

INGO SAENGER

Einstweiliger
Rechtsschutz und
materiellrechtliche
Selbsterfüllung

Jus Privatum

27

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 27



Ingo Saenger

Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung

Möglichkeiten der kurzfristigen Verwirklichung
von Ansprüchen auf Vornahme vertretbarer Handlungen
– zugleich ein Beitrag zum Spannungsverhältnis
von Prozeßrecht und materiellem Recht

Mohr Siebeck

Ingo Saenger, geboren 1961; Studium in Marburg; Promotion 1990 in Marburg; Habilitation 1996 in Jena; seit 1997 Professor für Bürgerliches Recht, Zivilprozeßrecht und Gesellschaftsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Saenger, Ingo:

Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung :
Möglichkeiten der kurzfristigen Verwirklichung von Ansprüchen auf Vornahme
vertretbarer Handlungen – zugleich ein Beitrag zum Spannungsverhältnis von
Prozeßrecht und materiellem Recht / Ingo Saenger. –

Tübingen : Mohr Siebeck, 1998

(Jus Privatum ; Bd. 27)

ISBN 3-16-146950-X

978-3-16-157873-1 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1998 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Times Antiqua belichtet, von Gulde-Druck in Tübingen auf säurefreies Werkdruckpapier der Papierfabrik Nieferrn gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0940-9610

*Für Heike,
Thorsten, Jörn,
Sören und Thilo*

Vorwort

Mein Plan war es, das faszinierende Zusammenspiel von materiellem Recht und Prozeßrecht an einem Beispiel aufzuzeigen. Gerade bei den Handlungsansprüchen wird deutlich, daß beide Bereiche einander so ergänzen, daß das materielle Zivilrecht in weitem Umfang Funktionen des einstweiligen prozessualen Rechtsschutzes übernehmen kann. Diese Erkenntnis vermag neue Perspektiven für die nach wie vor aktuelle Diskussion über Verfahrensbeschleunigung und Entlastung der Gerichte zu eröffnen.

Die Studie ist im Sommersemester 1996 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität als Habilitationsschrift angenommen worden. Mein herzlicher Dank gilt meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. *Olaf Werner*, für dessen vielfältige Unterstützung mit Rat und Tat, die über die Betreuung der Arbeit bei weitem hinausreicht. Danken möchte ich auch meinem Marburger Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dres. h. c. *Hans G. Leser*, der mein Interesse an der Laufbahn des Hochschullehrers geweckt und mich ebenfalls nachhaltig gefördert hat. Für wertvolle Anregungen und die Zweitberichterstattung danke ich Herrn Professor Dr. *Heribert Hirte*. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft ist für die großzügige Unterstützung bei der Drucklegung, dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme in die Reihe *Jus Privatum* und schließlich meinen Mitarbeitern in Bielefeld und Münster für die Unterstützung bei den Korrekturen zu danken.

Familiärer Dank gilt natürlich zunächst meinen Eltern. Ganz besonderen Dank schulde ich aber meiner Frau, die mir unerschütterlich beigestanden hat, und ebenso meinen Söhnen, die das Vorhaben geduldig verfolgt haben.

Jena/Münster, im Dezember 1997

Ingo Saenger

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
<i>Kapitel 1: Einführung</i>	1
<i>1. Teil</i>	
Möglichkeiten kurzfristiger Rechtsverwirklichung	17
<i>Kapitel 2: Anspruch auf Vornahme vertretbarer Handlungen</i>	18
I. Begriff der vertretbaren Handlung	18
II. Rechtsgrundlagen	20
III. Gegenstände der Selbsterfüllung	29
<i>Kapitel 3: Prozeßrechtliche Behelfe zur kurzfristigen Durchsetzung von Ansprüchen auf Vornahme einer vertretbaren Handlung</i>	30
I. Einstweilige Verfügung	31
II. Befriedigungsverfügung	35
III. Anspruch auf Vornahme einer vertretbaren Handlung als Gegenstand einer Befriedigungsverfügung	44
IV. Verhältnis von Befriedigungsverfügung und Hauptsacheverfahren	50
V. Verfügungsverfahren	53
VI. Rechtsbehelfe im Verfügungsverfahren	57
VII. Vollziehung der einstweiligen Verfügung	58
VIII. Grenzen der prozeßrechtlichen Behelfe	73
<i>Kapitel 4: Materiellrechtliche Behelfe zur Verwirklichung von Ansprüchen auf Vornahme einer vertretbaren Handlung</i>	75
I. Begriff der Selbsterfüllung	76
II. Zivilrechtliches Selbsthilferecht	77

III. Selbsterfüllung im Schuldrecht	89
IV. Selbsterfüllung aufgrund Geschäftsführung ohne Auftrag	97
V. Selbsterfüllung aufgrund öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag	124
VI. Bedeutung der materiellrechtlichen Behelfe	137
<i>Kapitel 5: Bedeutung prozeßrechtlicher und materiellrechtlicher Behelfe für die kurzfristige Rechtsverwirklichung</i>	<i>140</i>
<i>2. Teil</i>	
Gegenüberstellung prozessualer und materiellrechtlicher Behelfe	143
<i>Kapitel 6: Wirkungen der Behelfe</i>	<i>144</i>
I. Tatsächliche Wirkungen	144
II. Rechtliche Wirkungen	147
III. Bedeutung der Kostenfrage	164
<i>Kapitel 7: Kosten der prozessualen Rechtsverwirklichung</i>	<i>166</i>
I. Grundlage der prozessualen Kostenerstattung	166
II. Gegenstand des Anspruchs	169
III. Durchsetzung des Anspruchs	177
IV. Vorschuß	178
V. Zusammenfassung	179
<i>Kapitel 8: Kosten der materiellrechtlichen Verwirklichung von Ansprüchen</i>	<i>181</i>
I. Vergleich der Anspruchsgegenstände	183
II. Schuldrechtliche Ansprüche	198
III. Ansprüche wegen Geschäftsführung ohne Auftrag	221
IV. Ansprüche auf Verwendungsersatz	227
V. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB)	231
VI. Ansprüche aus unerlaubter Handlung	250
VII. Ansprüche aus Gefährdungshaftung	255
VIII. Zusammenfassung	258

<i>Kapitel 9: Risiken der Behelfe</i>	262
I. Kostenrisiko	262
II. Risiko der Schadensersatzpflicht	271
<i>Kapitel 10: Alternativität prozessualer und materiellrechtlicher Behelfe?</i>	286
 <i>3. Teil</i> 	
Verhältnis der Behelfe	291
<i>Kapitel 11: Prozessuale Voraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses</i> .	292
I. Meinungsstand	293
II. Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses	296
III. Verhältnis von Rechtsschutzbedürfnis und Verfügungsgrund bei der einstweiligen Verfügung	300
IV. Rechtsschutzbedürfnis für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung ...	303
V. Rechtsschutzbedürfnis für die Vollsteckung	309
VI. Zusammenfassung	317
<i>Kapitel 12: Ergebnis</i>	319
Literaturverzeichnis	333
Stichwortverzeichnis	343

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
<i>Kapitel 1: Einführung</i>	1
I. Hemmnisse prozessualer Rechtsverwirklichung	3
II. Bedürfnis kurzfristiger Rechtsverwirklichung	5
III. Verfahrensbeschleunigung durch einstweilige Verfügung	7
IV. Selbsterfüllung als Alternative?	10
V. Problemstellung	13
VI. Ansatz zur Problemlösung	15
<i>1. Teil</i>	
Möglichkeiten kurzfristiger Rechtsverwirklichung	17
<i>Kapitel 2: Anspruch auf Vornahme vertretbarer Handlungen</i>	18
I. Begriff der vertretbaren Handlung	18
II. Rechtsgrundlagen	20
1. Vertragliche Ansprüche	21
2. Vertragsähnliche Ansprüche	24
3. Sachenrechtliche Ansprüche	25
a) Dingliche Abwehransprüche	25
aa) § 1004 Abs. 1 BGB	25
bb) § 862 Abs. 1 BGB	26
cc) §§ 907, 908, 909 BGB	27
b) Dingliche Schadensersatzansprüche	28
4. Ansprüche aus unerlaubter Handlung	28
5. Ansprüche aus Gefährdungshaftung	28
III. Gegenstände der Selbsterfüllung	29

<i>Kapitel 3: Prozeßrechtliche Behelfe zur kurzfristigen Durchsetzung von Ansprüchen auf Vornahme einer vertretbaren Handlung</i>	30
I. Einstweilige Verfügung	31
II. Befriedigungsverfügung	35
1. Rechtsgrundlagen	37
2. Voraussetzungen	39
III. Anspruch auf Vornahme einer vertretbaren Handlung als Gegenstand einer Befriedigungsverfügung	44
IV. Verhältnis von Befriedigungsverfügung und Hauptsacheverfahren	50
V. Verfügungsverfahren	53
VI. Rechtsbehelfe im Verfügungsverfahren	57
VII. Vollziehung der einstweiligen Verfügung	58
1. Zustellungserfordernis	59
2. Ermächtigung zur Ersatzvornahme	62
3. Vollsteckung der Kosten der Ersatzvornahme	67
VIII. Grenzen der prozeßrechtlichen Behelfe	73
 <i>Kapitel 4: Materiellrechtliche Behelfe zur Verwirklichung von Ansprüchen auf Vornahme einer vertretbaren Handlung</i>	 75
I. Begriff der Selbsterfüllung	76
II. Zivilrechtliches Selbsthilferecht	77
1. Allgemeines Selbsthilferecht (§ 229 BGB)	78
2. Notwehrrecht (§ 227 BGB)	82
3. Selbsthilferecht des Grundstückseigentümers (§ 910 BGB)	84
4. Selbsthilferecht des Besitzers (§ 859 BGB)	86
III. Selbsterfüllung im Schuldrecht	89
1. Werkvertrag (§ 633 Abs. 3 BGB)	89
2. Kaufvertrag	92
3. Mietvertrag (§ 538 Abs. 2 BGB)	93
4. Bestimmungskauf (§ 375 Abs. 2 HGB)	95
IV. Selbsterfüllung aufgrund Geschäftsführung ohne Auftrag	97
1. Geschäftsführung im wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn (§§ 677, 683 S. 1 BGB)	99
a) Fremdgeschäftsführung	99
b) Fehlen von Auftrag oder sonstiger Berechtigung	100
aa) Schuldrechtliche Verpflichtung des Geschäftsherrn	101
bb) Selbsthilferecht des Geschäftsführers	102
c) Interesse und Wille des Geschäftsherrn	105
aa) Wirklicher Wille	106
bb) Mutmaßlicher Wille und Interesse	107

(1) Interessewidrige Selbsterfüllung	107
(a) Selbsterfüllung schuldrechtlicher Ansprüche	108
(b) Selbsterfüllung dinglicher Abwehransprüche	110
(c) Selbsterfüllung anderer, nicht schuldrechtlicher Verpflichtungen	111
(2) Interessegemäße Selbsterfüllung	113
d) Ausführung des Geschäfts	115
2. Geschäftsführung zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Pflicht des Geschäftsherrn (§§ 677, 679 BGB)	117
3. Unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 684 S. 1 BGB)	121
4. Eignung der Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtsgrundlage einer Selbsterfüllung	122
V. Selbsterfüllung aufgrund öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag	124
1. Selbsterfüllung im öffentlichen Recht	124
2. Fallkonstellationen der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag	126
3. Handeln einer Behörde für eine andere Behörde	128
4. Handeln einer Behörde für einen Privaten	129
5. Handeln eines Privaten für eine Behörde	133
6. Eignung der Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtsgrundlage einer Selbsterfüllung im öffentlichen Recht	136
VI. Bedeutung der materiellrechtlichen Behelfe	137

<i>Kapitel 5: Bedeutung prozeßrechtlicher und materiellrechtlicher Behelfe für die kurzfristige Rechtsverwirklichung</i>	140
--	-----

2. Teil

Gegenüberstellung prozessualer und materiellrechtlicher Behelfe	143
---	-----

<i>Kapitel 6: Wirkungen der Behelfe</i>	144
---	-----

I. Tatsächliche Wirkungen	144
-------------------------------------	-----

II. Rechtliche Wirkungen	147
------------------------------------	-----

1. Vornahme der Handlung durch den Verpflichteten selbst	147
--	-----

a) Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB)	148
---	-----

b) Beseitigung der Anspruchsvoraussetzungen	151
---	-----

2. Prozessuale Behelfe	153
----------------------------------	-----

a) Zwangsvollstreckung nach Hauptsacheverfahren	153
---	-----

b) Vollziehung einer einstweiligen Verfügung	155
--	-----

3. Materiellrechtliche Behelfe	157
--	-----

a) Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB)	157
b) Unmöglichkeit (§ 275 BGB)	158
c) Beseitigung der Anspruchsvoraussetzungen	161
4. Vergleich der rechtlichen Wirkungen	162
III. Bedeutung der Kostenfrage	164
<i>Kapitel 7: Kosten der prozessualen Rechtsverwirklichung</i>	166
I. Grundlage der prozessualen Kostenerstattung	166
II. Gegenstand des Anspruchs	169
1. Notwendigkeit der Kosten	170
2. Eigenleistungen des Gläubigers	171
3. Tätigkeitsbedingte Schäden	176
III. Durchsetzung des Anspruchs	177
IV. Vorschuß	178
V. Zusammenfassung	179
<i>Kapitel 8: Kosten der materiellrechtlichen Verwirklichung von Ansprüchen</i>	181
I. Vergleich der Anspruchsgegenstände	183
1. Schadensersatz	183
a) Geldersatz	184
b) Eigenleistungen	188
aa) Konkrete Herstellungskosten	188
bb) Schadenbearbeitung	189
cc) Schadensbegrenzung	190
dd) Abstrakte Schadensberechnung	191
c) Tätigkeitsbedingte Schäden	192
d) Gegenstand des Anspruchs	192
2. Aufwendungsersatz	193
a) Aufwendungen	194
b) Eigenleistungen	195
c) Tätigkeitsbedingte Schäden	196
d) Gegenstand des Anspruchs	197
3. Wertersatz	197
4. Abgrenzung	198
II. Schuldrechtliche Ansprüche	198
1. Aufwendungsersatzansprüche	199
a) Werkvertrag (§ 633 Abs. 3 BGB)	199
aa) Umfang	200
bb) Eigenleistungen	201
cc) Vorschuß	203
dd) Tätigkeitsbedingte Schäden	205

b) Mietvertrag (§ 538 Abs. 2 BGB)	207
2. Schadensersatzansprüche	210
a) Verzugsschaden (§ 286 Abs. 1 BGB)	211
b) Schadensersatz wegen Nichterfüllung	215
aa) Verzug (§§ 286 Abs. 2, 326 Abs. 1 BGB)	215
bb) Unmöglichkeit (§§ 280 Abs. 1, 325 Abs. 1 BGB)	216
cc) Eignung als Ausgleichsanspruch	220
III. Ansprüche wegen Geschäftsführung ohne Auftrag	221
1. Berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683, 670 BGB)	222
2. Unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 684 S. 1, 812 BGB)	226
IV. Ansprüche auf Verwendungsersatz	227
V. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB)	231
1. Voraussetzungen	231
2. Meinungsstand	233
a) Rechtsprechung	233
b) Literatur	236
3. Stellungnahme	239
a) Bereicherungsausgleich und Leistungsstörungen	239
b) Bereicherungsausgleich und Fremdgeschäftsführung	245
c) Gegenstand des Bereicherungsausgleichs	246
4. Eignung als Ausgleichsanspruch	249
VI. Ansprüche aus unerlaubter Handlung	250
1. Geldersatz	250
2. Geldersatz nach § 250 BGB bei zunächst unbekanntem Störer	252
3. Gegenstand und Umfang des Anspruchs	254
VII. Ansprüche aus Gefährdungshaftung	255
VIII. Zusammenfassung	258
1. Aufwendungsersatz	258
2. Schadensersatz	259
3. Wertersatz	261
4. Verwendungsersatz	261
<i>Kapitel 9: Risiken der Behelfe</i>	<i>262</i>
I. Kostenrisiko	262
1. Kosten der Vornahme der Handlung	263
a) Prozessuale Behelfe	263
b) Materiellrechtliche Behelfe	264
2. Verfahrenskosten	266
a) Prozessuale Behelfe	267
b) Materiellrechtliche Behelfe	269
3. Abwägung der Kostenrisiken	269

II. Risiko der Schadensersatzpflicht	271
1. Prozessuale Behelfe	271
a) Voraussetzungen	272
b) Rechtsfolgen	274
c) Rechtslage bei materieller Berechtigung des Gläubigers	276
aa) §§ 717 Abs. 2 ZPO	276
bb) § 945 ZPO	278
cc) Schadensersatz wegen vorzeitiger prozessualer Maßnahmen	280
d) Schadensersatzrisiken aufgrund prozessualen Vorgehens	282
2. Materiellrechtliche Behelfe	282
3. Abwägung der Risiken einer Schadensersatzpflicht	284
 <i>Kapitel 10: Alternativität prozessualer und materiellrechtlicher Behelfe?</i>	 286
 <i>3. Teil</i> 	
Verhältnis der Behelfe	291
 <i>Kapitel 11: Prozessuale Voraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses.</i>	 292
I. Meinungsstand	293
II. Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses	296
III. Verhältnis von Rechtsschutzbedürfnis und Verfügungsgrund bei der einstweiligen Verfügung	 300
IV. Rechtsschutzbedürfnis für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung	303
1. Rechtsschutzziel des Verfügungsverfahrens	304
2. Gegenüberstellung mit der Situation bei der Selbsterfüllung	304
3. Begründung des Rechtsschutzbedürfnisses	308
V. Rechtsschutzbedürfnis für die Vollstreckung	309
1. Rechtsschutzziel der Vollstreckung	311
2. Gegenüberstellung mit der Situation bei der Selbsterfüllung	311
3. Begründung des Rechtsschutzbedürfnisses	316
VI. Zusammenfassung	317
 <i>Kapitel 12: Ergebnis</i>	 319
Literaturverzeichnis	333
Stichwortverzeichnis	343

Kapitel 1

Einführung

Zivilprozeßrecht und materielles Recht bilden ein Spannungsverhältnis, welches durch eine Vielzahl von Wechselbeziehungen unterschiedlichster Art geprägt ist.¹ Der Ausgangspunkt hierfür ist das rechtssystematische Denken, welches in materiellem und prozessualen Recht verschiedene Rechtsbereiche sieht, die sich sowohl von ihrem Gegenstand als auch von den Zielen her grundlegend unterscheiden.² Dieser Gedanke der Trennung von Anspruch und Klage ist auf *Windscheid*³ zurückzuführen, der das materielle Recht als das „Prius“ oder Erzeugende und die Klage als das Spätere oder Erzeugte, also das hinzutretende und dem materiellen Recht dienende Instrument umschrieben hat. Damit wurde die bis heute gültige Vorstellung geprägt, daß jede materiellrechtlich begründete Position prozessual durchsetzbar sein muß.⁴ Auch wenn es sich danach bei dem Prozeßrecht um einen eigenständigen Rechtsbereich handelt, der dem Zweck nach auf die Realisierung materieller Rechte gerichtet ist, wird der Inhalt der Prozeßrechtssätze dennoch durch materiellrechtliche Wertungen ebenso mitbestimmt, wie auch materielle Rechtssätze durch prozeßrechtliche Wertungen bedingt sind. Gleichfalls können übergreifende Wertungen Geltung für beide Bereiche beanspruchen.⁵ Einen Ausschnitt dieser Wechselwirkungen und vielfältigen Verflechtungen greift die vorliegende Untersuchung auf. Vor dem Hintergrund des Erfordernisses einer kurzfristigen Rechtsverwirklichung soll der Frage nachgegangen werden, ob neben den prozessualen ebenfalls außerprozessuale Möglichkeiten der Durchsetzung eines Anspruchs auf Vornahme einer vertretbaren Handlung bestehen und inwieweit sich diese gegenseitig ergänzen oder auch abschließen können.

¹ Vgl. hierzu nur die weitreichende Studie von *Henckel*, Zivilprozeßrecht und materielles Recht (1970) und deren Besprechung von *Arens*, AcP 173 (1973), 250 ff.

² Siehe zum heutigen Verständnis des Verhältnisses der beiden Rechtsbereiche *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 2 IV; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 1 III, V; *Blomeyer*, Erkenntnisverfahren, § 1 II; *Zöllner*, AcP 190 (1990), 471.

³ Die Abhandlung *Windscheids*, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856), ist hierfür von grundlegender Bedeutung. Den Trennungsgedanken hat ebenfalls *Bülow*, Die Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen (1868) und *ders.*, Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Civilprozeßrechts, ZZP 27 (1900), 201 vorangetrieben.

⁴ *Zöllner*, AcP 190 (1990), 471, 473.

⁵ *Henckel*, S. 25 f. Vgl. hierzu auch *Zöllner*, AcP 190 (1990), 471, 474, der zutreffend formuliert: „Materielles Recht ist ... nur die halbe Wahrheit.“

Die Verwirklichung und der Schutz privater Rechte ist grundsätzlich Aufgabe des Zivilprozesses.⁶ Ansprüche werden nach den Vorschriften des Prozeßrechts geltend gemacht und durchgesetzt. Diese Normen regeln das Verhalten in einem auf ein Rechtspflegeziel ausgerichteten Verfahren von und vor Rechtspflegeorganen. Demgegenüber hat das materielle Recht das Verhalten in solchen Lebensbereichen zum Gegenstand, in denen sich die Rechtssubjekte unmittelbar und ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt aufgerufenen Rechtspflegeorgans begegnen.⁷ Gleichwohl befaßt sich das Privatrecht nicht nur mit der Begründung, Änderung und Aufhebung von Rechten, sondern in weitem Umfang auch mit der Durchsetzung und Verwirklichung dieser Rechte. So stellen etwa materielle Auskunftsansprüche oder Selbsthilferechte sowie die gesetzlichen und vertraglichen Pfand- und Sicherungsrechte privatrechtliche Instrumente der Rechtsdurchsetzung dar, die zur Erfüllung von Verbindlichkeiten beitragen sollen. Soweit aber privatrechtliche Durchsetzungsrechte bestehen, können diese auch mit prozessualen Institutionen und hierbei insbesondere auch mit Anordnungen des einstweiligen Rechtsschutzes in Konkurrenz treten.⁸

Der Konkurrenz materiellrechtlicher und prozessualer Instrumente der Rechtsdurchsetzung, welche teilweise sogar als eine der wichtigsten Fragen des Verhältnisses von Privatrecht und Prozeßrecht angesehen wird,⁹ kommt besonders dann praktische Bedeutung zu, wenn wegen der Schwerfälligkeit der prozessualen Geltendmachung eine Gefährdung der Verwirklichung materieller Ansprüche zu befürchten ist. Der Faktor „Zeit“, den das Verfahrensrecht in weiten Bereichen außer acht läßt, steht der Rechtsverwirklichung aber nicht nur entgegen, wenn der Anspruchsinhaber die Durchsetzung seines Rechts betreibt, sondern auch, wenn ein anderer dessen Rechtsausübung mit verfahrensrechtlichen Mitteln blockiert und so einen Teilerfolg zu erzielen vermag.¹⁰ Die Erheblichkeit des Zeitmoments für das Prozeßrecht wird durch die immer wieder erhobene Forderung nach einer Verfahrensbeschleunigung unterstrichen, welche wie ein roter Faden die Begründungen nahezu aller prozeßrechtlicher Gesetzesnovellen

⁶ Siehe hierzu nur *Henckel*, S. 61 ff.; *Meier*, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 1, 31; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 1 III; *Eike Schmidt*, S. 9 ff.; *Jauernig*, JuS 1971, 329, 331 f. *Goldschmidt*, S. 151 betont die Aufgabe der Herbeiführung von Rechtskraft. Demgegenüber sieht *Pawlowski*, ZZP 1980 (1967), 345, 373, 389 die Funktion in der Einigung der Parteien, weshalb im Prozeß das Ergebnis der gegenseitigen Verständigung der Einzelnen fixiert werde.

⁷ *Henckel*, S. 24 f.

⁸ *Meier*, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 1, 9 f.; 54 f. Vgl. zum Verwaltungsrecht auch *Schoch*, S. 961 ff.

⁹ So *Meier*, Privatrecht und Prozeßrecht, S. 1, 6.

¹⁰ Beispielsweise aufgrund von Anfechtungsklagen im Gesellschaftsrecht, vgl. hierzu *Hirte*, DB 1993, 77, 78. Ebenso kann bei Behauptung eines Stimmbindungsvertrages ein Verbot der Stimmausübung durch einstweilige Verfügung angeordnet werden mit der Folge, daß ein mißliebiger Beschluß wegen der so erzwungenen Stimmenthaltung nicht zustande kommt, worauf bereits *Erman*, AG 1959, 300, 303 hinweist.

durchzieht¹¹ und bis heute von aktueller Bedeutung ist.¹² Die Erkenntnis, daß die für die Durchsetzung eines Anspruchs erforderliche Zeitdauer im Einzelfall die Rechtsverwirklichung gefährden kann, dürfte sogar allen Rechtsordnungen gemeinsam sein, was nicht zuletzt die treffende anglo-amerikanische Formulierung „right delayed is right denied“ belegt.¹³ Gerade wegen der mit der prozessualen Geltendmachung und Durchsetzung eines Anspruchs verbundenen besonderen Hemmnisse und Unwägbarkeiten, die selbst bei der Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes bestehen, sollen daher als Alternative hierzu Modelle einer Selbsterfüllung durch den Gläubiger diskutiert werden.

1. Hemmnisse prozessualer Rechtsverwirklichung

Das geltende Recht wird vom Grundsatz staatlichen Rechtsschutzes bestimmt. Das Rechtsschutz- oder Gewaltmonopol¹⁴ des Staates verbietet dem einzelnen grundsätzlich die eigenmächtige Durchsetzung seiner Rechte.¹⁵ Die Verwirklichung subjektiver Rechte und Rechtspositionen erfolgt statt dessen in einem gesetzlich geregelten förmlichen Verfahren, nämlich dem Zivilprozeß vor den ordentlichen Gerichten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, der sowohl einer Bewährung der objektiven Rechtsordnung als auch der Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens dient und damit Mittel der Konfliktlösung ist.¹⁶ Erforderlich hierfür ist zunächst die Feststellung oder Gestaltung der subjektiven Rechte oder Rechtsverhältnisse im Erkenntnisverfahren. Soweit sich der Verpflichtete der gerichtlichen Entscheidung nicht freiwillig unterwirft, schließt sich daran die

¹¹ Vgl. nur die Bekanntmachung zur Entlastung der Gerichte vom 9. 9. 1915 (RGBl. I S. 562), die Verordnung zur Beschleunigung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. 12. 1923 (RGBl. I S. 1239) oder auch das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungs-Novelle) vom 3. 12. 1976 (BGBl. I S. 3281).

¹² Siehe hierzu nur *Blankenburg/Leipold*, S. 109 ff. Mit diesem Phänomen hat sich u.a. auch *Schoch*, S. 175 f. befaßt.

¹³ Diese Formulierung verwendet (für das Unterhaltsverfahren) auch *van Els*, FamRZ 1994, 735, 736 bei Fn. 12, der einen konkreten Hinweis auf deren Herkunft jedoch nicht zu geben vermag.

¹⁴ Kritik gegen den gebräuchlichen Begriff des Rechtsschutz“monopols“ erhebt *Schöne-mann*, S. 10, der lediglich vom Vorrang staatlichen Rechtsschutzes spricht. In der Sache ergeben sich allein aufgrund der Begrifflichkeit jedoch keine Unterschiede.

¹⁵ *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rdnr. 1.1–1.3; *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, § 1 I. Vgl. insbes. zur Entwicklung des Verbots der Selbsthilfe *Heyer*, ArchBürgR 19 (1901), 38, 49 ff.

¹⁶ *Stein/Jonas/Schumann* (20. Aufl.), Einl. Rdnr. 7; *Zöller/Vollkommer*, Einl. Rdnr. 39; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 1 III. Vgl. hierzu auch *Heyer*, ArchBürgR 19 (1901), 38, 50. Zum Zweck des Zivilprozesses siehe auch bereits oben, Fn. 6.

zwangsweise Verwirklichung der festgestellten Ansprüche im Zwangsvollstreckungsverfahren an.¹⁷

Der Inhaber eines Rechts muß zur Durchsetzung seines Anspruchs also regelmäßig die Hilfe der Gerichte in Anspruch nehmen. Dies gilt sowohl für die Erhebung der Klage zur Erlangung eines Urteils als auch für dessen Durchsetzung im Wege der Zwangsvollstreckung. Das staatliche Rechtsschutzmonopol hat damit eine Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten des einzelnen zur Folge. Gleichsam als Ausgleich hierfür gewährt der Staat jedermann das Recht auf Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes.¹⁸ Dieser Justizgewährungsanspruch wird aus den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG), des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) und dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) sowie allgemein dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet.¹⁹

Aufgrund dessen wird aber nicht nur die formale Möglichkeit gewährleistet, die Gerichte anzurufen. Verfassungsrechtliche Vorgaben bestehen auch hinsichtlich der Art und Weise der Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes. So wurde aus der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes entwickelt, welches dem Bürger über die bloße Möglichkeit der Anrufung der Gerichte hinaus auch einen substantiellen Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle gewährt.²⁰ Hieraus folgt, daß der gerichtliche Kontrollbefund innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens ergehen muß.²¹ Der Anspruch auf angemessene Beschleunigung des Verfahrens ist daher heute als Bestandteil eines allgemeinen Prozeßgrundrechts auf ein faires Verfahren verfassungsrechtlich anerkannt.²²

Das Kriterium des angemessenen Zeitraums, innerhalb dessen das Gericht unter dem Gesichtspunkt der Effektivität des Rechtsschutzes eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu treffen hat, basiert jedoch auf einem relativen Begriff. Diesen inhaltlich auszufüllen und vor allem eine Überprüfung der Angemessenheit der Verfahrensdauer ist demzufolge mit erheblichen Schwierigkeiten ver-

¹⁷ Vgl. Fn. 16.

¹⁸ Heyer, ArchBürgR 19 (1901), 38, 51 sieht in dem Bestreben der Zurückführung des Selbsthilferechts sogar den Hauptgrund für die Errichtung des Reichskammergerichts im Jahre 1495.

¹⁹ Vgl. zur Bedeutung der Justizgewährungspflicht im Zivilrecht BGHZ 37, 113, 120 f.; 67, 184, 187 f.; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, § 1 III; Stein/Jonas/Schumann (20. Aufl.), Einl. Rdnr. 210; Zöller/Vollkommer, Einl. Rdnr. 49; Walter, S. 87 f.

²⁰ Zum Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes vgl. nur BVerfGE 35, 263, 274; 51, 268, 284; 81, 123, 129; 84, 34, 49. Zur Herleitung und zu den Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz vgl. auch Schmidt-Jortzig, NJW 1994, 2569, 2572 f.

²¹ Siehe nur BVerfGE 55, 349, 369.

²² BVerfGE 46, 334; 49, 325; 60, 253; BVerfG, NJW 1988, 2472; Zöller/Vollkommer, Einl. Rdnr. 51. Vgl. hierzu auch Benda/Weber, ZZP 96 (1983), 285, 302 f.; Schmidt-Jortzig, NJW 1994, 2569.

bunden. Dies gilt selbst dann, wenn man noch nicht einmal berücksichtigt, daß der Zeitpunkt, in dem sich das Gericht erstmals mit einem Rechtsschutzgesuch befassen kann, maßgeblich vom jeweiligen Geschäftsanfall abhängt. Auch wenn sich das Gericht sogleich der Sache annimmt, was nicht dem Regelfall entsprechen dürfte, ist es bei der Durchführung des Hauptverfahrens an die prozessualen Vorschriften gebunden und kann sein Urteil erst fällen, wenn es von der Richtigkeit aller anspruchsbegründenden Tatsachen überzeugt ist. Dies setzt nicht selten eine zeitaufwendige Beweisaufnahme voraus. Auch besteht für den Anspruchsgegner oder Schuldner die Möglichkeit, das Verfahren zusätzlich in die Länge zu ziehen, indem er sämtliche nur denkbaren Einwände erhebt und verfahrensrechtlichen Hindernisse bereitet.

Auch wenn der Gläubiger, je nach Dauer des Erkenntnisverfahrens, früher oder später obsiegt und ein zusprechende Urteil erstreitet, ist er von seinem Ziel, Recht zu bekommen, noch weit entfernt. Soweit der Schuldner nicht unter dem Eindruck des gegen ihn ergangenen Urteils nunmehr freiwillig die geschuldete Leistung erbringt, bedarf es des weiteren der Durchsetzung des Gläubigerrechts im Wege der Zwangsvollstreckung. Erst wenn auch dieses Verfahren erfolgreich abgeschlossen ist, hat der Gläubiger sein Prozeßziel erreicht. Daher ist die prozessuale Geltendmachung eines Anspruchs stets mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbunden und können der Verfahrensverlauf und vor allem die Dauer bis zur endgültigen Rechtsverwirklichung in den meisten Fällen nicht im voraus abgesehen werden.

II. Bedürfnis kurzfristiger Rechtsverwirklichung

Es gibt jedoch zahlreiche Situationen, in denen der Gläubiger nicht den Ausgang eines zeitaufwendigen Erkenntnisverfahrens und das sich hieran anschließende Zwangsvollstreckungsverfahren abwarten kann. Dies gilt insbesondere, wenn für die Durchsetzung des zugrundeliegenden Anspruchs das Zeitmoment von Bedeutung ist und die Dauer des Verfahrens die Rechtsverwirklichung zumindest beeinträchtigen, wenn nicht sogar völlig verhindern kann. Stellt beispielsweise ein Bauunternehmer fest, daß sein Subunternehmer eine Baustelle abredewidrig nicht ausreichend gesichert hat, so könnte der Bauunternehmer zwar die ihm aus einer vertraglichen Nebenpflicht zustehenden Ansprüche auf gehörige Absicherung der Baustelle klageweise geltend machen. Jedoch versteht es sich von selbst, daß die Baustelle nicht bis zur Entscheidung des Gerichts und deren anschließender Durchsetzung ungesichert bleiben darf. Abgesehen von öffentlich-rechtlichen Pflichten wird der Bauunternehmer nämlich schon aus Gründen des Schutzes vor einer eigenen Inanspruchnahme durch Dritte wegen möglicher Schäden an einer raschen Beseitigung der Gefahrenquelle interessiert sein. Genauso verhält es sich, wenn beispielsweise im Winter die Heizungsanlage eines

Mietshauses ausfällt und sich der Vermieter weigert, die schon längst nicht mehr den geltenden Immissionsvorschriften genügende und deshalb im Frühjahr ohnehin zum Austausch vorgesehene Anlage zuvor nochmals aufwendig reparieren zu lassen. Angesichts der niedrigen Temperaturen würde es den frierenden Mietern wenig helfen, die Erfüllung der nach § 536 BGB bestehenden Pflicht des Vermieters, die Wohnungen in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, welche als Nebenleistungspflicht auch die Beheizung der gemieteten Wohnräume beinhaltet,²³ in einem sich möglicherweise bis zum Frühjahr hinziehenden Verfahren gerichtlich einzufordern.

Dem Zeitpunkt kommt aber nicht nur im vertraglichen Bereich, sondern insbesondere auch bei Ansprüchen auf Beseitigung von Rechtsbeeinträchtigungen Bedeutung zu. So steht etwa dem Eigentümer eines Grundstücks ein dinglicher Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB zu, wenn diesem der Zugang hierzu versperrt wird, weil ein fremdes Fahrzeug die Einfahrt blockiert. Auch wenn eine solche Störung regelmäßig von kurzer Dauer ist und nur einige Minuten oder allenfalls wenige Stunden andauert, vermag diese in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Nutzung des Grundstücks doch auch in einem so kurzen Zeitraum erhebliche Schäden zu verursachen, die ein zivilrechtliches Vorgehen gegen den Störer erforderlich machen. Indes käme eine Entscheidung über den Beseitigungsanspruch aufgrund eines Hauptverfahrens in jedem Fall zu spät, weil Störungen dieser Art jedenfalls nicht bis zum Termin einer erst auf die Klageerhebung hin anzuberaumenden mündlichen Verhandlung andauern. Kommt die Führung eines Prozesses aber wegen dessen Dauer von vornherein nicht in Betracht, so begründet dies die Gefahr, daß der Rechtsinhaber für den Zeitraum bis zur freiwilligen Beseitigung der Störung durch den Schuldner, die in dessen Belieben stünde, rechtsschutzlos gestellt wäre. Als weiteres Beispiel für die Bedeutung des Zeitmoments im Zusammenhang mit der Beseitigung rechtswidriger Beeinträchtigungen ist aus dem Bereich des Nachbarrechts die Verpflichtung des Grundstückseigentümers zur Abstützung einer Böschung zu nennen, welche auf das Nachbargrundstück abzurutschen droht. Selbst wenn der Nachbar den Grundstückseigentümer sogleich auf die Vornahme von Maßnahmen zur Abstützung des Erdreichs verklagen würde, könnte aufgrund fortschreitender Bodenbewegungen bis zur Erlangung eines Titels nichts mehr vorhanden sein, was abzustützen wäre.

Auch wenn die Fälle der Eigentumsstörungen, nicht zuletzt im Bereich des Nachbarrechts, zahlenmäßig von nicht unerheblicher Bedeutung sein mögen, können andere Fallkonstellationen eine weitaus größere Tragweite haben. Hierbei ist beispielsweise an den Anspruch eines Wasserwerks als berechtigtem Grundwasserbenutzer auf Beseitigung von gesundheitsgefährdenden Gewässer-

²³ Vgl. hierzu nur MünchKommBGB/Voelskow, §§ 535, 536 Rdnr. 70; Palandt/Putzo, § 535 Rdnr. 25; Staudinger/Emmerich (1994), §§ 535, 536 Rdnr. 106 ff.

verunreinigungen infolge einer Schadstoffeinleitung zu denken.²⁴ Unabhängig von der Möglichkeit eines privatrechtlich organisierten Wasserwerks, auf das Tätigwerden staatlicher Organe im Rahmen öffentlich-rechtlicher Grundsätze der Gefahrenabwehr hinzuwirken, kommt als eigenes Vorgehen gegen den Schädiger zunächst nur die Erhebung einer Beseitigungsklage in Betracht. Indes kann eine gerichtliche Entscheidung in derartigen Notlagen im Regelfall nicht abgewartet werden, wenn bis dahin eine Schadensausweitung bzw. der Eintritt weiterer und noch erheblicherer Schäden zu befürchten ist. Darüber hinaus können der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs aber auch tatsächliche Hindernisse entgegenstehen. Gerade Eigentumsstörungen sind nämlich vielfach dadurch gekennzeichnet, daß der Störer zunächst unbekannt ist und auch nicht so gleich festgestellt und erreicht werden kann.²⁵

Die zahlreichen Fälle zeitgebundener Rechtsverwirklichung, von denen einige lediglich beispielhaft und ohne jeden repräsentativen Anspruch genannt sind, belegen das Erfordernis einer kurzfristigen Rechtsverwirklichung. Fraglich ist jedoch, auf welche Weise diesem Bedürfnis Rechnung getragen werden kann.

III. Verfahrensbeschleunigung durch einstweilige Verfügung

Trotz vielfacher Bemühungen um eine Verfahrensbeschleunigung vermag ein Hauptsacheverfahren gleichwohl eine rasche Rechtsverwirklichung nicht zu garantieren und ist wohl auch nur in seltenen Fällen geeignet, eine solche herbeizuführen. Das geltende Zivilprozeßrecht trägt dem Erfordernis des kurzfristigen Rechtsschutzes daher mit dem Verfahren der einstweiligen Verfügung Rechnung,²⁶ welches im wesentlichen seit Inkrafttreten der ZPO im Jahre 1877 unverändert und bislang auch von Reformbemühungen unberührt geblieben ist.²⁷ Hiermit kann im Wege eines summarischen Verfahrens, bei dem die Beweislast gegenüber dem Hauptsacheverfahren wegen des Ausreichens bloßer Glaubhaftma-

²⁴ Dieser Sachverhalt lehnt sich an das Wasserprobenurteil BGHZ 103, 129 an.

²⁵ Hierauf weist auch *Gursky*, NJW 1971, 782, 787 hin.

²⁶ Auf die Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes im Rahmen des Justizgewährungsanspruchs weist bereits *Heyer*, ArchBürgR 19 (1901), 38, 52 f. hin, der einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Verbot der Selbsthilfe und der Einführung des Arrestprozesses sieht.

²⁷ Dies heben auch *Blankenburg/Leipold*, S. 109 hervor. Tatsächlich stimmen die Vorschriften des fünften Abschnitts im achten Buch der ZPO (§§ 916–944 ZPO) weitgehend mit den Regelungen der §§ 796–822 der CPO vom 30. 1. 1877 überein. Gesetzesänderungen, zumeist schon bis zur Novelle 1898 getroffen, finden sich nur in beschränktem Umfang. Diese betreffen etwa Ergänzungen zur Regelung der Vollstreckung, insbesondere bei Grundstücken (bspw. die heutigen §§ 931, 932, 940 a, 941 ZPO). Auch die Vorschrift des § 945 ZPO über die Schadenersatzpflicht wurde nachträglich eingefügt, dies aber ebenfalls bereits im Jahr 1898 als § 822 a CPO (RGBl. S. 256, 318 f.).

chung abgeschwächt ist, innerhalb eines überschaubaren Zeitraums eine erste gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden. Zweifel daran, daß innerhalb einer vertretbaren Zeit brauchbare Entscheidungsgrundlagen erarbeitet werden können, bestehen aber bereits dann, wenn es hierzu auf die Beantwortung grundlegender Fragen aus entlegenen und nicht ohne weiteres überschaubaren Rechtsgebieten ankommt.²⁸ Weitaus schwerer wiegt aber, daß es zur Durchsetzung des Inhalts einer schließlich erlassenen einstweiligen Verfügung, soweit der Schuldner die einstweilige Verfügung unbeachtet läßt, ebenso wie nach einem vorangegangenen Hauptsacheverfahren der Zwangsvollstreckung bedarf. Auf diese Weise können daher die zeitlichen Vorteile einer einstweiligen Verfügung wiederum geschmälert werden.

Aber auch unabhängig hiervon ergeben sich hinsichtlich der kurzfristigen Verwirklichung von Ansprüchen mittels einer einstweiligen Verfügung weitere Probleme daraus, daß eine gerichtliche Entscheidung in diesem Eilverfahren regelmäßig nur vorübergehender Natur sein und eine Entscheidung in der Hauptsache nicht vorwegnehmen darf.²⁹ Das Verfahren der einstweiligen Verfügung soll nämlich lediglich sicherstellen, daß der Anspruchsinhaber sein Recht nach Abschluß des Hauptsacheverfahrens auch verwirklichen kann.³⁰ Dieses Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache bereitet aber gerade in den beispielhaft genannten Fällen, insbesondere soweit sich diese auf die Beseitigung einer Rechtsbeeinträchtigung beziehen, besondere Schwierigkeiten. Regelmäßig sind diese Ansprüche nämlich auf Vornahme einer Handlung durch den Schuldner gerichtet. Dieser ist etwa verpflichtet eine Baustelle abzusichern, eine Heizungsanlage zu reparieren, eine Zufahrt freizugeben oder Maßnahmen zur Beseitigung einer Gewässerverunreinigung zu ergreifen. Würde die Vornahme einer solchen Handlung im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet, weil der Gläubiger hierauf gerade angewiesen ist, wäre dies jedoch nicht als ein Minus gegenüber der Hauptsacheentscheidung anzusehen, sondern der Inhalt der einstweiligen Verfügung wäre vielmehr mit der in dem Hauptsacheverfahren angestrebten Entscheidung identisch.

Dem Vorwegnahmeverbot könnte auch nicht dadurch Rechnung getragen werden, daß lediglich eine vorläufige Vornahme der begehrten Handlung angeordnet würde. Wenn die begehrte Handlung erst einmal ausgeführt ist, können deren Wirkungen bei einer eventuellen Aufhebung der einstweiligen Verfügung nämlich in den meisten Fällen weder rückgängig gemacht werden, noch lassen sich die Folgen stets im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs beseitigen. Dem

²⁸ Dazu OLG Frankfurt a.M., WRP 1963, 316. Die grundsätzliche Eignung einer einstweiligen Verfügung stellt im Zusammenhang mit der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Konfliktlagen ebenfalls *Schmidt-Diemitz*, S. 48 in Frage.

²⁹ Siehe nur MünchKommZPO/*Heinze*, vor § 935 Rdnr. 3; *Stein/Jonas/Grunsky*, § 938 Rdnr. 3; *Brox/Walker*, Rdnr. 1590; *Walker*, Rdnr. 66 ff.

³⁰ *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 916 Rdnr. 1.

Vorwegnahmeverbot ist allenfalls dann genüge getan, wenn anderweitige vorläufige Maßnahmen in Betracht kommt, die ein aliud gegenüber dem Hauptsacheverfahren darstellen. Die Anordnung solcher vorläufiger Maßnahmen, die geeignet sind, eine bloß vorübergehende Abhilfe zu schaffen, wird jedoch nur in seltenen Fällen möglich sein. Dies ist beispielsweise in Erwägung zu ziehen, wenn statt der sofortigen Reparatur der Heizungsanlage eines Mietshauses zunächst auch die – soweit technisch überhaupt mögliche – Zurverfügungstellung elektrisch betriebener Radiatoren die Bewohnbarkeit der Räumlichkeiten sicherstellen oder aber im Fall der Abstützung einer Böschung statt der eigentlich erforderlichen massiven Mauer zunächst auch die bloße Errichtung einer provisorischen Holzverschalung zumindest auf absehbare Zeit weitere Erdbewegungen verhindern kann. Im übrigen kann eine kurzfristige Rechtsverwirklichung im Wege einer einstweiligen Verfügung in diesen Fällen aber nur unter dem Gesichtspunkt einer Befriedigungsverfügung in Betracht kommen. Soweit deren engen Voraussetzungen nicht gegeben sind, vermag der erforderliche kurzfristige Rechtsschutz nicht auf prozessuellem Wege herbeigeführt zu werden und besteht deshalb die Gefahr, daß der Gläubiger insoweit schutzlos bleibt. Ist dagegen eine einstweilige Verfügung mit Befriedigungscharakter zulässig, so wirft dies sogleich die weitere Frage auf, ob daneben überhaupt noch die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens erforderlich oder dieses nicht sogar überflüssig ist.

Aber auch wenn der Gläubiger aufgrund eines summarischen Erkenntnisverfahrens innerhalb eines überschaubaren Zeitraums eine einstweilige Verfügung zu erlangen vermag, ist damit seinem Begehren noch nicht abschließend Rechnung getragen. Soweit sich der Schuldner nicht der Autorität der gerichtlichen Entscheidung beugt, bedarf es ebenso wie bei einem aufgrund eines Hauptsacheverfahrens ergangenen Urteil einer zwangsweisen Durchsetzung. Jedoch sind die Möglichkeiten der Vollstreckung eines Anspruchs auf Vornahme einer Handlung beschränkt. Soweit die geschuldete Handlung nur vom Schuldner selbst erbracht werden kann, ist der Gläubiger nach § 888 ZPO darauf angewiesen, den Schuldner durch die Zwangsmittel des Zwangsgeldes oder der Zwangshaft zur Vornahme der Handlung anzuhalten. Ist hingegen eine vertretbare Handlung geschuldet, die nicht zwingend vom Schuldner selbst, sondern auch von anderen an dessen Stelle vorgenommen werden kann, ist der Gläubiger allein auf das Zwangsmittel der Ersatzvornahme des § 887 ZPO beschränkt. Danach kann die Zwangsvollstreckung in zahlreichen Fällen, in denen es auf die kurzfristige Rechtsverwirklichung ankommt, nur in der Weise erfolgen, daß der Gläubiger, dem der Anspruch auf Vornahme einer vertretbaren Handlung gerichtlich zugesprochen wurde, auf seinen Antrag hin nach § 887 Abs. 1 ZPO vom Gericht ermächtigt wird, diese Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen oder selbst vorzunehmen.

Bedarf aber die Verwirklichung des Anspruchs auch nach Durchführung eines Hauptsacheverfahrens bzw. des Verfahrens der einstweiligen Verfügung und der

Anordnung im Zwangsvollstreckung noch eines eigenen Tätigwerdens des Gläubigers, ohne daß die Möglichkeit besteht, den Schuldner zur Vornahme der geschuldeten Handlung zu zwingen, so ergeben sich bereits aus diesem Grund Bedenken in bezug auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes. Darüber hinaus stellt sich weiterhin die praktisch bedeutsame Frage, ob der Gläubiger im Fall der Ersatzvornahme sämtliche ihm entstehende Kosten ersetzt verlangen und insbesondere auch einen Ausgleich seiner Eigenleistungen beanspruchen kann, so daß er sich tatsächlich nicht schlechter steht als wenn der Schuldner selbst gehörig erfüllt hätte.

IV. Selbsterfüllung als Alternative?

Der Gläubiger, der die kurzfristige Verwirklichung seines Rechts anstrebt, sieht sich somit bei der prozessualen Geltendmachung allein aufgrund der Verfahrensdauer der Gefahr des Rechtsverlusts ausgesetzt. Gerade in Situationen, in denen ein Gläubiger auf die rasche Herbeiführung des geschuldeten Erfolges angewiesen ist, kann dieser bei Untätigkeit des Schuldners ein Interesse daran haben, die Angelegenheit unter Umgehung der Gerichte in die eigene Hand zu nehmen. Eine solche Vorgehensweise kann aber überhaupt nur dann in Betracht gezogen werden, soweit diese mit dem materiellen Recht in Einklang steht. Eine materiellrechtliche Anspruchsverwirklichung scheidet also von vornherein aus, wenn der Gläubiger selbst ungerechtfertigt Zwang gegen den Schuldner ausüben müßte, weil dies letztlich einer unzulässigen Selbstjustiz oder dem Faustrecht gleichkäme.

Demzufolge kann nicht jeder Anspruch, der nach der Legaldefinition des § 194 Abs. 1 BGB das Recht zum Gegenstand hat, von dem Schuldner ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, im Wege der Selbsterfüllung durchgesetzt werden. Soweit nämlich die Unterlassung einer Handlung geschuldet ist, vermag der Gläubiger dieses Recht von vornherein nicht selbst zu verwirklichen. Denn der Gläubiger hat außerhalb des prozessualen Verfahrens keine Möglichkeit, die pflichtwidrige Vornahme einer Handlung durch den Schuldner zu verhindern. Ebenso bedarf es zur zwangsweisen Durchsetzung von Ansprüchen, die auf eine Geldleistung, die Herausgabe einer Sache³¹ oder auf die Vornahme einer nur vom Schuldner persönlich zu erbringenden Leistung gerichtet sind, stets der gerichtlichen Hilfe. Ein eigenes Tätigwerden des Gläubigers ist dagegen möglich, wenn dieser oder ein von ihm beauftragter Dritter, etwa ein Handwerker, die geschuldete Handlung in gleicher Weise wie der Schuldner erbringen kann und die Vor-

³¹ Vgl. zur Abgrenzung des Anspruchs auf Herausgabe einer Sache, insbesondere bei einer Gattungsschuld, von dem auf die Vornahme einer vertretbaren Handlung gerichteten Anspruch unten, Kapitel 2 I.

Stichwortverzeichnis

- Abrechnungspflicht 204
- abstrakte Schadensberechnung 191 ff.
- Abwehranspruch, dinglicher 25 ff., 110 ff.
- actio negatoria 25
- Alternativität der Behelfe 286 ff., 292
- Amtspflicht 103
- Angriffsverfügung s.
 - Befriedigungsverfügung
- Anspruch
 - Abwehranspruch 25 ff., 110 ff.
 - auf Aufwendungsersatz 104, 193 ff., 199 ff., 222 ff., 258 f.
 - deliktischer 28, 250 ff.
 - dinglicher 25 ff., 110 ff., 151 ff.
 - aus Gefährdungshaftung 255 ff.
 - auf Geldersatz 184 ff., 250 ff.
 - wegen Geschäftsführung ohne Auftrag 221 ff.
 - auf Schadensersatz 183 ff.
 - schuldrechtlicher 108 f., 198 ff.
 - aus unerlaubter Handlung 250 ff.
 - aus ungerechtfertigter Bereicherung 231 ff.
 - vertraglicher 21 ff
 - vertragsähnlicher 24
 - auf Verwendungsersatz 227
- Arbeitskraft 189, 195, 225
- Aufhebungsverfahren 58
- Aufwendungsersatz 104, 193 ff., 199 ff., 222 ff., 258 f.
- Autorität gerichtlicher Entscheidung 45, 49, 304

- Befriedigungsselbsthilfe 77
- Befriedigungsverfügung 9, 35 ff., 50 ff., 155 f., 303
 - Fallgruppen 40 f.
 - Rechtsgrundlagen 37 ff.
 - Verhältnis zum Hauptsacheverfahren 50 ff.
 - Voraussetzungen 39 ff.
- Bereicherung, ungerechtfertigte 231 ff.
- Bereicherungsausgleich 231 ff., 246

- Berufung 57
- Beschädigung einer Sache 185 f., 251
- Beseitigungsanspruch 25 f., 119
- Beseitigungsrecht 84 ff.
- Besitzschutzanspruch 26, 87
- Besitzstörung 26, 86
- Bestimmungskauf 95 f.
- Beweisaufnahme 30

- Differenzhypothese 185
- dinglicher Anspruch 110 ff., 151 f.
- Duldungspflicht 47 f., 62, 65, 306

- Effektivität des Rechtsschutzes 4, 13, 30, 50, 73, 145
- Eigenleistungen 171 ff., 188 ff., 191, 195 f., 201 ff., 223
- Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 150
- Eigentumsbeeinträchtigung 25
- Eigentumsstörung 233
- Eingriffskondition 231, 233
- einseitige Verfügung 7 ff., 31 ff.
 - Befriedigungsverfügung 35 ff.
 - Vollziehung 58 ff., 155 f.
 - Zustellung 59 ff.
- Erforderlichkeit 194, 200 f., 203, 206 f., 222 ff.
- Erfüllung 148 ff., 157 f.
- Erlöschensgründe 147 ff.
- Ermächtigung zur Ersatzvornahme 62
- Ersatz der Aufwendungen 104, 193 ff., 199 ff., 222 ff., 258 f.
- Ersatzanspruch, materieller 182
- Ersatzvornahme 9, 44, 62 ff., 169 ff., 311

- Fixgeschäft 46
- Freizeit 174 Fn. 39, 189
- Fremdgechäftsführung 99 f., 245

- Gebührenstreitwert 267
- Gefährdungshaftung 28, 255 ff.
- Gefahrenabwehr 125
- Gefahrenbeseitigung 119

- Geldersatz 184 ff., 250 ff.
 Geldleistungsverfügung 37
 Gemeinschaftsverhältnis, nachbarliches 234 f.
 Gerichtskosten 267 f.
 Geschäftsführung ohne Auftrag 97 ff., 193, 221 ff.
 – berechtigte 97 ff., 115, 222 ff.
 – öffentlich-rechtliche 124 ff.
 – unberechtigte 121, 226 f.
 gesetzliches Schuldverhältnis 150
 Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 137
 Gewaltmonopol 3, 30, 124
 Gewerblicher Rechtsschutz 50
 Gewinn, entgangener 191
 Glaubhaftmachung 55 f.
- Handlung
 – unvertretbare 20
 – vertretbare 19 ff., 44
 Handlungsanspruch 19
 Handlungserfolg 311
 Handlungsvollstreckung 19
 Hauptleistungspflicht 44, 73
 Herstellungskosten 188
- Interesse des Geschäftsherrn 105 ff.
 Interesse, öffentliches 117 ff.
 Interessenabwägung 55
- Justizgewährungsanspruch 4, 18, 46, 71
- Kauf 92
 Kommerzialisierung 190
 konkrete Herstellungskosten 188
 Konkurrenz der Behelfe 14
 Körperschaden 205, 209
 Kosten 262 ff., 312
 – als Aufwendungsersatz 193 ff., 199 ff.
 – bei Eigenleistungen 188 f.
 – der Ersatzvornahme 48, 67 ff., 166 ff.
 – bei materiellrechtlicher Rechtsverwirklichung 181 ff.
 – bei prozessualer Rechtsverwirklichung 166 ff.
 – als Risiko 262 ff.
 – als Schaden 183 ff., 210 ff.
 – der Schadensabwicklung 190
 – der Schadensbearbeitung 189
 – der Selbsterfüllung 217, 265
 – des Verfahrens 68, 264 ff.
 – der Vornahme der Handlung 263 ff.
 – Vorschub 48, 71 f., 178 f., 203 ff., 265
 – als Wertersatz 197, 231 ff.
 – der Wiederherstellung 186
 – der Zwangsvollstreckung 263
- Kostenentscheidung 167
 Kostenerstattungsanspruch 67 ff.
 Kostenfestsetzungsverfahren 299
 Kostenlast 262
 Kostenrisiko 262 ff.
 Kostentragung 48, 104
 Kostenvorschub 48, 71 f., 178 f., 203 ff., 265
- Leistung 148 ff.
 Leistungskondiktion 231
 Leistungsstörungen 101, 123, 238 ff.
 Leistungsverfügung s.
 Befriedigungsverfügung
 Leistungszweck 216
- Mangelbeseitigung 89 ff., 101, 193, 199 ff., 208 f.
 Mangelbeseitigungsrecht
 – des Bestellers 89 ff.
 – des Käufers 92 f.
 – des Mieters 93 ff.
 materieller Ersatzanspruch 182
 Miete 93, 207 ff.
 Mitwirkungspflicht 47
 mutmaßlicher Wille 107
- nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis 234 f.
 Naturalrestitution 184
 Nebenleistungspflicht 22 f.
 Nebenpflicht 37, 44, 73
 negotiorum gestio 98
 Notwehr 82 ff.
- öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag 124 ff.
 öffentlich-rechtliche Pflicht 119, 124
 öffentliches Interesse 117 ff.
- Parteizustellung 60
 Personenschaden 205, 209
 Prozeßaufwand 173 ff.
- rechtliche Wirkungen 147 ff.
 Rechtsbehelfe im Verfügungsverfahren 57 f.
 Rechtsfrieden 30, 54
 Rechtsschutzbedürfnis 14, 52, 237, 292 ff.
 Rechtsschutzmonopol 3, 13

- Rechtsschutzziel 304, 311
 Regelungsverfügung 33
 Reisekosten 174
 Reparaturkosten 188
 Risiken
 – Kosten 262 ff.
 – Rechtsverwirklichung 262 ff.
 – Schadensersatzpflicht 271 ff.
 – Zeit 145
 Risikohaftung 206
- Sachbeschädigung 185 f., 251
 Sachschaden 205, 209
 Schaden, tätigkeitsbedingter 176, 192, 196 f., 205 f.
 Schadensabwendung 187, 189 f.
 Schadensberechnung
 – abstrakte 191 ff.
 – konkrete 188 ff.
 Schadensersatz 28, 183 ff., 210 ff., 259 f., 271 ff.
 Schadensminderung 11, 187, 190
 Schdensenbearbeitung 189
 Schlüssigkeitsprüfung 54 f.
 Schuldnerverzug 212 f.
 schuldrechtlicher Anspruch 198 ff.
 Schuldverhältnis, gesetzliches 150
 Selbstbeseitigungsrecht s.
 Mangelbeseitigungsrecht
 Selbsterfüllung 10 ff., 18, 76, 181 ff.
 – Begriff 10 ff., 76
 – Gegenstände 29
 – aufgrund Geschäftsführung ohne Auftrag 97 ff.
 – interessegemäße 113 f.
 – interessewidrige 107 ff.
 – aufgrund öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag 124 ff.
 – im Sachenrecht 84 ff.
 – im Schuldrecht 89 ff.
 Selbsterfüllungskosten 181 ff., 217, 265
 Selbsthilfegrund 79
 Selbsthilferecht 102
 – allgemeines 78 ff.
 – des Besitzers 86 ff.
 – des Grundstückseigentümers 84 f.
 – zivilrechtliches 77 ff.
 Sicherungsverfügung 32
 Sofortvollzug 125, 130
 staatliche Autorität 45, 49, 304
- tatsächliche Wirkungen 144 ff.
 unerlaubte Handlung 250 ff.
 ungerechtfertigte Bereicherung 231 ff.
 ungerechtfertigte Vollstreckung 271
 unmittelbarer Zwang 125
 Unmöglichkeit 101, 158 ff., 216 ff.
 Unterlassungsverfügung 50
 Urlaub 174 Fn. 39
- Verdienstausfall 173 f., 203
 Verfahrensbeschleunigung 7 ff.
 Verfahrenskosten 68, 266 ff.
 Verfügungsanspruch 33, 54, 278
 Verfügungsgrund 33, 54, 293, 300 ff.
 Verfügungsverfahren 53 ff.
 – Rechtsbehelfe 57
 – Vollziehung 58 ff.
 Verhaltenspflichten 23
 vertretbare Handlung 18 ff.
 Verwaltungsvollstreckung 125
 Verwaltungszwang 125
 Verwendungersatz 227 ff., 261
 Verzug 101, 211 ff., 215 f.
 Verzugschaden 211 ff.
 Vollstreckung, ungerechtfertigte 271
 Vollstreckungsdruck 274
 Vollstreckungsschaden 271 ff.
 Vollstreckungstitel 306
 Vollziehung 58 ff., 155 ff.
 – Frist 61
 – Schaden 39, 51, 273 ff.
 – vorzeitige 280
 Vollziehungsabwendungsschaden 273 ff.
 Vorauszahlung s. Vorschuß
 Vorschuß 48, 71 f., 178 f., 203 ff., 265, 267 f.
 Vorwegnahme der Hauptsache 8, 33 f., 47, 50 ff., 73, 145
 vorzeitige Vollziehung 280
- Wegfall des Interesses 216
 Werkvertrag 89 ff., 199 ff.
 Wertersatz 197 f., 261
 Wertfestsetzung 267
 Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsverfügung 50
 Widerspruch 57
 Wiederherstellungskosten 186
 Wille des Geschäftsherrn 105 ff.
 wirklicher Wille 106
 Wirkungen der Behelfe
 – rechtliche 147 ff.
 – tatsächliche 144 ff.
- tätigkeitsbedingter Schaden 176, 192, 196 f., 205 ff.

- Zeitaufwand 189
zeitliches Risiko 145
Zeitmoment 2
Zeitversäumnis 173
Zeugenentschädigung 173 ff.
zivilrechtliches Selbsthilferecht 77 ff.
Zufallsschäden 205
- Zustellungserfordernis 59 ff.
Zwang, unmittelbarer 125
Zwangsmittel 125
Zwangsvollstreckung 30, 58 ff., 153 ff.
Zwangsvollstreckungskosten 263
Zweckerreichung 158 f.
Zweckstörung 158

Jus Privatum

Beiträge zum Privatrecht

Alphabetische Übersicht

- Bayer, Walter*: Der Vertrag zugunsten Dritter. 1995. *Band 11*.
Beater, Axel: Nachahmen im Wettbewerb. 1995. *Band 10*.
Berger, Christian: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen. 1998. *Band 25*.
Berger, Klaus: Der Aufrechnungsvertrag. 1996. *Band 20*.
Braun, Johann: Grundfragen der Abänderungsklage. 1994. *Band 4*.
Einsele, Dorothee: Wertpapierrecht als Schuldrecht. 1995. *Band 8*.
Götting, Horst-Peter: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. 1995. *Band 7*.
Habersack, Mathias: Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht. 1996. *Band 17*.
Heermann, Peter W.: Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte. 1998. *Band 24*.
Henssler, Martin: Risiko als Vertragsgegenstand. 1994. *Band 6*.
Hergenröder, Curt Wolfgang: Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung. 1995. *Band 12*.
Hess, Burkhard: Intertemporales Privatrecht. 1998. *Band 26*.
Junker, Abbo: Internationales Arbeitsrecht im Konzern. 1992. *Band 2*.
Kindler, Peter: Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht. 1996. *Band 16*.
Kleindiek, Detlef: Deliktshaftung und juristische Person. 1997. *Band 22*.
Möllers, Thomas M.J.: Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. 1996. *Band 18*.
Muscheler, Karlheinz: Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung. 1994. *Band 5*.
Oechler, Jürgen: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. 1997. *Band 21*.
Oetker, Hartmut: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. 1994. *Band 9*.
Oppermann, Bernd H.: Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß. 1993. *Band 3*.
Peters, Frank: Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb. 1991. *Band 1*.
Reiff, Peter: Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände. 1996. *Band 19*.
Rohe, Mathias: Netzverträge. 1998. *Band 23*.
Saenger, Ingo: Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung. 1998. *Band 27*.
Stadler, Astrid: Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. 1996. *Band 15*.
Taeger, Jürgen: Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme. 1995. *Band 13*.
Waltermann, Raimund: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie. 1996. *Band 14*.

Einen Gesamtkatalog erhalten Sie gern von Mohr Siebeck, Postfach 2040, D-72010 Tübingen. Aktuelle Informationen im Internet unter <http://www.mohr.de>

Mohr Siebeck

