

Schriften zur Rechtslehre

Heft 58

Das subjektive Recht
im Prozeß der Rechtsgewinnung

Von

Dr. Jan Schapp



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

JAN SCHAPP

Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung

Schriften zur Rechtslehre

Heft 58

Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung

Von

Dr. Jan Schapp



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Schapp, Jan

Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung. — 1. Aufl. — Berlin: Duncker und Humblot, 1977.

(Schriften zur Rechtstheorie; H. 58)

ISBN 3-428-03849-5 brosch.

Alle Rechte vorbehalten

© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1977 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 03849 5

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Problemstellung und Lösungsansatz der vorliegenden Arbeit

I. Der normative Ansatz zum subjektiven privaten und öffentlichen Recht	10
II. Der hier verfolgte Lösungsansatz: Das Verhältnis von Wirtschaftsgefüge — Norm als Konfliktentscheidung — rechtstechnischem Anspruch	14
III. Stellung des Freiheitsgedankens im hier zugrundegelegten funktionalen System. Vergleichbare Systembegriffe	18
1. Stellung des Freiheitsgedankens im hier zugrundegelegten funktionalen System	18
2. Vergleichbare Systembegriffe	22
IV. Die Problematik der Auffassung des subjektiven Rechts als Teil eines Wertsystems	23
V. Überblick über den Gang der geplanten Untersuchung	24

Zweites Kapitel

Wirtschaftssystem und Eigentum im wirtschaftlichen Sinne

I. Welche Bedeutung hat die liberale Wirtschaftstheorie und ihr Freiheitsbegriff für die vorliegende Untersuchung?	27
II. Das Wirtschaftssystem zur privaten und öffentlichen Seite	31
III. Eigentum und Anspruch im wirtschaftlichen Sinne	36
1. Methodische Vorbesinnung: Eigentum und Anspruch als Strukturteile, nicht als Gedankeninhalt der Gemeinschaft	37
2. Eigentum als wirtschaftliche Zuordnung von Gütern	39
3. Der Anspruch als erfüllbare Berechtigungs-Verpflichtungs-Beziehung. Zuordnung von Vermögenswerten durch Ansprüche	41
4. Die Arbeitskraft als Quelle des Vermögens	43
5. Die Zuordnungslehre im Schrifttum	45

Drittes Kapitel

Das privatrechtliche Gesetz und das subjektive private Recht im juristisch-technischen Sinne

I. Das privatrechtliche Gesetz	49
--------------------------------------	----

1. Das positivistische Modell der „Gesetzesanwendung“ und sein Verhältnis zu dem Gedanken der Funktion des Gesetzes	49
2. Der Fundus juristischen Wissens und seine Bedeutung für die Entscheidung von Gesetzgeber und Richter	51
3. Der Grundansatz der überkommenen Imperativtheorie zur Überwindung ihrer eigenen Abstraktion	53
4. Ausblick auf Hayeks Lehre vom Gesetz	57
II. Das subjektive private Recht im juristisch-technischen Sinne	60
1. Der Anspruch im wirtschaftlichen Sinne als Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Konfliktentscheidung	60
2. Der Vorgang der „rechtlichen Anerkennung“ des Anspruchs	64
3. Das Vorfeld des Anspruchs. Führt jede rechtliche Entscheidung zu einem Anspruch im juristisch-technischen Sinne?	66

Viertes Kapitel

Die klassische Begriffsgeschichte des subjektiven Rechts bis zur Kombinationstheorie unter dem Aspekt der erarbeiteten Struktur

I. Von der römischrechtlichen actio zu Windscheids materiellrechtlichem Anspruch	69
II. Rechte auf fremdes und eigenes Verhalten als von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht bei Windscheid	77
III. Das subjektive Recht als rechtlich geschütztes Interesse bei Jhering ..	81
IV. Die Kombinationstheorie	86

Fünftes Kapitel

Die Forschungsergebnisse der modernen normativ-rechtsformalen Schule zum subjektiven Recht

I. Vorbemerkung	90
II. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis bei Bucher	91
1. Darstellung der Lehre Buchers	91
2. Beruht die zentrale Stellung des Individuums im Recht auf seiner Möglichkeit, Ansprüche geltend zu machen?	92
3. Rechtsinhaltsbegriff und Rechtsformbegriff. Die Freiheitsvermutung. Das Dürfen als Zweck der Norm	93
4. Bedeutende Einzelkomplexe in der Sicht der normativ-rechtsformalen Auffassung Buchers	100
a) Die Übertragbarkeit subjektiver Rechte	100
b) Die Unterscheidung von absoluten und relativen Rechten	102
c) Die Rechtsverletzung	103
5. Gesamtwürdigung Buchers	109
a) Die Rechtsformalität als Methode. Realbegriff und Nominalbegriff	109

b) Gelingt die Entmystifizierung des subjektiven Rechts durch den normativen Ansatz? Querverbindungen zum Gedanken des Vermögens	110
c) Das prozessual-dynamische Moment in Buchers Rechtsbegriff ..	112
III. Aichers normativer Ansatz	113
1. Überblick über Aichers Lehre. Problematik seines Ansatzes	113
2. Methodische Besinnung: Das Verhältnis der Ausschließungs- „befugnis“ des § 903 BGB zu den einzelnen Ansprüchen aus dem Eigentum	114
3. Teleologische und normative Momente des subjektiven Rechts bei Aicher	116

Sechstes Kapitel

Subjektives privates Recht und Wertsystem

I. Die Kritik des subjektiven privaten Rechts als Ausdruck liberaler Rechtssystematik. Deutung des Denkansatzes, dessen sich diese Kritik bedient	118
II. Die Ergänzung des Privatrechtssystems durch den Begriff der „Kooperation“ bei Coing	123
1. Darstellung der Lehre Coings	123
2. Stellungnahme zur Lehre Coings	124
a) Das Verhältnis von Abgrenzungsfreiheit und Kooperation	124
b) Weitere Einzelaspekte der Lehre Coings	129
III. Die Wandlung des Sozialbildes seit den klassischen Privatrechtsgesetzbüchern und ihre Auswirkung auf das Privatrechtssystem bei Wieacker	132
1. Darstellung der Lehre Wieackers	132
2. Analyse der Zuordnung der einzelnen Elemente in Wieackers Sozialmodell	134
3. Stellungnahme zur Lehre Wieackers	135
IV. Das „institutionelle Rechtsdenken“ und sein Verhältnis zu dem Gedanken der Funktion des Rechts	138

Siebentes Kapitel

Öffentlich-rechtliches Gesetz und subjektives öffentliches Recht

I. Das Verhältnis von subjektivem privatem und subjektivem öffentlichem Recht als zentrales Problem der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht	144
II. Das öffentlich-rechtliche Gesetz als Konfliktsentscheidung mit der Folge von gegenseitigen Ansprüchen im Verhältnis Staat - Bürger ..	152
1. Das öffentlich-rechtliche Gesetz als Konfliktsentscheidung über das Gefüge privater und öffentlicher Interessen	152

2. Die Anspruchskonzeption des subjektiven öffentlichen Rechts	154
3. Weitere Begründung der Trennung von Staatsfunktion und Recht	160
4. Zu Georg Jellinek, Rupp und Henke im einzelnen	164
III. Verschiedene Arten von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen im einzelnen	171
1. Auch der öffentlich-rechtliche Anspruch ist nur Strukturteil	171
2. Verschiedene Arten von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen	173
a) Der staatliche Anspruch auf Zahlung von Steuern	173
b) Ansprüche des Staates zum Zwecke der Durchsetzung öffentlicher Interessen im Hinblick auf die private wirtschaftliche Betätigung selbst	175
c) Ansprüche des Bürgers gegen den Staat	179

Achtes Kapitel

Ausblick auf verfassungsrechtliche Problemstellungen

I. Das Verhältnis von Verfassungsgesetz und subjektivem Grundrecht, untersucht am Beispiel des Art. 14 GG	181
1. Die Unterscheidung von Institutsgarantie und subjektivem Grundrecht als Grundansatz der überkommenen Dogmatik zu Art. 14 GG	181
a) Die Unterscheidung von Institutsgarantie und subjektivem Grundrecht. Ihre praktische Bedeutung	181
b) Kritik an dem Nebeneinander von Institutsgarantie und subjektivem Grundrecht	185
2. Funktionales Verständnis von im Konflikt stehenden Interessen, Verfassungsgesetz und subjektivem Grundrecht im juristisch-technischen Sinne	187
3. Zusammenfassung	190
II. Subjektives Grundrecht und Verfassung als Wertsystem	192
Literaturverzeichnis	199

Erstes Kapitel

Problemstellung und Lösungsansatz der vorliegenden Arbeit

Die vorliegende Arbeit behandelt zwei große Problemkomplexe der Theorie des subjektiven Rechts auf der Grundlage eines einheitlichen Lösungsansatzes. Der erste Problemkomplex läßt sich schlagwortartig als die Bedeutung des normativen Ansatzes für die Theorie des subjektiven Rechts bezeichnen. Im Zentrum der Begriffsgeschichte des subjektiven Rechts seit der Pandektistik stand schon die Rechtsordnung als Quelle der subjektiven Rechte, wenn auch eine Reihe weiterer Aspekte hinzukam. Eine moderne Schule zum subjektiven Recht hat den normativen Ansatz fortgeführt, so vor allem Bucher¹ und Aicher². Gegenüber der traditionellen Betrachtungsweise unterscheidet sich diese moderne Schule dadurch, daß sie den normativen Ansatz methodisch reflektiert und damit absichert.

Im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit steht nun die Frage, ob die Art der Durchführung des normativen Ansatzes zur Erfassung des subjektiven Rechts ausreichend ist. Wir versuchen, den rein normativen Ansatz durch Einfügung der Norm in eine Struktur zu ergänzen.

Der zweite Problemkomplex kann schlagwortartig als Bedeutung des Freiheitsbegriffs für die Theorie des subjektiven Rechts bezeichnet werden. Einerseits wird das subjektive Recht als Ausdruck menschlicher Freiheit überhaupt bezeichnet, andererseits sieht man in ihm einen liberalen Freiheitsbegriff des 19. Jahrhunderts verkörpert, der die gesellschaftspolitischen Wandlungen seit der Jahrhundertwende nicht mehr zum Ausdruck zu bringen vermag. Die Frage ist hier also, wieweit eine metaphysische Konzeption des subjektiven Rechts möglich ist. Wenn wir die Norm im Hinblick auf den ersten Problemkreis in eine Struktur eingestellt haben, wie verhält sich diese Struktur zu einer metaphysischen Konzeption des subjektiven Rechts?

Die beiden Problemkomplexe und die Art des in dieser Arbeit verfolgten Lösungsansatzes sollen einleitend noch etwas deutlicher skizziert werden, wobei natürlich auch die Probleme nur ganz grob umrissen werden können.

¹ Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis.

² Das Eigentum als subjektives Recht.

I. Der normative Ansatz zum subjektiven privaten und öffentlichen Recht

Die Theorie des subjektiven Rechts scheint heute eine Fülle methodisch und sachlich unterschiedlicher Ansätze in sich zu vereinen, die sich offenbar durchaus nicht mehr zu einem Gesamtbild zusammenfügen lassen. Dieser Eindruck ist jedoch nur teilweise berechtigt, es läßt sich doch eine große Entwicklungslinie herausarbeiten.

Die Geschichte des Begriffs des subjektiven Rechts bis etwa zur Kombinationstheorie könnte man in zwei Abschnitte unterteilen: Von der römischrechtlichen *actio* bis zu Windscheids Entdeckung des Anspruchs läßt sich die durchgehende Entwicklungslinie eines früheren Stadiums ziehen. Coing hat diese Entwicklung anschaulich beschrieben³. Ein zweites Stadium läge dann in den Versuchen einer Einheitsdefinition des Begriffs durch die Willens-, die Interessen- und die Kombinationstheorie. Diesen zweiten Abschnitt könnte man als die im eigentlichen Sinne klassische Begriffsgeschichte des subjektiven Rechts bezeichnen.

Die Stellung unserer Wissenschaft zu dieser klassischen Begriffsgeschichte ist heute distanziert, wenn auch deren Ergebnisse in den Lehrbüchern weiter tradiert werden. Die Ergebnisse sind weitgehend zu Formeln erstarrt, die hin und her geschoben werden und deren Unvereinbarkeit man einzusehen gelernt hat. Kasper hat das Unbehagen gegenüber den Ergebnissen dieser Begriffsgeschichte am prägnantesten zum Ausdruck gebracht⁴. Sein gedanklicher Ansatz liegt in der Erkenntnis, daß schon eine befriedigende Angabe darüber fehlt, auf welche offene Frage mit dem Begriff des subjektiven Rechts in der Rechtswissenschaft geantwortet werden soll⁵. Die Begriffe der Einheitsdefinitionen wie Freiheit, Macht, Wille, Können, Dürfen, Genuß, Interesse sind für Kasper von diesem Standpunkt aus nur noch Verabsolutierungen von Teilwahrheiten⁶. Ein zusammenhängendes Problembild läßt sich aus den gegeneinanderstehenden Definitionen nicht mehr erkennen⁷.

Dieser resignierende Standpunkt Kaspers ist angesichts des begriffsjuristischen Strebens nach Einheitsdefinitionen, welches die klassische Begriffsgeschichte des subjektiven Rechts weitgehend beherrscht hat, sicher berechtigt. Es ist aber zu fragen, ob sich von diesem kritischen Standpunkt aus das Verhältnis der Konzeptionen etwa Windscheids und

³ Coing, Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“, in: Zur Geschichte des Privatrechtssystems, S. 29 ff.

⁴ Das subjektive Recht — Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit.

⁵ Kasper, S. 7.

⁶ Kasper, S. 177.

⁷ Kasper, S. 157.

Jherings zum subjektiven Recht noch fassen läßt. Beide Konzeptionen werden durch die schlagwortartigen Einheitsdefinitionen nicht zutreffend wiedergegeben. Wir meinen, hier zu einem Standpunkt kommen zu können, von dem aus sich doch eine Kontinuität der großen Positionen der klassischen Begriffsgeschichte nachweisen läßt.

Dem Unbehagen an der klassischen Begriffsgeschichte des subjektiven Rechts, wie es Kasper eindringlich formuliert hat, trägt die moderne normative Schule zum subjektiven Recht Rechnung, die als die heute auf diesem Gebiet wohl bedeutungsvollste und einflußreichste Forschungsrichtung bezeichnet werden kann. Sie ist — in Anknüpfung an Kelsen — von Bucher begründet worden, Aicher hat sich ihr angeschlossen. Ein wichtiger Unterschied zur traditionellen Untersuchungsweise liegt bei den genannten Forschern in der sorgfältigen Herausarbeitung der Methode, mit welcher an den Untersuchungsstoff herangegangen werden soll. Gerade damit soll der Methodensynkretismus überwunden werden, der nach Auffassung Aichers die bisherige Diskussion weitgehend beherrscht hat⁸. Das Methodenargument ist also gewissermaßen die Antwort auf die von Kasper gestellte Frage, ob es überhaupt einen in sich geschlossenen Begriff des subjektiven Rechts geben könne.

Die normative Methode insbesondere Buchers beruft sich auf die zentrale Stellung der Norm in der Rechtswissenschaft der Neuzeit und fragt daher von der Norm aus auf das subjektive Recht. Dieser klare Ansatz verleiht ihr eine hohe Durchschlagskraft ihrer Ergebnisse, die aber nach der ausgesparten Seite der Zwecke, der Interessen hin durch Unklarheiten erkauft wird. Das Verhältnis zwischen normativen und teleologischen Elementen des subjektiven Rechts, um sich der Diktion Buchers zu bedienen, bleibt auch methodisch ungeklärt oder doch jedenfalls problematisch. Wie sich das Eigentum als Rechtsinhaltsbegriff zum Eigentum als Rechtsformbegriff im Sinne Buchers verhält, haben weder Bucher noch Aicher ausreichend geklärt.

Die Stringenz der normativen Methode erweckt den Eindruck einer weitgehenden Unabhängigkeit gegenüber den Problemkonstellationen der Tradition und ihrem „Methodensynkretismus“. Tatsächlich arbeitet die normative Methode aber aus den Komplexen der klassischen Begriffsgeschichte nur die Achse Gesetz-Anspruch oder Rechtsordnung-verliehene Willensmacht als bedeutsamsten Strukturteil heraus und schattet im übrigen den gesamten Interessenbereich ab. Auch Jhering hatte bereits die Interessenseite des subjektiven Rechts als substantielles Moment von der Klage- oder Rechtsschutzseite als formalem Moment geschieden. Die Leistung Buchers gegenüber der Tradition liegt also vor allem in der Beschränkung des Begriffs auf den normativen Komplex.

⁸ Aicher, S. 15.