

CHRISTOPH WENDELSTEIN

Pflicht und Anspruch

Jus Privatum

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 247



Christoph Wendelstein

Pflicht und Anspruch

Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung
subjektiver Rechte im Privatrecht

Mohr Siebeck

Christoph Wendelstein, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Tübingen und Passau; 2012 Promotion; Rechtsreferendariat am LG Stuttgart; Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Michael Stürner, M.Jur. (Oxford) an der Universität Konstanz; seit 2014 Akademischer Rat a. Z. ebenda; 2020 Habilitation.

orcid.org/0000-0001-8653-8386

ISBN 978-3-16-159498-4 / eISBN 978-3-16-159499-1

DOI 10.1628/978-3-16-159499-1

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

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Printed in Germany.

Für meine Familie

Vorwort

Die Arbeit wurde im Februar 2020 von der Universität Konstanz als Habilitationsschrift angenommen. Literatur, die zwischen Dezember 2019 und der Drucklegung erschienen ist, wurde sporadisch berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt meinem akademischen Lehrer Herrn Professor Dr. Michael Stürner, M. Jur. (Oxford). Er hat die Entstehung dieser Arbeit mit großem Engagement unterstützt, mir viele Freiheiten bei der Bearbeitung des Themas gewährt und die Arbeit mit seinem kompetenten Rat und seinen Ideen gefördert. Durch die gute und enge Zusammenarbeit konnte ich nicht nur fachlich, sondern auch persönlich viel von ihm lernen. Hierdurch hat er meinen gesamten akademischen Werdegang erheblich geprägt.

Großer Dank gebührt auch Frau Professor Dr. Astrid Stadler und Herrn Professor Dr. Jens Petersen, welche die Erstellung des Zweit- und Drittgutachtens übernommen haben.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Professor Dr. Rüdiger Wilhelm, der mir insbesondere zu Beginn des Projektes als Gesprächspartner zur Verfügung stand.

Mein besonderer Dank gilt auch Herrn Professor em. Dr. Eduard Picker, der durch seine zentralen Arbeiten aber auch als Gesprächs- und Diskussionspartner diese Arbeit mitgeprägt hat.

Bedanken möchte ich mich auch bei allen Wegbegleiter*innen, die auf verschiedenste Art und Weise zum Entstehen dieses Werkes beigetragen haben.

Möglich wurde diese Arbeit erst durch die geduldige Unterstützung und den Rückhalt meiner Frau Dr. Anika Wendelstein. Sie hat mich während des gesamten Weges begleitet.

Tübingen, Januar 2021

Christoph Wendelstein

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XV
Einleitung	1
§1 <i>Problemstellung</i>	1
§2 <i>Gang der Untersuchung</i>	7
Kapitel 1: Verkehrs- und Schutzpflichten	9
§1 <i>Verkehrspflichten</i>	9
A. Begriff und Bedeutung	9
B. Standort der Verkehrspflichten innerhalb des Haftungssystems ..	10
C. Grundsätzlich keine den Verkehrspflichten korrespondierenden Ansprüche und Ausnahmen von diesem Grundsatz	10
§2 <i>Schutzpflichten</i>	13
A. Begriff und Bedeutung	13
B. Verortung der Schutzpflichten in einem Schuldverhältnis	14
C. Anspruch auf Erfüllung von Schutzpflichten	16
Kapitel 2: Struktur des Privatrechts	19
§1 <i>Privatrecht als Zuweisungs- und Schutzordnung – Denken in subjektiven Rechten</i>	19
A. Zuweisung durch subjektive Rechte – Das Erbe Kants	21
B. Bedeutung der Rechtsverletzung und -gefährdung	22
§2 <i>Imperativentheorie</i>	22
A. Grundlagen	23

B.	Scheinbare Folge – Subjektive Rechte als Reflex der Imperative der objektiven Rechtsordnung	24
§ 3	<i>Rechtsverhältnisse als zentrale Elemente der Privatrechtsordnung – Kooperationsbegriff</i>	24
§ 4	<i>Subjektive Rechte als Normsetzungsbefugnis</i>	25
A.	Grundlagen	26
B.	Folgen der Lehre von der Normsetzungsbefugnis	27
§ 5	<i>Lehre vom Institutionenschutz</i>	27
§ 6	<i>Private Enforcement Gedanke</i>	28
§ 7	<i>Auseinandersetzung mit den verschiedenen Auffassungen</i>	29
A.	Hauptargumente gegen das tradierte Privatrechtssystem von Rechtszuweisung und Rechtsschutz	29
B.	Subjektive Rechte als alternativloser Bestandteil jeder Privatrechtsordnung	31
C.	Unzureichende Erfassung des Gestaltungsprinzips	37
D.	Verfügungsobjekt als notwendiger Bestandteil der Privatrechtsordnung	38
 Kapitel 3: Materiell-rechtlicher Anspruchsbegriff		 39
§ 1	<i>Klassisches römisches „Aktionensystem“</i>	41
A.	Actio im klassischen römischen Formularprozess	41
B.	Geändertes Verständnis der actio im römischen Kognitionsprozess	44
§ 2	<i>Entwicklungen im Mittelalter</i>	44
§ 3	<i>Einfluss der vernunft- und naturrechtlichen Lehren</i>	45
§ 4	<i>Von Savignys materielles Aktionenrecht und dessen Rezeption</i>	46
A.	Von Savignys materielles Aktionensystem	46
B.	Zeitgenössische Rezeption des Systems v. Savignys	51
§ 5	<i>Anspruchsbegriff nach Windscheid</i>	52
A.	Integration der römischen actio in das materielle Recht – Geburtsstunde des heutigen Anspruchs	53
B.	Subjektive Rechte nach Windscheid	55
C.	Verhältnis von Anspruch und subjektivem Recht	59
D.	Zusammenfassung	68

§ 6	<i>Anspruchsbegriff in den Gesetzesmaterialien zum BGB</i>	69
§ 7	<i>Heutiges Verständnis von der Funktion des Anspruchs</i>	69
A.	Identität von Forderungsrecht und obligatorischem Anspruch....	70
B.	Verhältnis von subjektivem Recht und Anspruch außerhalb des Obligationenrechts	71
§ 8	<i>Alternative Verständnisformen des Anspruchs</i>	71
A.	Imperativtheorien	71
B.	Aktionendenken – Anspruch in der Theorie Buchers vom subjektiven Recht als Normsetzungsbefugnis	73
C.	Schuldverhältnis „im weiteren Sinn“ als Grundlage von Ansprüchen	75
D.	Lehre vom Institutionenschutz	76
E.	Ansatz Muthers – Eliminierung des materiell-rechtlichen Anspruchs	77
§ 9	<i>Notwendigkeit eines funktional einheitlichen Anspruchsbegriffs</i> ..	79
A.	Kritik an dem herrschenden Anspruchsverständnis	79
B.	Schuldverhältnis „im weiteren Sinn“ als ungeeignetes Schutzobjekt von Ansprüchen	85
C.	Kritik an einem aktionenrechtlichen Denken	87
D.	Kritik am Ansatz Muthers – Anspruch als unentbehrliches Systemelement	91
E.	Zwischenergebnis	92
§ 10	<i>Funktional einheitlicher Anspruch</i>	92
A.	Anspruch als Schutzinstrument für verletzte subjektive Rechte ...	92
B.	Zusammenfassung	114
§ 11	<i>Abhängigkeit funktional negatorischen Rechtsschutzes von einer aktuellen Verletzung eines subjektiven Rechts</i>	115
A.	Kodifizierte funktional negatorische Ansprüche	116
B.	Vertraglicher Erfüllungsanspruch	141
C.	Zusammenfassung	142
 Kapitel 4: Techniken zur Schaffung und Konkretisierung subjektiver Rechte		 143
§ 1	<i>Positive Zuweisung an den Rechtsträger</i>	144
§ 2	<i>Statuierung von Pflichten</i>	144

A.	Grundlegungen	145
B.	Nichtanerkennung der Zusammenhänge zwischen Pflichten und subjektiven Rechten durch die herrschende Auffassung	148
C.	Diskussion über den Rechtswidrigkeitsbegriff im Rahmen der unerlaubten Handlungen	184
D.	Situativ-handlungs- und gefährdungsspezifische Ausgestaltung subjektiver Rechte durch Statuierung von Pflichten	187
E.	Verkehrspflichten als Technik zur situativ-handlungs- und gefährdungsspezifischen Konkretisierung subjektiver Rechte durch Gerichte	198
F.	Schutzpflichten als Technik zur situativ-handlungs- und gefährdungsspezifischen Konkretisierung subjektiver Rechte	217

Kapitel 5: Anspruch auf Erfüllung von Verkehrs- und Schutzpflichten 219

§1	<i>Anspruch auf Erfüllung von Verkehrspflichten</i>	219
A.	Exemplarische Fallkonstellationen	219
B.	Voraussetzungen des Erfüllungsanspruchs	222
C.	Entfall des Erfüllungsanspruchs durch Schuldnerverhalten	224
D.	Herausforderungen des Erfüllungsanspruchs auf Einhaltung von Verkehrspflichten	226
E.	„Fernwirkungen“ des Anspruchs auf Erfüllung von Verkehrspflichten	232
§2	<i>Anspruch auf Erfüllung von Schutzpflichten</i>	236
A.	Grundsätzlich bestehender Erfüllungsanspruch	236
B.	Auseinandersetzung mit der Gegenauffassung	236
C.	Kriterien zur Konkretisierung subjektiver Rechte durch Schutzpflichten	246
D.	Entfall des Erfüllungsanspruchs infolge des Wegfalls der Verletzung des subjektiven Rechts	247

Kapitel 6: Aspekte des Prozessrechts 249

§1	<i>Klagbarkeit als prozessrechtlicher Aspekt</i>	249
§2	<i>Statthafte Klageart</i>	250
§3	<i>Antrag und Streitgegenstand</i>	251
§4	<i>Einstweiliger Rechtsschutz</i>	252

§5 <i>Zwangsvollstreckung</i>	256
A. Vollstreckung im Wege der Ersatzvornahme, § 887 ZPO	256
B. Konkretisierung von Antrag und Beschluss	256
C. Einwand der Erfüllung	257
Zusammenfassung	259
Literaturverzeichnis	263
Sachregister	285

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Einleitung	1
§1 <i>Problemstellung</i>	1
§2 <i>Gang der Untersuchung</i>	7
Kapitel 1: Verkehrs- und Schutzpflichten.....	9
§1 <i>Verkehrspflichten</i>	9
A. Begriff und Bedeutung	9
B. Standort der Verkehrspflichten innerhalb des Haftungssystems ..	10
C. Grundsätzlich keine den Verkehrspflichten korrespondierenden Ansprüche und Ausnahmen von diesem Grundsatz	10
§2 <i>Schutzpflichten</i>	13
A. Begriff und Bedeutung	13
B. Verortung der Schutzpflichten in einem Schuldverhältnis	14
I. Schuldverhältnis im engeren Sinn	15
II. Schuldverhältnis im weiteren Sinn	15
C. Anspruch auf Erfüllung von Schutzpflichten.....	16
Kapitel 2: Struktur des Privatrechts	19
§1 <i>Privatrecht als Zuweisungs- und Schutzordnung – Denken in subjektiven Rechten</i>	19
A. Zuweisung durch subjektive Rechte – Das Erbe Kants.....	21
B. Bedeutung der Rechtsverletzung und -gefährdung	22
§2 <i>Imperativentheorie</i>	22

A.	Grundlagen	23
B.	Scheinbare Folge – Subjektive Rechte als Reflex der Imperative der objektiven Rechtsordnung	24
§ 3	<i>Rechtsverhältnisse als zentrale Elemente der Privatrechtsordnung – Kooperationsbegriff</i>	24
§ 4	<i>Subjektive Rechte als Normsetzungsbefugnis</i>	25
A.	Grundlagen	26
B.	Folgen der Lehre von der Normsetzungsbefugnis	27
§ 5	<i>Lehre vom Institutionenschutz</i>	27
§ 6	<i>Private Enforcement Gedanke</i>	28
§ 7	<i>Auseinandersetzung mit den verschiedenen Auffassungen</i>	29
A.	Hauptargumente gegen das tradierte Privatrechtssystem von Rechtszuweisung und Rechtsschutz	29
B.	Subjektive Rechte als alternativloser Bestandteil jeder Privatrechtsordnung	31
C.	Unzureichende Erfassung des Gestaltungsprinzips	37
D.	Verfügungsobjekt als notwendiger Bestandteil der Privatrechtsordnung	38
Kapitel 3: Materiell-rechtlicher Anspruchsbegriff		39
§ 1	<i>Klassisches römisches „Aktionensystem“</i>	41
A.	Actio im klassischen römischen Formularprozess	41
B.	Geändertes Verständnis der actio im römischen Kognitionsprozess	44
§ 2	<i>Entwicklungen im Mittelalter</i>	44
§ 3	<i>Einfluss der vernunft- und naturrechtlichen Lehren</i>	45
§ 4	<i>Von Savignys materielles Aktionenrecht und dessen Rezeption</i>	46
A.	Von Savignys materielles Aktionensystem	46
I.	Subjektive Rechte bei von Savigny	47
II.	Savignysches materielles Aktionenrecht – Lehre von der Rechtsverletzung	48
III.	Zusammenfassung	50
B.	Zeitgenössische Rezeption des Systems v. Savignys	51
I.	Ähnliche Konzepte – Anerkennung der zentralen Stellung der Rechtsverletzung im System	51

II. Ablehnung einer zentralen Rolle der Rechtsverletzung im System	52
§ 5 <i>Anspruchsbegriff nach Windscheid</i>	52
A. Integration der römischen actio in das materielle Recht – Geburtsstunde des heutigen Anspruchs	53
B. Subjektive Rechte nach Windscheid	55
I. Willenstheorie im Anschluss an v. Savigny und deren Konkretisierung	55
II. Einflüsse der Imperativentheorie Thons	57
C. Verhältnis von Anspruch und subjektivem Recht	59
I. Verhältnis im Bereich der dinglichen Rechte	62
II. Verhältnis im Bereich der obligatorischen Rechte	66
D. Zusammenfassung	68
§ 6 <i>Anspruchsbegriff in den Gesetzesmaterialien zum BGB</i>	69
§ 7 <i>Heutiges Verständnis von der Funktion des Anspruchs</i>	69
A. Identität von Forderungsrecht und obligatorischem Anspruch	70
B. Verhältnis von subjektivem Recht und Anspruch außerhalb des Obligationenrechts	71
§ 8 <i>Alternative Verständnisformen des Anspruchs</i>	71
A. Imperativentheorien	71
B. Aktionendenken – Anspruch in der Theorie Buchers vom subjektiven Recht als Normsetzungsbefugnis	73
I. Verletzung subjektiver Rechte als integraler Bestandteil des Anspruchs	74
II. Anspruchserhebung und deren Vermutung	75
C. Schuldverhältnis „im weiteren Sinn“ als Grundlage von Ansprüchen	75
D. Lehre vom Institutionenschutz	76
E. Ansatz Muthers – Eliminierung des materiell-rechtlichen Anspruchs	77
§ 9 <i>Notwendigkeit eines funktional einheitlichen Anspruchsbegriffs</i> ..	79
A. Kritik an dem herrschenden Anspruchsverständnis	79
I. Verzicht auf einen einheitlichen Anspruchsbegriff durch die h. M.	79
II. Zuordnung und deren Schutz als funktional verschiedene Aufgaben	80
III. Verstoß gegen das Prinzip der Parsimonie und Ausweichbewegungen	81

IV. Regelungen über Forderungen passen nicht für Ansprüche ...	83
V. Keine kohärente Systematik im Rahmen der Verjährung	83
B. Schuldverhältnis „im weiteren Sinn“ als ungeeignetes Schutzobjekt von Ansprüchen	85
C. Kritik an einem aktionenrechtlichen Denken	87
I. Fehlerhafte Grundüberzeugung – Privatrecht ist mehr als bloße Streitordnung	87
II. Gebundenheit des Richters	88
III. Systemtheoretisches Problem	89
IV. Dogmatisch-praktische Probleme	90
D. Kritik am Ansatz Muthers – Anspruch als unentbehrliches Systemelement	91
I. Widerspruch zum geschriebenen Recht	91
II. Unentbehrlichkeit des Anspruch aus systematischer Sicht	91
E. Zwischenergebnis	92
§ 10 <i>Funktional einheitlicher Anspruch</i>	92
A. Anspruch als Schutzinstrument für verletzte subjektive Rechte ...	92
I. Grundlagen	92
II. Vorteile dieser Konzeption	93
1. Funktionale Einheitlichkeit des Systemelements „Anspruch“	93
2. Unentbehrlichkeit sämtlicher Systemelemente	94
3. Kein Anspruch gegen jedermann	95
4. Kein Koordinationsproblem zwischen obligatorischer Forderung und obligatorischem Anspruch	95
a) Einwand der Identität von subjektivem Forderungsrecht und obligatorischem Erfüllungsanspruch	95
aa) Problemstellung	95
bb) Keine Identität von Erfüllungsanspruch und subjektivem Forderungsrecht	96
b) Einwände gegen die relative Zuordnung kraft subjektiver Forderungsrechte	100
aa) Relative Zuordnung muss die Leistungshandlung nicht umfassen	100
bb) Relative Zuordnung steht nicht im Widerspruch zum Parteiwillen und der Interessenlage	101
III. Möglichkeit eines Rückschlusses vom Inhalt des Erfüllungsanspruchs auf den Inhalt des subjektiven Rechts ...	104

IV. Verkennung des Zusammenspiels von primärer Zuordnung und sekundärem Rechtsschutz auf dem Gebiet des Deliktsrechts	105
1. Anspruchsdenken verleitet zu Vernachlässigung der primären Zuweisungsordnung	106
2. Anknüpfung des Deliktsrechts an einen Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung	106
3. Missdeutung des § 823 Abs. 1 BGB als generelles Schädigungsverbot und dessen Ursachen	108
a) Rückschluss vom tatsächlichen Schadenseintritt auf die Verletzung eines subjektiven Rechts	109
b) Unabhängigkeit der erfolgsorientierten Deutung von den vertretenen Rechtswidrigkeitslehren	112
4. Fernwirkungen auf andere Rechtsbereiche	113
B. Zusammenfassung	114
§ 11 <i>Abhängigkeit funktional negatorischen Rechtsschutzes von einer aktuellen Verletzung eines subjektiven Rechts</i>	115
A. Kodifizierte funktional negatorische Ansprüche	116
I. Herausgabeanspruch des § 985 BGB	116
II. Negatorischer Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB	117
1. Grundzüge der Usurpationstheorie	118
a) Voraussetzungen der negatorischen Einstandspflicht	118
b) Ziele der negatorischen Haftung	118
c) Rechtsverwirklichungsschutz vs. Wiedergutmachung durch Neuordnung	119
d) Ende der negatorischen Einstandspflicht mit Wegfall der Verletzung des subjektiven Rechts	124
e) Tragung der Beseitigungskosten und Sicherung einer präexistenten Zuordnung liefern kein Gegenargument ..	125
2. Deliktsrechtlich geprägtes Konzept der Kausallehren	126
a) Schadensrechtliche Deutung der Beeinträchtigung	127
b) Gleichsetzung von Schädiger und Störer	128
c) Schadensrechtliche Deutung der Rechtsfolgen der negatorischen Haftung	129
3. Kritik an der deliktsrechtlichen Deutung der negatio	130
a) Widerspruch zur Entwicklungsgeschichte und der im kodifizierten Recht zum Ausdruck kommenden funktionalen Selbstständigkeit der negatio	130
b) Unkonturierter Verletzungstatbestand	131
c) Unbestimmbarkeit des Passivlegitimierten	132
d) Unbestimmbarkeit des Aktivlegitimierten	135

e) Fehlkonsequenzen der deliktischen Deutung der negatio	135
4. Verteidigung der Usurpationstheorie gegenüber den herkömmlichen Einwänden	137
a) Vorwurf der Nichterfassbarkeit der Immissionsfälle	137
b) Kritik an der Methode zur Bestimmung des Passivlegitimierten durch Bestimmung der überlagernden Rechtssphäre	139
B. Vertraglicher Erfüllungsanspruch	141
C. Zusammenfassung	142

Kapitel 4: Techniken zur Schaffung und Konkretisierung subjektiver Rechte

§1 Positive Zuweisung an den Rechtsträger	144
§2 Statuierung von Pflichten	144
A. Grundlegungen	145
I. Vertragspflichten	146
II. Verkehrspflichten	146
B. Nichtanerkennung der Zusammenhänge zwischen Pflichten und subjektiven Rechten durch die herrschende Auffassung	148
I. Verstellung des Blicks auf die subjektive Rechte konkretisierende Wirkung von Verkehrspflichten durch Fehldeutung des § 823 Abs. 1 BGB als Erfolgs- bzw. Schadensverursachungsverbot	148
1. Unterscheidung zwischen Rechtsgütern und subjektiven Rechten als Grund für die Verstellung	149
2. Unvereinbarkeit der erfolgsorientierten Deutung des § 823 Abs. 1 BGB mit dessen Entstehungsgeschichte	151
a) Lex aquilia	151
b) Entwicklungen im Humanismus und deren Fortwirkungen bis zum Vorabend des BGB	153
c) Recht der unerlaubten Handlungen im BGB	159
aa) Regelungen des Vorentwurfs eines BGB	159
bb) Erster Entwurf eines BGB und dessen Beratung	161
cc) Zweiter Entwurf eines BGB und dessen Beratung ...	165
d) Zusammenfassung	166
II. Wertungswidersprüche aufgrund der Fehldeutung des § 823 Abs. 1 BGB als Erfolgs- bzw. Schadensverursachungsverbot ..	167

1. Stromkabelfälle – Differenzierung zwischen Sach- und Körperschäden und primären Vermögensschaden	167
2. Schockschäden – Korrektur auf der Ebene des Schadens . . .	169
3. Unwirksame Verfügung eines Nichtberechtigten als nichterfassbare Fallgruppe	170
III. Unbestimmbarkeit des Aktivlegitimierten bei Fehldeutung des § 823 Abs. 1 BGB als Erfolgs- bzw. Schadensverursachungsverbot und „Lösung“ durch die herrschende Auffassung	173
1. Unbestimmbarkeit des Aktivlegitimierten	173
2. Lösung der herrschenden Auffassung zur Bestimmung des Aktivlegitimierten	179
a) Beispiel 1	180
b) Beispiel 2	182
c) Erläuterung der Beispiele: Individualisierung der Verkehrspflichten	183
C. Diskussion über den Rechtswidrigkeitsbegriff im Rahmen der unerlaubten Handlungen	184
I. Streitstand: Lehren vom Handlungs- und Erfolgsunrecht . . .	184
II. „Symbiose“ der Lehre von Handlungs- und Erfolgsunrecht . .	186
D. Situativ-handlungs- und gefährdungsspezifische Ausgestaltung subjektiver Rechte durch Statuierung von Pflichten	187
I. § 904 BGB als situationsspezifische Konkretisierung des Eigentumsrechts	188
II. § 909 BGB als handlungsspezifische Konkretisierung des Eigentumsrechts	188
1. Regelungsinhalt	188
2. Erweiterung des subjektiven Rechts über den gegenständlichen Bereich des Schutzobjekts hinaus durch die Statuierung von Pflichten	190
3. Semantische Schwierigkeiten als Ursache für den Rückgriff auf die Regelungstechnik der Imperativentheorie	191
a) Konkrete Umschreibung des Inhalts des subjektiven Rechts	192
b) Umschreibung des Inhalts und Umfangs des subjektiven Rechts über die Ausschlussseite durch die Statuierung von Pflichten	193
III. § 908 BGB als gefährdungsspezifische Konkretisierung des Eigentumsrechts	193
IV. Begründung und Konkretisierung subjektiver Rechte durch Schutzgesetze	194

V.	Allgemeines Vermögensrecht als lediglich durch Pflichten statuiertes subjektives Recht	196
E.	Verkehrspflichten als Technik zur situativ-handlungs- und gefährdungsspezifischen Konkretisierung subjektiver Rechte durch Gerichte	198
I.	Kenntnis des historischen Gesetzgebers von der Technik der situativ-handlungsspezifischen und gefährdungsspezifischen Ausgestaltung subjektiver Rechte durch Statuierung von Pflichten	199
II.	Subjektive Rechte mit physischem Bezugsobjekt als Definitionsobjekte von Verkehrspflichten	200
1.	Subjektives Recht mit „statischem“ physischem Bezugsobjekt	200
a)	Verkehrspflichten beim Betrieb eines Geschirrspülers ...	200
b)	Fotografieren von in fremdem Eigentum stehender Sachen und Verwertung der Bilder	201
2.	Subjektives Recht mit „mobilem“ physischen Bezugsobjekt	202
III.	Subjektive Rechte ohne physisches Bezugsobjekt als Definitionsobjekte von Verkehrspflichten	203
1.	Unternehmensrecht	204
2.	Persönlichkeitsrecht	204
IV.	Verkehrspflichten als relative Ausgestaltung subjektiver Rechte	205
1.	Verkehrspflichten gelten nicht abstrakt-generell	205
2.	Kein Erfordernis abstrakt-genereller Verkehrspflichten auf dem Gebiet des Privatrechts	208
3.	Unberechtigter Vorwurf einer „unnötigen Hypertrophie der subjektiven Rechte“	209
a)	Formalisiertes Willenselement der subjektiven Rechte ohne Rückwirkung auf die Geltung der materiell-rechtlichen Pflichten	211
b)	Möglichkeit der Veränderung oder Abbedingung der Verkehrspflichten durch den Begünstigten	212
4.	Relative Geltung der Verkehrspflichten steht mit den Grundsätzen der Einheit der Rechtsordnung und des public-private divide im Einklang	213
a)	Public-private divide	214
b)	Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung	215
F.	Schutzpflichten als Technik zur situativ-handlungs- und gefährdungsspezifischen Konkretisierung subjektiver Rechte	217

Kapitel 5: Anspruch auf Erfüllung von Verkehrs- und Schutzpflichten	219
§ 1 <i>Anspruch auf Erfüllung von Verkehrspflichten</i>	219
A. Exemplarische Fallkonstellationen	219
I. Verkehrspflichten bei Gartenteichen	220
II. Schneefanggitter	221
III. Rückrufpflichten bei Produktmängeln	221
B. Voraussetzungen des Erfüllungsanspruchs	222
I. Verletzung eines subjektiven Rechts des Anspruchsteller	222
II. Noch andauernde Verletzung	223
C. Entfall des Erfüllungsanspruchs durch Schuldnerverhalten	224
D. Herausforderungen des Erfüllungsanspruchs auf Einhaltung von Verkehrspflichten	226
I. Erhöhter Konkretisierungsbedarf ex ante und nicht ex post ..	226
II. Kriterien zur Konkretisierung des Inhalts von Verkehrspflichten	227
1. Verschiedene Arten von Verkehrspflichten	228
2. Kriterien zur Bestimmung der Gefährdungsintensität	228
a) Konkrete Gefahr	229
b) Unausweichbarkeit infolge einer besonderen Nähe zum Gefahrenherd	231
E. „Fernwirkungen“ des Anspruchs auf Erfüllung von Verkehrspflichten	232
§ 2 <i>Anspruch auf Erfüllung von Schutzpflichten</i>	236
A. Grundsätzlich bestehender Erfüllungsanspruch	236
B. Auseinandersetzung mit der Gegenauffassung	236
I. Entstehungsgeschichte der Schutzpflichten	237
1. Konstruktion durch Kress und die Lehre vom unentwickelten Anspruch	237
2. Weiterentwicklung durch von Stoll: Lehre von der Sonderbeziehung	238
3. Überführung in ein einheitliches gesetzliches Begleitschuldverhältnis durch Canaris	239
II. Durchschimmernde Kraft des „unentwickelten Schutzanspruchs“	239
III. Streit um Pekuniar- oder Naturalerfüllung als eine Ursache ..	241
IV. Lehre vom unentwickelten Anspruch als Kompromiss	242
V. Rechtfertigung des Anspruchs auf Erfüllung von Schutzpflichten	243

1. Schadensersatzansprüche sind nur bedingt zur Verhaltenssteuerung geeignet	244
2. Unschlüssigkeit des Arguments der Drohkulisse	246
C. Kriterien zur Konkretisierung subjektiver Rechte durch Schutzpflichten	246
D. Entfall des Erfüllungsanspruchs infolge des Wegfalls der Verletzung des subjektiven Rechts	247
 Kapitel 6: Aspekte des Prozessrechts	249
§1 <i>Klagbarkeit als prozessrechtlicher Aspekt</i>	249
§2 <i>Statthafte Klageart</i>	250
§3 <i>Antrag und Streitgegenstand</i>	251
§4 <i>Einstweiliger Rechtsschutz</i>	252
§5 <i>Zwangsvollstreckung</i>	256
A. Vollstreckung im Wege der Ersatzvornahme, § 887 ZPO	256
B. Konkretisierung von Antrag und Beschluss	256
C. Einwand der Erfüllung	257
 Zusammenfassung	259
 Literaturverzeichnis	263
 Sachregister	285

Einleitung

§1 Problemstellung

Das deutsche materielle Privatrecht kennt nach überkommener Auffassung Pflichten eines Privatrechtssubjekts, deren Einhaltung kein anderes Privatrechtssubjekt mit den Mitteln des Privatrechts einfordern kann. Diesen Pflichten soll also kein Erfüllungsanspruch korrespondieren. Ein prominentes und besonders praxisrelevantes Beispiel für derartige Pflichten sind nach ganz h. M. die sogenannten Verkehrs- und Schutzpflichten. Diese wilkunsunabhängigen Pflichten dienen dem Schutz subjektiver Rechte wie etwa dem Eigentum oder Leib, Leben und Gesundheit.

Das BGB enthält keine Norm, welcher ein Anspruch auf Erfüllung der Verkehrs- oder Schutzpflichten ausdrücklich entnommen werden kann. Dies wird herkömmlicherweise dahingehend interpretiert, dass ein betroffenes Privatrechtssubjekt nach dem Willen des historischen Gesetzgebers darauf verwiesen sei, im Falle eines Schadenseintritts diesen bei dem Pflichtigen zu liquidieren – dulde und liquidiere.

Die Rechtsprechung und Teile des Schrifttums haben sich der Frage nach einem Anspruch auf Erfüllung von Verkehrspflichten schon früh angenommen und gewähren – unter nicht einheitlichen Voraussetzungen – im Ergebnis teilweise einen Erfüllungsanspruch. Als Vehikel bedienen sie sich heute der *negatoria* bzw. *quasinegatoria* (§1004 BGB [analog]), um einem oder mehreren Privatrechtssubjekten vorbeugend, also vor Eintritt eines Schadens, die Möglichkeit zu geben, die Unterlassung verkehrspflichtwidrigen Verhaltens (ggf. im Wege der Unterlassungsklage) vom Pflichtigen zu verlangen. Die Beachtung einer Verkehrspflicht erschöpft sich rechtstatsächlich zumeist jedoch nicht in einem Unterlassen, sondern erfordert ein aktives Tätigwerden des Verkehrspflichtigen. So muss der Anlieger einer Straße den Gehweg beispielsweise räumen und gegebenenfalls streuen, um die Gefahr eines Ausrutschens und Stürzens von Passanten zu beseitigen. Unterlässt der Anlieger die Räumung und Streuung des Gehwegs, erfüllt er die Verkehrspflicht nicht und es ist niemandem geholfen. Der Anlieger kann seiner Verkehrspflicht in Gestalt der Räum- und Streupflicht also gerade nicht genügen, indem er untätig bleibt, sondern nur dadurch, dass er tätig wird. Der (quasi-)negatorische Rechtsschutz des §1004 BGB ist jedoch, so-

lange noch keine „Beeinträchtigung“ eingetreten ist, grundsätzlich auf ein Unterlassen gerichtet. Um dennoch die aktive Einhaltung einer Verkehrspflicht mittels des (quasi-)negatorische Rechtsschutzes verlangen zu können, bedient sich ein Teil der Literatur und der Rechtsprechung der etwas befremdlich anmutenden Konstruktion eines Anspruchs auf ein „Unterlassen des Unterlassens“.¹ Unter den besonderen Voraussetzungen des (quasi-)negatorischen Unterlassungsanspruchs habe der Schuldner sein Nichtstun zu unterlassen, also tätig zu werden.² Die geschuldete Tätigkeit sei die Beachtung der Verkehrspflicht. Allerdings sei im Rahmen dieser Konstruktion zu berücksichtigen, dass die (Quasi-)negatoria keinen Anspruch auf eine bestimmte Maßnahme der Gefahrenbeseitigung begründe, sondern es dem Schuldner überlassen bleibe, auf welche Art und Weise er die Beeinträchtigung oder Bedrohung fremder Rechte beseitigt.³ Ein inhaltlich bestimmter Anspruch auf Einhaltung der Verkehrspflichten kann nach dieser Auffassung aus § 1004 BGB (analog) nicht abgeleitet werden. Gerade auch wegen dieser Grundstreitigkeiten über die Erforderlichkeit einer inhaltlichen Konkretisierung zur Bejahung eines Erfüllungsanspruchs besteht im Detail keine Einigkeit darüber, unter welchen Voraussetzungen die Beachtung der Verkehrspflichten durch ein Rechtssubjekt verlangt werden kann.⁴

Noch undurchsichtiger und vielschichtiger ist das geäußerte Meinungsspektrum, wenn man die mit den Verkehrspflichten strukturell verwandten Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) mit in den Blick nimmt. Wie die Verkehrspflichten dienen auch die Schutzpflichten dem Schutz der vertragsunabhängigen subjektiven Rechte des Pflichtbegünstigten, also dem Integritätsinteresse. Es handelt sich bei ihnen nach ganz herrschender Auffassung um (Sonder-)Deliktsrecht.⁵ Ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen die Einhaltung von Schutzpflichten verlangt werden kann, ist stark umstritten. Auffallend ist, dass diese Frage nicht anhand der *negatoria* bzw. *quasinegatoria* (§ 1004 BGB analog), sondern anhand des Erfüllungsanspruchs und seiner Voraussetzungen diskutiert wird.⁶

¹ Vgl. BGH NJW 1982, 440, 441; NJW 2004, 1035, 1036 f.; NJW 2018, 1317, 1318; *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht, S. 124; *Loschelder*, WRP 1999, 57, 58; *v. Bar*, 25 Jahre Karlsruher Forum, S. 80, 82; *Vieweg/Schrenk*, JURA 1997, 561, 563; *Lüftenegger*, Rückrufpflicht des Herstellers, S. 200.

² *Wagner*, in: MüKo-BGB, vor 823 BGB Rn. 42.

³ RGZ 147, 27, 30 f.; *Wagner*, in: MüKo-BGB, vor 823 BGB Rn. 42.

⁴ Vgl. *Jansen*, AcP 202 (2002), 517, 525 f.; *Wagner*, in: MüKo-BGB, vor 823 BGB Rn. 42.

⁵ Vgl. *Wagner*, in: MüKo-BGB, vor § 823 BGB Rn. 80; *Kurt*, Culpa in contrahendo, S. 78; *Lüttringhaus*, RIW 2008, 193, 197.

⁶ Vgl. stellvertretend nur *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, S. 236 f. *Stürner*, JZ 1976, 384, 385 Fn. 1–3; *Kramme*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 241 BGB Rn. 24; *Gröschler*, in: FS Konzen, S. 109, 117. Anders wohl *Wagner*, in: MüKo-BGB,

Während also im Bereich der Verkehrspflichten ein Anspruch auf Erfüllung allenfalls unter den Voraussetzungen des § 1004 BGB (analog) bestehen können soll, soll ein Anspruch auf Erfüllung der Schutzpflichten auch ohne die Konstruktion über § 1004 BGB (analog) möglich sein. Im Bereich der Verkehrspflichten soll ein Erfüllungsanspruch also den gedanklichen Einschub des § 1004 BGB erfordern, während es eines solchen Einschubs im Bereich der Schutzpflichten nicht bedürfen soll. Dieser konstruktive Unterschied ist schon deshalb bemerkenswert, weil man sich heute weitestgehend darüber einig ist, dass sich die Verkehrs- und Schutzpflichten in ihrer Struktur und ihrer Funktion nicht unterscheiden.⁷ In manchen Bereichen wird nicht einmal scharf zwischen beiden Pflichten unterschieden.⁸ Dass im Bereich der Verkehrspflichten § 1004 BGB (analog) zur Begründung eines Erfüllungsanspruchs eingeschoben wird, während dies bei Schutzpflichten nicht notwendig sein soll, deutet auf ein deutlich grundlegenderes Problem hin. Offensichtlich sind die Voraussetzungen und die Funktion des privatrechtlichen (Erfüllungs-)Anspruch weitaus weniger klar als man es wegen seiner zentraler Bedeutung im Privatrechtssystem aber auch der Rechtspraxis erwarten würde. Und offensichtlich sollen diese Voraussetzungen eines Erfüllungsanspruchs bei Verkehrs- und Schutzpflichten divergieren können.

Ein weiterer Grund für die aufgezeigten Ungereimtheiten und die dogmatische Unschärfe eines auf die Einhaltung von Verkehrs- oder Schutzpflichten gerichteten materiell-rechtlichen Anspruchs liegt darin, dass die damit verbundenen Rechtsfragen nach heute herrschender Ansicht rechtstatsächlich dem Prozessrecht und nicht dem materiellen Privatrecht obliegen sollen. Angesprochen ist damit die auf *Adolf Wach*⁹ zurückgehenden Lehre von den sogenannten rein prozessualen Rechtsbehelfen. Nach dieser Lehre existieren verschiedene prozessuale Rechtsbehelfe ohne materiell-rechtlichen Anspruch als Grundlage.¹⁰ Einen dieser Rechtsbehelfe soll nach ganz h. M. der gerade im Bereich der Beachtung von Verkehrs- und Schutzpflichten

vor § 823 BGB Rn. 42, welcher scheinbar auch im Bereich der Schutzpflichten den Weg über § 1004 BGB gehen möchte.

⁷ *Wagner*, in: MüKo-BGB, vor § 823 BGB Rn. 80 und § 823 BGB Rn. 396; vgl. auch OLG Köln NJW-RR 2003, 806, 807; v. *Bar*, JuS 1982, 637 ff.; *ders.*, Verkehrspflichten, S. 312 ff.

⁸ OLG Düsseldorf, VersR 2012, 732, 732 f.: „mietvertragliche Verkehrssicherungspflichten“; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 152 153, welches von der Möglichkeit ausgeht, dass in der gerichtlichen Praxis die Anspruchsgrundlage dem Vertragsrecht entnommen wird (§ 280 BGB), während Umfang und Intensität der Sorgfaltspflichten auf das Deliktsrecht bzw. einen Kommentar zu § 823 Abs. 1 BGB gestützt werden.

⁹ *Wach*, Feststellungsanspruch, passim.

¹⁰ Vgl. etwa *Münzberg*, JZ 1967, 689, 693, für gewisse Feststellungsklagen; *Zeuner*, in: FS Dölle I, S. 295, 307 f., 317, jedenfalls für die negative Feststellungsklage. Eine bis heute gültige Zusammenstellung der nach h. M. einschlägigen Rechtsschutzformen findet sich bereits bei *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 15 ff, 18 f. und 21 f.

praxisrelevante einstweilige Rechtsschutz darstellen.¹¹ Ausgangspunkt der Lehre vom rein prozessualen Charakter des einstweiligen Rechtsschutzes ist der Befund, dass das materielle Recht das Interesse nach vorbeugender Sicherung nicht hinreichend schütze. Das materielle Recht kenne vorbeugende Ansprüche nur in wenigen Bereichen und in wenigen Vorschriften, was für einen effektiven Rechtsschutz nicht ausreichend sei. Die Kritik am materiellen Recht geht aber noch weiter: Die Zweifel an der Interessengerechtigkeit der vorgefundenen materiell-rechtlichen Regelungen im vorbeugenden Bereich setzen sich fort in einem grundsätzlichen Misstrauen gegenüber der klassischen Privatrechtsdogmatik. So unterstellen die Vertreter der Lehre von einem rein prozessualen einstweiligen Rechtsschutz weiter, dass sich die von ihnen behaupteten Regelungslücken auch nicht im Wege der Auslegung oder Fortbildung des materiellen Rechts schließen lassen.¹² Von dieser Prämisse ausgehend, versuchen die Vertreter eines rein prozessualen einstweiligen Rechtsschutzes die behauptete Schutzlücke durch die Gewährung „rein prozessualer“ Befugnisse ohne materiell-rechtliches Fundament zu schließen. So handele es sich bei dem einstweiligen Rechtsschutz „nur“ um „ein prozessualisches Sicherungsrecht“, um einen aus dem Prozessrecht folgenden „Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz“. Dieser Anspruch sei „kein dem materiellen Recht immanentes, noch ihm beigelegtes accessorisches Klagerecht“, sondern allein ein „Rechtsschutzanspruch publizistischer Natur“.¹³

Die Entwicklung eines selbstständigen, rein prozessualen einstweiligen Rechtsschutzes ist heute so weit fortgeschritten, dass teilweise von einem „Wahlrecht“ des Gesetzgebers ausgegangen wird. Der Gesetzgeber habe die Wahl, ob er die Interessen des Individuums durch die Gewährung materiell-rechtlicher Ansprüche schütze oder ob das „Rechtssystem“ anderweitig für „ausreichenden [...] Schutz“ Sorge.¹⁴ Für den Erlass einer einstweiligen Verfügung sei es irrelevant, „daß der Antragsteller nach materiellem Recht keinen Anspruch auf eine dem Inhalt der vorläufigen Maßnahme entsprechende Leistung des Schuldners hätte“. Es sei daher „bedeutungslos, [dass] die im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes angeordnete Maßnahme im ordentlichen Prozeß überhaupt nicht angeordnet werden könnte“.¹⁵ Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes sei „[d]er Antrag [...] auf ein Ziel [gerichtet], auf welches der Antragsteller nach materiellem Recht gar kein

¹¹ *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 18f.; *Hellwig*, Klagerecht und Klagmöglichkeit, S. 13f.; *Minnerop*, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, S. 53ff.; *Grunsky*, JuS 1976, 282, 283; *Leipold*, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 52ff.

¹² Besonders deutlich *Minnerop*, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, S. 53ff.

¹³ *Wach*, Feststellungsanspruch, S. 18f.

¹⁴ *R. Stürner*, JZ 1976, 384, 390.

¹⁵ *F. Baur*, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 27.

Anspruch hat und das er im Hauptsacheverfahren nicht erreichen kann¹⁶. Damit wird das materielle Recht auf dem Gebiet des einstweiligen Rechtsschutzes jedenfalls hinsichtlich der Rechtsfolge kurzerhand außer Kraft gesetzt. Ziel ist es – wie im gesamten Bereich der rein prozessualen Rechtsbehelfe – den Richter von der Bindung an das materielle Recht zu befreien.¹⁷ Der Inhalt der einstweilig angeordneten Maßnahme soll, mangels Vorgaben des materiellen Rechts, im Ermessen des Richters liegen und sich nach dem Einzelfall beurteilen.

Praktische Konsequenz der Lehre von den rein prozessualen Rechtsbehelfen ist, dass die Frage nach einem materiell-rechtlichen Anspruch auf Erfüllung von Verkehrs- und Schutzpflichten jedenfalls vordergründig nicht sonderlich praxisrelevant ist, weil derartige Ansprüche wegen der tatsächlichen Dringlichkeit rechtspraktisch häufig im einstweiligen Rechtsschutz geltend gemacht werden. Bei näherem Hinsehen zeigt sich allerdings, dass mit der Annahme materiell-rechtlicher Ansprüche auf Erfüllung von Verkehrs- und Schutzpflichten das ohnehin tönerne Fundament der Lehre vom rein prozessualen einstweiligen Rechtsschutz zunehmend ins Wanken gerät: Schließlich besteht dann die von den Vertretern eines rein prozessualen einstweiligen Rechtsschutzes behauptete Rechtsschutzlücke im materiellen Recht gerade nicht.

Die Frage nach einem Anspruch auf Erfüllung von Verkehrs- und Schutzpflichten wird teilweise auch noch aus einem anderen Grund dem Prozessrecht zugeordnet: Teilweise wird das Privatrecht als ein System normativer Verhaltensordnung begriffen.¹⁸ Insbesondere der Grund der deliktischen Schadenshaftung wird in einem Verstoß gegen diese objektive Verhaltensordnung erblickt. Wer es unterlässt, seinen Weg von Schnee und Eis zu befreien, halte die Verhaltensregeln des objektiven Privatrechts nicht ein und handle daher rechtswidrig. Diese Rechtswidrigkeit bestehe unabhängig davon, ob ein Schaden eingetreten ist oder nicht.¹⁹ Unter Zugrundelegung dieses Konzepts stellt sich die Frage, ob der schuldhafte Verstoß gegen eine Verkehrs- oder Schutzpflicht nur repressiv zum Schadensersatz verpflichtet, oder ob die Beachtung der Verkehrspflichten bereits vor Schadenseintritt verlangt werden kann, wie folgt: Da das Verhalten oder Unterlassen des Verkehrspflichtigen gegen die objektive Verhaltensordnung verstößt, besitzt der Verkehrspflichtige keine rechtlich verbürgte Handlungsfreiheit, welche durch die Annahme eines schadenspräventiven Rechtsschutzes beschränkt würde.²⁰ Die Möglichkeit eines vorbeugenden Rechtsschutzes er-

¹⁶ Walker, Der einstweilige Rechtsschutz, Rn. 141.

¹⁷ Vgl. Wach, Handbuch, S. 19.

¹⁸ Neussel, Anspruch und Rechtsverhältnis, S. 5 ff., 43.

¹⁹ Deutlich Münzberg, Verhalten und Erfolg, S. 92.

²⁰ Vgl. etwa Henckel, AcP 174 (1974), 97, 114.

scheint ohne Einfluss auf das materielle Recht, da das Handeln oder Unterlassen des Pflichtigen auch ohne die Annahme eines solchen Rechtsschutzes rechtswidrig ist. In der Folge dieses Grundverständnisses verschiebt sich die Beantwortung der Frage nach einer Notwendig- oder Sinnhaftigkeit eines vorbeugenden Rechtsschutzes von der Ebene des materiellen Rechts mehr und mehr auf die Ebene des Prozessrechts.

Eine vollständige Zuweisung zum Prozessrecht wird schließlich erreicht, wenn man die (quasi-)negatorische Unterlassungsklage – entsprechend der Lehre von den rein prozessualen Rechtsbehelfen – als ein rein prozessuales Institut ohne materiell-rechtliche Grundlage ansieht.²¹ Aber auch die überkommene Lehre²² von „Ansprüchen gegen jedermann“, aus denen sich die absoluten Rechte zusammensetzen sollen, betrachtet das Problem der Anerkennung eines schadenspräventiven Rechtsschutzes als ein solches des Rechtsschutzbedürfnisses und damit als eine prozessuale Schwierigkeit ohne Auswirkungen auf das materielle Recht.²³

Unter gänzlich anderen Vorzeichen stellt sich die Frage, ob die Einhaltung von Verkehrs- und Schutzpflichten verlangt werden kann, wenn man das materielle Privatrecht nicht als ein System objektiver Verhaltensregeln, sondern als ein System von Ansprüchen begreift. Schadensersatznormen wie etwa § 823 Abs. 1 BGB lässt sich dann lediglich entnehmen, dass der Geschädigte unter den dort genannten Voraussetzungen von dem Schädiger Schadensersatz verlangen kann. Nur unter dem Aspekt des Schadensersatzes wird das Verhalten des Schädigers bewertet. Zu der Frage, ob das Verhalten des Schädigers unabhängig von einem Schadensersatz erfolgen durfte oder hätte unterlassen werden sollen, verhält sich § 823 Abs. 1 BGB dann nicht.²⁴ Führt das Verhalten oder Unterlassen nicht zu einem Schaden, ist es nach Maßgabe des Schadenshaftungsrechts und damit nach Maßgabe des Gebiets, dem die Verkehrspflichten herkömmlich zugeordnet werden, zivilrechtlich irrelevant, weil es ohne Schadenseintritt keine Ansprüche entstehen lässt.

Diese Irrelevanz geht verloren, sobald einem bloß Gefährdeten ein Anspruch auf Einhaltung von Verkehrs- oder Schutzpflichten zusteht. Anstatt die pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung vorzunehmen und darauf zu hoffen oder zu vertrauen, dass kein Schaden eintritt, kann der Pflichtige nun auf deren Einhaltung in Anspruch genommen werden. Der Gefährdete

²¹ Bis heute *Esser/Weyers*, Schuldrecht II 2, S. 264 f.

²² Vgl. nur *Windscheid*, Pandekten I, 6. Auflage 1887, § 43, S. 111.

²³ *Hellwig*, Anspruch und Klagerecht, S. 123 ff., 350 f.

²⁴ Deutlich *Schapp*, Das subjektive Recht, S. 104 f.: „Der allgemein auf Nichtbeschädigung von Sachen gerichtete Befehl ist also in unserer Rechtsordnung keine Realität. Nachweisbar ist nur die Anordnung, unter gewissen Voraussetzungen bei Beschädigung von Sachen Ersatz zu leisten.“

kann den Pflichtigen zu einem bestimmten Verhalten anhalten. Das Privatrecht wäre ein effektives Instrument der Verhaltenssteuerung!

§2 Gang der Untersuchung

Bei unbefangener Herangehensweise handelt es sich bei der Frage, ob die Einhaltung von Verkehrs- oder Schutzpflichten verlangt werden kann, nicht um eine Frage der *negatoria* bzw. *quasinegatoria*, sondern primär um die Frage, ob diesen Pflichten ein Erfüllungsanspruch korrespondiert. Das „Dazwischenschieben“ des §1004 BGB (analog) mit seinen umstrittenen Tatbestandsvoraussetzungen wird, soweit ersichtlich, in keinem anderen Bereich praktiziert, um einen Erfüllungsanspruch unter gewissen Voraussetzungen begründen oder negieren zu können. Insbesondere werden die vertraglichen Erfüllungsansprüche nicht auf eine (analoge) Anwendung des §1004 BGB gestützt.

Nähert man sich der Frage, ob ein Privatrechtssubjekt die Einhaltung von Verkehrs- oder Schutzpflichten verlangen kann, über den Erfüllungsanspruch, ist es zunächst sinnvoll, den Stand der Verkehrs- und Schutzpflichtendogmatik dahingehend zu untersuchen, ob sich aus ihr Anhaltspunkte für die Existenz korrespondierender Erfüllungsansprüche ergeben (Kapitel 1). Da die dahingehende Untersuchung zeigen wird, dass dies nicht der Fall ist, gilt es in einem zweiten Schritt der Frage nachzugehen, unter welchen Voraussetzungen das Privatrecht einem Privatrechtssubjekt (Erfüllungs-)Ansprüche einräumt. Für diese Untersuchung ist eine Analyse der formalen Struktur und der Funktionsweise des Privatrechts erforderlich, da diese Wechselwirkungen mit dem Anspruchsbegriff und den -voraussetzungen aufweisen (Kapitel 2). Darauf aufbauend gilt es, dem heutigen Anspruchsbegriff nachzugehen und die Funktion und die Voraussetzungen des Erfüllungsanspruchs herauszuarbeiten (Kapitel 3). Dabei wird sich zeigen, dass es sich bei dem Erfüllungsanspruch um einen funktional negatorischen Schutz subjektiver Privatrechte handelt und daher von deren Inhalt und Umfang abhängig ist. Entsprechend ist es notwendig, sich mit den subjektiven Privatrechten als Kernelement des Privatrechtssystems, mit deren Inhalt und Umfang und den rechtlichen Möglichkeiten zu deren Konkretisierung auseinanderzusetzen (Kapitel 4). Diese Auseinandersetzung wird ergeben, dass es sich bei den Verkehrs- und Schutzpflichten um eine Methode zur Konkretisierung von Inhalt und Umfang subjektiver Privatrechte handelt. Durch sie ist es möglich, das jeweilige subjektive Privatrecht situativ-handlungs- und gefährdungsspezifisch auszugestalten.

Im Anschluss an diese Grundlegungen werden aus den gewonnenen Erkenntnissen die Voraussetzungen des Anspruchs auf Erfüllung von Ver-

kehr- und Schutzpflichten abgeleitet und näher spezifiziert (Kapitel 5). Die hier vertretene Auffassung wird dabei auch anhand anerkannter Verkehrspflichten, z. B. der Räum- und Streupflicht, dargestellt. Dabei gilt es zu beachten, dass die herangezogenen Beispiele praxisrelevanter Verkehrspflichten lediglich der Veranschaulichung der hiesigen Auffassung dienen. Durch die Bezugnahme auf diese Beispiele wird explizit keine Aussage über die Berechtigung oder Sinnhaftigkeit der jeweiligen Verkehrs- oder Schutzpflicht getroffen.

Das letzte Kapitel der Arbeit beleuchtet einige Fragestellungen des Prozessrechts, welche aus der Konstruktion eines materiell-rechtlichen Anspruchs auf Erfüllung von Verkehrs- und Schutzpflichten resultieren (Kapitel 6).

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse.

Kapitel 1

Verkehrs- und Schutzpflichten

§ 1 Verkehrspflichten

A. Begriff und Bedeutung

Der Begriff der Verkehrspflichten ist dem BGB unbekannt. Er ist eine Schöpfung der Praxis. In seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1902 postulierte das RG den Grundsatz, dass „ein jeder für die Beschädigung durch seine Sachen insoweit aufkommen solle, als er dieselbe bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen hätte verhüten können“.¹ In seinen ersten Judikaten hatte sich das RG mit Sachverhalten auseinandersetzen, in denen der Gläubiger bei der Benutzung öffentlicher Wege, Straßen oder Plätze geschädigt wurde. Daraus erklärt sich der ursprünglich verwendete Terminus „Pflicht zur Verkehrssicherung“ bzw. „Verkehrssicherungspflicht“. Später wurde die Pflicht „zur billigen Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen“ auf Fallgestaltungen erweitert, in denen es nicht um Verletzungen im öffentlichen Verkehr, sondern um den Schutz vor sonstigen Gefahrenquellen – etwa vor defekten und/oder gefährlichen Produkten² – oder gefährliche Tätigkeiten³ ging. Im berühmten Milzbrandfall, in dem über die Haftung eines Tierarztes für die Milzbrandinfektion eines Metzgers zu entscheiden war, der ihm bei der Notschlachtung eines erkrankten Rindes geholfen hatte, sprach das RG die „besonders gearteten allgemeinen Rechtspflichten“ zum Schutz der Rechtsgüter anderer mit dem bis heute üblichen Terminus „Verkehrspflichten“ an.

Verkehrspflichten begründen und beschränken nach heutigem Verständnis die Haftung für Unterlassungen oder mittelbare Verletzungen.⁴ Die Gemeinsamkeit beider Konstellationen ist nach herrschendem Verständnis

¹ RGZ 52, 373, 379.

² RG DR 1940, 1293, 1294 (Bremsenfall).

³ RGZ 102, 372, 373, 375 (Milzbrandfall).

⁴ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 644 ff.; *Hager*, in: Staudinger, BGB, § 823 BGB Rn. A 9; *Katzenmeier*, in: NK-BGB, § 823 BGB Rn. 101; *ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. II, S. 131 f.; *Larenz*, in: FS Dölle, Bd. I, S. 169, 193; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 237; *Stoll*, AcP 162 (1963), 203, 206 und 228; *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 75 II 3 (S. 365 ff.); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Rn. 1243; *Mertens* VersR 1980, 397, 397 ff.

darin zu sehen, dass der letzte zum Schaden führende Verursachungsbeitrag nicht vom Verletzenden gesetzt wird, sondern vom Verletzten selbst, von Dritten oder auch von Naturgewalten.⁵ Auf den Verletzten werde nicht direkt eingewirkt, so dass sich die mittelbare Verletzung und die Verletzung durch Unterlassen in diesem entscheidenden Punkt entsprächen. Das heutige Verständnis versteht die Verkehrspflichten also als Gefahrvermeidungs- und Gefahrabwehrpflichten.

B. Standort der Verkehrspflichten innerhalb des Haftungssystems

Nicht nur von dogmatischem Interesse ist die umstrittene Einordnung der Verkehrspflichten in das Haftungssystem des Privatrechts. Die überwiegende Auffassung ordnet die Verkehrspflichten dem § 823 Abs. 1 BGB zu, wobei innerhalb dieser Auffassung umstritten ist, ob sie auf Tatbestandsseite,⁶ bei der Rechtswidrigkeit⁷ oder dem Verschulden⁸ zu verorten sind. Die Gegenauffassung möchte die Verkehrspflichten hingegen in § 823 Abs. 2 BGB verankern.⁹

C. Grundsätzlich keine den Verkehrspflichten korrespondierenden Ansprüche und Ausnahmen von diesem Grundsatz

Nach ganz überwiegendem Verständnis korrespondiert den Verkehrspflichten jedenfalls im Grundsatz kein materiell-rechtlicher Anspruch auf Erfüllung bzw. Einhaltung.¹⁰ Die hierfür vorgetragenen Begründungen sind vielschichtig und berühren unterschiedlichste Rechtsfragen und -bereiche. In

⁵ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 646.

⁶ *Plum*, AcP 181 (1981), 68, 82 Fn. 60; *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 823 BGB Rn. 391; *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht, S. 116f.; *ders.*, in: Erman, § 823 BGB Rn. 9; *U. Huber*, FS E. R. Huber, 1973, S. 253, 264f.; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II § 75 II 3c, S. 368; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, § 107 III Rn. 1595 mit Fn. 21; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 646ff. (Zurechnung des tatbestandsmäßigen unvorsätzlichen Verletzungserfolgs zu einer bestimmten Person als Verletzenden); *Wiethölter*, Rechtfertigungsgrund verkehrsrichtigen Verhaltens, S. 41; *Förster*, in: BeckOK, § 823 BGB Rn. 291; *Hager*, in: Staudinger, § 823 BGB Rn. E 4f.

⁷ *v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 174f.; *Esser/Schmidt*, SchuldR AT II § 25 IV 1c, S. 69; *Esser/Weyers*, SchuldR BT II § 55 II 2, S. 170; wohl auch *Medicus/Lorenz*, SchuldR BT Rn. 1243.

⁸ *Steffen*, in: RGRK-BGB, § 823 BGB Rn 140.

⁹ *v. Bar*, Verkehrspflichten S. 157ff.; *ders.*, JuS 1988, 169, 171; *Assmann*, Prospekthaltung, S. 262; *Larenz*, in: FS Dölle, Bd. I, 1963, S. 169, 189, 193ff.; *Deutsch*, JuS 1967, 152, 157; *Huber*, in: FS v. Caemmerer, 1978, S. 359, 377ff.

¹⁰ *Münzberg*, JZ 1967, 689, 692 mit Beispiel in Fn. 31 und den ergänzenden Ausführungen in Fn. 38; *Kleindiek*, Deliktshaftung, S. 33; *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, S. 11 mit Nachweisen in Fn. 51; *Funcke*, Quasinegatoria, S. 331, 334; *Henckel*, AcP 174

Sachregister

- Aktionensystem
 - materielles Aktionensystem 46 ff.
 - römisches Recht 41 ff.
- Allgemeines Vermögensrecht 196 ff.
- Anspruch
 - Denken in Ansprüchen 106
 - Einheitlicher Begriff 92 ff.
 - Entwicklungsgeschichte 39 ff.
 - Funktion nach herrschender Meinung 69 ff.
 - nach Windscheid 52 ff.
 - Schutzinstrument 92 f.
 - Systemelement des materiellen Rechts 92 ff.
- Anspruchsdenken 106
- Bruteierfall 108, 167 ff.
- Deliktsrecht
 - Bedeutung der Rechtsverletzung 105 ff.
 - Bestimmung des Aktivlegitimierten 173 ff.
 - Entwicklung des § 823 Abs. 1 BGB 151 ff.
 - Lehren vom Handlungs- und Erfolgsrecht 184 ff.
 - Missdeutung als generelles Schädigungsverbot 108 ff.
 - Naturalistische Deutung der Rechtsverletzung 108 ff.
 - Rechtswidrigkeitsbegriff 184 ff.
- Dingliche Rechte 47 f., 56 f., 60
 - Ausgestaltung des Eigentumsrechts 187 ff.
 - Bedeutung der Verkehrspflichten 198 ff.
- Einheit der Rechtsordnung 213 ff.
- Einstweiliger Rechtsschutz 252 ff.
 - Lehre von den rein prozessualen Rechtsbehelfen 253 ff.
- Erfüllungsanspruch
 - Aktuelle Rechtsverletzung als Voraussetzungen 96 ff., 115 ff.
 - als Funktional negatorischer Anspruch 96 ff.
 - Funktion 92 ff.
 - Obligatorischer Anspruch 95 ff.
 - Verhältnis zum Forderungsrecht 96 f.
- Forderungsrecht 95 ff.
 - Identität mit obligatorischem Anspruch 70 f.
 - relative Zuordnung des Forderungsgegenstands 97 f.
 - Verhältnis zu subjektiven Rechten 71
 - Verhältnis zum Erfüllungsanspruch 96 f.
- Imperativentheorie
 - Anspruchsbegriff 71 ff.
 - Grundlagen 22 ff.
- Institutionenschutz 27 f., 76 ff.
- Klagbarkeit 249 f.
- Klageantrag 251 f.
- Klagerecht
 - bei Savigny 49
 - bei Windscheid 63 ff.
- Lehre vom Schutzzweck der Norm 179 ff.
- Lehre vom Zuweisungsgehalt 37 f.
- Lehre von der Normsetzungsbefugnis 25 ff.

- Lehren vom Handlungs- und Erfolgsrecht 184 ff.
- Menschenrechte 28 f., 229
- Negatorischer Rechtsschutz 115 ff.
- Abgrenzung vom Deliktsrecht 119 ff.
 - Aktuelle Rechtsverletzung als Voraussetzung 115 ff., 124 f.
 - als Rechtsverwirklichungsinstrument 118 f.
 - Beeinträchtigung als Eigentumsverletzung 118
 - Kausallehren 126 ff.
 - Usurpationstheorie 118 ff.
- Persönlichkeitsrecht
- Handlungsfreiheit 93 f., 98, 106, 120
- Prinzip der Parsimonie 81 f.
- Prinzip der zweiseitigen Rechtsfertigung 173 f.
- Private enforcement 28
- Privatrechtssystem
- Bedeutung subjektiver Rechte 31 ff.
 - Rechtszuweisung und Rechtsschutz 19 ff., 29 ff.
- public-private divide 213 ff.
- Rechtsgüter und subjektive Rechte 149 f.
- Römische Actio 41 ff.
- Rückrufpflichten bei Produktmängeln 221
- Schockschäden 169 ff.
- Schuldverhältnis 75 ff.
- Schutzpflichten
- Anspruch auf Erfüllung 236 ff.
 - Bedeutung und Funktion 236
 - Entstehungsgeschichte 237 ff.
- Lehre vom unentwickelten Anspruch 237
 - Lehre von der Sonderbeziehung 238 f.
- Streitgegenstand 251 f.
- Stromkabelfall 167 ff.
- Subjektive Rechte
- Bedeutung 19 ff., 31 ff.
 - Bedeutung der Lehre vom Schutzzweck der Norm 179 ff
 - bei Savigny 47 f.
 - bei Windscheid 55 ff.
 - Inhaltsbestimmung über die Pflichtenseite 108 ff.
 - Konkretisierung durch Verkehrspflichten 198 ff.
 - Rechtsgüter 149 f.
 - Techniken zur Inhaltsbestimmung 143 ff.
 - Verhältnis zum Anspruch 60 ff., 92 ff.
 - Willenstheorie 47 f., 55 ff.
- Systemtheorie 89 f.
- Verfügung eines Nichtberechtigten 170 ff.
- Verjährungsrecht 84 ff.
- Verkehrspflichten
- Anspruch auf Erfüllung 219 ff., 222 ff.
 - Bedeutung und Funktion 198 ff.
 - bei Gartenteichen 220 f.
 - Entstehungsgeschichte 9 ff.
 - keine abstrakt-generelle Geltung 205 ff.
 - Räum- und Streupflichten 146 f.
 - relative Geltung 205 ff., 209 ff., 213 ff.
 - Schneefanggitter 221
- Vermögensrecht 196 ff.