Der Unterschied scheint daher im Verhältnis des Berechtigten zum Gegenstand der Forderung bzw. zum Gegenstand des Herrschaftsrechts und nicht im zwischenmenschlichen Verhältnis zu liegen. Abgesehen von Ausnahmen wie insbesondere der (gewaltsamen) Selbsthilfe (§§ 229 f., 859 BGB) ist zwischenmenschlich der Klageweg das Mittel der Wahl.<sup>35</sup> Auch für Persönlichkeitsrechte ist zu entgegnen, dass – wiederum von Ausnahmen wie Notwehr oder Notstand (§§ 227, 228 BGB) abgesehen – ein anderes Machtmittel als die klageweise Abwehr von Verletzern ohnehin nicht zu Gebote steht.

## 2. Interessentheorie

Die Problematik, zu welchem *Zweck* der Schutz durch die Rechtsordnung verliehen wird, räumt der auf *v. Jhering* zurückgehenden Interessentheorie ihren Platz ein,<sup>36</sup> die subjektive Rechte als „rechtlich geschützte Interessen“<sup>37</sup> versteht. *V. Jhering* führt damit seine Lehre vom „Zweck im Recht“<sup>38</sup> fort und wendet sich gegen eine enge individualistische Auffassung des subjektiven Rechts zugunsten eines Verständnisses, das den gesellschaftlichen Rahmen, die Verantwortung des Individuums in der Gesellschaft in die Zwecksetzung mit einbezieht.<sup>39</sup> Er erweitert also den Blickwinkel vom Willen des Individuums hin zu einem eher utilitaristischen Ansatz.<sup>40</sup>

Mit Rücksicht auf nicht oder eingeschränkt willensfähige Personen,<sup>41</sup> die keine Rechte haben könnten, wenn es nur auf die Willensmacht ankäme,<sup>42</sup> legt er dar:

„Berechtigt ist nicht, wer das Wollen, sondern den Genuß beanspruchen kann. [...] Subject des Rechts ist der, dem der Nutzen desselben zugedacht ist (der Destinatar); der Schutz des Rechts hat keinen anderen Zweck, als die Zuwendung dieses Nutzens an ihn zu sichern.“<sup>43</sup>

*V. Jhering* erkennt den Zweck nicht in der „Satisfaktion, seinen Willen durchzusetzen“,<sup>44</sup> sondern in den dahinter liegenden Interessen. Seine Untersuchungen zum Begriff des Interesses wiederum fasste er folgendermaßen zusammen:

„Interesse im subjectiven Sinn bezeichnet das Gefühl der Lebensbedingtheit.“<sup>45</sup>

---

einem solchen Recht besitzt, als rechtliche Macht unmittelbar über die Person oder über die Sache bezeichnen.“)

<sup>35</sup> *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 381 („die Klagbarkeit bleibt letztlich das einzige unverwechselbare Kennzeichen des subjektiven Rechts“).

<sup>36</sup> Vgl. *Wagner*, AcP 193 (1993), 319 (322f.).

<sup>37</sup> *V. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 339.

<sup>38</sup> *V. Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. 1; Bd. 2.

<sup>39</sup> Hierzu *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, 221 f.

<sup>40</sup> *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 272 f.

<sup>41</sup> Diesem Argument versucht *v. Tuhr* durch den Rekurs auf den „potentiellen Willen“ beizukommen, notfalls komme dessen Schutz den Erben zugute, *v. Tuhr*, BGB AT, Bd. I, 57.

<sup>42</sup> *V. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 332.

<sup>43</sup> *V. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 336, siehe auch 338: „Die Rechte sind nicht dazu da, um die Idee des abstrakten ‚Rechtswillens‘ zu verwirklichen, sondern um den Interessen, Bedürfnissen, Zwecken des Verkehrs zu dienen.“

<sup>44</sup> *V. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 337.

<sup>45</sup> *V. Jhering*, JherJb Bd. 18 (1880), 1 (96).

Der Grund weshalb er sich für eine Person, einen Gegenstand oder ein Verhältnis interessiere, liege in der Abhängigkeit seines Daseins, Wohlseins, seiner Zufriedenheit oder seines Glücks von denselben. Er fährt in einer ökonomisch recht fortschrittlichen Denkweise fort:

„Interessen sind also Lebensbedingungen im weiteren Sinne. Der Sinn, in dem der Begriff der Lebensbedingung hier genommen wird, ist ein durchaus relativer; was für den Einen zum vollen Leben d. h. zum Wohlsein gehört, ist für den Anderen völlig wertlos.“<sup>46</sup>

Diese Interessen zu sichern ist für *v. Jhering* der Kern und Zweck subjektiver Rechte, die folglich das hierfür gedachte Mittel sind:

„Rechte sind rechtlich geschützte Interessen, Recht ist die Sicherheit des Genusses.“<sup>47</sup>

„Jedes Recht des Privatrechts ist dazu da, daß es dem Menschen irgend einen Vortheil gewähre, seine Bedürfnisse befriedige, seine Interessen, Zwecke fördere.“<sup>48</sup>

Dieses Mittel-Zweck Verhältnis kleidet *v. Jhering* in ein *formales* und ein dahinter liegendes *substantielles* Moment:

„Zwei Momente sind es, die den Begriff des Rechts konstituieren, ein substantielles, in dem der praktische Zweck desselben liegt, nämlich der Nutzen, Vorteil, Gewinn, der durch das Recht gewährleistet werden soll, und ein formales, welches sich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält, nämlich der Rechtsschutz, die Klage. Ersteres ist der Kern, letzteres die schützende Schale des Rechts.“<sup>49</sup>

Das formale Element sieht *v. Jhering* für private Rechte in der „zur Verfügung gestellten Privatklage“ und ersetzt es im Übrigen zugunsten der Einbeziehung öffentlicher subjektiver Rechte (z. B. des Wahlrechts) durch die „Möglichkeit der Konstatierung einer individuellen Rechtsverletzung“.<sup>50</sup> Hiervon soll die bloße Reflexwirkung eines im staatlichen Interesse erlassenen Gesetzes (z. B. Schutzzölle) nunmehr streng unterschieden werden.<sup>51</sup> Diese definiert *v. Jhering* folgendermaßen:

„Die Rückwirkung, welche eine rechtliche oder ökonomische Thatsache über ihre eigentliche, durch das Gesetz oder die Absicht des Handelnden oder Berechtigten gesetzte Wirkungssphäre hinaus für dritte Personen äußert, bezeichne ich als Reflexwirkung.“<sup>52</sup>

Für das subjektive Recht im übergreifenden Sinne soll hiernach also der Bezug einer Rechtsverletzung auf eine konkrete Person genügen. Trifft die Umgehung

<sup>46</sup> *V. Jhering*, JherJb Bd. 18 (1880), 1 (96).

<sup>47</sup> *V. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 351.

<sup>48</sup> *V. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 340.

<sup>49</sup> *V. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 339.

<sup>50</sup> *V. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 352f.

<sup>51</sup> Vgl. *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 351; *Wagner*, AcP 193 (1993), 319 (326ff., insb. 328).

<sup>52</sup> *V. Jhering*, JherJb Bd. 10 (1871), 245 (248); ähnlich *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 69f. In früheren Auflagen stand die Reflexwirkung auf einer Stufe mit subjektiven öffentlichen Rechten, vgl. *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 339.

besagter Schutzzölle indirekt den Kreis aller Konkurrenten, verletzt die Blockade des individuellen Wahlrechts nach dieser Auffassung ein individuelles, ein subjektives Recht.

### 3. Kombinationstheorie

Sowohl Willens- als auch Interessentheorie sind nicht unangreifbar. Die Willens- theorie ist, wie oben gezeigt, zumindest verkürzt, insbesondere hängt sie zu stark von der freiwilligen Berücksichtigung gesellschaftlicher/sozialer Aspekte durch den Einzelnen ab. Selbst eine Person mit den höchsten moralischen Ansprüchen dürfte im Übrigen nicht den vollständigen Überblick darüber haben, welches Handeln inwieweit im Gemeininteresse liegt.

Umgekehrt wird an der Interessentheorie kritisiert, dass das Interesse das sei, was durch ein subjektives Recht geschützt werde, es sei nicht aber *Teil* des subjektiven Rechts.<sup>53</sup> Ohnehin gibt es „Rechte [...], denen kein Interesse des Berechtigten zugrunde liegt“.<sup>54/55</sup> Der Einwand, dass es umgekehrt Interessen gebe, „welche zwar rechtlich geschützt, aber nicht Gegenstand eines Rechts sind, weil der Schutz nicht auf einer Willensmacht des Interessenten beruht“,<sup>56</sup> tut *v. Jhering* hingegen Unrecht. Dieser stellt selbst fest, dass der Nutznießer mancher rechtlich geschützter Interessen keinen „Rechtsanspruch auf Gewährung dieses Schutzes habe“; dennoch sei das Gesetz „in seinem Interesse“ erlassen,<sup>57</sup> nur eben *kein* subjektives Recht.<sup>58/59</sup> *V. Jhering* hat das Willensmoment zudem nie ganz aufgegeben, das ja in der Klagemöglichkeit liegt und der damit verbundenen Freiheit – je nach Willen – zu klagen oder nicht zu klagen.<sup>60</sup> Dennoch geht ein weiterer Vorwurf dahin, dass

<sup>53</sup> *Portmann*, Wesen und System, Rn. 28; *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 14 Rn. 14.; siehe auch *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht Bd. I, § 37 (156f.), dort Fn. 3. („[...] in die Definition des R. gehört der Zweck um dessen willen es verliehen wird, nicht.“).

<sup>54</sup> *V. Tuhr*, BGB AT, Bd. I, 60.

<sup>55</sup> *V. Jhering* selbst nennt „[...] die Aussichtsgerechtigkeit für einen Blinden, die Berechtigung zum Besuch eines Concerts für einen Tauben.“, *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 341. *Somló* macht geltend, dass sowohl Willens- als auch Interessentheorie, aber andere Lösungsversuche „nicht von irgendwelchem psychologischen Willen gänzlich Abstand“ nehmen können, *Somló*, Juristische Grundlehre, 476 f., 480. Daher müsse das zugewiesene Recht, „unabhängig vom Durchsetzungswillen des Berechtigten“ sein, *Esser*, Einführung, 158.

<sup>56</sup> *V. Tuhr*, BGB AT, Bd. I, 60. Dies betrifft etwa § 823 Abs. 2 BGB. Im Gegensatz zu Abs. 1 wird kein subjektives Recht, sondern ein Schutzgesetz verletzt, das also nur die Interessen des Rechtsgutsinhabers schützt, ohne diesen Schutz seinem Willen zu unterwerfen (primär ist das Schutzgesetz, der Schadensersatzanspruch ist sekundär). Ein anderes Beispiel ist der unechte Vertrag zugunsten Dritter: Der Gläubiger und nicht der Dritte kann (anders als gem. § 328 Abs. 1 BGB) die Leistung an den Dritten verlangen, vgl. zu beiden *Lehmann/Hübner*, BGB AT, § 10 III. (81 f.). Siehe auch *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 71.

<sup>57</sup> *V. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 351.

<sup>58</sup> Siehe oben 2. Interessentheorie (a. E.).

<sup>59</sup> Vgl. *Schluep*, Das Markenrecht als subjektives Recht, 274.

<sup>60</sup> *Wagner*, AcP 193 (1993), 319 (340f.); *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht, 21 (dort Fn. 23); ebenso *Portmann*, Wesen und System, Rn. 30; siehe auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 384.

die Interessentheorie einen zu großen Akzent auf der materialen Seite hat, also dass bestimmte einer Person zugeordnete Werte überhaupt geschützt werden. Das sei nicht sehr „kennzeichnungskräftig für die funktionsmäßige Eigenart des subjektiven Rechts“.<sup>61</sup>

Da also keine der beiden Theorien eine hinreichende Definition subjektiver Rechte liefert, wird heute herrschend die Kombinationstheorie vertreten, so etwa bei *Larenz/Wolf*:

„Die subjektiven Rechte schützen bestimmte, durch ihren Rechtsinhalt festgelegte Interessen und enthalten eine von der Rechtsordnung verliehene Rechtsmacht zur selbstbestimmten Wahrnehmung der geschützten Interessen durch den Rechtsinhaber selbst.“<sup>62</sup>

Wie (un)vereinbar sind diese zwei bzw. drei Theorien miteinander? Wie eingangs gesagt kann man von keinem eigentlichen Meinungsstreit sprechen. Die Frage ist eher, ob eine formale, auf die Durchsetzung (mit *v. Jhering* auf das Mittel/die „Schale“) bezogene Definition gesucht wird,<sup>63</sup> oder der Zweck des subjektiven Rechts mit einbezogen werden soll. Auf der zweiten Ansicht beruht die Kombinationstheorie.<sup>64</sup> Wichtig an der Kombinationstheorie ist also, dass sie nicht nur Auskunft über die „normlogische Struktur des subjektiven Rechts“, sondern auch über seinen Zweck geben soll.<sup>65</sup>

Problematisch bleibt die Frage, wie eng das formale Element gefasst werden sollte. Begrenzt man es auf die Möglichkeit, das Verhalten eines anderen Rechtssubjekts einklagen zu können,<sup>66</sup> wird es zu eng, um den Kreis der Positionen zu erfassen, die mitunter ebenfalls zu den subjektiven Rechten gezählt werden. Die Klagemöglichkeit umschreibt eher einen Anspruch<sup>67</sup> i. S. d. § 194 Abs. 1 BGB. Der stattdessen vorgeschlagene Begriff der Rechtsmacht ist zwar weiter, aber konturlos, da „die Rechtsmacht bei den verschiedenen Rechten einen unterschiedlichen Inhalt hat“.<sup>68</sup> Hier stellt sich das typische Problem von Definitionen – je aussagekräftiger sie sind, desto enger sind sie. In der Lehre des subjektiven Rechts wird die weitere

<sup>61</sup> *Esser*, Einführung, 157.

<sup>62</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 13 Rn. 24; als weitere prägnante Formulierungen vgl. *Lehmann/Hübner*, BGB AT, § 10 III. (81) („Zum Schutz eines bestimmten Interesses durch die Verpflichtung irgendwelcher Personen muß also noch hinzukommen, daß der Geschützte selbst zur Ausübung und zum Schutz dieses Interesses berufen ist [...]“); sowie *Kindl/Feuerborn*, Bürgerliches Recht, § 3 Rn. 9 („[...] die dem Einzelnen vom Privatrecht im objektiven Sinne verliehene Rechtsmacht bzw. die dieser Person vom Privatrecht verliehene Willensmacht zur Befriedigung menschlicher Interessen.“).

<sup>63</sup> Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 583, demnach „dieser Zustand des Geschützteins [...] als einziger Inhalt des Iheringschen subjektiven Rechtes verbleibt“.

<sup>64</sup> Vgl. *Larenz/Wolf*, AT, § 14 Rn. 10; *Wagner*, AcP 193 (1993), 319 (339f.): „Der Streit um das substantielle Element des Rechts [...] betrifft allein die begriffliche Ebene“. „[Subjektive Rechte] sind begrifflich Rechtsmacht [...] ihrem Zweck nach Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen“, siehe auch *Staudinger/Heinze* (2018), Einl. Sachenrecht Rn. 8.

<sup>65</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 14 Rn. 10.

<sup>66</sup> *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 382.

<sup>67</sup> *Wagner*, AcP 193 (1993), 319 (343); *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 382.

<sup>68</sup> Vgl. *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 14 Rn. 13; *Wagner*, AcP 193 (1993), 319 (343).

Konkretisierung über die Herausarbeitung von *Typen* erreicht.<sup>69</sup> Einer dieser Typen sind absolute Herrschaftsrechte.

Entsprechend müssen sich weiter gefasste Definitionen des subjektiven Rechts beim formalen Element auf sehr allgemeine Merkmale beschränken: *Löbl* ersetzt die Rechtsmacht durch die *Zuständigkeit zu einer bestimmten Person*.<sup>70</sup> Noch weiter begreift *E. Wolf* das subjektive Recht als „Zuständigkeit für eine Entscheidung“ im Rahmen rechtlicher Verhältnisse und betont, dass subjektive Rechte „individuelle“ Rechte seien.<sup>71</sup> Der Berechtigte müsse nicht wissen, dass er mit seiner Entscheidung für eine Handlung oder Unterlassung ein subjektives Recht ausübt; die Handlung sei rechtmäßig, solange sie dem Inhalt des subjektiven Rechts entspreche. Inhalt eines subjektiven Rechts sei daher „eine rechtliche Entscheidungsfreiheit“.<sup>72</sup>

*Larenz* hingegen sieht die entscheidende Abgrenzung des subjektiven Rechts in der *individuellen Zuweisung*, also dass jemandem der ein subjektives Recht hat, „etwas rechtens zukommt und zugewiesen ist“, ihm „gebührt“.<sup>73</sup> An anderer Stelle betont *Larenz* besonders die „privilegierte Stellung“ des subjektiv Berechtigten, dass er „rechtens etwas darf, was andere nicht dürfen“:

„Jedem subjektiven Recht kommt in irgendeiner Form *Ausnahmecharakter* zu.“<sup>74</sup>

M. E. treffen hier eine formale und eine materielle/normative Sichtweise aufeinander. *Larenz* kennzeichnet seine Beschreibung („etwas rechtens gebührt“) explizit als „der normativen Sphäre“ zugehörig. *E. Wolfs* Definition ist insofern tatsächlich klarer, allerdings nicht nur sehr weit gefasst, sondern von allen Zwecken befreit.

Die Kombinationstheorie eliminiert also die Schwächen von Willens- und Interessentheorie, erreicht aufgrund der Kombination aber nicht die Definitionsbreite, die eine rein materielle (also nach der Zuweisung von etwas definierte) Abgrenzung bietet. Beim formalen Element wiederum kann sie nur entweder in die eine oder die andere Richtung konkret werden – oder sie muss allgemein bleiben („Zuständigkeit“, „Rechtsmacht“, „privilegierte Stellung“).

<sup>69</sup> *Wagner*, AcP 193 (1993), 319 (343).

<sup>70</sup> „Die Zuständigkeit zu einer bestimmten Person ist es also, die dem subjektiven Recht gegenüber der objektiven Rechtsnorm seine begriffliche Eigenart verleiht. Subjektives Recht ist die zu einer bestimmten Person zuständig gedachte objektive Rechtsnorm.“, *Löbl*, AcP 129 (1928), 257 (293).

<sup>71</sup> „Rechtliches Verhältnis“ sei das Gattungs- und besagte Zuständigkeit das Artmerkmal subjektiver Rechte, *E. Wolf*, BGB AT, 106.

<sup>72</sup> *E. Wolf*, BGB AT, 107.

<sup>73</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 14 Rn. 15, 17; *E. Wolf*, BGB AT, 112 f. (scharfe Kritik angesichts des Wortes „etwas“; die Formel sei „inhaltsleer“; denn *E. Wolf* spricht dem Staat die Möglichkeit ab, subjektive Rechte zu *verleihen*; dies spreche diesem sonst „als metaphysischem Subjekt überweltliche Kräfte zu“, worauf auch seine Kritik an *Larenz* hinausläuft; ebd., 111, 113). Ähnlich wie *Larenz* etwa *Somló*, Juristische Grundlehre, 482 („Das *genus proximum* des subjektiven Rechts darf also weder als Wille, noch als Interesse, noch als Rechtssatz oder Norm bezeichnet werden, es ist vielmehr die Gewährung oder das Zuteilwerdenlassen, es ist also in einer besondern Intention der Rechtsnorm, die im Rechtsinhalte zum Ausdruck gelangt, zu suchen.“).

<sup>74</sup> *Larenz*, FS Sontis, 129 (138) [Hervorh. im Original]; siehe auch *Portmann*, Wesen und System, Rn. 65.

Wertvoller als den zahlreichen kombinierten Definitionen subjektiver Rechte eine weitere hinzuzufügen ist der Versuch, zu benennen, auf welche *Frage* diese Lehren antworten:

Die (kombinierten) Lehren vom subjektiven Recht beschreiben bzw. erklären, *wie* und zu welchem *Zweck* die Rechtsordnung Menschen subjektive Rechte einräumt. Dabei kann der Akzent stärker auf die formale („Mittel“) oder die materielle Seite („Zweck“) gelegt werden.

Die materielle Seite kann dabei alternativ auch mit der Frage erfasst werden, was die Rechtsordnung mit der Vergabe subjektiver Rechte *beabsichtigt*. Die gezeigten Theorien verengen diese Frage darauf, welche Interessen *zugunsten des Individuums* geschützt sind. Es liegt jedoch nahe, daneben auch volkswirtschaftliche, soziale oder andere übergeordnete Zwecke einzubeziehen, zu deren Erreichung subjektive Rechte aus Sicht des Staates nur eines von mehreren möglichen Instrumenten sind. Eine auf solch übergeordneter Ebene rangierende Theorie ist die *property rights theory*, die Verfügungsrechte (zu denen absolute Herrschaftsrechte wohl<sup>75</sup> zählen) als Mittel zur Internalisierung externer Effekte und damit als Mittel zu einer effizienten Ressourcenallokation versteht.<sup>76</sup>

#### 4. Typen subjektiver Rechte

Der problematischen Definition subjektiver Rechte entspricht es, dass in der Typenbildung keine Einigkeit darüber besteht, welche Rechtsverhältnisse einer Person im Einzelnen zu den subjektiven Rechten zählen.<sup>77</sup> Die Bandbreite ist groß.<sup>78</sup> Dabei werden in zunehmender Tiefe verschiedenste Unterteilungen der subjektiven Rechte vorgeschlagen: *Larenz*<sup>79</sup> widmet den aufgezählten neun „Arten subjektiver Rechte“ ein ganzes Kapitel; der Begriff gelte „für alle individuellen Berechtigungen“, darunter auch relative Rechte wie Forderungen.<sup>80</sup>

*Zitelmann*<sup>81</sup> fasst unter den Begriff des subjektiven Rechts „absolute Rechte“, „relative Rechte oder Obligationen“ und die „reinen Rechte des rechtlichen

<sup>75</sup> Die Frage, was Verfügungen sind und wie der Mechanismus der Rechteinräumung funktioniert, sowie weitere Fragen, die zur genaueren Beantwortung nötig sind, ob absolute Herrschaftsrechte identisch mit Verfügungsrechten im ökonomischen Sinne sind, sind Gegenstand dieser Arbeit.

<sup>76</sup> Siehe nur *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 90ff.; *Erlei/Leschke/Sauerland*, Institutionenökonomik, 284ff.

<sup>77</sup> Vgl. die Zuspitzung bei *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 168ff.: „Soll der an Vielfalt und Vagheit kaum zu übertreffende Ausdruck ‚(subjektives) Recht‘ für einige Positionen reserviert oder soll er in einem möglichst umfassenden Sinne gebraucht werden?“ (170).

<sup>78</sup> *Wagner*, AcP 193 (1993), 319 (343); *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, 149f. (der Begriff *subjektives Recht* sei „reichlich konturenlos“).

<sup>79</sup> Auf diesen geht die im Lehrbuch beibehaltene Typisierung zurück, vgl. *Larenz*, BGB AT, 1. Aufl. 1967, § 19 I.

<sup>80</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 15 Rn. 1. Aufgezählt werden: Absolute Herrschaftsrechte, Persönliche Familienrechte, Forderungsrechte, Ansprüche, Gestaltungsrechte, Anteils- und Mitgliedschaftsrechte, Erwerbsrechte und Teilhaberechte, ebd., § 15 *passim*.

<sup>81</sup> *Zitelmann*, BGB AT, 22f.

Könnens“, die unter anderem Gestaltungsrechte und die beschränkten dinglichen Rechte des BGB erfassen. *Enneccerus/Nipperdey* unterscheiden als „drei Formen, in denen das subjektive Recht in Erscheinung treten kann“ Beherrschungsrechte, Ansprüche und Gestaltungsrechte.<sup>82</sup> *Alexy* wiederum unterteilt auf einer noch tieferen Ebene subjektive Rechte in Ansprüche, Freiheiten und Kompetenzen.<sup>83</sup>

Die vorliegende Arbeit tritt nicht zur Klärung des Gesamtbegriffs subjektiver Rechte an. Es genügt die Feststellung, dass formale und materielle Seite (oder mit *v. Jhering* ein formales und ein substantielles Moment) zu unterscheiden sind, sowie der obige Abriss ihrer geschichtlichen Herkunft, auf den im Verlaufe der Arbeit zurückzukommen sein wird.

Die exemplarisch angeführten Unterteilungen verschiedener Typen subjektiver Rechte machen erneut deutlich, dass Beiträgen zu subjektiven Rechten häufig sehr unterschiedliche Fragestellungen bzw. Untersuchungsebenen zugrunde liegen. Bei der Diskussion ist daher besonderes Augenmerk auf die von den verschiedenen Ansichten verfolgten Untersuchungsziele zu legen.

### III. Zur Funktionsweise subjektiver Rechte

Der Diskussion über Herrschaftsrechte ist nach dem Gesagten eine Unterscheidung von drei Fragen voranzustellen, die die Problematik von Herrschaftsrechten als Untergruppe subjektiver Rechte etwas überschaubarer machen sollen:

#### 1. Der Aufbau von Herrschaftsrechten

*Frage 1:* Warum wird das Gut geschützt? Was ist der Grund, die Rechtfertigung dafür, dass die Rechtsordnung (i. d. R. durch den Gesetzgeber) ein Gut zugunsten eines Individuums schützt?<sup>84</sup> Antwort hierauf geben die Theorien des geistigen Eigentums (z. B. Persönlichkeitsschutz<sup>85</sup> oder ökonomische Ziele [Investitionsanreize, Förderung Substitutionswettbewerb etc.]).

*Frage 2:* Wie wird das Gut geschützt? Welcher Schutz wird dem Individuum an dem Gut zugestanden? Was ist die „rechtliche Funktion [der] Rechtseinrichtung“?<sup>86</sup> Antworten hierauf können sein eine negative und/oder positive Berechtigung, gesetzliche Vorgaben für Verträge oder teilverdinglichte Rechtspositionen. Die Auffassung des Rechts als „sozialtechnologische Disziplin“ setzt an dieser Stel-

<sup>82</sup> *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I/1, §72 I. 2. (431 f.) („Beherrschung, Anspruch, Gestaltungsbefugnis“), hierzu *Kasper*, Das subjektive Recht, 11 ff.

<sup>83</sup> Dies als „Basis der analytischen Theorie der Rechte“, *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 171 ff.

<sup>84</sup> Ähnlich *Schluep*: „Fragt man nach dem Grund der dem Subjekt zum Schutz seiner Interessen eingeräumten Rechte, so sucht man die Ausgangskräfte, die subjektive Rechte bewirken.“ [Hervorh. im Original], *Schluep*, Das Markenrecht als subjektives Recht, 279.

<sup>85</sup> I. d. S. die Antwort bei *Schluep*, „der innere Grund der Zuerkennung subjektiver Rechte“ sei die „rechtliche Anerkennung des Eigenwertes der Person und ihrer Entfaltungsmöglichkeiten“, *Schluep*, Das Markenrecht als subjektives Recht, 280.

<sup>86</sup> Vgl. *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, 347.

le die realwissenschaftliche Prüfung des Wirkungszusammenhangs an – ob also die betreffende Norm als *Mittel* wirksam den in der ersten Frage gesetzten Zweck umsetzt.<sup>87</sup>

*Frage 3:* Wie wird dieser Schutz rechtstechnisch/dogmatisch umgesetzt?<sup>88</sup> Anders als die zweite zielt die dritte Frage nicht auf das Ergebnis, sondern auf das Mittel des Schutzes, seine „rechtliche Struktur“<sup>89</sup>. Indem möglicherweise wenige universelle Mittel (welche das sind, ist Gegenstand der Forschungen zum Aufbau *aller* subjektiven Rechte) eingesetzt werden, werden Rechtspositionen geschaffen. Die wohl gängigste Antwort auf die dritte Frage lautet: durch Imperative in Form von Verbotssätzen.

Die erste Frage ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Wohl aber die beiden anderen. Während die dritte Frage auf die Normstrukturlehre abzielt, sind die erste und die zweite Frage teleologischer Natur. Was war der Grund für die Schaffung einer Norm (1.) und welcher Schutz/welche Wirkung sollte mit der Norm bewerkstelligt werden (2.)? Die Trennbarkeit der zweiten und dritten Frage zielt auf den „Zusammenhang zwischen den rechtlichen Funktionen einer Rechtseinrichtung und ihren rechtlichen Strukturen“.<sup>90</sup>

Der gezeigten Unübersichtlichkeit der Definitionsversuche subjektiver Rechte kann durch die Benennung der Fragestellungen ein Stück weit beigegeben werden. Die vorgeschlagenen Fragen finden sich z. B. in *Essers* Abgrenzung subjektiver Rechte (und damit auch subjektiver Herrschaftsrechte) wieder:

„Das subjektive Recht ist ein sozialgebundenes Bestimmungsrecht – und zwar über die zugeordneten Werte selbst (Genuß- und Verfügungsfunktion) wie über fremdes, die Zuweisung herstellendes (Durchsetzungsfunktion) oder störendes (Schutzfunktion) Verhalten“.<sup>91</sup>

Vor *Essers* Abgrenzung steht die Frage, warum die betreffenden Werte überhaupt zugewiesen werden (1.). Auf sie gibt die Definition selbst keine Antwort. Genuss- und Verfügungsfunktion zielen auf die Frage, in welchem Umfang bzw. in welcher Hinsicht die Wertzuweisung erfolgt (2.). Der Schwerpunkt liegt bei der Frage, wie die Zuweisung der Werte umgesetzt wird (2. und 3.) – Mittel der Zuweisung ist die Bestimmung über fremdes Verhalten, das die Zuweisung herstellt oder stört.

<sup>87</sup> Vgl. *Albert*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, 31; zur Kritik, *Hoerster*, Rechtstheorie 41 (2010), 13 (21 f.).

<sup>88</sup> Mit *Aicher* formuliert handelt es sich um „die Frage nach der Form des Schutzes als Bestandteil des subjektiven Rechts, nicht [...] [um] die Frage nach dem Geschützten“, *ders.*, Eigentum als subjektives Recht, 21; siehe auch die Entgegnung auf *Kasper*, ebd., 22.

<sup>89</sup> *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, 347.

<sup>90</sup> *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, 347 (Kritik an *Aichers* „rechtsformaler“ Theorie des Eigentums als subjektives Recht [1975]); *Fezer* verweist auf den geringen Erkenntniswert einer solchen Theorie, sowie deren den Errungenschaften der Neuzeit widersprechenden aktionsrechtlichen Orientierung, ebd., 348).

<sup>91</sup> *Esser*, Einführung, 158 [Hervorh. im Original].

## 2. Verschiedene Auffassungen der Imperativentheorie

Wie gezeigt wurde, wurzelt die Typenbildung subjektiver Rechte in der formalen Seite der Abgrenzung des subjektiven Rechts. In diesen Bereich gehört die im vorigen Punkt mit der dritten Frage angesprochene Problematik der Struktur subjektiver Rechte. Sie spielt für die Funktionsweise absoluter Herrschaftsrechte eine überragende Rolle, weshalb sie hier näher zu untersuchen ist. Die meistberufene Theorie der *Struktur* subjektiver Rechte ist die Imperativentheorie. Die Imperativentheorie hat verschiedene Facetten, deshalb wird sie nicht überall gleich dargestellt.

### a) Befehl und Zwang

*Bentham* und *Austin* betonen vor allem die Zwangsbewehrung und die Befehlsform des Rechts: „command, duty and sanction are inseparably connected terms“.<sup>92</sup> Aus diesem Blickwinkel stellt sich die Imperativentheorie vor allem als eine Theorie des *Geltungsanspruchs* des Rechts dar.<sup>93</sup> Logisch führt dies zurück zur Frage nach dem letzten Geltungsgrund von Recht, die *Kelsen* mit der bekannten Annahme der Grundnorm als letzte, höchste vorausgesetzte Norm beantwortet, deren Geltungsgrund nicht mehr in Frage gestellt werden kann.<sup>94</sup> Struktur und Gültigkeit von Rechtssätzen sind aber unterschiedliche Fragen<sup>95</sup> die allzu leicht vermengt werden.

### b) Vollständige und unvollständige Rechtssätze

*Normstrukturell* geht die Imperativentheorie von einer Rückführbarkeit aller Rechtsnormen auf Befehle in Form von Geboten oder Verboten aus<sup>96</sup> – jeder vollständige Rechtssatz müsste demnach ein solches enthalten.<sup>97</sup> Unvollständig sind

<sup>92</sup> *Austin*, Lectures, 91. Grundlegend *Bentham*, Of Laws in General, 1: „A law may be defined as an assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted by the *sovereign* in a state, concerning the conduct to be observed in a certain *case* by a certain person or class of persons, who in the case in question are or are supposed to be subject of his power [...]“.

<sup>93</sup> So etwa *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Rn. 102 ff.

<sup>94</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 196 ff.

<sup>95</sup> Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, 253.

<sup>96</sup> Vgl. *Bentham*, Theory of Legislation, 267 (hierzu *Marschelke*, Jeremy Bentham – Philosophie und Recht, 72 ff., der einschränkend anmerkt, dass *Bentham* auch nicht-befehlenden Gesetzen [„counter-commands“] den Status von Gesetzen zuerkannt [S. 78] und insgesamt eine spürbar gemäßigte Imperativentheorie vertreten habe [81 f.]); *Austin*, Province, 21, 25 f.; *ders.*, Lectures, 90; v. *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III/1, 330 f.; *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 27 ff.; *Zitelmann*, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 44; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 148. Schon *Hobbes* benennt ausdrücklich den Befehlscharakter des Gesetzes, *Hobbes*, Leviathan, 26. Kap. „Von den bürgerlichen Gesetzen“, 228, 231, 232, 234; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 48 („Die eigentlichen Sinnträger der Rechtsordnung sind die aus den grammatischen Sätzen des Gesetzbuches herauspräparierten und herauskonstruierten Verbote und Gebote an die Rechtsunterworfenen, zu denen übrigens auch die Staatsorgane zu zählen sind.“).

<sup>97</sup> *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 46 ff.; Instrukтив *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 230–234; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 148 f.

damit all die Rechtssätze, die kein Ge- oder Verbot enthalten.<sup>98</sup> Aus dieser Annahme entwickelt *Larenz* seine Kritik an der Imperativtheorie. Vor allem müssten *Ermächtigungsnormen* (z. B. die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Vollmacht) als unvollständiger Rechtssatz verstanden werden,<sup>99</sup> was die Gegenseite auch bejaht, aber für weniger problematisch hält.<sup>100</sup> Es ist also Ansichtssache, wie nützlich man eine solche Theorie findet.<sup>101</sup> Eine Alternative ist die insbesondere von *H. L. A. Hart* vorgeschlagene Unterscheidung zwischen primären Regeln, die Pflichten setzen und sekundären Ermächtigungsnormen,<sup>102</sup> die primäre Regeln hervorbringen oder abändern.<sup>103</sup> Ganz ähnlich ist der Ansatz, Ermächtigungsnormen als „Delegationsstufen“ im Stufenbau der Rechtsordnung zu verstehen.<sup>104</sup>

### c) Präskriptive (regulative) und konstitutive Regeln

Weiter nimmt die Imperativtheorie an, dass die Rechtsordnung ausschließlich aus Normen handlungsanleitenden Charakters besteht, i. e. aus *präskriptiven* Normen.<sup>105</sup> Um die Unterscheidung präskriptiver und konstitutiver Regeln zu verstehen, die später noch einmal wichtig wird, ist hier ein kurzer Überblick voranzustellen:

*Regulative/präskripte Regeln*<sup>106</sup> sind Regeln, „die bereits bestehende oder unabhängig von ihnen existierende Verhaltensformen regeln“, sie regeln „eine Tätigkeit, deren Vorhandensein von den Regeln logisch unabhängig ist“.<sup>107</sup> Ihr Bezugspunkt sind „rohe Tatsachen“, also Tatsachen, die „unabhängig von allen menschlichen Institutionen“ existieren – z. B. regelt das Rechtsfahrgebot nur die schon vorher bestehende Tätigkeit des Fahrens,<sup>108</sup> oder die (ungeschriebene) Regel, zu Einladungen nicht zu früh zu kommen. Entsprechend „dienen regulative Regeln häufig als Grundlage für die Bewertung von Verhaltensweisen“.<sup>109</sup>

<sup>98</sup> Vgl. *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 230; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 148.

<sup>99</sup> *Larenz*, Methodenlehre, 253 ff.

<sup>100</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 148d („Ermächtigungsnormen können also – mit einigem Argumentationsaufwand – als Gebotsnormen verstanden werden“).

<sup>101</sup> Zum Erklärungswert der Imperativtheorie siehe unten 8. Der Erkenntniseinwand gegen die Imperativtheorie.

<sup>102</sup> „Rules of the first type concern actions involving physical movement or changes; rules of the second type confer powers, public or private“, *Hart*, The Concept of Law, 27 ff., 81.

<sup>103</sup> „[T]hey provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations.“, *Hart*, The Concept of Law, 81.

<sup>104</sup> *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht, 51 (dort Fn. 33); mit der Bezeichnung subjektiver Rechte als „Delegationssachverhalt“ meint *Bucher* aber etwas anderes, *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 56.

<sup>105</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 148.

<sup>106</sup> *Rüthers* nennt sie „präskriptive Normen“, *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 148b.

<sup>107</sup> *Searle*, Sprechakte, 54 f.

<sup>108</sup> *Searle*, Konstruktion, 37 f.

<sup>109</sup> *Searle*, Sprechakte, 58.

*Konstitutive Regeln* dagegen

„regeln nicht nur, sondern erzeugen oder prägen auch neue Formen des Verhaltens. Die Regeln für Fußball oder Schach zum Beispiel regeln nicht bloß das Fußball- oder Schachspiel, sondern sie schaffen überhaupt erst die Möglichkeit, solche Spiele zu spielen. Die Handlungen beim Fußball- oder Schachspiel sind dadurch konstituiert, daß sie in Übereinstimmung mit (zumindest dem größten Teil der) entsprechenden Regeln ausgeführt werden.“<sup>110</sup>

Dass eine bestimmte physische Bewegung beim American Football als die Handlung *zählt*, einen Touchdown zu erzielen, existiert nur dank der Football-Regeln:<sup>111</sup>

„The distinction is a distinction between those rules which create the possibility of new forms of activity and those rules which regulate preexisting forms of activity.“<sup>112</sup>

Sie „gehören zur Definition („Konstitution“) einer Handlung, die dann ‚per definitionem‘ diesen Regeln gehorchen muß“, sie machen die „konstituierte Handlung“ erst möglich.<sup>113</sup>

Regulative Regeln stehen konstitutiven Regeln „als explizit vereinbarte oder implizit befolgte Einschränkungen bereits konstituierter Handlungen gegenüber“, sie „schreiben für bestimmte Situationen ein bestimmtes Handeln vor“,<sup>114</sup> z. B. bezieht sich das Verbot, sonntags Bäume zu fällen, auf die Existenz von Bäumen. Genauso können sie ein durch konstitutive Regeln erzeugtes Verhalten betreffen, wie z. B. das Verbot, sonntags Fußball zu spielen.

Die Imperativtheorie vertritt nun, dass konstitutive Normen letztlich auf handlungsanleitende (*präskriptive*) Normen zurückführbar sind, sich mithin die gesamte Rechtsordnung „theoretisch“ mit den Mitteln der Logik vollständig als besagtes System von Pflichten beschreiben lässt.<sup>115</sup> Theoretisch könne man die Rechtsordnung „vollständig als ein System von Pflichten beschreiben“.<sup>116</sup>

d) *Keine Verneinung überpositiver Normen*

Der Rechtspositivismus – als Überbegriff für Positionen, nach denen jedes staatliche Recht unabhängig von seinem Inhalt Gültigkeit hat<sup>117</sup> – ist dem Vorwurf der Verneinung vor- oder überpositiver Normen als rechtsinterne, d. h. rechtlich ver-

<sup>110</sup> Bis hier *Searle*, Sprechakte, 54f.

<sup>111</sup> *Searle*, Philosophy and Phenomenological Research 57 (1997), 449 (456).

<sup>112</sup> *Searle*, Philosophy and Phenomenological Research 57 (1997), 449 (455).

<sup>113</sup> Mittelstraß/*Kambartell/Jantschek*, Bd. 3, „Regel“ (1).

<sup>114</sup> Mittelstraß/*Kambartell/Jantschek*, Bd. 3, „Regel“ (1).

<sup>115</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 148b f.; so wohl auch *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 47 (dort auch Fn. 15).

<sup>116</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 148d; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 47; *Austin*, Province, 21 („laws are a species of commands“), 29 („every law, really conferring a right, imposes expressly or tacitly a relative duty, or a duty correlating with the right“).

<sup>117</sup> Siehe etwa *Kelsen*, der die Rechtsgeltung von der Weise der *Normerzeugung* abhängig macht: „Eine Rechtsnorm gilt [...] weil sie in einer bestimmten [...] Weise erzeugt ist. Darum und

bindliche Kriterien ausgesetzt.<sup>118</sup> Dies begünstige unrechtes Recht<sup>119</sup> bis zur Befolgung von *lex corrupta*.<sup>120</sup> Inwiefern der Vorwurf gerechtfertigt ist,<sup>121</sup> sei an dieser Stelle dahingestellt. Er könnte jedenfalls auch die dem Rechtspositivismus nahestehende Imperativentheorie treffen.<sup>122</sup>

Dazu ist klarzustellen, dass die Imperativentheorie zwar als Theorie und auch Instrument des Rechtspositivismus zu verstehen ist, da ihr größter Nutzen in der Erklärung des Zusammenwirkens eines Systems streng positivrechtlicher Normen liegt. Das Eliminieren überpositiver Wertungen und eine möglichst große Geschlossenheit der Rechtsordnung<sup>123</sup> verstärken dabei ihre Stringenz. – Vom Erklärungsausschnitt her sagt sie aber nichts über die Frage aus, auf welchem Geltungsgrund positives Recht beruht. Grundsätzlich ließe sich die Imperativentheorie auch auf ein System naturrechtlicher Rechtssätze anwenden, beispielsweise könnten das Regelsystem einer Religion mit der Imperativentheorie dargestellt werden. Gewissermaßen ist die Imperativentheorie für die Frage der *Geltung* überpositiver Normen nicht *zuständig*.

#### e) Der Reiz der Imperativentheorie

Der Reiz der Imperativentheorie liegt in dem Versprechen, das geltende Recht als logisch geschlossenes System korrespondierender Rechte und Pflichten darstellen zu können,<sup>124</sup> was eine gewisse Mathematisierbarkeit zur Folge hat – aus den gesetzlichen Vorschriften ließe sich bei hinreichender Bestimmtheit allein mit logischen Mitteln ein konkreter Befehl an den Richter ableiten. *Keuth* demonstriert am Beispiel eines Falles zu § 985 BGB, wie aus unvollständigen Rechtssätzen für den Einzelfall vollständige Rechtssätze konstruiert werden können:

Dafür wird § 985 BGB zunächst in einen Konditionalsatz umformuliert,<sup>125</sup> dessen Voraussetzungen durch die Einführung immer neuer Prädikate in Symbolsprache übersetzt werden. Für eine enge Fallgruppe lässt sich dann ein *vollständiger* Rechtssatz konstruieren, der „kein Prädikat enthält, das sich in irgendeiner Weise auf das subjektive Recht Eigentum“ bezieht.<sup>126</sup> Hierzu werden die Prädikate soweit substituiert, bis nur noch der Eigentümerwerb übrig bleibt, der durch die Implikationen des betreffenden Erwerbstatbestandes (hier § 950 BGB) ersetzt wird, welcher dem Eigentümerwerb zwar nicht äquivalent ist, ihn aber

nur darum gehört sie zu der Rechtsordnung, deren Normen dieser Grundnorm gemäß erzeugt sind. Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein.“, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 200f.

<sup>118</sup> Gniffke/Herold/Mohr, Philosophie – Problemfelder und Disziplinen, 35 (53 f.); Honsell/Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, 14 ff.; siehe dazu auch Hoerster, Was ist Recht?, 44 ff.

<sup>119</sup> Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. 1, 145 (zur Differenzierung zwischen der Beurteilung als „Missrecht“ und als „Nicht-Recht“).

<sup>120</sup> Vgl. nur Radbruch, SJZ 1946, 105; R. Dreier, NJW 1986, 890 (891).

<sup>121</sup> Siehe etwa zur Frage, ob der Rechtspositivismus die deutschen Juristen im NS-Regime wehrlos gemacht habe, Deiseroth, Betrifft JUSTIZ 113 (3/2013), 5.

<sup>122</sup> So wohl Kunz/Mona, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Rn. 160.

<sup>123</sup> Vgl. Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, 79.

<sup>124</sup> Vgl. Rütbers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 148d.

<sup>125</sup> Keuth, Zur Logik der Normen, 48 ff.

<sup>126</sup> Keuth, Zur Logik der Normen, 75 f.

„material impliziert“. <sup>127</sup> So könne das gesamte Eigentumsrecht kodifiziert werden, ohne von der Entität Eigentum ausgehen zu müssen, die eingeschobenen Rechtssätze dienen so (nur) der ökonomischeren Darstellung. <sup>128</sup> Die Nähe zu *Ross* (subjektives Recht als semantische Verknüpfung) <sup>129</sup> ist unverkennbar, auf den sich *Keuth* auch mehrfach bezieht. <sup>130</sup> Rechtsfolge sei eine Urteilsanweisung an den zuständigen Richter, weshalb alle vollständigen Rechtssätze „als generelle konditionalisierte an den Richter adressierte Imperative formuliert werden“ könnten. <sup>131</sup>

Entsprechend interessant ist die Imperativentheorie für die vorliegende Untersuchung der Struktur und Funktionsweise absoluter Herrschaftsrechte, weil ihre strenge Logik ein gewisses Maß an Einheitlichkeit verspricht. Sie wirft dort aber ein zentrales Problem auf: Wenn logisch allein Ge- und Verbote zur Verfügung stehen, ist es schwierig zu erklären, welche Bedeutung die Erlaubnis/Befugnis bzw. das Dürfen – kurz jenes Element von Herrschaftsrechten hat, das die meisten Menschen intuitiv und vorrangig mit demselben verbinden und das eng mit der „positiven Seite“ absoluter Herrschaftsrechte (s. etwa § 903 S. 1 BGB: „mit der Sache nach Belieben verfahren“) assoziiert ist. Ob dieses Problem aber überhaupt ein Problem ist, hängt von der verfolgten Fragestellung ab.

### 3. Die Imperativentheorie in der Weiterentwicklung Buchers

Die Imperativentheorie erfuhr eine vielbeachtete und häufig kritisierte Weiterentwicklung durch *Bucher*, nach dessen zentraler These das Recht im subjektiven Sinn eine „dem Berechtigten von der Rechtsordnung verliehene Normsetzungsbefugnis“ ist. <sup>132</sup> Der Erwerber eines Rechts erhalte vom Veräußerer eine Befugnis zur Normsetzung im bestimmten Rahmen.

Beispiel: Erwirbt ein Filmhersteller vom Urheber die Lizenz zur Verfilmung seines Romans (und zur Vermarktung des Filmwerks), erhält er nach *Buchers* Theorie grob gesagt die Befugnis, verbindliche *Sollens-Normen* hinsichtlich des Filmwerks in den vereinbarten Grenzen (räumlich, zeitlich, Nutzungsart etc.) *setzen zu dürfen*.

*Bucher* sieht die Funktion subjektiver Rechte in der Subjektivierung der rechtlichen Verhältnisse, also darin, die rechtlichen Verhältnisse „in Abhängigkeit von der Entscheidung des Trägers der subjektiven Rechte zu stellen“. <sup>133</sup> Die Bedeutung subjektiver Rechte liege in ihrer, dem Berechtigten anheimgestellten Flexibilität

<sup>127</sup> *Keuth*, Zur Logik der Normen, 15, 72 ff.

<sup>128</sup> *Keuth*, Zur Logik der Normen, 81.

<sup>129</sup> *Ross* versteht Rechte lediglich als eine Art *Bindeglied* zwischen Tatbestand und Rechtsfolge: „It will be clear from this that the ‚ownership‘ inserted between the conditional facts and the conditioned consequences is in reality a meaningless word [...]“. „Words like ‚ownership‘, ‚claim‘ and others, when used in legal language [...] are words without any semantic reference [...]“, *Ross*, *Scandinavian Studies in Law* 1 (1957), 138 (148 f.).

<sup>130</sup> *Keuth*, Zur Logik der Normen, 12 f.

<sup>131</sup> *Keuth*, Zur Logik der Normen, 21.

<sup>132</sup> *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 55; *ders.*, AcP 186 (1986), 1 (16 f.).

<sup>133</sup> *Bucher*, AcP 186 (1986), 1 (15).

bezüglich ihres Inhalts, ihrer Geltendmachung sowie des besseren Zugangs zu den auf ihre Missachtung stehenden Sanktionen.<sup>134</sup>

Vorliegend interessiert besonders die Bedeutung einer Normsetzungsbefugnis für absolute Rechte. *Bucher* zieht die – nach seinem Ansatz logische – Konsequenz, dass sich deren normativer Gehalt „in der Befugnis des Berechtigten, [...] Unterlassungspflichten zu statuieren, erschöpft“ und die Sachbeherrschung lediglich Motiv für diese Normsetzungsbefugnis ist, zumal Sachen nicht Adressaten, sondern nur *Beziehungspunkte* von Normen sein könnten.<sup>135</sup>

An dieser Stelle kommt der Begriff der positiven Zuweisung ins Spiel, da laut *Bucher* – der der Zuweisung nur Motivcharakter beimisst – die Freiheit im Verfahren mit der Sache nur „Folge des negativen Umstandes“ ist, dass dem Eigentümer keine Rechtsnormen den Sachgebrauch versagen.<sup>136</sup> Wie bereits angedeutet wurde und unten<sup>137</sup> auszuführen sein wird, ist diese Verneinung einer eigenständigen positiven Befugnis, eines normlogischen Dürfens-Elements charakteristisch für die Imperativtheorie. „Erlaubtheit“ stellt ihr zufolge keine Norm, sondern „die Negation einer Norm, die Bezeichnung eines rechtsfreien, da normativ nicht geregelten Bereiches dar [...]“.<sup>138</sup> Dieser geschlossene Rechte-Pflichten-Kreis ist zentral: immer da, wo Rechte zugesprochen werden, werden einer anderen Person Pflichten auferlegt.<sup>139</sup>

*Bucher* kritisiert in der Betrachtung absoluter Rechte eine wechselnde Betonung des „Zwecks der absoluten Rechte [...] dem Berechtigten den Genuß einer Sache zu verschaffen“ und des „normativen Elements“ als „Möglichkeit des Berechtigten, alle übrigen Rechtsgenossen von der Sache auszuschließen“.<sup>140</sup> Er führt dies zurück auf die Verschiedenheit des Untersuchungsgegenstandes, je nachdem ob normativer Gehalt oder Normzweck im Mittelpunkt standen und tritt für die strikte Trennung des *Zwecks* der Verleihung absoluter Rechte von der zur Umsetzung verwendeten normativen *Mittel* ein.<sup>141</sup>

Entsprechend seiner Idee der Normsetzungsbefugnis bestimmt sich für *Bucher* der Inhalt eines absoluten Rechts nur nach Umfang und Intensität des Unterlassungsanspruchs.<sup>142</sup> Die Verleihung subjektiver Rechte sieht er nicht als eine von Imperativen unterschiedliche Ermächtigung, sondern konsequent als „Delegati-

<sup>134</sup> *Bucher*, AcP 186 (1986), 1 (15f.).

<sup>135</sup> *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 153; siehe auch zur Relationalität subjektiver Rechte unten § 2 A. Einführung.

<sup>136</sup> *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 153.

<sup>137</sup> Siehe unten 4. Schwächen der Imperativtheorie.

<sup>138</sup> *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 52.

<sup>139</sup> Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 148d; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 234.

<sup>140</sup> *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 152.

<sup>141</sup> *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 153; ähnlich *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht, 53 f. (verneint, wie *Bucher*, ein normlogisches Dürfens-Element, was er gleichfalls auf eine unzulässige, weil Missverständnissen Vorschub leistende Vermischung von Zweck und normativem Mittel zurückführe).

<sup>142</sup> *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 156 f.

onssachverhalt“. Das subjektive Recht sei nichts anderes als „die unterste Stufe in der Delegationshierarchie der Rechtserzeugung“.<sup>143</sup>

#### 4. Schwächen der Imperiventheorie

Dies führt zu einer konstruktiven Schwierigkeit, *Bucher* tritt nämlich für die einer normativen Darstellung (also durch objektive und subjektive Rechte) vorzuziehende aktionenrechtliche Darstellung des Privatrechts ein.<sup>144</sup> Letztlich bedeutet dies eine noch weiter gehende Subjektivierung der rechtlichen Verhältnisse insofern die durch das „Vorliegen der Gefährdung von Drittinteressen bedingte Geltung“ in den Mittelpunkt gerückt werden soll.<sup>145</sup>

Auch hier ließe sich daher die gelegentliche Polemik hinsichtlich erst durch Ansprüche lebendig werdender Imperative anführen:

„Der glückliche Eigenthümer, der gestorben ist, ohne daß ihn jemand in seinem Eigenthume angegriffen hätte – er ist nie Inhaber eines Eigenthumsrechtes gewesen [...]“.<sup>146</sup>

Auch *J. Schmidt* wendet ein, dass die Möglichkeit der Geltendmachung des Verbots in der Norm selbst schon beschlossen liegt, mithin deshalb gilt, weil sie Norm ist und nicht, weil sie „von dem ‚Berechtigten‘ geltend gemacht wird“.<sup>147</sup> Die Berechtigung sei mit der Möglichkeit, die Verbotsnorm geltend zu machen, nicht im klassischen Sinne definiert (und damit nicht hinreichend gegenüber dem Verbot abgegrenzt – es fehle das *genus proximum*), da die Berechtigung gerade in der „Ausschließlichkeit der gewährten Freiheit“ zu erblicken sei.<sup>148</sup>

*Kelsen* löst dieses Problem der mangelnden Abgrenzbarkeit von Verhaltensvorschrift und Berechtigung, indem er den Rechtssatz als Statuierung einer doppelten Pflicht begreift – „nämlich einerseits die eines Untertanen zu einem pflichtgemäßen Verhalten, andererseits die des Staates, mangels dieses pflichtmäßigen Verhaltens eine Unrechtsfolge zu verhängen“.<sup>149</sup> In Kritik des aktionenrechtlichen Denkens (bzgl. der Imperiventheorie *Thons*)<sup>150</sup> formuliert er daher:

<sup>143</sup> *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 56.

<sup>144</sup> *Bucher*, AcP 186 (1986), 1 (15f.). Auch *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 160 (stellt fest, dass nur der Rechtsanspruch das „wahrhaft ‚subjektive Recht‘“ sei, „denn nur er, nicht was der Sprachgebrauch sonst noch als ‚Recht einer Person‘ bezeichnet, ist selbst durch und durch positives Recht“).

<sup>145</sup> *Bucher*, AcP 186 (1986), 1 (14).

<sup>146</sup> *Binding*, Krit. Vierteljahresschrift 21 (1879), 542 (566).

<sup>147</sup> *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 18f. (Nr. 2.0201); zustimmend *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht, 49.

<sup>148</sup> *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 18f. (Nr. 2.0201); hierzu *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht, 47 ff.

<sup>149</sup> *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 620; *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht, 50; *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Rn. 102.

<sup>150</sup> *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht, 1878.

„Das subjektive Recht ist [...] der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Verfügung die Realisierung des im Rechtssatze ausgesprochenen Willens des Staates zur Unrechtsfolge abhängig gemacht ist.“<sup>151</sup>

Dieser Definition wurde aber vorgehalten, „den Begriff des subjektiven Rechts wieder auf den mit einem Klageanspruch verknüpften Erfüllungsanspruch“ zu beschränken und dass „Verfügung“ nichts anderes als der irgend geäußerte Wille, mithin kein wirklicher Unterschied zur Willenstheorie vorhanden sei.<sup>152</sup> Man wird daher zugestehen müssen, dass die Imperativtheorie in der gewährenden Mitte des subjektiven Rechts einen *Hohlraum* lässt.

Dies gilt aber nur bei rein formaler Betrachtung. Ein weiterer Punkt, der gegen *Bucher* und grundsätzlich gegen die Imperativtheorie angeführt wird, ist nämlich die schon angesprochene Ableitung des „Dürfens“ aus einer nicht auf die Norm zurückführbaren Freiheitsvermutung. Vom Ansatz des Befehls her die Verbindung zur rechtsinhaltlichen Ebene herzustellen, könnte (nicht nur, aber) insbesondere bei absoluten Rechten zu Problemen führen.<sup>153</sup> Vorweggreifend kann hier schon festgehalten werden: Der *rechtliche* Hohlraum ist ein *tatsächlicher* Freiraum.

*Kasper* wendet gegen *Bucher* ein, dass wenn man „die ‚Variabilität‘ des individuellen (einseitigen) Normsetzungswillens“ nicht stark beschränke, nicht mehr Recht, sondern die Willkür von Einzelnen herrsche.<sup>154</sup> Überdies stellt er unter Verweis auf die prozessrechtliche Durchsetzung fest, dass ein solcher Ansatz, der auf erst über Einzelbefehle individuell-konkret werdende statt fertig formulierte generell-abstrakte Normen abstelle, im aktionenrechtlichen Denken münde,<sup>155</sup> das *Bucher* wie gesagt auch vertritt.<sup>156</sup>

Zusammenfassend wirft die Imperativtheorie konstruktiv also folgende Bedenken auf: Sie ist auf ein stark prozessual geprägtes Denken verwiesen, so dass sich die positiven Befugnisse des Berechtigten nur in der Verteidigung des Gutes abzuzeichnen scheinen, weshalb deren Wahrnehmbarkeit zu einem Gutteil vom Willen des Berechtigten abhängt. Die Berechtigung lässt sich nur anhand des aufgezeigten Kunstgriffs *Kelsens* greifbar machen, der aber bereits eine deutlich abgewandelte Form der Imperativtheorie vertritt.

---

<sup>151</sup> *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 625.

<sup>152</sup> *Somló*, Juristische Grundlehre, 480f.

<sup>153</sup> *Schapp*, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, 55ff., 111f., der (für das Sacheigentum) in den Ausschließungsbefugnissen des Eigentümers ein „Abgrenzungskriterium“ sieht, „das für den Fall einer Störung des Eigentums die Annahme eines Rechtsverhältnisses zwischen Eigentümer und Störer ermöglicht, aus dem dann Abwehransprüche des Eigentümers fließen“, *ders.*, AcP 192 (1992), 355 (378).

<sup>154</sup> *Kasper*, Das subjektive Recht, 151; so auch *Schapp*, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, 93.

<sup>155</sup> *Kasper*, Das subjektive Recht, 151.

<sup>156</sup> Vgl. *Buchers* Beitrag „Für mehr Aktionendenken“, AcP 186 (1986), 1ff. (siehe oben). In diesem Sinne auch *Thon*, der vom Anspruch als der „Macht zur Wachrufung der Imperative, welche dem Richter Rechtshilfe zu leisten befehlen“ spricht, *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht, 229.

## 5. Zur Eigenständigkeit des Dürfens

Befriedigend scheint die Imperativentheorie und auch die Lösung *Kelsens* für eine Betrachtung absoluter Herrschaftsrechte an Sachen und Immaterialgütern, die typischerweise von irgendwem gehabt und genutzt werden sollen, nicht zu sein, da sie dem „Dürfen“ nur den Platz eines Reflexes belässt.<sup>157</sup> Die Frage nach der normstrukturellen Konzeption des Dürfens verdient daher Aufmerksamkeit:

Zum „Dürfen“ als *eigenständige Kategorie* führte *Thon* aus: „Der Genuss des rechtlich geschützten Guts gehört niemals zu dem Inhalte des Rechts.“<sup>158</sup> „Rechtlich Geschütztes“<sup>159</sup> muss diese Lehre aus Sicht ihrer Kritiker daher als „Loch im Zentrum des Normenkreises“<sup>160</sup> begreifen.

In der Tat stellt die Imperativentheorie das Verbot als das Wesentliche in den Vordergrund und versteht die Erlaubnis, das Dürfen, als erwünschten Reflex. Besonders prägnant unterscheidet etwa *Bierling*, dass bei einer ausschließlichen Erlaubnis wie dem Sacheigentum das an alle Rechtsgenossen gerichtete Verbot „die Hauptsache, [...] das sachlich Ursprüngliche“ sei und nicht die Erlaubnis.<sup>161</sup> Vielmehr sei es Zweck der Ausschlussansprüche, dem Anspruchsinhaber die Vorteile des Dürfens zu sichern.<sup>162</sup>

Ist das „Dürfen“ nach der Imperativentheorie damit nur ein Verbotsreflex, so scheint aus ihm auch stets auf eine Verbotungsmacht des Berechtigten zurückgeschlossen werden zu dürfen.<sup>163</sup> Dieser Ansicht tritt indes die wirkmächtige Lehre *Hobfelds* entgegen.

a) *Hobfeld* – das *privilege* als *Dürfen*

*Hobfeld* entwarf folgende Konzeption rechtlicher Relationen:

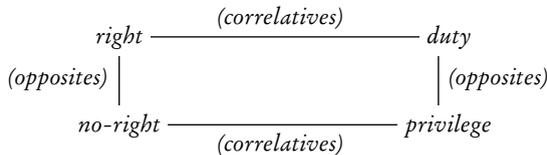


Abb. 1: *Hobfelds* Konzeption rechtlicher Relationen

<sup>157</sup> Siehe etwa *Kobler*, Autorrecht, 2f.

<sup>158</sup> *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht, 288.

<sup>159</sup> *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht, 53.

<sup>160</sup> *Binding*, Krit. Vierteljahresschrift 21 (1879), 542 (563).

<sup>161</sup> *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 95 f.

<sup>162</sup> *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 164.

<sup>163</sup> So z. B. *Kraßer*, dem zufolge die imperativische Betrachtungsweise vernachlässigt, dass die Zuordnung eines Gegenstandes zu einer Person auf der rechtlichen Anerkennung von Interessen des Begünstigten an dem betreffenden Gegenstand beruht: „Die Ausschlußwirkung ist [...] notwendig mitgedacht; anderenfalls erschiene die Zuordnung nur als Erlaubnis, als bloße Bestätigung der allgemeinen Handlungsfreiheit bezüglich des Gegenstandes.“, *Kraßer*, GRUR Int. 1973, 230 (230).

Er spricht sich dafür aus, nicht bloß zwischen den korrelierenden Begriffen Recht (*right*) und Pflicht (*duty*) zu unterscheiden<sup>164</sup> – als Recht werde auch bezeichnet, was in Wirklichkeit nur eine Begünstigung (*privilege*) sei.<sup>165</sup> So habe der Landeigentümer nicht nur gegenüber einem jeden das *Recht*, diesem das Betreten seines Grundstücks zu verbieten, er selbst ist in der begünstigten Position (*privilege*) es selbst betreten zu *dürfen*.<sup>166</sup> Man könnte das *privilege* m. E. parallel zu den Gegensätzen *right* und *no-right* auch als *no-duty*, also als Zustand der Pflichtenfreiheit verstehen.

Als *Hobfelds* eigentliche Leistung gilt der Nachweis, dass sich aus bloßer Freiheit kein Recht herleiten lässt, sondern dass Freiheit gesetzlicher Grenzen bedarf und sich deshalb die Rechtsordnung nicht als lückenloses System subjektiver Rechte und Pflichten<sup>167</sup> interpretieren lässt<sup>168</sup> (was die reine Imperativtheorie aber wie gesagt unterstellt). Dem Recht des einen entspreche zwar die Pflicht des anderen, das Gegenteil des Rechts sei aber das Nicht-Recht:

Beispiel: Der Eigentümer A einer Wiese hat das Recht, dem Nicht-Eigentümer B deren Betreten zu verbieten. B hat die Pflicht, dem Folge zu leisten. Auf der Wiese Fußball zu spielen ist aber die Freiheit und nicht das Recht (*right*) des A, das *privilege*. Hiermit korreliert das Nicht-Recht des B, nicht auf der Wiese Fußball spielen zu dürfen. Genauso hat B kein Recht (= ein Nicht-Recht) gegen A, diesem zu verbieten, ihm die Sonne zu nehmen oder ihm durch die Freude am Fußballspielen die Laune zu verderben. Das Recht-Pflicht-System der gegenläufigen Ansicht kann die Freiheiten des A und die Nicht-Rechte (*no-rights*) des B nicht sinnvoll integrieren.

Eingewandt wurde gegen die Vorstellung, dass *right* und *duty* bzw. *privilege* und *no-right* miteinander korrelierten, dass es sich um keine Korrelation im Wortsinne, sondern vielmehr um zwei sich vollkommen entsprechende Aussagen zu ein und derselben Sache handele („two absolutely equivalent statements of the same thing“).<sup>169</sup>

<sup>164</sup> *Austin*, *Province*, 25 f.; *Bierling*, *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. 1, 169 („Rechtspflicht ist das einzige und vollständige Korrelat des Rechtsanspruchs“).

<sup>165</sup> *Hobfeld*, *Yale L. J.* 23 (1913), 16 (33). Kritisch hinsichtlich dieses Ansatzes als normlogische Theorie, *Kasper*, *Das subjektive Recht*, 155 ff.

<sup>166</sup> *Hobfeld*, *Yale L. J.* 23 (1913), 16 (33).

<sup>167</sup> So aber *Bentham*, *Theory of Legislation*, 93: „In the nature of things, the law cannot grant a benefit to one without imposing, at the same time, some burden upon another; or, in other words, it is not possible to create a right in favour of one, except by creating a corresponding obligation imposed upon another. How confer upon me the right of property in a piece of land? By imposing upon all others an obligation not to touch its produce. How confer upon me a right of command? By imposing upon a district, or a number of persons, the obligation to obey me.“

<sup>168</sup> *Singer*, *Wisc. L. R.*, 975 (1026 f.) verweist auf *Hobfelds* Feststellung des „no-right“, mit dem sich die Fälle der *damnum absque injuria* (= „damage against which the victim has no protection and no redress“, S. 1012) theoretisch einbeziehen ließen. Also Fälle, in denen die Ausübung der Freiheit des einen zu handeln oder nicht zu handeln zwar einen anderen stört (*violate*), diesem aber keine rechtliche Handhabe gegeben ist, wie etwa bei der Errichtung eines Hauses, dass dem Nachbarn den Blick versperrt. Siehe auch *Auer*, *AcP* 208 (2008), 584 (585 f.) (zeigt anhand *Hobfelds* Konzept Fehler im kantischen Rechtsbegriff auf, in dem die Pflichtgebundenheit des Rechts eine „Systemnotwendigkeit“ sei, S. 625).

<sup>169</sup> *Radin*, *Harvard L. R.* 51 (1938), 1141 (1149 f.) führt aus, dass die Aussage „A wurde durch

Offenbar geht gerade hieraus auch die Vorstellung eines geschlossenen Rechte-Pflichten-Systems hervor. Recht und Pflicht sind eins – wo kein Recht, da keine Pflicht. Soweit sich die Betrachtung auf die Frage beschränkt, welche Rechte und Pflichten Parteien gegeneinander haben, trifft die Geschlossenheit zu. Was *Hobfeld* hiervon abhebt, ist die Überwindung der bloßen Freiheitsvermutung. Die gegenläufige Ansicht vertritt: was nicht verboten ist, ist erlaubt,<sup>170</sup> mithin reduziert sich die positive Befugnis des Eigentümers zum bloßen Reflex seiner Ausschließungsrechte gegenüber deren Adressaten.<sup>171</sup> Der Eigentümer stellte sich von seinen positiven Befugnissen her durch den Erwerb also nicht besser, als er bei einem zuvor gemeinfreien Stück Land ohnehin schon stand. Genau dies bestreitet die Idee des *privilege*. Dass der Eigentümer auf seinem Land Fußball spielen darf, gewinnt rechtliche (und wirtschaftliche!) Eigenständigkeit, wenn man sich klar macht, dass er dies *als Einziger darf*.<sup>172</sup> Das *privilege* bildet daher den juristisch und wirtschaftlich bedeutenden Umstand *exklusiver* (statt nur allgemeiner) *Handlungsfreiheit* ab. Für nicht-exklusive Rechte wie z. B. einfache Nutzungsrechte gilt Entsprechendes für einen größeren Kreis Berechtigter, die alle Nichtberechtigten, nicht aber einander ausschließen können.

### b) *Recht und Befugnis*

Die Unschärfe der Bezeichnung die *Hobfeld* bei einigen englischsprachigen Autoren hinsichtlich der Benutzung des Wortes „right“ aufzeigt, findet sich in abgewandelter Form auch in der deutschen Rechtsliteratur. Bedeutung hat sie aber auch hier nicht: Das Eigentumsrecht aus § 903 BGB wird, der gesetzlichen Überschrift ent-

---

B ermordet“ und „B hat A ermordet“ keine Korrelation, sondern besagte zwei entsprechende Aussagen zur selben Sache seien, während das Recht, die Zahlung zu verlangen, mit dem Recht, die Ware zu verlangen, korreliere.

<sup>170</sup> *Thon*, Rechtsnorm und subjectives Recht, 292 („Die natürliche Freiheit des Menschen besteht rechtlich überall fort, bis ihr durch die Rechtsordnung eine Schranke gesetzt ist.“). Siehe auch den Abschnitt „Freiheitsvermutung“ bei *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 53f. („Ist ein Verhalten nicht geboten, darf es unterlassen werden, ist ein Verhalten nicht verboten, ist es erlaubt.“); ebenso *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht, 52f. Voraussetzung ist ein geschlossenes Normensystem, das also nur dann widerspruchsfrei ist, wenn umgekehrt gilt: Was nicht erlaubt ist, ist verboten. Im Prinzip muss also von jedem Sachverhalt bestimmt werden können, ob er verboten oder erlaubt ist. *Weinberger* zufolge wird die Rechtsordnung – abgesehen vom Strafrecht (*crimen sine lege [previa]*) zwar als *offenes* System angesehen, in dem es also gesetzlich unentschiedene Sachverhalte geben kann, was an der freiheitlichen Grundausrichtung jedoch nichts ändert, *Weinberger*, Norm und Institution, 67ff. *Peukert* vertritt, dass auch hinter *Kelsens* „reiner“ Rechtslehre materielle Zwecke stünden, da die Freiheitsvermutung, aus der die positiven Befugnisse des Eigentümers geschöpft werden, bereits das Bekenntnis zu einer *freiheitlichen Rechtsordnung* erfordere, *Peukert*, Güterzuordnung, 859f. Auch das deutsche Deliktsrecht beruht darauf: „was nicht widerrechtlich ist, ist erlaubt“, Mot. II, 725f. = Mugd. II, 405.

<sup>171</sup> Siehe oben 4. Schwächen der Imperativentheorie. Vgl. zudem nur *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 56: „Unselbständige Rechtsnormen sind auch jene, die ein bestimmtes Verhalten positiv erlauben. Denn sie schränken nur den Geltungsbereich einer Rechtsnorm ein, die dieses Verhalten dadurch verbietet, daß sie an das Gegenteil eine Sanktion knüpft.“; *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 153.

<sup>172</sup> Vgl. *Oertmann*, AcP 123 (1925), 129 (136).

sprechend, aufgeteilt in einerseits die positive „Befugnis“ des Eigentümers, seine Sache nach Belieben zu gebrauchen bzw. mit ihr zu verfahren und andererseits die negative „Befugnis“, Dritte von jeder Einwirkung auszuschließen,<sup>173</sup> was unten<sup>174</sup> noch ausführlich untersucht wird. Nur im Einzelfall<sup>175</sup> wird die Unterscheidung zwischen einem „Ausschließungsrecht“, das also dem *right* entspricht und den positiven „Befugnissen“ des Eigentümers, entsprechend den *privileges*, vollzogen.

So wurde die sprachliche Einlassung *Hobfelds* auch Gegenstand eines Verbesserungsvorschlags, der mit der Feststellung, dass Literatur und Gesetz mit dem was *Hobfeld* als *privilege* bezeichnete, unverrückbar den Terminus *right* belegt hätten, zugleich das Grundproblem der fehlenden Eigenständigkeit des Dürfens auf den Punkt bringt:

„So clearly are these ‚privileges‘ rights, that they are usually the first thing that are thought of as rights when the word occurs in speech.“<sup>176</sup>

Das *Recht* mit der Sache zu tun und zu lassen was man will, dürfte in der Tat ungefähr das sein, was juristische Laien unter „Eigentum“ verstehen. Es handelt sich um einen zentralen Aspekt der positiven Seite eigentumsartiger Rechte: dem Berechtigten steht die Nutzung *als einzigem* frei.

### c) J. Schmidt

In Anlehnung an *Hobfeld* bezeichnet auch *J. Schmidt*<sup>177</sup> mit dem Begriff „*privilege*“ die Norm, gemäß welcher der Berechtigte das Recht zur Vornahme der in der Berechtigung umschriebenen Handlungen hat.<sup>178</sup> Aus ihr heraus kommt (entsprechend *Hobfelds* Modell) der gedachten zweiten Person eine *no-right* Position zu,<sup>179</sup> „[j]eder Nichtberechtigte, der die in der Berechtigung umschriebenen Handlungen vornehmen will, ist im Unrecht.“<sup>180</sup> Die Norm des negativen Sollens heißt „*right*“ – diese verbietet es dem Nichtberechtigten, den betreffenden Tatbestand zu setzen.<sup>181</sup> Die Berechtigung fasst *J. Schmidt* nun als einen „Komplex aus *right*

<sup>173</sup> *Wieling*, Sachenrecht, Bd. 1, § 8 II 1 c (273 f.); *Baur/Stürner* verstehen die Formulierung des § 903 BGB wohl als ein „Dürfen“ des Eigentümers, Sachenrecht, § 24 Rn. 5. Besonders trennscharf in diesem Punkt *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, § 48 (150 f.).

<sup>174</sup> Siehe unten § 12 D. Die positive und die negative Seite absoluter Rechte; § 15 E. II. Noch einmal zum positiven Gehalt.

<sup>175</sup> *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 740 ff., 744.

<sup>176</sup> *Radin*, Harvard L. R. 51 (1938), 1141 (1148 f.).

<sup>177</sup> Besondere Aufmerksamkeit erfuhr *Schmidts* Arbeit bei *Ellger*, der seine Habilitationsschrift in wesentlichen Teilen auf *Schmidts* Theorie zum subjektiven Recht gründet, da *Schmidts* Konzept eine besonders enge Verbindung zu den von *Ellger* dargelegten ökonomischen Funktionen der subjektiven Vermögensrechte aufweise, *Ellger*, Bereicherung durch Eingriff, 418; siehe ferner 417 ff. sowie Kap. V *passim* (Untergliederung der Immaterialgüterrechte nach Aktions- und Vermögensberechtigung).

<sup>178</sup> *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 55 (Nr. 2.1200).

<sup>179</sup> *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 32 (Nr. 2.025).

<sup>180</sup> *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 55 (Nr. 2.1201).

<sup>181</sup> *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 55 (Nr. 2.1201).

und privileg<sup>e</sup>“ auf, genauer gesagt „aus zwei normativen Aussagen zu der sich im gleichen Sachverhalt“ aus Sicht sowohl aller Nichtberechtigten wie des Berechtigten „stellenden Frage nach der Rechtsfolge des [betreffenden] Tatbestands“. <sup>182</sup> Um sagen zu können, dass eine Berechtigung besteht, bedürfe es einer zweigliedrigen Normenstruktur:

eine Norm, laut der der Berechtigte „in einem Sozialsachverhalt bestimmte, sozialrelevante Veränderungen vornehmen darf“ und eine nach der „alle anderen die gleichen Tatbestände nicht setzen dürfen. Diese beiden Normen: Freiheitsermächtigung und Generalverbot, machen die Struktur der Berechtigung aus.“ <sup>183</sup>

Auch hiergegen wurde hinsichtlich des eigenständigen erlaubenden Elements in subjektiven Rechten eingewandt, dass Zweekelement und normativer Begriff vermengt würden. <sup>184</sup> Das Verhaltendürfen sei nicht das „Mittel, mit dem die Rechtsordnung dem Rechtsträger einen sachlichen Bereich zu eigener Verfügung“ überlasse, vielmehr sei es das „Schutzobjekt“. <sup>185</sup>

#### 6. Die Geltungsanordnung bei Larenz

Vielleicht lässt sich ein erlaubendes Element durch eine Veränderung des Blickfelds strukturell rechtfertigen. Die Imperativtheorie ist so lange logisch unangreifbar, wie man als vollständige und damit echte Rechtssätze einzig die Sätze des Gesetzes gelten lässt, „die sich als Imperativ auffassen lassen“. <sup>186</sup> Entfernt man sich hingegen von der Idee einer unmittelbar bezweckten Verhaltensänderung des Individuums, gelangt man zu *Larenz*' erweiterter Auffassung der Struktur subjektiver Rechte. *Larenz* folgt *Jürgen Schmidt* mit einer Definition, die Herrschaftsrechte als ein zugewiesenes „Dürfen“ versteht <sup>187</sup> und für die übrigen subjektiven Rechte Unterschiede in ihrer Struktur zulässt, je nachdem, „was dem Berechtigten zukommt oder gebührt“ <sup>188</sup>. Grundlegend ist hierfür *Larenz*' Verständnis von Rechtssätzen als „Geltungsanordnung“, <sup>189</sup> die es ihm erlaubt, „von der Imperativtheorie als bloße Hilfssätze angesehene Sätze, deren Sinn eine Gewährung, Einräumung, Ermächtigung oder Zuteilung ist“, als echte Rechtssätze aufzufassen. <sup>190</sup> Vereinfacht ausgedrückt führt er damit die normstrukturelle Kategorie des Dürfens in sein Modell ein.

<sup>182</sup> *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 37 (Nr. 2.026).

<sup>183</sup> *J. Schmidt*, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, 17 (Nr. 2.012).

<sup>184</sup> *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht, 53f.; ähnlich *Schapp*, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, 90 („Hereinnahme des materiellen Momentes der Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung“).

<sup>185</sup> *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht, 67.

<sup>186</sup> *Larenz*, FS Engisch, 150 (160).

<sup>187</sup> *Larenz*, FS Sontis, 129 (138f.).

<sup>188</sup> *Larenz*, FS Sontis, 129 (148).

<sup>189</sup> *Larenz*, FS Engisch, 150 (154).

<sup>190</sup> *Larenz*, FS Engisch, 150 (153).

Als Basis der gleich folgenden Definition aller Rechtssätze weist *Larenz* auf den Unterschied zwischen dem tatsächlich Geschehenden und dem rechtlich Eintretenden hin,<sup>191</sup> was an die Trennung von Rechts- und Realfolgen erinnert.<sup>192</sup> Rechtssätze seien so strukturiert, dass sie allesamt den Sinn hätten,

„... zu bestimmen, daß etwas, eine bestimmte Rechtsfolge, unter bestimmten Voraussetzungen eintreten soll. Da der ‚Eintritt‘ einer Rechtsfolge nichts anderes bedeutet, als daß sie fortan ‚gilt‘, so haben alle diese Sätze den Sinn einer ‚Geltungsanordnung‘.“<sup>193</sup>

Sie seien die „Bestimmung“ einer bestimmten Rechtsfolge, die unter bestimmten Voraussetzungen (dem näher beschriebenen Sachverhalt) eintreten soll, i. e. eine Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge.<sup>194</sup>

Den Unterschied zwischen Imperativ und Geltungsanordnung markiert *Larenz* mit einem phänomenologischen Vergleich von „Befehl“ und „Bestimmung“ – die unmittelbare Wirkung des Befehls liege „im Bereiche des tatsächlich Geschehenden“, während sich die unmittelbare Wirkung der Bestimmung („die *Geltung* des Bestimmten“) „ausschließlich im Bereich der rechtlichen Sachverhalte und Beziehungen“ finde, mithin die „Bestimmung“ und damit die Geltungsanordnung nicht synonym für einen Imperativ stehe.<sup>195</sup>

Trotzdem gibt es nach *Larenz* auch Rechtssätze, die über die Geltungsanordnung hinaus auch als Befehle gedeutet werden könnten, z. B. der Gesetzesbefehl, unter bestimmten Bedingungen Schadensersatz zu leisten.<sup>196</sup> Auch diese seien zugleich aber Geltungsanordnungen. Denn nicht nur die Pflicht zur Ersatzleistung, sondern auch der Befehl (i. e. das rechtskräftige Leistungsurteil), diese zu vollziehen entstanden unabhängig vom tatsächlichen Geschehen, also unabhängig davon, ob der Bestimmung tatsächlich Folge geleistet wird. Die Bestimmung entsteht allein durch Verwirklichung des Tatbestandes.<sup>197</sup>

Diese Abgrenzung erinnert an die Unterscheidung zwischen Einzelbefehlen und Norm, die zwischen Verpflichtungen zu speziellen/individuellen Handlungen (der Herr befiehlt dem Diener am Folgetag um sechs Uhr aufzustehen) und der generellen Verpflichtung zu einer Klasse von Handlungen (der Herr befiehlt dem Diener immer um sechs Uhr aufzustehen) trennt.<sup>198</sup>

<sup>191</sup> *Larenz*, Methodenlehre, 252 (Die „Rechtsfolge tritt ein, weil sie in einem gültigen Rechtssatz angeordnet ist, ohne daß es hierfür noch auf weitere Fakten ankäme“).

<sup>192</sup> „Rechtsfolgen sind Folgen, die durch Rechtssätze an das Vorliegen mehr oder weniger bestimmter Voraussetzungen geknüpft sind, Realfolgen sind die tatsächlichen Folgen der Geltung und Anwendung von Rechtssätzen.“, *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 25.

<sup>193</sup> *Larenz*, FS Engisch, 150 (154).

<sup>194</sup> M. a. W. als eine Verknüpfung von Sachverhalt und Rechtsfolge, *Larenz*, FS Engisch, 150 (154); *ders.*, Methodenlehre, 251 f.

<sup>195</sup> *Larenz*, FS Engisch, 150 (154, 157); *ders.*, Methodenlehre, 256.

<sup>196</sup> *Larenz*, FS Engisch, 150 (158); *ders.*, Methodenlehre, 256.

<sup>197</sup> *Larenz*, FS Engisch, 150 (158); *ders.*, Methodenlehre, 256.

<sup>198</sup> Vgl. *Austin*, Lectures, 93; *ders.*, Province, 13, „Now where it obliges *generally* to acts or forbearances of a *class*, a command is a law or a rule. But where it obliges to a *specific* act or forbearance, or to acts or forbearances which it determines *specifically* or *individually*, a command

Das Verständnis von Rechtssätzen als Geltungsanordnung wird bei der Abgrenzung des subjektiven Persönlichkeitsrechts zum Personstatus noch einmal relevant.<sup>199</sup>

### 7. Das Jörgensensche Dilemma als konstativer Fehlschluss

Abgesehen von den schon mit *Hohfeld* angesprochenen Einwänden gegen ein geschlossenes System von Rechten und Pflichten, ist auch die eben benannte Prämisse der Rückführbarkeit sämtlicher Rechtsregeln auf formale Logik<sup>200</sup> angreifbar.

#### a) Das Dilemma

*J. Jörgensen* zeigt, dass imperative Sätze, die als solche keines Wahrheitsbeweises zugänglich seien, in indikative Sätze transformiert und so als gewöhnliche Aussage der Logik zugänglich gemacht werden können.<sup>201</sup> Aus „Schließ die Türe“ werde letztlich ein Indikativ wie „Der Vorgang des Türschließens gehört zu den Vorgängen die geschehen sollen.“ Die einzig verifizierbare Aussage, auf die ein Satz dieser Art („Dies und das *soll* so und so sein.“) zurückführbar sei, betreffe eine Beziehung zwischen dem „dies und das“ und einer Person, die dieses will, wünscht oder befiehlt.<sup>202</sup>

Die mit deontischer Logik in Imperativen auffindbare Wahrheit endet damit nach dieser Auffassung in der Feststellung des Bestehens einer – im Falle von Rechtsnormen gesetzlichen – *Geltungsanordnung*.<sup>203</sup> Das Dilemma besteht nun im Konflikt dieser fehlenden Wahrheitsfähigkeit von Befehlen mit der Evidenz normativer Folgerungen (z. B.: „Niemand darf hier rauchen.“ – *Daber* darf X hier nicht rauchen.), da Folgerungen als Wahrheitsbeziehungen definiert sind.<sup>204</sup> Können also aus Normen keine wahren Folgerungen abgeleitet werden?

---

is occasional or particular.“ Ganz ähnlich fasst *Kelsen* den Unterschied zwischen Befehl und Norm auf, um Schwächen der auf den Befehlsbegriff verwiesenen Imperativentheorie bloßzulegen, wie sein folgendes Beispiel zum Unterschied subjektiven und objektiven Sollens zeigt: „[...] nur der Befehl des Steuerbeamten, nicht der Befehl des Gangsters hat den Sinn einer geltenden, den Adressaten verpflichtenden Norm, nur der eine, nicht der andere ist ein norm-setzender Akt“, *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 8; hierzu *Weinberger/Krawietz/Koller*, Reine Rechtslehre im Spiegel, 129 (138f.).

<sup>199</sup> Siehe unten § 11 B. III. Persönlichkeitsrecht zwischen Statusrecht und subjektivem Recht.

<sup>200</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 148d.

<sup>201</sup> Zugrunde liegt seine Feststellung zweier Faktoren in Imperativsätzen, „*the imperative factor* and *the indicative factor*, the first indicating that some thing is commanded or wished and the latter describing what it is that is commanded or wished.“, *J. Jörgensen*, Erkenntnis 7 (1937/1938), 288 (291 f.). Sätze der Logik wiederum sind lediglich Tautologien, sie „geben schlechterdings überhaupt keine Erkenntnis“, sondern sind „bloße Regeln der Umformung von Aussagen“, *Schlick*, Fragen der Ethik, 447. Die Logik ermöglicht es also nur, Aussagen auf ihre Schlüssigkeit und Konsistenz hin zu überprüfen.

<sup>202</sup> *J. Jörgensen*, Erkenntnis 7 (1937/1938), 288 (293); so auch *Schlick*, Fragen der Ethik, 448.

<sup>203</sup> *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 29 („Norm ist Ausdruck eines Wollens“, siehe auch S. 30f.).

<sup>204</sup> *J. Jörgensen*, Erkenntnis 7 (1937/1938), 288 (296); *Weinberger*, Logische Analyse, 81.

## b) Theoretische Lösung

Zur Auflösung des Dilemmas gibt es mittlerweile verschiedene Lösungsvorschläge. Am pauschalsten ist vielleicht *Hoersters* Vorschlag, wonach logische Ableitungsbeziehungen nicht auf wahrheitsfähige Aussagen beschränkt sind, sondern anstelle der Wahrheit auch die „Zustimmungswürdigkeit“ von Aussagen übertragen können.<sup>205</sup>

*Kelsen*<sup>206</sup> und *Weinberger*<sup>207</sup> lösen das Dilemma auf, indem sie die Norm als gültigen Befehl verstehen, aus dem mit den Mitteln der *Logik* gültige Folgerungen abgeleitet werden können. Denn sofern man die Normen, innerhalb derer anhand der Logik Aussagen getroffen werden sollen, axiomatisch als wahr voraussetzt, können und dürfen Aussagen durch die Ableitung der individuellen aus der generellen Norm auch logisch verifiziert werden.<sup>208</sup> Die Logik von Imperativen ist unabhängig von ihrer Quelle.<sup>209</sup>

## c) Verbindung zur Welt der Tatsachen

Die Verbindung imperativer Sätze zur Welt der Tatsachen, schafft m. E. aber erst das Verständnis von Recht i. S. d. die *institutional theory of law*.

aa) Überblick über die *institutional theory of law*

Die *institutional theory of law* (ITL) kann knapp umrissen werden als vermittelnder Ansatz zwischen strengem Positivismus und Naturrecht und damit zwischen Methodenmonismus und Methodendualismus:

„ITL shares with traditional legal positivism the idea that the existence (validity) of legal norms cannot be derived from morality, while the normativity of law is not necessarily rooted in objective values or immanent principles of right. Moreover, ITL rejects any reductionism which accounts for the existence of law in terms of brute fact alone.“<sup>210</sup>

<sup>205</sup> *Hoerster*, Was ist Recht?, 42.

<sup>206</sup> *Kelsen* stellt auf den Gehalt, auf das „indifferente Substrat“ (z. B. „Tür-schließen“) des Satzes ab, das nicht „im Modus des Seins“ („Türe wird geschlossen“), sondern im „Modus des Sollens“ („schließ die Türe“) verwendet werde, die aber jeweils einen völlig unterschiedlichen „Sinngehalt“ hätten, *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 156ff. (dort auch Endnote 138 [= S. 314ff.] in der *Kelsen* seine Theorie verschiedenen anderen Theorien zur Bedeutung imperativer Sätze gegenüberstellt).

<sup>207</sup> *Weinbergers* Ansatz ist etwas anschaulicher als der *Kelsens* und kommt letztlich zum selben Ergebnis. Aus einer Aussage kann nur dann eine wahre Folgerung abgeleitet werden, wenn die Aussage als wahr vorausgesetzt wird. Entsprechend kann eine gültige Normfolgerung nur aus einer als gültig angenommenen Norm deduziert werden: in jedem System, in dem N gilt, muss aus rein *logischen* Gründen auch N<sub>F</sub> gelten, *Weinberger*, Logische Analyse, 82f. Vgl. *Kelsen*: „Die Geltung einer Norm ist [...] etwas völlig anderes als die Wahrheit einer Aussage.“, Allgemeine Theorie der Normen, 317.

<sup>208</sup> *Klug*, Juristische Logik, 202.

<sup>209</sup> *Keuth*, Zur Logik der Normen, 25.

<sup>210</sup> *De Jong/Werner*, Law and Philosophy 17 (1998), 233 (237).

Sie untersucht, aufbauend auf den Theorien insbesondere von *J. R. Searle*, das Recht als institutionelle Tatsache. Wie in vorigem Zitat zu sehen ist, weckt sie die Hoffnung auf ein Verständnis von Rechten, das diese weder in ihrer Existenz leugnet noch unmittelbar aus einer vorausgesetzten Moral ableitet und darüber hinaus möglicherweise auch nicht auf Gebilde wie einen schwer greifbaren Staatswillen (*will-theory*) oder die Angst vor Strafen abzustellen gezwungen ist. Elemente des Normativismus und Realismus werden verbunden.<sup>211</sup> *Neil MacCormick* legt als einer der Hauptvertreter dieser Denkrichtung den hierfür wichtigsten Punkt in *Searles* Überlegungen dar als:

„The idea that the world around us, our human world as well as our planetary environment, includes not just sheer physical facts and realities, but also institutional facts [...].“<sup>212</sup>

### *bb) Institutionelle Tatsachen und Recht*

Da sie sowohl für die Funktionsweise subjektiver Rechte als auch i. R. d. Ontologie des Immaterialgüterrechts von Bedeutung ist,<sup>213</sup> ist im Folgenden kurz *Searles* Theorie institutioneller Tatsachen zu umreißen. Instruktiv ist auch der Titel eines seiner dafür maßgeblichen Bücher: „Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit“.

Allgemein unterschieden werden können konstitutive und regulative Regeln. Hiervon geht auch *Searle* aus: Regulative Regeln<sup>214</sup> sind Regeln, „die bereits bestehende oder unabhängig von ihnen existierende Verhaltensformen regeln“, sie regeln „eine Tätigkeit, deren Vorhandensein von den Regeln logisch unabhängig ist“. <sup>215</sup> Ihr Bezugspunkt sind „rohe Tatsachen“, also Tatsachen, die „unabhängig von allen menschlichen Institutionen“ existieren – z. B. regelt das Rechtsfahrgebot nur die schon vorher bestehende Tätigkeit des Fahrens,<sup>216</sup> oder die (ungeschriebene) Regel, zu Einladungen nicht zu früh zu kommen, die Tätigkeit des Besuchens. Entsprechend „dienen regulative Regeln häufig als Grundlage für die Bewertung von Verhaltensweisen“. <sup>217</sup>

„Konstitutive Regeln dagegen

regeln nicht nur, sondern erzeugen oder prägen auch neue Formen des Verhaltens. Die Regeln für Fußball oder Schach zum Beispiel regeln nicht bloß das Fußball- oder Schachspiel, sondern sie schaffen überhaupt erst die Möglichkeit, solche Spiele zu spielen. Die Handlungen beim Fußball- oder Schachspiel sind dadurch konstituiert, daß sie in Übereinstimmung mit (zumindest dem größten Teil der) entsprechenden Regeln ausgeführt werden.“<sup>218</sup>

<sup>211</sup> *Weinberger*, Norm und Institution, 74 f.

<sup>212</sup> *MacCormick*, Law and Philosophy 17 (1998), 301 (301).

<sup>213</sup> Siehe unten § 5 A. III. 3. Immaterialgüter als institutionelle Tatsachen.

<sup>214</sup> *Rüthers* bezeichnet diese als „präskriptive Normen“, Rechtstheorie, Rn. 148c.

<sup>215</sup> *Searle*, Sprechakte, 54 f.

<sup>216</sup> *Searle*, Konstruktion, 37 f.

<sup>217</sup> *Searle*, Sprechakte, 58.

<sup>218</sup> Bis hier *Searle*, Sprechakte, 54 f.

Die Tatsache, dass eine bestimmte physische Bewegung beim Football als die Handlung *zählt*, einen Touchdown zu erzielen, beruht auf den Football-Regeln:<sup>219</sup>

„The distinction is a distinction between those rules which create the possibility of new forms of activity and those rules which regulate preexisting forms of activity.“<sup>220</sup>

Sie „gehören zur Definition („Konstitution“) einer Handlung, die dann ‚per definitionem‘ diesen Regeln gehorchen muß“, sie machen die „konstituierte Handlung“ erst möglich.<sup>221</sup>

Während die „rohen“ oder „natürlichen“ Tatsachen Teil eines naturwissenschaftlichen Weltbildes sind (neben körperlichen Gegenständen zählt *Searle* auch Naturgesetze oder körperliche Empfindungen hierzu),<sup>222</sup> passen ethische und ästhetische Aussagen nicht recht in diese Begriffswelt. Tatsachen wie „Hochzeitsfeier, Baseballspiel, Gerichtsverfahren oder legislative Handlung“ sind mit einer Beschreibung der mit ihnen einhergehenden physischen Bewegungen, Zustände und elementaren Gefühle nicht hinreichend beschrieben. Vielmehr setzen sie nach *Searle* „die Existenz bestimmter menschlicher Institutionen voraus“, sie sind „*Institutionelle Tatsachen*“.<sup>223</sup> „Diese Institutionen stellen Systeme konstitutiver Regeln dar.“<sup>224</sup> Eine institutionelle Tatsache liegt darüber hinaus darin, dass jemand einen bestimmten Sprechakt wie etwa ein Versprechen oder eine Entschuldigung vollzieht.<sup>225</sup>

*Searle* moniert also die Beschränktheit des naturwissenschaftlichen Weltbildes auf natürliche Tatsachen. Die von ihm ergänzten institutionellen Tatsachen sind so unzweifelhaft objektiv existent, dass sie nicht in den Bereich der Metaphysik abgeschoben werden können. Auch wer z. B. die Existenz von Eigentumsrechten leugnet, wird zumindest anerkennen müssen, dass sich die meisten Menschen so verhalten, *als gäbe* es Eigentumsrechte.

*Searle* entwickelt darauf aufbauend eine Theorie, nach der eine institutionelle Tatsache durch kollektives Verhalten, genauer gesagt durch eine *kollektive Intentionalität* einer Gruppe<sup>226</sup> geschaffen werden kann.<sup>227</sup> Eine durch eine Mauer

<sup>219</sup> *Searle*, *Philosophy and Phenomenological Research* 57 (1997), 449 (456).

<sup>220</sup> *Searle*, *Philosophy and Phenomenological Research* 57 (1997), 449 (455).

<sup>221</sup> Mittelstraß/*Kambartell/Jantschek*, Bd. 3, „Regel“ (1).

<sup>222</sup> *Searle*, *Sprechakte*, 78 ff.

<sup>223</sup> *Searle*, *Sprechakte*, 80; *Searle*, *Konstruktion*, 37. Mitunter vermischen Kritiker die Kategorie institutioneller Tatsachen mit „sozialen Tatsachen“ (social facts) oder „sozialen Objekten“ (social objects). Institutionelle Tatsachen sind für *Searle* eine Unterkategorie sozialer Tatsachen (*Searle*, *Philosophy and Phenomenological Research* 57 [1997], 449 [452]), während er den Begriff sozialer Objekte als Missverständnis ablehnt, B. Smith/J. R. Searle/*Searle*, *American Journal of Economics and Sociology* 62 (2003), 285 (302).

<sup>224</sup> *Searle*, *Sprechakte*, 81.

<sup>225</sup> *Searle*, *Sprechakte*, 81.

<sup>226</sup> *Searle* bezieht sich auf „social groups“ die er definiert als „people who feel themselves bound together by the concept of ‚we‘ or ‚us‘“, *Philosophy and Phenomenological Research* 57 (1997), 449 (451).

<sup>227</sup> *Searle*, *Konstruktion*, 47 ff.

physisch geschaffene Grenze kann nach Abriss der Mauer weiterhin als Grenze in der Art gesellschaftlich anerkannt sein, dass sie das Verhalten der Menschen beeinflusst.<sup>228</sup> Der „radikale Schritt“ von solchen einfachen gesellschaftlichen Tatsachen „zu institutionellen Tatsachen wie Geld, Eigentum und Ehe [...] ist die kollektive Funktionszuweisung an Gebilde, die [...] diese Funktion nicht einzig und allein dank ihrer physischen Struktur verrichten können“.<sup>229</sup>

Ein prominentes Beispiel der „Schaffung institutioneller Tatsachen“ durch „konstitutive Regeln“, ist Papiergeld: „Wir weisen einer Sache, die wir aufgrund ihrer rein physischen Eigenschaften nicht für wertvoll halten, kollektiv einen Wert zu.“<sup>230</sup> Abstrakter formuliert wird einem Phänomen eine Funktion zugewiesen, „dass diese Funktion nicht einzig dank seiner physischen Konstruktion verrichtet, sondern auf der Basis fortgesetzter kollektiver Intentionalität“.<sup>231</sup>

Nun kann man Geld nur durch die Bezugnahme auf andere institutionelle Tatsachen, definieren, z. B. durch die Worte „Kaufen“, „Schulden“ oder den Hinweis auf seine *Verwendung als* Wertspeicher. Eine derartige „Selbstbezüglichkeit“ der Erklärung ist auch anderen institutionellen Tatsachen zu eigen, wie z. B. der Auffassung eines gesellschaftlichen Anlasses als Cocktailparty. Die *Kodifizierung* der zugrunde liegenden konstitutiven Regel löst aber die Selbstbezüglichkeit vom einzelnen Beispiel ab und beschränkt sie auf den Typ.

Beispiel: Wäre niemand der Ansicht, dass der betreffende Anlass eine Cocktailparty sei, wäre er auch keine. Die Gesetze über Geld hingegen *weisen* bestimmten Gegenständen bestimmte Funktionen zu, weshalb es nicht in jedem Einzelfall darauf ankommt, dass genügend Leute der Ansicht sind, es handele sich um Geld.<sup>232</sup>

Die Ansicht und damit die institutionelle Tatsache wird durch eine gesetzliche Regel des Typs „X zählt als Y in K“ konstituiert. *Searle* spricht von der Zuweisung einer „Statusfunktion“ – Papierscheine mit bestimmten Merkmalen (X) haben von nun an den Status Geld<sup>233</sup> (Y). Mit der Statusfunktion wird dem X (gleich ob Person oder Objekt) in fast allen Fällen Macht übertragen, z. B. öffnet ein Pass Grenzen, oder kann der neu ernannte Geschäftsführer Personal entlassen.<sup>234</sup> Je größer die Bedeutung dieses neuen Status ist, desto eher sei man wiederum „geneigt zu fordern, daß er durch explizite, nach strikten Regeln zu vollziehende Sprechakte geschaffen wird.“<sup>235</sup>

<sup>228</sup> Vgl. *Searle*, Konstruktion, 49.

<sup>229</sup> *Searle*, Konstruktion, 51.

<sup>230</sup> *Searle*, Konstruktion, 57.

<sup>231</sup> *Searle*, Konstruktion, 68.

<sup>232</sup> *Searle*, Konstruktion, 62f.

<sup>233</sup> Vgl. zur „Werts substanz“ des Geldes als „soziale Geltung“, *Brodbeck*, Die Herrschaft des Geldes, 472.

<sup>234</sup> Vgl. *Searle*, Konstruktion, 105.

<sup>235</sup> *Searle*, Konstruktion, 126.

Beispiel: Das BGB sieht für bedeutende Rechtsgeschäfte strenge Formvorschriften (§128 BGB) vor, während im Übrigen konkludente Erklärungen (i. w. S. Sprechakte!) ausreichen.

Die Vorstellung konstitutiver Regeln und institutioneller Tatsachen überlistet den naturalistischen Fehlschluss auf gesellschaftlicher Höhe:<sup>236</sup> „Daß man bestimmte Verpflichtungen und Rechte hat, ist keine natürliche, sondern eine institutionell bedingte Tatsache,“<sup>237</sup> wie z. B. der Umstand, dass aus einem Versprechen die Verpflichtung zur Befolgung desselben *folgt*. Ihre Ableitung aus dem Sein, i. e. aus dem geäußerten Versprechen, setzt dabei die konstitutive Regel voraus, „dass derjenige, der ein Versprechen gibt, damit eine Verpflichtung übernimmt.“<sup>238</sup> *Insoweit* ist die – auch als *Humes Gesetz*<sup>239</sup> bekannte – Einsicht, dass es unmöglich ist, aus deskriptiven Aussagen eine Wertaussage abzuleiten, falsch.<sup>240</sup>

### cc) Konstativer Fehlschluss im Rechtsverständnis

Zurück zur Verbindung imperativer Sätze zur Welt der Tatsachen. – Ausgangspunkt ist das auch von *Olivecrona*<sup>241</sup> (einem Vertreter der metaphysikkritischen skandinavischen Rechtsschule) angedeutete Verständnis der imperativen Äußerung als Sprechakt i. S. J. L. Austins (dem akademischen Lehrer von *Searle*):

„viele Äußerungen, die wie Aussagen oder Feststellungen aussehen“ sollten „eigentlich gar nicht oder nur zum Teil Informationen über Tatsachen vermitteln“. Wer Äußerungen, „die etwas ganz anderes als Aussagen oder Feststellungen darstellen sollen, einfach als Feststellungen über Tatsachen“ auffasse, begehe einen konstativen Fehlschluss („constative fallacy“).<sup>242</sup>

Charakteristisch für solche Äußerungen ist, dass sie „in keine bisher anerkannte *grammatische* Kategorie fallen“ und für sie gilt:

„A. Sie beschreiben, berichten, behaupten überhaupt nichts; sie sind nicht wahr oder falsch; B. das Äußern des Satzes ist, jedenfalls teilweise, das Vollziehen einer Handlung, die man ihrerseits gewöhnlich nicht als ‚etwas sagen‘ kennzeichnen würde.“<sup>243</sup>

<sup>236</sup> *Searle*, Sprechakte, 261 ff. („Der Gegenstand unseres Interesses ist das Sollen, nicht das moralische Sollen.“); *Searle* setzt nur die Anerkennung der Prämisse voraus, dass durch bestimmte Äußerungen z. B. eine Verpflichtung entsteht. Das moralische Prinzip ist hiervon aber unabhängig – *Searle* geht es nur um „die Kritik eines bestimmten Modells der Beschreibung linguistischer Fakten“, 282 f.

<sup>237</sup> *Searle*, Sprechakte, 275.

<sup>238</sup> *Searle*, Sprechakte, 274 f., dies ist eng verwandt mit *Searles* zentraler Hypothese des Buches „Sprechakte“, nämlich „daß eine Sprache zu sprechen bedeutet, Sprechakte in Übereinstimmung mit Systemen konstitutiver Regeln zu vollziehen“, 61.

<sup>239</sup> Dieses bildet eines der Argumente des eben angeführten naturalistischen Fehlschlusses, siehe Mittelstraß/R. Wimmer, Bd. 2, „Naturalismus (ethisch)“.

<sup>240</sup> *Searle*, Sprechakte, 262, 279.

<sup>241</sup> *Olivecrona*, *Law as Fact*, 126: „(... the essential characteristic of commands is overlooked when they are interpreted as constative utterances.“).

<sup>242</sup> J. L. Austin, *Theorie der Sprechakte*, 26 f.

<sup>243</sup> J. L. Austin, *Theorie der Sprechakte*, 28 [Hervorh. im Original]; siehe auch Walker, *American Philosophical Quarterly* 6 (1969), 217 (217) (kritisiert, dass *Austin* keine Argumente dafür

Hierzu zwei Beispiele:

1) Der von der Taufpatin bei einer Schiffstaufe ausgesprochene Satz: „Ich taufe dieses Schiff auf den Namen Eva“ hat nicht die Funktion, die Anwesenden darüber zu informieren, was die Taufpatin gerade tut.<sup>244</sup> Auch könnte man feststellen, dass es wahr ist, dass die Taufpatin sagt, dass sie das Schiff auf den Namen Eva tauft. Was aber von ihr gewollt und Sinn und Zweck des unter diesen Umständen gesprochenen Satzes ist, ist eine Veränderung durch eine *Handlung*, genauer durch eine *Namensgebung*: Die Veränderung eines namenlosen Schiffes in ein Schiff namens Eva. Die ersten beiden Deutungen waren konstative Fehlschlüsse, sie verwechselten die durch Sprache getätigte Handlung (performative Äußerung) der Taufpatin mit einer Feststellung über Tatsachen (konstative Äußerung).<sup>245</sup> Voraussetzung ist freilich die Einbeziehung der Umstände, unter denen die Aussage getätigt wird.

2) Auch aus § 985 BGB lässt sich mit bloßer Logik nur die Aussage ableiten, *dass* der deutsche Gesetzgeber anordnet, dass der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen können soll. Das stimmt mit den Tatsachen überein. Zudem vermittelt der Gesetzgeber mit dem Satz Informationen über die Vindikation, i. e. welcher Tatbestand welche Rechtsfolge hat. Als weitere Kategorie wäre noch eine deskriptive Deutung denkbar, nämlich als Aussage darüber, *ob* der Eigentümer Herausgabe verlangt<sup>246</sup> – worüber § 985 BGB allerdings keine Auskunft gibt. Missachtet wird damit aber die Weise, in der der (hinter dem Wortlaut liegende) Imperativ („Auf Verlangen des Eigentümers *soll* der Besitzer diesem die Sache herausgeben.“) genutzt wird. Die eigentliche *Wahrheit* ist, dass der gesetzgeberische Erlass der Regel eine performative Handlung ist, durch die eine institutionelle Tatsache erzeugt wird: Das Rechtsinstitut der Vindikation.

Vor jedem Gesetzesbefehl kann ein „ich ordne an“ oder „der Gesetzgeber ordnet an“ gedacht werden.

Beispiel: „Ich (der Gesetzgeber) *ordne an*, dass der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen kann.“

In der Äußerung *manifestiert sich die Absicht* einen Befehl zu geben, also nicht bloß eine Äußerung zu tätigen:<sup>247</sup> „I hereby order you to leave“ is [...] a manifestation of the intention to order you to leave.“<sup>248</sup>

Der Gesetzgeber *ordnet an/setzt in Kraft*, dass der Eigentümer (in Deutschland) vindizieren kann – „Saying makes it so“.<sup>249</sup> Die zu prüfende Wahrheit liegt nicht in

---

liefern, dass seine in diesem Zusammenhang angeführten Beispiele [Heirat, Schiffstaufe, Vererbung, Wette] unter diese Definition passen).

<sup>244</sup> Auch wenn diese Aussage hierin zweifelsohne enthalten ist, vgl. *Searle*, *Linguistics and Philosophy* 12 (1989), 535 (557).

<sup>245</sup> Vgl. *J. L. Austin*, *Theorie der Sprechakte*, 164.

<sup>246</sup> Vgl. *Hoerster*, *Ethik und Interesse*, 45, der diese natürlich als falsch verwirft.

<sup>247</sup> Genauer: Zur Handlung wird die Äußerung durch ihre Selbstbezogenheit auf das Verb („anordnen“). Dieses enthält den Begriff der Absicht, einen Befehl zu geben. Vgl. *Searle*, *Linguistics and Philosophy* 12 (1989), 535 (555 f.). So steht das Verb „Versprechen“ im Satz „Ich verspreche zu kommen.“ zu Recht im aktuellen Präsens, da der Vorgang des Versprechens gleichzeitig mit der Äußerung geschieht (vgl. S. 557).

<sup>248</sup> *Searle*, *Linguistics and Philosophy* 12 (1989), 535 (556).

<sup>249</sup> Vgl. *Dunn*, *Yale L.J.* 113 (2003), 493 (525), die einen ähnlichen Ansatz für die Recht-

der Logik des Satzes, sondern in seiner Funktion verborgen. Geprüft werden kann nur, ob der Satz unter den richtigen Umständen von den richtigen Personen geäußert wurde und ob, sowie welche Wirkung er im Verhalten der Betroffenen zeitigt. Im gewollten Idealfall wird, mit *Searle* gesprochen, eine konstitutive Regel gesetzt und durch diese eine institutionelle Tatsache erzeugt. Mithin sind gesetzliche Regelungen in ihrer Konstituierung als *Handlungen* des Gesetzgebers aufzufassen, mit denen er eine tatsächliche Änderung, i. e. eine Wirkung herbeiführt. Folge kann und soll sein, dass Menschen ihr Verhalten nach diesen Normen ausrichten.<sup>250</sup>

Auf eine Einschränkung bleibt freilich hinzuweisen: Institutionelle Tatsachen und die daraus mögliche Ableitung normativer Vorgaben sind begrenzt durch den Grad an Verbindlichkeit mit dem die institutionelle Tatsache geschaffen bzw. die darauf beruhende performative Handlung durchgeführt wurde. Verspricht ein Betrüger, einen bestimmten Geldbetrag zu zahlen, steht die Folgerung, dass er zahlen *muss*, unter dem Vorbehalt, dass dieses „Müssen“ die übliche Auffassung eines Versprechens ist und er dieser Auffassung möglicherweise zuwiderhandelt.<sup>251</sup> Folgern lässt sich also nur, dass er das Geld gemäß der Institution von Versprechen zahlen muss. Es geht mithin um ein sprachliches Missverständnis, da die konstitutiven/normativen Voraussetzungen institutioneller Tatsachen an ihrer sprachlichen Form nicht immer zu erkennen sind und auch konstitutive Regeln konstativ formuliert sein können: „Institutionelle Tatsachen enthalten [...] normative Voraussetzungen, ohne diese an ihrer sprachlichen Form sichtbar zu machen.“<sup>252</sup>

#### d) Zwischenergebnis

*Jörgensen* kann also kein logischer Fehler vorgeworfen werden; von der klassischen Wahrheitsdefinition<sup>253</sup> her besteht das Dilemma, sofern die Norm als Aussage des Gesetzgebers verstanden wird. Nur hat der Gesetzgeber sie nicht in dieser Funktion verwendet. Er wollte mit ihr *Recht setzen*, eine Anordnung oder „normative Aufforderung“<sup>254</sup> treffen. In den Worten *Searles* erschafft er durch den Erlass von Gesetzen und insbesondere durch die gesetzliche Zuweisung subjektiver Rechte institutionelle Tatsachen. Diese sprachphilosophische Interpretation deckt sich in erstaunlichem Ausmaß mit *Larenz'* Idee der *Geltungsanordnung*.

---

sprechung im Common Law verfolgt: „Judges enact the constative fallacy when they pretend to interpret the law instead of creating it. [...] Here, in the common law, judges do not have a fixed, external body of law on which to rely; the only texts that judges can reference are the texts of earlier judicial opinions.“ In abgeschwächter Form findet sich diese Wirkung von Präjudizien auch im deutschen Recht, da von diesen eine Begründungslast ausgeht, die denjenigen trifft, der vom Präjudiz abweicht, vgl. *Krebs*, AcP 195 (1995), 171 (182 ff.).

<sup>250</sup> *Hoerster*, Ethik und Interesse, 45 spricht von normativen „*Aufforderungen zu Handlungen*“.

<sup>251</sup> Siehe sinngemäß *Ferber*, ARSP 79 (1993), 372 (376).

<sup>252</sup> *Ferber*, ARSP 79 1993, 372 (376).

<sup>253</sup> Wahrheit als Übereinstimmung einer Aussage mit den Tatsachen (Korrespondenztheorie), vgl. *Becker*, Absurde Verträge, 231 ff.

<sup>254</sup> *Hoerster*, Ethik und Interesse, 45.

## 8. Der Erkenntniseinwand gegen die Imperativentheorie

Ein berechtigter Einwand gegen die Imperativentheorie ist ihre große Entfernung zur „natürlichen Anschauung“.<sup>255</sup> Auch wenn man davon ausgeht, dass die theoretische Möglichkeit der Rückführung aller Rechtssätze etwa des BGB auf Ge- und Verbote nicht in Abrede gestellt werden kann,<sup>256</sup> gilt dies nicht für den Mangel der sich bietenden *Erkenntnismöglichkeiten*.<sup>257</sup> Dies trifft besonders auf Normen von Verfassungsrang zu.<sup>258</sup>

Auf den Erkenntniswert bezieht auch *Peukert* seine Kritik an den abstrakten, nicht an eine bestimmte Rechtsordnung anknüpfenden Ansätzen (genannt werden die Imperativentheorie sowie die auf ihr aufbauende reine Rechtslehre bzw. Normlogik). Ohne ein teleologisches Element würden letztlich keine Aussagen über „wirkliches“ Recht gemacht.<sup>259</sup> Dies vermag in der Tat nur ein teleologisches Axiomensystem zu leisten.<sup>260</sup> *Peukert* gibt der Sicht ausschließlicher Rechte als relationale Verhaltensgebote zwar zu, durch die Einbeziehung der hiermit notwendig verbundenen „Freiheitseinschränkung potentieller Schuldner“ das Eigentumskonzept des Art. 14 GG zu verwirklichen, stellt aber zutreffend fest, dass nicht das Verbot, sondern der *Respekt vor der Autonomie des Eigentümers* die „Triebfeder“ des anderen sei, Verletzungen zu unterlassen. Außerdem setze „die Übertragbarkeit subjektiver Rechte voraus, dass man sie als selbständiges, ideales ‚Etwas‘ begreift, das unabhängig von einer akuten Verletzung der Handlungs- oder Unterlassungsgebote besteht“.<sup>261</sup> Zu den relevanten Sollenssätzen zählten daher nicht nur Ge- und Verbote.<sup>262</sup>

Treffend erscheint hieran zunächst, dass *Peukert* die Autonomie des Eigentümers neben den Ausschließungsrechten als Schutz gegen Verletzer begreift. So passend *Peukerts* Kritik und insbesondere die Formulierung des „selbständigen, idealen Etwas“ aber für die vorliegende Untersuchung ist, so wenig erschüttert auch sie den streng normlogischen Ansatz. Soweit *Peukert* also ein *Dürfen* in der „rechtstheoretische[n] Betrachtung“ befürwortet, ist ihm zuzustimmen, in der reinen Normlogik wird dieses hingegen zu Recht verneint. Die *Vorteile* der Imperativentheorie – namentlich: die Möglichkeit, mit ihr den Stufenbau der Rechtsordnung

<sup>255</sup> *Zitelmann*, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 44; i. d. S. auch *Fischer*, AcP 117 (1919), 143 (170) der die Imperativentheorie für einen der Ausgangspunkte einer bilderfeindlichen Denkrichtung hält, die das Verständnis von Rechtsgegenständen, wie insbesondere dem subjektiven Recht als Objekt (woran er den Vermögensbegriff knüpft) zerstöre, 168f.

<sup>256</sup> Eingehend *Larenz*, FS Engisch, 150 (152f.).

<sup>257</sup> *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, 348; *Larenz*, Methodenlehre, 254; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 197f.; *Hart*, The Concept of Law, 38ff. („... they purchase the pleasing uniformity of pattern to which they reduce all laws at too high price: that of distorting the different social functions which different types of legal rule perform.“).

<sup>258</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 207f.

<sup>259</sup> *Peukert*, Güterzuordnung, 859f.

<sup>260</sup> *Klug*, Juristische Logik, 204f.

<sup>261</sup> *Peukert*, Güterzuordnung, 860f.

<sup>262</sup> *Peukert*, Güterzuordnung, 861.

abzubilden, die Geltungsbedingungen des Rechts anzugeben und den Rechtsstoff zu systematisieren, den Gegensatz von Rechtsgeltung und Rechtswirklichkeit abzubilden<sup>263</sup> – liegen gänzlich außerhalb der Erkenntnisfrage, welchen Zustand eine Norm herbeizuführen *bezweckt* ist.<sup>264</sup> Im weiteren Verlauf der Untersuchung wird aber noch ein Argument zu behandeln sein, das eher zur Makroebene zählt: Der Streit zwischen der Bündeltheorie von Rechten und der Unteilbarkeit absoluter Herrschaftsrechte. Hieraus folgen zwar gleichfalls keine logischen Einwände, wohl aber Argumente, die die Schwächen einer allzu normlogischen Auffassung zeigen.<sup>265</sup>

### 9. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist ein eigenständiges Dürfen mit der Imperativentheorie ausgeschlossen, also logisch nicht erforderlich. Auch der Ansatz *Hohfelds* vermag dies nicht zu ändern. Um ein Gut ausschließlich zuzuweisen, genügen in einer freiheitlichen Rechtsordnung Rechte und Pflichten. Zu einer für Rechtsunterworfenen und -anwender plausiblen und erkenntnisstiftenden Beschreibung von Rechten genügen sie allerdings nicht. Hierfür bedarf es eines teleologischen Zusatzes, i. e. der Betonung der gewährenden, zuweisenden Seite des Eigentums.

### B. Die Trennung von materialer und formaler Betrachtung

Wie ein roter Faden zieht sich ein Prinzip durch die Gesamtproblematik. Die Unterscheidung von Willens- und Interessentheorie beruht ähnlich wie die Streitigkeiten über ein eigenständiges Dürfen darauf, dass die widerstreitenden Theorien nur scheinbar konkurrieren, da sie von *unterschiedlichen Fragen* ausgehen. Dieses Prinzip wird sich auch in der Trennung der positiven und negativen Seite absoluter Rechte zeigen.<sup>266</sup>

Unterschieden werden müssen die formale und die materiale Seite des Rechts, vergleichbar mit Form und Inhalt des Rechts.<sup>267</sup> Die Ansicht, dass diese Unter-

<sup>263</sup> Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 235 (zudem helfe sie bei der teleologischen Methode der Rechtsfindung), siehe dazu unten D. Eine schrittweise Teleologie.

<sup>264</sup> So weist auch *Schapp* auf die Beschränktheit der Imperativentheorie hin, die diese „durch unterschiedliche Zuordnungen der beiden Pole des Verbots und der Gewährung zu überwinden trachte [...]“ was ihr aber nicht gelinge, *Schapp*, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung, 56f. Er tritt ein für eine Sichtweise, die das Recht als Strukturteil eines marktwirtschaftlichen Systems versteht und dafür, es in seinem Funktionszusammenhang zu betrachten, S. 31 ff. (insbesondere S. 36). Die Aussagen, die man über Eigentum und Anspruch machen könne, ergäben sich daher nur „im Hinblick auf die Funktionen des Eigentums und des Anspruchs im wirtschaftlichen Sinne“, S. 36. So kommt er zum Eigentum als „Zustand des Zugeordnetseins“, S. 40.

<sup>265</sup> Siehe unten § 13 H. III. Verhältnis zur *bundle of rights theory*.

<sup>266</sup> Siehe unten § 12 D. Die positive und die negative Seite absoluter Rechte, § 15 E. II. Noch einmal zum positiven Gehalt.

<sup>267</sup> Vgl. *Schluep*, Das Markenrecht als subjektives Recht, 299f.; *Aicher*, Eigentum als subjektives Recht, 86f.; *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, 4f., 100 (Rechtsform und Rechtsinhalt),

scheidung „gar keine Aussagen über ‚wirkliches‘ Recht machen will“,<sup>268</sup> überzeugt nicht recht, da die teleologische Seite zum klaren Bekenntnis über die verfolgten Ziele zwingt, während die Vermengung von Mittel und Zweck nicht zur Klarheit beiträgt. Auch die „verhaltenssteuernde Wirkung allgemeiner Regeln“<sup>269</sup> wird weder verkannt noch affiziert. „[P]ositive Befugnisse und damit unverletzt gedachte, primäre subjektive Rechte“<sup>270</sup> werden lediglich als *Ziel* aufgefasst, das es mit *Mitteln* der Rechtstechnik zu verwirklichen gilt. Dies betrifft nicht einmal die Gesetzesformulierung. Betroffen ist nur eine bestimmte Verständnisebene. Verhaltenssteuernd wäre es selbstredend Unsinn, den Eigentümer als „alleinausschlussberechtigt“ o. ä. zu *bezeichnen*. Das ändert aber nichts daran, dass er alleinausschlussberechtigt *ist*.

Die hier verfolgte Trennung will zur Rückbesinnung auf die zu beantwortenden Fragen anhalten. Sie macht sich bei den verschiedenen Konflikten in unterschiedlicher Weise bemerkbar. Die Interessentheorie fragt nach dem Sinn und Zweck eines subjektiven Rechts und grenzt es dementsprechend anhand seiner Zuordenbarkeit zu einer Person ab.<sup>271</sup> Die Willenstheorie fragt, welches Mittel die Rechtsordnung dafür verwendet. Denn:

„Die Willensmacht ist das formale, das Gut oder Interesse das materiale Element im subjektiven Rechte.“<sup>272</sup>

Entsprechend beantwortet die Kombinationstheorie nicht *dieselbe* Frage richtiger, sondern beide Fragen zugleich:<sup>273</sup> Zu welchem Zweck und wie wird einer Person ein Recht zugewiesen? (Interessentheorie) – *und* – Wie wird dieses Recht geschützt? (Willenstheorie).

Die vorliegenden Überlegungen behandeln freilich nur einen Teilbereich der mit Interessen-, Willens- und Kombinationstheorie verbundenen Folgen für die Rechtstheorie. Sie zielen einzig auf eine Darlegung der Struktur und Funktionsweise absoluter Herrschaftsrechte. Für andere Probleme wie die Auslegung von Verträgen oder Willenserklärungen beansprucht die getroffene Abgrenzung keine Gültigkeit.

Auch der Erklärungsanspruch der Imperativentheorie ist auf die formale Seite des Rechts begrenzt:

„Die Imperativentheorie darf nicht psychologisch oder soziologisch interpretiert werden.“ Sie erklärt nicht „die De-facto-Geltung des Rechts“, ist also „nicht autoritär“ zu verste-

---

der mit „formellem und materiellem Recht“ allerdings etwas anderes bezeichnet; *Becker*, GRUR Int. 2010, 940 (942).

<sup>268</sup> *Peukert*, Güterzuordnung, 860.

<sup>269</sup> *Peukert*, Güterzuordnung, 860.

<sup>270</sup> *Peukert*, Güterzuordnung, 857.

<sup>271</sup> Vgl. oben *v. Jherings* Abgrenzung von bloßer Reflexwirkung, 2. Interessentheorie (a. E.).

<sup>272</sup> *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 45.

<sup>273</sup> In diesem Kontext schreiben *Larenz/Wolf*: „Da jede dieser Betrachtungsweisen bestimmte Aspekte des subjektiven Rechts zum Ausdruck bringt, ist es sinnvoll, alle ins Auge zu fassen.“, *Larenz/Wolf*, BGB AT, §14 Rn. 10.

hen – Rechtsgeltung und Rechtswirksamkeit müssen anders begründet werden. Auch sagt sie weder etwas über die Legitimität des Rechts aus, noch will sie die Entstehung oder den Ursprung von Rechtsnormen erklären.<sup>274</sup>

Wozu dient die Imperativentheorie also? Sie ist ein analytisches Instrument. Sie führt Regeln auf dahinterstehende vollständige Rechtssätze zurück und hilft „bei der teleologischen Methode der Rechtsfindung“.<sup>275</sup> Sie dient schlicht der formalen Betrachtung des Rechts – „Befehlsnormen bilden nur das Mittel, den gewünschten Zustand herbeizuführen.“<sup>276</sup> Die Imperativentheorie trifft daher keine Aussagen über das Resultat, den „Effekt“<sup>277</sup> der durch den Befehl gesetzten Zuweisung. Beispielsweise müssen daher normlogische Betrachtungen zum Sacheigentum von dessen „Ordnungsfunktion in einem Privatrechtssystem“ unterschieden werden.<sup>278</sup>

Hierin liegt m. E. ein wichtiger Schritt zum Verständnis von *Hohfelds right-privilege*-Schema. Denn *right* und *duty* sind *no-right* und *privilege* vorgelagert (!), erstere sind das Mittel, letztere das Resultat. Daraus dass A Verbotungsrechte eingeräumt werden, ergibt sich für A ein *privilege*. Genauso bleibt die korrespondierende Situation desjenigen, der außerhalb seiner Pflicht, das Gut nicht zu schädigen, ein *no-right* hat, von der Imperativentheorie unberücksichtigt. Seine Lage ist ebenfalls ein *Resultat des eingesetzten Mittels*, also der Ausschlussrechte.

Resultat der Zuweisung von Verbotungsrechten ist also das *Dürfen*, der Zweck der Norm gibt hingegen darüber Auskunft, *warum* jemandem das Dürfen eingeräumt wird und bei Zweifelsfragen auch, wie weit dieses reicht.

Diese Zweck-Mittel Relation zeigt sich auch bei *Engisch*:

Subjektive Rechte entstünden nur dort, „wo Imperative so geartet und zusammengeordnet sind, dass aus ihnen bestimmungsgemäß jene Machtpositionen hervorgehen, die wir subjektive Rechte nennen.“

Berechtigungen könnten „nur gewährt werden [...], indem andere mit Anforderungen und Pflichten [...] belastet werden“.

„Der Bestand der subjektiven Rechte kann sich immer nur Hand in Hand mit dem Bestand der Verbote und Gebote erweitern“.<sup>279</sup>

Die formale Betrachtungsweise muss also um die materiale ergänzt werden.<sup>280</sup> Das ist es letztlich, was die Kombinationstheorie ausdrückt und ihr zum Erfolg verholfen hat.

<sup>274</sup> Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 236.

<sup>275</sup> Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 235.

<sup>276</sup> Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 235.

<sup>277</sup> „Die subjektiven Rechte sind da und sie sind ein Positivum. Jedoch wird die Imperativentheorie darauf hinweisen, dass das Recht diesen positiven Effekt nur erzielt durch sinnreichen Einsatz von Imperativen“, *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 51. *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, §45 (147 f.) spricht vom „Können, das dem einzelnen vor anderen zusteht [...] man kann etwas zu dem Zweck, um Lebensgüter kraft des Könnens zu erfassen“.

<sup>278</sup> Vgl. *Raiser*, FS Sontis, 167 (167 f.).

<sup>279</sup> *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 51 f.

<sup>280</sup> *Schlupe*, Das Markenrecht als subjektives Recht, 299.

So schützt z. B. das Markenrecht formal bestimmte Verwendungen des Zeichens – wenn man so will, Rechte „an“ der Zeichenfolge. Was es damit für den Markeninhaber schützt, ihm gewährt, was also das Gut einer Marke ausmacht, kann aber nur unter Einbeziehung seines materiellen Ziels beantwortet werden.<sup>281</sup>

Zur mehrfach aufgeführten Frage der Trennung von Mittel und Zweck bleibt zu sagen, dass zwischen dem gerade aufgezeigten Resultat einer Norm und ihrem Telos unterschieden werden muss. Es handelt sich um eine *schrittweise Teleologie* – Befehl, Resultat, Gesetzeszweck.<sup>282</sup> Parallel steigt der Abstraktionsgrad.

### C. Normstruktur und deontische Logik

Es wurde dargelegt, dass eine imperativische, formale Betrachtung unabhängig von den mit der Rechtssetzung verfolgten Zwecken erfolgen kann. Nun folgt ein kurzer Abstecher zum logischen Aufbau von Regeln. Die Grundmodalitäten der deontischen Logik werden nur so weit wiedergegeben, wie es die vorliegende Betrachtung erfordert:<sup>283</sup>

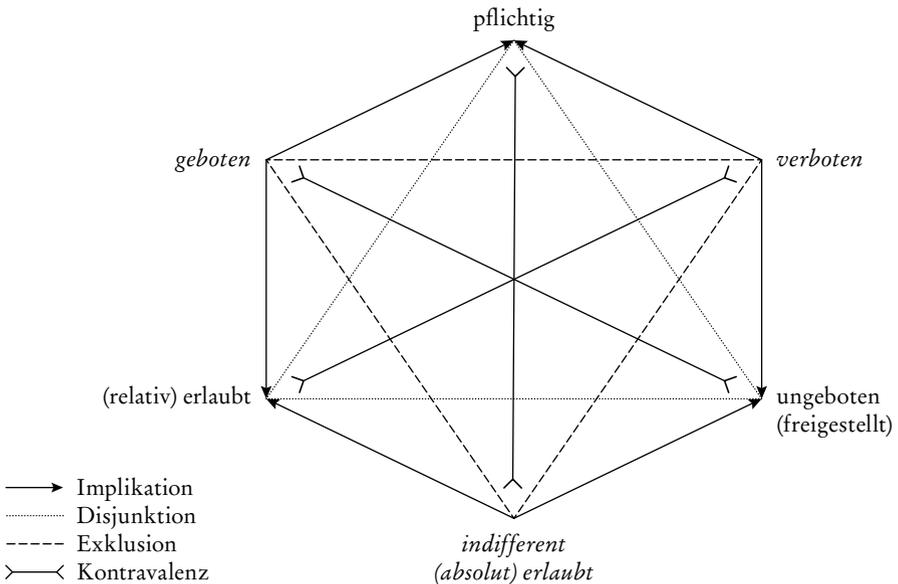


Abb. 2: Joerden, Logik im Recht, 181, „Das deontologische Sechseck“

<sup>281</sup> Becker, GRUR Int. 2010, 940 (942).

<sup>282</sup> Siehe sogleich D. Eine schrittweise Teleologie.

<sup>283</sup> Vgl. zum Folgenden Alexy, Theorie der Grundrechte, 182 ff.