

6. Die Kritik Hans Kelsens an der juristischen Eigentumsideologie

Hans Kelsen hat keine systematische Ideologiekritik des Privateigentumsrechts vorgenommen. Aber in zahlreichen ideologiekritischen Analysen¹ der zentralen Begriffe des Privatrechts wird der Schutz des Privateigentums und seine Verklärung als vorstaatliches, natürliches Recht als Zweck der herrschenden Begriffsbildung beschrieben und kritisiert.

Ausgangspunkt für die Kritik Kelsens ist also die überkommene herrschende Lehre in der Zivilrechtsdogmatik. Gerade insofern diese positivistisch und also anti-naturrechtlich zu sein behauptet, setzt die Ideologie-

¹ Vgl. zur Ideologiekritik Kelsens: H. Mayer, Das Ideologieproblem und die Reine Rechtslehre, in: R. A. Métall (Hrsg.), *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, Wien 1974, S. 213 ff.; H. H. Holz, Hans Mayers Beitrag zur Ideologietheorie, in: I. Jens (Hrsg.), *Über Hans Mayer*, Frankfurt a.M. 1977, S. 39 ff., S. 47 ff.; H. Tadić, Kelsen et Marx, Contribution au problème de l'ideologie dans la Theorie pure du droit' et dans le marxisme, *Archives de philosophie du droit*, Tome XII, *Marx et le droit moderne*, 1967, S. 243 ff.; P. Römer, Die Reine Rechtslehre Hans Kelsens als Ideologie und Ideologiekritik, *PVS* 1971, S. 579 ff.; auch in Band 5 der vorliegenden Beiträge. E. Topitsch, Einleitung zu H. Kelsen, *Aufsätze zur Ideologiekritik*, Neuwied 1964, S. 22 ff. Die ideologiekritischen Analysen Kelsens werden von denjenigen Autoren, die Kelsen den gängigen Vorwurf der Inhaltsleere und des Formalismus machen, nicht hinreichend beachtet. So neuestens wieder U. K. Preuss, *Die Internationalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Frankfurt a. M. 1979, S. 108, Anm. 108, der befremdlicherweise Kelsens spätere Äußerungen zum Begriff und vor allem zur Funktion des subjektiven Rechts und des Eigentumsrechts ignorierend und auf die Ausführungen Kelsens in den *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*, in denen Kelsen noch nicht Rechtsnorm und Rechtssatz unterschied, verweisend, Kelsen vorhält, rein konstruktiv zu verfahren. H. Klenner, der von einem so distanzierten Beobachter der marxistischen Rechtstheorie wie R. Dreier zutreffend als der „wohl wichtigste, jedenfalls aber brillianteste Staats- und Rechts theoretiker der DDR“ bezeichnet wird (R. Dreier, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden 1976, S. 13 ff., S. 40) hat in: *Rechtsleere, Verurteilung der Reinen Rechtslehre*; Frankfurt a. M. 1972 und in: *Rechtsphilosophie in der Krise*, Berlin 1976, insbes. S. 44 ff. unter diesem seinem Niveau gegen Kelsen polemisiert und dessen ideologiekritischen Beitrag vernachlässigt.

kritik Kelsens an und versucht nachzuweisen, daß auch in dieser rechtspositivistischen Begrifflichkeit naturrechtliches Denken enthalten ist.

1. Hans Kelsens Reinigung des überkommenen Begriffs des Eigentumsrechts

Das Eigentumsrecht ist das typische Privatrecht, es ist das typische dingliche Recht; die rechtsgeschäftliche Verfügung über das Eigentum geschieht im Rahmen der Privatautonomie und ist somit typisches Gegenbeispiel zur politischen Rechtssetzung. Die von Kelsen vorgenommene Auflösung der Trennung von öffentlichem und privatem,² subjektivem und objektivem,³ dinglichem und persönlichem Recht,⁴ von Rechtssetzung und Rechtsanwendung⁵ beinhaltet zugleich eine Kritik am überkommenen Begriff des Eigentumsrechts.

Das Recht ist nach Kelsen ein System von Normen, die vorschreiben, erlauben, ermächtigen oder derogieren.⁶ Das Recht ist eine Zwangsordnung in dem Sinne, daß es ein bestimmtes Verhalten gebietet, indem an das entgegengesetzte Verhalten ein Zwangsakt geknüpft wird. Es ist dieses Zwangsmoment, welches das Recht von anderen Normsystemen unterscheidet.⁷ Die Trennung des Rechts in öffentliches und privates Recht scheidet am Zwangscharakter der Rechtsordnung. Nach der Mehr-

2 Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 284 ff.; ders., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Aufl., Tübingen 1923, unveränderter Neudruck, Aalen 1960, S. 629 ff., S. 655 ff.; ders., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, unveränderter Nachdruck Bad Homburg v. d. H. 1966, S. 80 ff.; ders., *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, *AöR* 1913, S. 53 ff., S. 190 ff.

3 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 130 ff.

4 Ders., ebd., S. 239 ff.

5 Ders., ebd., S. 239 ff.

6 Ders., ebd., S. 15 ff.; ders. *Allgemeine Theorie der Normen*, im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlaß hrsg. von K. Ringhofer und R. Walter, Wien 1979, S. 76 ff.

7 Zum Zwangscharakter des Rechts vgl.: P. Römer, *Der Zwangscharakter des Rechts in der Rechtslehre Hans Kelsens und in der marxistischen Rechtstheorie*, in: *Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie*, Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts, Bd. 3, Wien 1978 S. 147 ff., auch in Band 5 der vorliegenden Beiträge

werttheorie normiert das Privatrecht die Rechtsverhältnisse zwischen gleichgeordneten Individuen, das öffentliche Recht diejenigen zwischen einem übergeordneten und einem untergeordneten Rechtssubjekt. Alle Rechtsnormen, auch die sogenannten privatrechtlichen, nehmen aber – in welcher abgeleiteter und vermittelter Form auch immer – am Zwangscharakter der Rechtsordnung teil. Ein Zwangsakt darf lediglich aufgrund des Rechtes gesetzt werden; die Bindung aller an das Recht macht die Annahme von juristischen Überordnungs- und Unterordnungsverhältnissen unmöglich. Die Trennung des öffentlichen vom privaten Recht hat deshalb nach Kelsen auch die Neigung „die Bedeutung eines Gegensatzes zwischen Recht und nichtrechtlicher oder doch halbrechtlicher Gewalt ... anzunehmen.“⁸ Kelsen stellt fest, daß es für die rechtliche Betrachtung nur Rechts-, aber keine Gewaltverhältnisse geben könne und daß eine rechtliche Bindung an einen obrigkeitlichen Befehl nur eintreten könne, wenn eine Rechtsnorm eine solche Bindung statuiert. Auch die Interessentheorie ermöglicht nach Kelsen keine Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht. Diese Theorie stellt darauf ab, ob eine Rechtsnorm dem Individualinteresse oder dem Kollektivinteresse diene. Ein Individualinteresse wird, so Kelsen, durch das Recht nur dann geschützt, wenn ein kollektives Interesse an diesem Schutz besteht; andererseits werde immer ein Einzelner existieren, der an einer Norm, die ein öffentliches Interesse schützt, ein privates Interesse hat. Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht ist also nach Kelsen keine Wesensunterscheidung, die eine Zweiteilung des gesamten Rechtes bewirkt. Sie kann nur eine Unterscheidung sein, die das positive Recht selbst normiert, z. B. bei der Abgrenzung von Rechtswegen.

Kelsen wendet sich auch gegen die Auffassung, subjektives Recht und objektives Recht seien zwei einander ausschließende Rechtsbegriffe, die unter keinem gemeinsamen Begriff des Rechts zusammengefaßt werden könnten. Für Kelsen gibt es nur eine Rechtsordnung, die des – in der herkömmlichen Terminologie – „objektiven“ Rechts. Da nach Kelsen eine Handlung rechtlich nur insofern geboten ist, als das gegen-
teilige Verhalten Bedingung einer Sanktion ist, wird „die Rechtspflicht

8 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 284.

als die allein wesentliche Funktion des objektiven Rechts erkannt.⁹ Rechtsnormen können nach Kelsen zwar ermächtigen und erlauben, indes können sie nicht berechtigen. Kelsen wendet sich hier ausdrücklich gegen die herrschende Lehre, die der Rechtspflicht für gewöhnlich die Berechtigung als subjektives Recht gegenüberstellt.

Er verkennt allerdings nicht, daß eine Rechtsnorm inhaltlich so ausgestaltet sein kann, daß ein bestimmtes Individuum rechtlich verpflichtet ist, „sich unmittelbar gegenüber einem bestimmten anderen, dem berechtigten Individuum in bestimmter Weise zu verhalten“.¹⁰ Diese Berechtigung ist aber lediglich ein Reflexrecht; es ist ein subjektives Recht im technischen Sinne, das auch Kelsen anerkennt. Dieses subjektive Recht im technischen Sinne ist seinem Wesen nach im objektiven Recht begründet. Als Reflexrecht besteht dieses subjektive Recht im technischen Sinne nur in der Pflicht eines Anderen. Die Berechtigung des Inhabers eines subjektiven Rechts im technischen Sinne besteht also lediglich in der Rechtsmacht, „dieses Reflexrecht, das heißt also: die Nichterfüllung der Pflicht, deren Reflex dieses Recht ist, durch Klage geltend zu machen“.¹¹ Und nur „in der Ausübung dieser Rechtsmacht ist das Individuum ‚Subjekt‘ eines von der Rechtspflicht verschiedenen Rechtes“.¹² Das Eigentumsrecht ist auch kein dingliches Recht. Die Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Rechten lehnt Kelsen ebenfalls ab.¹³ Das Recht an einer Sache ist ein Recht gegenüber Personen. Das Recht regelt ausschließlich menschliches Verhalten und zwar das Verhalten von Menschen in bezug auf andere Menschen.¹⁴

Es ist noch immer umstritten, ob das Wesen des Eigentums darin zu sehen ist, mit der Sache nach Belieben zu verfahren – sogenannte Sachherrschaftstheorie – oder ob das Eigentumsrecht nur das Recht ist, alle anderen Menschen von der Verfügung über eine Sache auszuschließen,

9 H. Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, in: ders., *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*, herausgegeben und eingeleitet von N. Leser, Wien 1967, S. 69 ff., S. 109.

10 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 131.

11 Ders., ebd., S. 139.

12 Ders., ebd., S. 139.

13 Ders., ebd., S. 135.

14 Ders., ebd., S. 32 ff.; S. 135 ff.

so die Ausschließungstheorie.¹⁵ Kelsen hält nur die Ausschließungstheorie für rechtstheoretisch haltbar. Bereits aus seinen Äußerungen über das subjektive Recht ergibt sich, daß auch für das Eigentumsrecht gelten muß, daß es lediglich der Reflex der Pflichten eines Anderen ist. Es ist nur sekundär eine Beziehung zu einer Sache, nämlich insofern, als alle anderen Rechtsunterworfenen den Eigentümer an der Verfügung über eine bestimmte Sache nicht hindern dürfen. Die Sache selbst dient der Vermittlung der Beziehung aller Anderen zu dem Eigentümer.¹⁶

Kelsen hat nicht nur den Begriff des subjektiven Rechts und des Eigentumsrechts kritisch analysiert und im Gegensatz zur herrschenden Lehre neu bestimmt, sondern auch die Entstehung des subjektiven Rechts. Der Vertrag ist der typische Tatbestand, durch den subjektive Rechte begründet und insbesondere Eigentumsrechte übertragen werden. Aus der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung folgt, daß jede Rechtsanwendung zugleich Rechtserzeugung ist und daß Rechtserzeugung ausschließlich durch Anwendung höherrangigen Rechts möglich ist; dies gilt jedenfalls dann, wenn lediglich eine geltende staatliche Rechtsordnung ins Auge gefaßt wird. Die überkommene Lehre neigt demgegenüber dazu, rechtserzeugende Gesetzgebung und Verwaltung als öffentliches Recht dem angeblich nur rechtsanwendenden Rechtsgeschäft als Sphäre des privaten Rechts und der Privatautonomie entgegenzusetzen.¹⁷

II. Die ideologische Analyse der überkommenen Begrifflichkeit durch Hans Kelsen

Kelsen versteht unter Ideologie die „nicht-objektive, von subjektiven Werturteilen beeinflusste, den Gegenstand der Erkenntnis verhüllende, sie verklärende oder entstellende Darstellung dieses Gegenstandes“.¹⁸

15 Vgl. zu diesen Theorien mit weiteren Nachweisen: P. Römer, *Entstehung, Rechtsform und Funktion des kapitalistischen Privateigentums*, Köln 1978, S. 218 ff.

16 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 135, 136.

17 H. Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, S. 111 ff.; ders., *Reine Rechtslehre*, S. 261 ff., S. 286 ff.

18 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 111.

Eine Ideologie habe ihre Wurzel im Wollen, nicht im Erkennen und entstehe durch die Verfolgung von Interessen, indes wissenschaftliches Interesse lediglich auf die Erkenntnis der Wahrheit gerichtet sei. Das Interesse an der Erhaltung des Privateigentums ist nach Kelsen die Ursache für die begriffliche Bestimmung des Privatrechts, des subjektiven Rechts und des Eigentumsrechts. Diese Rechte sollen als natürlich dem gesamten Recht vorgegeben gelten und damit als dem Gestaltungswillen des Gesetzgebers entzogen betrachtet werden, und zwar auch dann, wenn „die Erzeugung der Rechtsordnungen in einem demokratischen Verfahren vor sich geht“.¹⁹ Eine normative Ordnung, die diese Rechte nicht enthält, solle überhaupt nicht als Rechtsordnung anerkannt werden; diese Rechte sollen unpolitisch sein und deshalb nicht zur Sphäre politischer Herrschaft gehören.

Im einzelnen wendet Kelsen gegen diese überkommene Lehre ideologiekritisch ein: Durch den Dualismus von öffentlichem und privatem Recht, von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung wird „die Einsicht verhindert, daß das im rechtsgeschäftlichen Vertrag erzeugte ‚subjektive‘, ‚private‘ Recht nicht minder der Schauplatz der politischen Herrschaft ist wie das in Gesetzgebung und Verwaltung erzeugte ‚objektive‘, ‚öffentliche‘ Recht; daß – wie Karl Renner treffend bemerkt – das Recht des Kapitalisten nichts anderes ist, als ‚delegierte öffentliche Gewalt, blind delegiert zum eigenen Vorteil des Gewalthabers‘; daß speziell das Arbeitsverhältnis ‚mittelbares Herrschaftsverhältnis‘ ist.“²⁰ Demgegenüber machen es die aus dem Stufenbau der Rechtsordnung gewonnenen Erkenntnisse unmöglich, „subjektiv-privatrechtliche Sphäre der vertraglichen Rechtserzeugung als eine unpolitische oder politisch indifferente der politisch-öffentlich-rechtlichen, der Gesetzgebung und Verwaltung, entgegenzusetzen“.²¹ Die Vorstellung ist falsch, so Kelsen, nur der Bereich des öffentlichen Rechts sei die Domäne der politischen Herrschaft, indes sie aus dem Gebiet des Privatrechts völlig ausgeschlossen sei. Die herrschende Lehre will, so Kelsen, die Einsicht „in den unmittelbaren Zusammenhang von Staat und Eigentum, von politischer

19 Ders., ebd., S. 175.

20 H. Kelsen, Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, S. 111, 112.

21 Ders., ebd., S. 112; ders., Reine Rechtslehre, S. 286, 287.

Herrschaftssphäre und subjektivem Privatrecht verhindern“.²² Dieses Interesse begründet den Dualismus von objektivem und subjektivem, von öffentlichem und privatem Recht. In seiner Auseinandersetzung mit Paschukanis stellt Kelsen deshalb die rhetorische Frage: „Aber sollte es vielleicht nicht doch so sein, daß das Kapital, weil es beides: Staatsautorität und Eigentum braucht, eben an jenem ideologischen Dualismus festhält, der zugleich mit der omnipotenten, objektiv-staatlichen Ordnung das ihr Schranken setzende subjektive Recht behauptet?“²³

Die Scheidung des subjektiven vom objektiven Recht ist mit der des öffentlichen vom privaten vielfach verschlungen. Kelsen führt die traditionelle Anschauung, dergemäß das Recht ein von der Pflicht verschiedener Gegenstand der Rechtserkenntnis sei, auf die Naturrechtslehre zurück und auf die beherrschende Rolle, die das subjektive Recht des Eigentums in dieser Lehre gespielt habe. Er kritisiert die Vorstellung, das subjektive Recht könne unabhängig vom objektiven existieren. Insbesondere wendet er sich gegen den Ausspruch Dernburgs: „Rechte im subjektiven Sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewußte staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wußten. Erst durch Abstraktion mußte man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, daß die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn“.²⁴

Demgegenüber betrachtet Kelsen die Normierung subjektiver Rechte im technischen Sinne lediglich als eine mögliche, aber nicht als eine notwendige Gestaltung des objektiven Rechts. Die Statuierung von subjektiven Rechten ist nur „eine besondere Technik, deren sich das Recht bedienen kann, aber durchaus nicht bedienen muß. Es ist die spezifische Technik der kapitalistischen Rechtsordnung, sofern diese die Institution

22 H. Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, S. 116, 117.

23 Ders., ebd., S. 116.

24 Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 135; ders., *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, S. 105.

des Privateigentums garantiert und daher das Individualinteresse besonders berücksichtigt ist.²⁵ Die ideologische Funktion dieser Lehre vom subjektiven Recht besteht nach Kelsen darin:

„Der Gedanke eines vom objektiven Recht verschiedenen und in seiner Existenz von ihm unabhängigen Rechtes, das aber nicht weniger, ja vielleicht sogar mehr Recht ist als jenes, soll die Institution des Privateigentums vor seiner Aufhebung durch die Rechtsordnung schützen. Es ist nicht schwer zu verstehen, weshalb die Ideologie des subjektiven Rechts an den ethischen Wert der individuellen Freiheit, der autonomen Persönlichkeit anknüpft, wenn in dieser Freiheit immer auch das Eigentum mit eingeschlossen ist. Eine Ordnung, die den Menschen nicht als freie Persönlichkeit in diesem Sinne erkennt, d. h. aber eine Ordnung, die nicht das subjektive Recht gewährleistet, eine solche Ordnung soll überhaupt nicht als Rechtsordnung gelten.“²⁶

Kelsen sieht den Begriff des subjektiven Rechts im engsten Zusammenhang mit dem des Rechtssubjekts oder der „Person“. Das Rechtssubjekt als Träger des objektiven Rechts ist „im wesentlichen zugeschnitten auf den Eigentümer“.²⁷ Kelsen wendet sich wiederum dagegen, daß, ähnlich wie beim subjektiven Recht, das Rechtssubjekt als etwas dem objektiven Recht Vorgegebenes angesehen wird, als etwas, das vom objektiven Recht sozusagen vorgefunden wird. Die Rechtssubjektivität bedeute nach der überkommenen Lehre nichts anderes als die Möglichkeit des Menschen, sich selbst zu bestimmen; der Mensch sei Subjekt des Rechts, wie Puchta sage, weil ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen zukomme, weil er einen Willen habe.²⁸ Dieses Rechtssubjekt, das in der Sphäre der Privatautonomie seine abstrakte Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen, betätigt und im subjektiven Recht seine abstrakte Willensmacht konkretisiert, ist nach Kelsen eine Fiktion,²⁹

25 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 141.

26 H. Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, S. 107; ferner die fast gleichlautenden Ausführungen in der *Reinen Rechtslehre*, S. 175, 176.

27 H. Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, S. 105.

28 Vgl. die Auseinandersetzung von Kelsen mit Puchta, in: *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, S. 106.

29 J. Schmidt, *Zur Funktion der subjektiven Rechte*, *ARSP* 1971, S. 383 ff., geht dezidiert von einem Begriff von Freiheit und subjektivem Recht aus, demgemäß der

denn niemand könne sich selbst Rechte einräumen und deshalb gründe die Fähigkeit, Rechtsperson zu sein und subjektive Rechte zu haben, sich autonom privatrechtlich zu betätigen, im objektiven Recht.

Kelsen betont die antidemokratische Funktion der Lehre vom Rechts-subjekt und subjektivem Recht.

„Der Begriff eines dem objektiven Recht gegenüber unabhängigen Rechtssubjekts als des Trägers des subjektiven Rechts wird um so wichtiger, wenn die die Institution des Privateigentums gewährleistende Rechtsordnung als eine wandelbare und sich stetig wandelnde, durch menschliche Willkür geschaffene und nicht auf dem ewigen Willen der Gottheit, auf der Vernunft oder auf der Natur beruhende Ordnung erkannt wird: zumal dann, wenn die Erzeugung dieser Ordnung in einem demokratischen Verfahren vor sich geht.“³⁰ Und an anderer Stelle heißt es: „Das objektive Recht ist, im Grunde genommen, nur das positive Recht. In dem vom objektiven Recht wirklich verschiedenen, weil auf das objektive Recht nicht zurückführbaren subjektiven Rechte tritt dem positiven Recht eine andere Rechtsordnung entgegen.“³¹

Einzelne als von den anderen isoliertes, als ungesellschaftliches Wesen betrachtet wird. „Dem Inhaber des subjektiven Rechts kommt hier (in dem durch das moderne deutsche Recht geregelten Gesellschaftssystem, P. R.) eine gewisse gesellschaftsfreie Stellung zu, die man als ‚outgroup-Stellung‘ bezeichnen könnte.“ ebd., S. 388. Unter konsequenter Nichtbeachtung der Realität des gesellschaftlichen und rechtlichen Handelns wird deshalb festgestellt, das subjektive Recht als Entscheidungsbefugnis habe mit Normsetzungsbefugnis nichts zu tun. Bei dieser Entscheidungsbefugnis geht es „nicht darum, für Andere Normen zu setzen oder für den Betroffenen selbst Normen zu setzen, die ihm nach der Setzung objektiviert entgegentreten (Privatautonomie), sondern darum, dem Einzelnen, dem Subjekt, eine eigene Gestaltungsbefugnis über sein Leben einzuräumen, ganz unabhängig von jeder Frage der Normsetzung und der Geltung der Normen.“ Ebd., S. 390; vgl. auch: J. Schmidt, Ein soziologischer Begriff des „Subjektiven Rechts“, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 1, S. 300 ff., S. 318: „Subjektive Rechte (Bräuche, Sitten) als Herrschafts- und Persönlichkeitsrechte umschreiben Stellungen von Handelnden außerhalb eines konkreten sozialen Systems. Zu den Grundbedingungen, bei deren Vorliegen man von ‚subjektiven Rechtsstellungen‘ sprechen kann, gehören also: eine Gruppe (mit dem dazugehörigen sozialen System), eine Person oder eine andere Gruppe und eine Relation zwischen beiden derart, daß von der zweiten Kategorie die Aussage der Nicht-zugehörigkeit zur ersten gemacht werden kann.“

30 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 175.

31 H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 55 ff., S. 59; K. Adomeit fehlinterpretiert H. Kelsen offenkundig, wenn er Kelsen unterstellt, die Vertragsfreiheit mit deutlich positivem Akzent zu verstehen. „Ein Satz wie ‚Eine Ordnung, die den Menschen nicht als

Es ist dies eine andere Rechtsordnung, weil sie die Rechtsordnung des Privateigentums ist; sie ist Gegen-Rechtsordnung zu einer Rechtsordnung, an deren Erzeugung auch die Nichteigentümer von Produktionsmitteln beteiligt sind und in der auch deren Interessen rechtlichen Schutz erlangen.

Gegen die Sachherrschaftstheorie wendet Kelsen ideologiekritisch ein, daß die Bestimmung des Eigentums als eines Verhältnisses zwischen Person und Sache die ökonomisch entscheidende Funktion des Privateigentums verhülle: „die Funktion der Ausbeutung, die ja gerade in der Beziehung des Eigentümers zu allen anderen vom Zugriff auf seine Sache ausgeschlossen, vom objektiven Recht zur Respektierung der ausschließlichen Verfügungsgewalt des Eigentümers verpflichteten Subjekten besteht.“³²

freie Persönlichkeit anerkennt, das heißt aber ..., die nicht das subjektive Recht des Eigentums gewährleistet, ... soll überhaupt nicht als Rechtsordnung betrachtet werden' (Rechtslehre, S. 175 f.) ist ebenso wahr wie unrein“. K. Adomeit, Jurisprudenz und Politologie, *ARSP* 1980, Beiheft Nr. 13, S. 120 ff., S. 123. Mit der von Adomeit zitierten Äußerung wendet sich Kelsen ganz eindeutig gegen die überkommene Lehre und benennt die „ideologische Funktion dieser ganzen in sich widerspruchsvollen Begriffsbestimmung des Rechtssubjekts“; der vor dem zitierten Satz stehende Satz lautet: „Es ist nicht schwer zu verstehen, weshalb die Ideologie der Rechtssubjektivität an den ethischen Wert der individuellen Freiheit, der autonomen Persönlichkeit anknüpft, wenn in dieser Freiheit immer auch das Eigentum mit eingeschlossen ist. Eine Ordnung ...“ usw.; H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 175. Allerdings führt Kelsen – worauf K. Adomeit in anderem Zusammenhang zutreffend hinweist, K. Adomeit, Heterogene Gestaltungen im Zivilrecht? (Stellvertretung, Weisungsbefugnis, Verbandsgewalt), in: A. J. Merkl, R. Marcic, A. Verdroß, R. Walter (Hrsg.), *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Wien 1971, S. 9 ff. – auch aus, der privatrechtliche Vertrag stelle eine ausgesprochen demokratische Methode der Rechtsschöpfung dar, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 285; hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine wertende Feststellung, sondern um eine analytische, es soll der Unterschied von Verwaltungsbefehl und Vertrag dargestellt werden.

32 H. Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, S. 107, 108.

III. Zur Kritik an Kelsens Ideologietheorie

Kelsen erkennt, daß Ideologie nicht nur durch bewußte Interessenverfolgung, die den Gegenstand der Erkenntnis unzutreffend widerspiegeln will, entsteht. Ideologie im engeren Sinne ist vielmehr das mit Notwendigkeit aus den gesellschaftlichen Verhältnissen selbst erwachsende falsche Bewußtsein. Ein falsches Bewußtsein, das insofern auch ein richtiges Element enthält, weil der Schein, den es für die Wahrheit hält, realer Schein ist. Ideologie ist also sowohl korrekte Abbildung des falschen Bestehenden, „als auch existente Unwahrheit“.³³

Die Sachherrschaftstheorie des Privateigentums ist ein sehr gutes Beispiel, um diesen Zusammenhang aufzuzeigen. Sie ist adäquate juristische Widerspiegelung der verkehrten Widerspiegelung des gesellschaftlichen Zusammenhangs, wie er sich den Mitgliedern einer auf dem Privateigentum³⁴ beruhenden Gesellschaft darstellt. Von der Sachherrschaftstheorie wird der Fetischcharakter der Waren, den Marx herausgearbeitet hat, zutreffend widergespiegelt. In einer Gesellschaft, die auf Arbeitsteilung und auf dem Privateigentum an den Produktionsmitteln beruht, in der also nicht bewußt gemeinschaftlich produziert wird, vollziehen sich die Gesetze, die den Austausch der Produkte regeln, gleichsam hinter dem Rücken der Produzenten auf dem Markt. Die Arbeitsprodukte werden nicht bewußt aufeinander als Werte bezogen, weil sie die dingliche Form gleichartiger menschlicher Arbeit sind, umgekehrt werden vielmehr die Waren im Austausch gleichgesetzt und damit vollziehen die Personen, ohne es zu wissen, tatsächlich die Gleichsetzung ihrer verschiedenen Arbeiten als allgemein menschliche Arbeit. Marx faßt zusammen: „Das Geheimnisvolle der Warenform besteht also einfach darin, daß sie den Menschen die gesellschaftlichen Charaktere

33 J. Habermas, *Theorie und Praxis. Sozialphilosophische Studien, Zur philosophischen Diskussion um Marx und den Marxismus*, Neuwied 1963, S. 314.

34 Zum marxistischen Eigentumsbegriff vgl.: W. Sellnow, *Gesellschaft – Staat – Recht. Zur Kritik der bürgerlichen Ideologien über die Entstehung von Gesellschaft, Staat und Recht*, Berlin 1963, S. 738 ff.; P. Römer, *Entstehung, Rechtsform und Funktion des kapitalistischen Privateigentums*, insbes. S. 9 ff.; E. Altmann, *Zur politischen Ökonomie der Arbeiterklasse*, Berlin 1974, S. 147 ff.; J. Becher, *Eigentum im Zerrspiegel der bürgerlichen Ideologie*, Berlin 1978, S. 17 ff.; O. W. Jakobs, *Eigentumsbegriff und Eigentumssystem des sowjetischen Rechts*, Köln 1965, S. 3ff.

ihrer eigenen Arbeit als gegenständliche Charaktere der Arbeitsprodukte selbst, als gesellschaftliche Natureigenschaften diese Dinge zurückspiegeln, daher auch als ein außer ihnen existierendes gesellschaftliches Verhältnis von Gegenständen“.³⁵ Die Eigentümer von Waren müssen sich zueinander in der Formulierung von Marx, „als Personen verhalten, deren Wille in den Dingen haust“;³⁶ und eben diesen Sachverhalt drückt die Sachherrschaftstheorie zutreffend aus. Insofern ist sie die zutreffende Theorie für eine warenproduzierende Gesellschaft; zugleich ist sie ideologisch, weil sie die gesellschaftlichen Verhältnisse, die den Fetischcharakter der Ware erzeugen, nicht erkennt.

Die Ausschließungstheorie erkennt zwar den gesellschaftlichen Charakter von Eigentum und Eigentumsrecht, bestimmt diesen aber falsch. Mit der Ausschließung der Anderen wird im Eigentum nur sein Gebrauchswert für den jeweiligen Eigentümer reflektiert, wird das Individuum in ein negatives Verhältnis zu den anderen Nichteigentümern gebracht, wird es in seiner Isoliertheit gesehen. In einer warenproduzierenden Gesellschaft ist aber für den Eigentümer wesentlich das Recht, Andere in den Gebrauch der Sache einzuschließen, das Recht, den Gebrauchswert, den die Sache für Andere hat, dazu benutzen zu können, die Sache auszutauschen.³⁷ In der kapitalistischen Gesellschaft existiert der Reichtum in der Form von Waren.³⁸ Waren haben einen Doppelcharakter, sie haben Tausch- und Gebrauchswert. Das Recht, den Tauschwert einer Ware realisieren zu können, also das Recht, sich durch Austausch andere Eigentumsobjekte aneignen zu können, gilt dem Warenbesitzer zutreffend als der eigentliche Inhalt seines Eigentums. Die Ausschließungstheorie kann allenfalls die ökonomische Funktion des kleinen, persönlichen Eigentums und bis zu einem gewissen Grad die des Grundeigentums widerspiegeln. Von dieser Theorie wird verdeckt, daß durch das Eigentumsrecht Aneignungsprozesse organisiert

35 K. Marx, *Das Kapital*, MEW 23, S. 86.

36 Ders., ebd., S. 99.

37 Nicht akzeptabel ist die These von J. Schmidt, Ein soziologischer Begriff des „subjektiven Rechts“, S. 300 ff., S. 302: „Das Eigentum bekommt als subjektives Recht keinen anderen Inhalt, wenn es unveräußerlich und auch sonst unübertragbar ist.“

38 K. Marx, *Das Kapital*, MEW 23, S. 49: „Der Reichtum der Gesellschaften, in welchen kapitalistische Produktionsweise herrscht, erscheint als eine ‚ungeheure Warensammlung‘, die einzelne Ware als seine Elementarform.“

werden. Das Privateigentum in einer kapitalistischen Gesellschaft muß also die Möglichkeit eröffnen, Andere nicht nur von dem Eigentumsobjekt auszuschließen sondern sie im Gegenteil in das Eigentum „einzuschließen“.

Die Lohnarbeiter sind zwar vom Eigentum an den Produktionsmitteln ausgeschlossen, sie sind aber insofern mit den Produktionsmitteln verbunden, als sie mit diesen produzieren und sie im Produktionsprozeß produktiv konsumieren. Für den Kapitalismus ist also wesentlich, die Produktionsmittel und die unmittelbaren Produzenten zusammenzubringen, um sich das Produkt aneignen zu können. Diese neben der Gebrauchs- und Tauschfunktion grundlegende Aneignungsfunktion³⁹ wird ebenfalls von der Ausschließungstheorie ausgeblendet.

Noch weniger allerdings ist die Sachherrschaftstheorie in der Lage, auch nur die durch den Tausch vermittelten Aneignungsverhältnisse in der Zirkulationssphäre zu erfassen, geschweige denn die Aneignungsverhältnisse, die sich in der Sphäre der unmittelbaren Produktion einer warenproduzierenden kapitalistischen Gesellschaft vollziehen.

Beide Theorien stellen gleichermaßen auf die Gebrauchswerteigenschaften einer Sache ab und isolieren den Eigentümer von den anderen Mitgliedern der Gesellschaft. So widerspiegeln beide lediglich die entfremdeten, verdinglichten gesellschaftlichen Verhältnisse im Kapitalismus. Die Ausschließungstheorie vermag zwar noch den ideologischen Schein insoweit aufzulösen als sie zutreffend das Eigentum als ein gesellschaftliches Verhältnis auffaßt. Aber die durch das Privateigentum vermittelte Herrschaft über fremde Arbeitskraft und über die Produkte, die mit dieser Arbeitskraft hergestellt werden, wird durch beide Begriffe des Privateigentums ausgeklammert.

Kelsen irrt, wenn er der Ansicht ist, nach der marxistischen Theorie sei der Ausschluß der Nichteigentümer von den Produktionsmitteln das Merkmal der Ausbeutung. Der Ausschluß ist Voraussetzung für die Ausbeutung; diese selbst aber ist die im Produktionsprozeß – in dem Produktionsmittel und Arbeit unter der Kommandogewalt des Eigentümers zusammengeschlossen sind – sich realisierende Aneignung des Mehrwerts, den der Arbeiter schafft, durch den Eigentümer der Produktionsmittel.

39 Vgl. dazu zusammenfassend P. Römer, *Entstehung, Rechtsform und Funktion des kapitalistischen Privateigentums*, S. 99 ff., insbes. S. 123 ff.

IV. Versuch einer Neudefinition des Eigentumsrechts auf der Grundlage der Reinen Rechtslehre

Es stellt sich die Frage, worin denn die Besonderheit des juristischen Begriffs des Privateigentums besteht, wenn weder die Sachherrschafts- noch die Ausschließungstheorie haltbar ist. Der juristische Begriff des Privateigentums muß in der Lage sein, die verschiedenen Formen des Privateigentums, also insbesondere die des persönlichen und des kapitalistischen Privateigentums, zutreffend widerzuspiegeln. Diese Widerspiegelung muß sich sowohl auf die positiven Rechtsnormen, die das Privateigentum betreffen, beziehen, als auch auf die ökonomischen Funktionen, die das Privateigentum hat und die ihrerseits durch die Rechtsnormen widerspiegelt werden. Rechtstheoretische Begriffe besitzen somit doppelte Widerspiegelungsfunktion.

Das Objekt des Privateigentums ist, wie die Ware, „zunächst ein äußerer Gegenstand, ein Ding, das durch seine Eigenschaften menschliche Bedürfnisse irgendeiner Art befriedigt“.⁴⁰ Der Gebrauchswert, den das Eigentumsobjekt besitzt, „aber verwirklicht sich nur im Gebrauch oder der Konsumtion.“⁴¹ Das Recht, den Gebrauchswert einer Sache für sich zu nützen, das von den positiven Rechtsnormen gewährt wird, ist, wie zutreffend in der rechtstheoretischen Bestimmung des Begriffs des Privateigentums durch die Sachherrschaftstheorie zum Ausdruck gebracht wird, ein umfassendes Herrschaftsrecht in bezug auf die Sache. Ein umfassenderes Herrschaftsrecht als das, die Sache zu konsumieren und damit zu vernichten, ist nicht denkbar. Aber, wie ausgeführt, ergibt sich aus diesem Sachverhalt keine rechtliche Beziehung des Privateigentümers zur Sache, die in seinem Privateigentum steht. Der zutreffende Kern der Sachherrschaftstheorie läßt sich vielmehr dann ideologiefrei wiedergeben, wenn das Recht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, als eine Erlaubnis angesehen wird. Die Erlaubnis im Kelsen-schen Sinne ist allerdings mehr als die bloße negative Tatsache des Nichtverbotenseins. Das Wesen der als Berechtigung bezeichneten Erlaubnis besteht vielmehr darin, daß eine an sich verbotene Handlung

40 K. Marx, *Das Kapital*, MEW 23, S. 49.

41 Ders., ebd., S. 50.

durch einen besonderen Akt erlaubt wird.⁴² Darin unterscheidet sich die Erlaubnis von dem Erlaubtsein eines Verhaltens, das den Gegenstand keiner Norm bildet, z. B. atmen, denken. „Daß ein bestimmtes Verhalten erlaubt ist, kann aber auch bedeuten, daß die Geltung einer Norm, die ein bestimmtes Verhalten verbietet (oder was dasselbe bedeutet: das Unterlassen dieses Verhaltens gebietet), durch eine andere degorierenden Norm aufgehoben wird, so daß dieses Verhalten nicht mehr verboten (bzw. nicht mehr geboten) ist.“⁴³ Nach der Definition von Kelsen liegt dann ein Erlauben in einem positiven Sinne vor. Die Sachherrschaftstheorie stellt zu Recht darauf ab, daß das Recht, mit einem Gegenstand in einer bestimmten Weise umzugehen, einen ganz anderen Inhalt hat als das Recht, anderen die Einwirkung auf eine Sache zu verbieten. Insofern unterscheidet Paragraph 903 BGB zutreffend das Recht des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, von dem Recht, andere von jeder Einwirkung auszuschließen.

Es ist rechtslogisch nicht gerechtfertigt, vom Recht auf Ausschluß anderer von der Einwirkung auf die Sache zu schlußfolgern, daß derjenige, dem dieses Recht zusteht, zugleich das Recht habe, mit dieser Sache nach Belieben zu verfahren. Dieser Schluß wäre allenfalls dann gerechtfertigt, wenn man davon ausginge, daß der Gebrauch einer Sache ein Verhalten ist, das die Eigenschaft des Erlaubtseins im Sinne der Kelsenschen Unterscheidung von Erlaubnis als positiver Norm und Erlaubtsein erfüllt. Kelsen sagt dazu, „in diesem rein negativen Sinne ist Erlaubtsein eines bestimmten Verhalten jedoch nur dann gegeben, wenn überhaupt keine Norm in Geltung steht, die dieses Verhalten oder sein Unterlassen gebietet“.⁴⁴ Bereits die Tatsache, daß jede positive Rechts-

42 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 142, 143: „Mit der Aussage, daß ein Individuum das Recht habe, sich in bestimmter Weise zu verhalten, insbesondere: eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, kann nicht nur gemeint sein, daß dem Individuum diese Tätigkeit rechtlich nicht verboten ist oder daß andere verpflichtet sind, diese Tätigkeit nicht zu verhindern, oder daß zu dieser Tätigkeit berechnete Individuum die Rechtsmacht hat, im Falle einer Verletzung der korrespondierenden Pflicht das Rechtsverfahren zu initiieren, das zur Sanktion führt. Der als Berechtigung oder subjektives Recht bezeichnete Sachverhalt kann auch darin bestehen, daß die Rechtsordnung eine bestimmte Tätigkeit, z. B. die Ausübung eines bestimmten Gewerbes, an die Bedingung einer als ‚Konzession‘ oder ‚Lizenz‘ bezeichneten Erlaubnis knüpft ...“.

43 H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, S. 78.

44 Ders., ebd., S. 78.

ordnung zahlreiche Vorschriften darüber enthält, wie der Eigentümer mit seinem Eigentum umzugehen berechtigt ist, verbietet es, in diesem Sinne von einem Erlaubtsein bei der Nutzung der Gebrauchswerteigenschaften einer Sache auszugehen.

Der Grund, weshalb von der Rechtswissenschaft in der Befugnis zum Gebrauch der Sache kein Erlaubnistatbestand gesehen wird, dürfte in dem Bestreben liegen, die Vorstellung aufrecht zu erhalten, daß der Gebrauch des Privateigentums eine ebenso selbstverständliche, „natürliche“ Handlung sei,⁴⁵ wie z. B. das Atmen. Wird in der Befugnis zur Herrschaft über die Sache eine Erlaubnis gesehen, so ist, nach der hier verwandten, von Kelsen übernommenen Definition der Erlaubnis davon auszugehen, daß erst durch positive Normen die Nutzung der Eigentumsobjekte für den Einzelnen freigegeben wird.⁴⁶ Es ist also von der grundsätzlichen Verfügbarkeit des Rechtes und damit des Staates, der dieses Recht setzt, über die gesamte Sachenwelt auszugehen. Diese Konsequenz, die sich bei einem strikt durchgehaltenen Positivismus ohnedies als selbstverständlich ergibt, will die überkommene besitz-individualistische Theorie nicht ziehen. In der Sachherrschaftstheorie soll vielmehr der vorstaatliche Charakter des Privateigentums aufbewahrt bleiben und jene von Hans Kelsen in anderem Begründungszusammenhang formulierte Erkenntnis verschleiert werden, dergemäß das

45 So neuerdings wieder: J. M. Sontis, Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff, in: G. Paulus, U. Diederichsen, C. W. Canaris (Hrsg.), *Festschrift für K. Larenz*, München 1973, S. 981 ff., S. 990: „Das Recht mit der Sache nach Belieben zu verfahren, ist, wie gesagt, die natürliche Freiheit selbst, die Sache lediglich ein Bezugspunkt ihrer Betätigung. Diese Freiheit aber als menschliche Eigenschaft – als ‚Qualität des empirischen Charakters‘ – ist unentziehbar und unteilbar.“

46 Der Staat ist also dem „ersten Eigentümer“ aller Dinge vergleichbar; er gibt die Sachen in einem durch die Rechtsordnung bestimmten Umfang zur Benutzung für bestimmte Rechtssubjekte frei. H. M. Pawlowski, Substanz- oder Funktionseigentum, *AcP* 1965, S. 395 ff., S. 415 schließt daraus: „Das Recht, die Funktion der Sache zu bestimmen, gibt dem Eigentümer also eine Rechtssetzungs- bzw. Gesetzgebungsbefugnis. Er kann für seinen Bereich entscheiden, wie die Umwelt – die ja auch immer Umwelt der anderen ist – in Zukunft sein soll.“ Der faktische Gebrauch der Sache hat selbstverständlich Auswirkungen auf die Umwelt und damit auf die Gesellschaft, die in dieser Umwelt lebt, aber der Gebrauch der Sache ist deshalb nicht als Ermächtigung zur Rechtssetzung zu qualifizieren, denn es werden keine normativen Akte gesetzt, vielmehr wird von einer Erlaubnis Gebrauch gemacht, auf körperliche Gegenstände einzuwirken.

private Eigentumsrecht nur blind delegierte öffentliche Gewalt darstellt.⁴⁷

Das Privateigentumsrecht erschöpft sich nicht in dem Recht, die Sache zu gebrauchen.⁴⁸ Für das kapitalistische Privateigentum ist, wie ausgeführt, die Tauschwertigkeit des Eigentums von herausragender ökonomischer Bedeutung. Um den Tauschwert, den ein Eigentumsobjekt besitzt, realisieren zu können, muß der Privateigentümer befugt sein, das Eigentumsrecht an einen anderen zu übertragen. Diese allseitige Veräußerungsmöglichkeit kennzeichnet das Privateigentum und unterscheidet es z. B. vom feudalen Grundeigentum, das nicht allseitig frei veräußerbar war. Die Einigung über den Übergang des Eigentums an einem körperlichen Gegenstand an einen anderen, der dingliche Vertrag Paragraph 929 BGB, ist, wie jeder Vertrag, ein Akt nicht nur der Rechtsanwendung, sondern auch der Rechtserzeugung.⁴⁹ Insoweit ist der Kelsenschen Stufenbaulehre zuzustimmen.

47 Vgl. H. Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, S. 111; dort zitiert Kelsen zustimmend die These Karl Renners, daß das Recht des Kapitalisten nichts anderes sei als „delegierte öffentliche Gewalt, blind delegiert zu eigenem Vorteil des Gewalthabers.“

48 Auch J. Schmidt geht davon aus, daß die Berechtigung und das subjektive Recht aus der Verbindung zweier Normen bestehe, einer Freiheitsermächtigung und einem Generalverbot; die Norm, die ein Dürfen ausspricht, wird als „privilege-Norm“, diejenige, die das Verbot an alle anderen ausspricht, als „right“-Norm bezeichnet. Vgl. J. Schmidt, *Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung. Ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts*, Köln usw. 1969, insbes. S. 32 ff. Vgl. zu diesen Thesen auch: J. Aicher, *Das Eigentum als subjektives Recht*, Berlin 1975, S. 45 ff. Jedoch wird vorstehend im Gegensatz zu J. Schmidt und in Anlehnung an Kelsen, die Erlaubnis nicht als bloßes Dürfen und als Freiheitsermächtigung aufgefaßt; ferner wird das Eigentum nicht auf die Verbindung von privilege und right beschränkt, sondern im Eigentumsrecht werden auch Ermächtigungsnormen gesehen; siehe dazu weiter unten im Text.

49 Ausdrücklich wird von N. Aliprandis die Verfügungsmacht als ein Ausschnitt aus der Gesamtheit der Gestaltungsmacht (Privatautonomie) als Normsetzungsbefugnis bezeichnet. Vgl. N. Aliprandis, *Subjektives Recht und Unterwerfung, Rechtstheorie*, 1971, S. 129 ff., S. 134. E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen 1965, sieht die Normsetzungsbefugnis zu eng „im Sinne der Befugnis zur Abwehr aller denkbaren Einwirkungen durch Dritte“, S. 164, und erfaßt die Austausch- und Aneignungsfunktion des Eigentums nicht. Mit seiner Theorie macht Bucher darüber hinaus eine Entwicklung rückgängig, die für die Theorie des Privatrechts seit Windscheid bestimmend war: die Trennung des materiellen Rechts von der actio. Zur Kritik an Bucher vgl. J. Aicher, *Das Eigentum als subjektives Recht*, insbes. S. 45 ff.; F. Kasper, *Das subjektive Recht – Begriffsbildung und Bedeutungs-*

Das subjektive Recht des Privateigentums enthält als wesentlichen Bestandteil also nicht nur die Erlaubnis, die Sache zu gebrauchen, sondern auch die Normsetzungsbefugnis, das Eigentumsrecht zu übertragen. Diese Übertragung ist eine Normsetzung durch Private, weil die von der Rechtsordnung gewährte Erlaubnis zum Gebrauch der Sache nunmehr durch private Verfügung einem anderen Rechtssubjekt gewährt wird. Nicht nur der Kaufvertrag also ist, weil Rechte und Pflichten begründend, ein Normsetzungsakt, sondern auch der dingliche Vertrag, mit dem über das Eigentum verfügt wird.

Die Normen des positiven Rechts haben indes nicht nur die Funktion, die Realisierung des Gebrauchs- und Tauschwertes des Privateigentumsobjektes zu ermöglichen. Sie müssen auch die ökonomische Funktion der Aneignung, die das Privateigentum auszeichnet, normativ erfassen. Privateigentum wird einerseits auf dem Markt durch Austausch angeeignet; bevor aber Objekte des Privateigentums in der Form des Austauschs angeeignet werden können, müssen sie produziert werden. Für das Recht einer kapitalistisch organisierten Gesellschaft ist selbstverständlich, daß als Eigentumserwerbsgrund nicht die Arbeit, sondern ausschließlich das Privateigentum Geltung erlangen kann, obwohl Paragraph 950 BGB seinem Wortlaut nach das Gegenteil aussagt, denn er normiert, daß derjenige, der durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, das Eigentum an dieser Sache erwirbt. Mit „strengster bürgerlicher Parteilichkeit“⁵⁰ hat die Rechtslehre diesen Paragraphen umgedeutet und den Eigentümerfabrikanten zum Eigentümer des neuen Produktes erklärt. Dabei wurde zunehmend auf den Versuch einer dogmatischen Begründung verzichtet⁵¹ und schlicht erklärt, dies Ergebnis entspreche „der Lebensanschauung, wie sie der arbeitsteiligen Wirtschaftsweise in den nichtkommunistischen Staaten gemäß ist.“⁵² Dieses dem Privat-

mehrheit, Karlsruhe 1967, S. 143 ff.; J. Schapp, *Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung*, Berlin 1977, S. 91 ff., K. Larenz, *Zur Struktur „subjektiver Rechte“*, in: F. Baur, K. Larenz, F. Wieacker (Hrsg.), *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht*, München 1977, S. 129 ff.

50 H. Wagner, *Recht als Widerspiegelung und Handlungsinstrument. Beitrag zu einer materialistischen Rechtslehre*, Köln 1976, S. 146.

51 Vgl. die Nachweise bei H. Wagner, *Recht als Widerspiegelung*, S. 144 ff.

52 M. Wolff/L. Raiser, *Sachenrecht. Ein Lehrbuch*, 10. Aufl. Tübingen 1957, S. 273.

eigentümer zustehende Recht, das Arbeitsprodukt in sein Privateigentum zu überführen, ist ebenfalls ein privates Normsetzungsrecht. Der Privateigentümer wird durch die Rechtsordnung ermächtigt, Tatbestände zu setzen, aufgrund derer er eine neue Erlaubnisnorm schafft, nämlich die, in bezug auf eine neue Sache für sich die Rechtsstellung eines Privateigentümers zu begründen.

Im Recht des Privateigentums werden also mehrere Rechte zusammengefaßt,⁵³ einmal die Erlaubnisnorm, das Eigentum zu gebrauchen, zum anderen zwei Ermächtigungsnormen: erstens die Ermächtigungsnorm, über das Eigentum durch Übertragung zu verfügen und ein anderes Rechtssubjekt zum Inhaber der Erlaubnis, über die Sache zu verfügen, zu machen, und zweitens die Ermächtigungsnorm, neue Eigentumsrechte an Sachen, die mittels des Privateigentumsobjektes geschaffen worden sind, zu begründen.

53 Auch K. Adomeit sieht in den absoluten Rechten „einen Komplex von Erlaubnissen, sekundären Ansprüchen, Gestaltungsrechten“ und hält die Nutzungsbefugnis des Eigentümers normlogisch für „eine Mehrheit von Erlaubnissen“, vgl. K. Adomeit, *Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik*, S. 503 ff., S. 515. Vgl. dazu auch die frühere Position von K. Adomeit, in: *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche. Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem*, Berlin 1960; S. 17 ff., S. 26, sowie ders., *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*, München 1969, S. 87 ff.