

FRANZ HOFMANN

# Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf

*Jus Privatum*

218

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht  
Band 218





Franz Hofmann

Der Unterlassungsanspruch  
als Rechtsbehelf

Mohr Siebeck

*Franz Hofmann*, geboren 1981; Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Bayreuth und Cambridge (2009 LL.M.); 2009 Promotion, Universität Bayreuth; 2011 Zweites Juristisches Staatsexamen; 2016 Habilitation, Ludwig-Maximilians-Universität München; seit November 2016 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Technikrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-154896-3 eISBN 978-3-16-155226-7  
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

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 epline in Böblingen gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Diese Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Sommersemester 2016 als Habilitationsschrift vor. Für die Veröffentlichung habe ich die dringlichsten Aktualisierungen vorgenommen, während die Kernthesen in den Stand der Forschung zum Abschluss des Manuskriptes im Frühjahr 2016 eingebettet bleiben.

Meine Habilitationsschrift verstehe ich als Beitrag zu einem in Deutschland weithin vernachlässigten Forschungsgebiet. Ein „Law of Remedies“, wie es im anglo-amerikanischen Rechtsraum anzutreffen ist, gibt es hierzulande im Grunde nicht. Ansprüche oder *Rechtsfolgenrechte* werden typischerweise nicht losgelöst von den ihnen zugrundeliegenden *Stammrechten* diskutiert. Die Arbeit hat daher zum Ziel, die Rechtsdurchsetzung als eigenständigen Problemkreis zu analysieren. Diese Aufgabe wird exemplarisch am Unterlassungsanspruch durchgeführt.

Ganz besonderen Dank schulde ich meinem akademischen Lehrer Professor Ansgar Ohly. Er hat die Arbeit nicht nur kenntnisreich betreut, sondern mir als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl große Freiheit gewährt. Beispiellos ist seine Offenheit für Diskussionen, von denen ich noch lange zehren werde. Zum Gelingen der Arbeit haben ferner meine Fachmentoren, Professorin Beate Gsell und Professor Thomas Ackermann, beigetragen. Für die äußerst wohlwollende, fortgesetzte Unterstützung bin ich sehr dankbar.

In der Ludwigstraße 29 habe ich einen wunderbaren Rahmen für das Schaffen eines Habilitanden vorgefunden. Dies lag vor allem am äußerst kollegialen, stets inspirierenden Umfeld. Die Kollegen und Freunde aus meiner Münchner Zeit wissen um meine Wertschätzung. Wichtige Foren zum Austausch habe ich ferner namentlich in der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler und bei regelmäßigen Wanderungen, insbesondere mit Professor Herbert Zech, gefunden.

Die Vorbereitung des Drucks wurde durch meine Lehrstuhlmitarbeiter tatkräftig begleitet. Mein Dank hierfür sei an dieser Stelle wiederholt. Weiter danke ich dem Förderungs- und Beihilfefonds der VG Wort für die großzügige Bezuschussung des Drucks dieser Schrift. Unvergessen ist die stetige Unterstützung meiner Eltern.

Erlangen, im Sommer 2017

Franz Hofmann



## Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Einleitung .....	1
I. <i>Problemstellung</i> .....	1
II. <i>Gang der Darstellung und Grundbegriffe</i> .....	4
III. <i>Forschungsstand</i> .....	7

### *Erster Teil*

#### Rechtsfolgen im Rechtssystem

§1 Das anglo-amerikanische „ <i>remedy</i> -System“ .....	13
I. <i>Remedies als gerichtliche Rechtsbehelfe zwischen materiellem Recht und Prozessrecht</i> .....	14
II. <i>Das Verhältnis von rights und remedies</i> .....	26
III. <i>Ermessen und differenzierte Rechtsdurchsetzung</i> .....	35
IV. <i>Fazit</i> .....	49
§2 Das Anspruchssystem .....	51
I. <i>Anspruch als das materielle Recht auf ein Tun oder Unterlassen</i> ..	52
II. <i>Rechte und Ansprüche</i> .....	63
III. <i>Ermessen und differenzierte Rechtsdurchsetzung</i> .....	77
IV. <i>Fazit</i> .....	83

§3	Das unionsrechtliche Rechtsfolgensystem .....	85
I.	<i>Unionsrechtliche Rechtsfolgenregelungen zwischen materiellrechtlichen Ansprüchen und prozessualen gerichtlichen Anordnungen .....</i>	87
II.	<i>Trennung von Rechten und Rechtsfolgen .....</i>	100
III.	<i>Flexibilität bei der Rechtsdurchsetzung .....</i>	105
IV.	<i>Fazit .....</i>	113
§4	Völkerrechtliche Rechtsfolgensysteme .....	116
I.	<i>Strukturen von Rechtsfolgen in völkerrechtlichen Verträgen .....</i>	116
II.	<i>Trennung von Rechten und Rechtsfolgen .....</i>	118
III.	<i>Ermessen und differenzierte Rechtsdurchsetzung .....</i>	119
IV.	<i>Fazit .....</i>	121
§5	Das deutsche Privatrecht als Rechtsbehelfssystem .....	122
I.	<i>Modifiziertes Rechtsbehelfssystem als Synthese verschiedener Rechtsfolgensysteme .....</i>	123
II.	<i>Anspruch als materiellrechtliches Rechtsfolgenrecht .....</i>	155
III.	<i>Stammrechte als Anknüpfungspunkte für Rechtsfolgenrechte .....</i>	173
IV.	<i>Rechtsfolgendifferenzierung de lege lata .....</i>	211
V.	<i>Fazit .....</i>	248
§6	Ergebnis zum Ersten Teil .....	250

### *Zweiter Teil*

#### Der Rechtsbehelf Unterlassen

§7	Bestandsaufnahme privatrechtlicher Unterlassungsansprüche .....	255
I.	<i>Überblick zum Meinungsstand zur Einteilung von Unterlassungsansprüchen .....</i>	256
II.	<i>Leistungsunterlassungsansprüche .....</i>	264

III.	<i>Unterlassungsansprüche infolge der Verletzung sonstiger vertraglicher Verhaltenspflichten</i> .....	272
IV.	<i>Unterlassungsansprüche als Folge der Verletzung absoluter Rechte</i> .....	278
V.	<i>Unterlassungsansprüche als Folge der Verletzung gesetzlicher Verhaltenspflichten</i> .....	286
VI.	<i>Unionsrechtliche Unterlassungsanordnungen im Immaterialgüterrecht</i> .....	290
VII.	<i>Fazit</i> .....	296
§ 8	<i>Die Rolle der Rechtsfolge Unterlassen im Rechtsfolgensystem</i> .....	297
I.	<i>Übersicht über die wesentlichen privatrechtlichen Rechtsfolgen und Abgrenzungen zum Unterlassungsanspruch</i> .....	298
II.	<i>Elementarschutz von Rechtszuweisungen als Funktion von Unterlassungsansprüchen</i> .....	303
III.	<i>Ökonomische Analyse von Unterlassungsansprüchen</i> .....	318
IV.	<i>Präventionsfunktion der Rechtsfolge Unterlassen</i> .....	336
V.	<i>Außergerichtliche Streitbeilegung insbesondere mittels strafbewehrter Unterlassungserklärung</i> .....	357
VI.	<i>Fazit</i> .....	361
§ 9	<i>Die Grundstruktur des privatrechtlichen Unterlassungsanspruchs</i> .....	363
I.	<i>Das Verhältnis von Rechten und Pflichten</i> .....	365
II.	<i>Keine Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Rechten</i> .....	390
III.	<i>Rechtsverwirklichung mittels der Rechtsfolge Unterlassen</i> .....	393
IV.	<i>Begehungsgefahr</i> .....	398
V.	<i>Zusätzliche Tatbestandsmerkmale</i> .....	411
VI.	<i>Aktivlegitimation</i> .....	412
VII.	<i>Passivlegitimation</i> .....	412
VIII.	<i>Fazit</i> .....	418

§ 10 Die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen .....	420
I. Die Struktur der Rechtsdurchsetzung .....	421
II. Titulierung von Unterlassungsansprüchen .....	435
III. Vollstreckung von Unterlassungstiteln .....	450
IV. Fazit .....	453
§ 11 Die Grenzen der Rechtsfolge Unterlassen .....	454
I. Die Wahl der Stellschrauben .....	455
II. Rechtsfolgendifferenzierung als Rechtsprinzip .....	462
III. Anwendungsfälle <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i> .....	465
IV. Fazit .....	476
§ 12 Ergebnis zum Zweiten Teil .....	477
Zusammenfassung der Kernaussagen in Thesen .....	479
Literaturverzeichnis .....	489
Sachverzeichnis .....	531

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Einleitung .....	1
I. <i>Problemstellung</i> .....	1
II. <i>Gang der Darstellung und Grundbegriffe</i> .....	4
III. <i>Forschungsstand</i> .....	7

### *Erster Teil*

#### Rechtsfolgen im Rechtssystem

§1 Das anglo-amerikanische „ <i>remedy</i> -System“ .....	13
I. <i>Remedies als gerichtliche Rechtsbehelfe zwischen materiellem Recht und Prozessrecht</i> .....	14
1. Unterschiedliche Bedeutungen des Begriffs <i>remedy</i> .....	15
2. Rechtsnatur von <i>remedies</i> .....	21
3. Einheitliche Ausgestaltung von <i>remedies</i> .....	24
II. <i>Das Verhältnis von rights und remedies</i> .....	26
1. Die Rechtsverletzung als Verbindungselement im Zusammenspiel unterschiedlicher Rechtekategorien .....	26
2. Beispiele für die Kette <i>right – wrong – remedy</i> .....	30
3. Sonderfall Bereicherungsrecht .....	32
III. <i>Ermessen und differenzierte Rechtsdurchsetzung</i> .....	35
1. Richterliches Ermessen beim Zuspruch von Rechtsfolgen .....	35
a) Ermessenserwägungen bei <i>equitable remedies</i> .....	35
b) Ermessenserwägungen bei <i>common law remedies</i> .....	42
2. Diskussionen um den Grad richterlichen Ermessens .....	43
IV. <i>Fazit</i> .....	49

§2	Das Anspruchssystem .....	51
I.	<i>Anspruch als das materielle Recht auf ein Tun oder Unterlassen</i> ..	52
	1. Unterschiedliche Anspruchsbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch ...	52
	2. Unabhängigkeit des Anspruchs vom Prozessrecht .....	55
	3. Überholte Auffassungen vom Unterlassungsanspruch als prozessuale Rechtsschutzform .....	59
	4. „Remedies“ im Anspruchssystem .....	61
II.	<i>Rechte und Ansprüche</i> .....	63
	1. Durchsetzbarkeit als Kennzeichen subjektiver Rechte .....	64
	2. Primäre und sekundäre Rechte .....	68
	3. Die Rolle der Rechtsverletzung .....	69
	4. „Rechtsdenken“ im Anspruchssystem .....	73
	a) Keine analytische Trennung zwischen Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung .....	74
	b) Die Lehre Pickers von der Rechtszuweisungsordnung .....	75
III.	<i>Ermessen und differenzierte Rechtsdurchsetzung</i> .....	77
	1. Ermessen als systemfremdes Element .....	77
	2. Differenzierte Rechtsdurchsetzung .....	78
	a) Zwingender Primäranspruch .....	78
	b) Schrankenregelungen als Schutzbereichsbegrenzungen .....	81
IV.	<i>Fazit</i> .....	83
§3	Das unionsrechtliche Rechtsfolgensystem .....	85
I.	<i>Unionsrechtliche Rechtsfolgenregelungen zwischen materiellrechtlichen Ansprüchen und prozessualen gerichtlichen Anordnungen</i> .....	87
	1. Gerichtliche „Anordnungen“ als prozessuale Instrumente .....	87
	a) Rechtsfolgenregelungen im europäischen Recht des Geistigen Eigentums und im europäischen Lauterkeitsrecht ...	87
	b) Rechtsnatur gerichtlicher Anordnungen .....	91
	2. Rechtsfolgenregelungen als materielle „Ansprüche“ (mit prozessualem Einschlag) .....	97
	3. Zwischenfazit .....	99
II.	<i>Trennung von Rechten und Rechtsfolgen</i> .....	100
	1. Recht des Geistigen Eigentums .....	100
	2. Europäisches Vertragsrecht .....	103
	3. Weitere Beispiele .....	105
III.	<i>Flexibilität bei der Rechtsdurchsetzung</i> .....	105
	1. Differenzierte Betrachtung der Rechtsfolge Unterlassen .....	107

2. Differenzierte Betrachtung des Naturalerfüllungsanspruchs . . . . .	111
3. Rechtsfolge Schadensersatz . . . . .	113
IV. <i>Fazit</i> . . . . .	113
§4 Völkerrechtliche Rechtsfolgensysteme . . . . .	116
I. <i>Strukturen von Rechtsfolgen in völkerrechtlichen Verträgen</i> . . . . .	116
II. <i>Trennung von Rechten und Rechtsfolgen</i> . . . . .	118
III. <i>Ermessen und differenzierte Rechtsdurchsetzung</i> . . . . .	119
IV. <i>Fazit</i> . . . . .	121
§5 Das deutsche Privatrecht als Rechtsbehelfssystem . . . . .	122
I. <i>Modifiziertes Rechtsbehelfssystem</i> <i>als Synthese verschiedener Rechtsfolgensysteme</i> . . . . .	123
1. Überholtes „Aktionenrechtliches Modell“ . . . . .	125
2. Systematisierungsdefizite im Anspruchs- und im „remedy-System“ .	128
3. Weitere Einwände gegen ein „reines“ Rechtsbehelfsmodell . . . . .	130
4. Gründe für eine Interpretation des Anspruchssystems als Rechtsbehelfssystem . . . . .	134
a) Harmonisierungsargument . . . . .	134
b) Eröffnung übergreifender Funktions- und Strukturanalysen . . .	143
c) Transparenz bei der Rechtfertigung von Rechtsfolgen . . . . .	146
d) Differenzierungsmöglichkeiten . . . . .	150
5. Ergebnis . . . . .	155
II. <i>Anspruch als materiellrechtliches Rechtsfolgenrecht</i> . . . . .	155
1. Ansätze zur Trennung von Forderung und Anspruch . . . . .	156
2. Anspruch als die erste Stufe der Rechtsdurchsetzung . . . . .	165
3. Anspruch als materielles Recht . . . . .	171
4. Ergebnis . . . . .	173
III. <i>Stammrechte als Anknüpfungspunkte für Rechtsfolgenrechte</i> . . . .	173
1. Doppelfunktion des Begriffs „subjektives Recht“ . . . . .	175
2. Ausschließlichkeitsrechte . . . . .	182
a) Unterscheidung zwischen Schutzbereich und Rechtsdurchsetzung . . . . .	182
b) Analytische Vorteile . . . . .	185
3. Vertragliche Schuldverhältnisse . . . . .	188
a) Erfüllungsanspruch als Rechtsbehelf . . . . .	189
b) Analytische Erleichterungen . . . . .	192
4. Gesetzliche Schuldverhältnisse . . . . .	196

a)	Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	196
b)	§ 823 I BGB . . . . .	197
c)	Leistungs- und Eingriffskondiktion . . . . .	198
5.	Gesetzliche Verhaltenspflichten . . . . .	200
a)	Schutz rechtlich geschützter Interessen in Abgrenzung zum Schutz subjektiver Rechte . . . . .	200
b)	Kategoriale Unterscheidung zwischen Rechtsposition und Rechtsdurchsetzung bei gesetzlichen Verboten . . . . .	203
c)	Stammrechte und Rechtsfolgenrechte . . . . .	206
6.	Ergebnis . . . . .	210
IV.	<i>Rechtsfolgendifferenzierung de lege lata</i> . . . . .	211
1.	Rechtsfolgendifferenzierung im Vertragsrecht . . . . .	213
a)	Vertraglicher Erfüllungsanspruch . . . . .	213
b)	Sekundäre Rechte (Schadensersatz, Gewinnherausgabe, Bereicherungsherausgabe) . . . . .	218
c)	„Klagbarkeit“ sonstiger vertraglicher Verhaltenspflichten . . . . .	219
2.	Rechtsfolgendifferenzierung bei Ausschließlichkeitsrechten . . . . .	223
a)	Ausschluss des Unterlassungsanspruchs . . . . .	223
b)	Schadensersatz, Gewinnherausgabe . . . . .	235
c)	Beseitigungs- und Vernichtungsansprüche . . . . .	236
3.	Rechtsfolgendifferenzierung bei der Durchsetzung von Mitbestimmungsrechten und Zuständigkeiten . . . . .	238
a)	Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats . . . . .	239
b)	Organklagen im Gesellschaftsrecht . . . . .	243
4.	Rechtsfolgendifferenzierung bei gesetzlichen Verhaltenspflichten . . . . .	243
a)	Lauterkeitsrechtliche Aufbrauchsfristen . . . . .	244
b)	Betriebsverfassungsrechtliche Pflichten . . . . .	246
5.	Ergebnis . . . . .	247
V.	<i>Fazit</i> . . . . .	248
§6	Ergebnis zum Ersten Teil . . . . .	250

*Zweiter Teil*  
Der Rechtsbehelf Unterlassen

§7	Bestandsaufnahme privatrechtlicher Unterlassungsansprüche	255
I.	<i>Überblick zum Meinungsstand zur Einteilung von Unterlassungsansprüchen</i> . . . . .	256
1.	Vertragliche und gesetzliche Unterlassungsansprüche . . . . .	256
2.	Weitere Untergliederung gesetzlicher Unterlassungsansprüche . . . . .	258
a)	Negatorische und quasi-negatorische Unterlassungsansprüche . . . . .	258
b)	Deliktischer Unterlassungsanspruch . . . . .	260
c)	Direkte und indirekte Unterlassungsansprüche . . . . .	260
d)	Vorbeugender Unterlassungsanspruch und Verletzungsunterlassungsanspruch . . . . .	261
e)	Dinglicher Unterlassungsanspruch . . . . .	262
3.	Weitere Untergliederung vertraglicher Unterlassungsansprüche . . . . .	262
4.	Gliederung nach Rechtsgebiet . . . . .	264
II.	<i>Leistungsunterlassungsansprüche</i> . . . . .	264
1.	Praktische Anwendungsfälle . . . . .	265
2.	Entstehungsvoraussetzungen . . . . .	267
a)	Vertragliche Vereinbarung . . . . .	267
b)	Keine rechtshindernden Einwendungen . . . . .	268
c)	Wirkungsmöglichkeit des Unterlassungsanspruchs . . . . .	268
d)	Begehungsgefahr . . . . .	269
e)	Verschulden . . . . .	270
f)	Zurechnung . . . . .	271
3.	Durchsetzung . . . . .	271
III.	<i>Unterlassungsansprüche infolge der Verletzung sonstiger vertraglicher Verhaltenspflichten</i> . . . . .	272
1.	Praktische Anwendungsfälle . . . . .	272
2.	Entstehungsvoraussetzungen . . . . .	274
a)	Verhaltenspflicht . . . . .	274
b)	Begehungsgefahr . . . . .	275
c)	Verschulden . . . . .	275
d)	Abmahnung . . . . .	276
e)	Subsidiarität des Unterlassungsanspruchs . . . . .	276
3.	Klagbarkeit . . . . .	276
4.	Abgrenzungsprobleme . . . . .	277

IV.	<i>Unterlassungsansprüche als Folge der Verletzung absoluter Rechte</i> .....	278
1.	Praktische Anwendungsfälle .....	279
2.	Entstehungsvoraussetzungen .....	280
a)	Eingriff in den Schutzbereich .....	280
b)	Rechtswidrigkeit, Duldungspflichten, Schranken .....	281
c)	Begehungsgefahr .....	283
d)	Verschulden .....	283
e)	Passivlegitimation .....	283
3.	Durchsetzbarkeit .....	285
V.	<i>Unterlassungsansprüche als Folge der Verletzung gesetzlicher Verhaltenspflichten</i> .....	286
1.	Praktische Anwendungsfälle .....	286
2.	Entstehungsvoraussetzungen .....	287
a)	Verletzung einer tatbestandlichen Verhaltenspflicht .....	287
b)	Rechtswidrigkeit .....	288
c)	Begehungsgefahr .....	288
d)	Verschulden .....	289
e)	Subsidiarität .....	289
f)	Zusätzliche Voraussetzungen .....	289
g)	Passivlegitimation .....	289
VI.	<i>Unionsrechtliche Unterlassungsanordnungen im Immaterialgüterrecht</i> .....	290
1.	Rechtsverletzung .....	290
2.	Begehungsgefahr .....	291
3.	Verschulden .....	293
4.	Keine besonderen beziehungsweise guten Gründe gegen eine Unterlassungsanordnung .....	294
5.	Passivlegitimation .....	295
6.	Rechtsdurchsetzung .....	295
VII.	<i>Fazit</i> .....	296
§ 8	Die Rolle der Rechtsfolge Unterlassen im Rechtsfolgensystem .....	297
I.	<i>Übersicht über die wesentlichen privatrechtlichen Rechtsfolgen und Abgrenzungen zum Unterlassungsanspruch</i> .....	298
1.	Systematisierung von Rechtsfolgen .....	298
2.	Verhältnis der Rechtsfolge Unterlassen zu anderen Rechtsfolgen ...	300
a)	Unterlassungsanspruch und Naturalerfüllungsanspruch .....	300
b)	Unterlassungsanspruch und sonstige negatorische Ansprüche ..	301
c)	Unterlassungsanspruch und kompensatorische Ansprüche .....	302

II.	<i>Elementarschutz von Rechtszuweisungen als Funktion von Unterlassungsansprüchen</i> .....	303
1.	Unterlassungsansprüche als Rechtsverwirklichungsansprüche .....	304
2.	Unterlassungsansprüche als Wesensmerkmal von Ausschließlichkeitsrechten .....	308
3.	Unterlassungsansprüche als selbstverständliche vertragliche Primäransprüche .....	311
4.	Kritik .....	313
5.	Fazit .....	317
III.	<i>Ökonomische Analyse von Unterlassungsansprüchen</i> .....	318
1.	Unterlassungsanspruch als Mittel zur Stärkung der Verhandlungsposition .....	319
2.	Unterlassungsansprüche als Mittel zum Institutionenschutz .....	323
3.	Grenzen und Kritik .....	326
a)	Verwertbarkeit und Verwertungsbereitschaft .....	326
b)	Transaktionskosten .....	328
c)	Verhandlungsstörungen .....	329
4.	Alternativen .....	333
5.	Fazit .....	335
IV.	<i>Präventionsfunktion der Rechtsfolge Unterlassen</i> .....	336
1.	Unterlassung als Mittel zur Schadensvermeidung .....	337
2.	Die Grenzen der Präventionsfunktion .....	342
a)	Unterprävention .....	342
b)	Überprävention .....	345
3.	Alternative Präventionsinstrumente .....	353
4.	Fazit .....	356
V.	<i>Außergerichtliche Streitbeilegung insbesondere mittels strafbewehrter Unterlassungserklärung</i> .....	357
1.	Verfahrensrechtliche Funktionen der Unterlassungserklärung .....	357
2.	Grenzen und Kritik .....	359
3.	Ergebnis .....	360
VI.	<i>Fazit</i> .....	361

§9 Die Grundstruktur des privatrechtlichen Unterlassungsanspruchs . . . . .	363
I. <i>Das Verhältnis von Rechten und Pflichten</i> . . . . .	365
1. Pflichten ohne korrespondierende Rechte . . . . .	367
2. Rechte ohne Pflichten . . . . .	371
3. Vieldeutigkeit des Pflichtbegriffs . . . . .	372
a) Unterschiedliches Verständnis des Pflichtbegriffs . . . . .	373
b) Entstehungszeitpunkt von Pflichten . . . . .	377
4. Allgemeine Rechtsachtungspflichten und Stammrechte sowie konkrete Rechtspflichten und Rechtsfolgenrechte als Korrespondenzbegriffe . . . . .	383
II. <i>Keine Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Rechten</i> . . . . .	390
III. <i>Rechtsverwirklichung mittels der Rechtsfolge Unterlassen</i> . . . . .	393
1. Konkrete Unterlassungspflichten zur Durchsetzung von Ausschließlichkeitsrechten . . . . .	394
2. Konkrete Unterlassungspflichten aus negativen vertraglichen Vereinbarungen . . . . .	394
3. Konkrete Unterlassungspflichten zum Schutze sonstiger vertraglicher Rechte . . . . .	395
4. Konkrete Unterlassungspflichten zur Verwirklichung gesetzlicher Verbote . . . . .	397
5. Ergebnis . . . . .	398
IV. <i>Begehungsgefahr</i> . . . . .	398
1. Unbestimmtheit als Grunddilemma von Unterlassungsansprüchen . . . . .	400
2. Der Verletzungszeitpunkt als entscheidende Konkretisierung . . . . .	403
3. Erstbegehungs- und Wiederholungsgefahr als materielle Tatbestandsmerkmale . . . . .	409
V. <i>Zusätzliche Tatbestandsmerkmale</i> . . . . .	411
VI. <i>Aktivlegitimation</i> . . . . .	412
VII. <i>Passivlegitimation</i> . . . . .	412
VIII. <i>Fazit</i> . . . . .	418

§ 10 Die Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen . . . . .	420
I. <i>Die Struktur der Rechtsdurchsetzung</i> . . . . .	421
1. Der prozessuale Anspruch als Gegenstand gerichtlicher Titulierung	422
2. Der Unterlassungstitel als Gegenstand gerichtlicher Zwangsvollstreckung . . . . .	429
3. Kaskade mittels der „Kerntheorie“ erweiterter Unterlassungspflichten . . . . .	431
4. Fazit . . . . .	434
II. <i>Titulierung von Unterlassungsansprüchen</i> . . . . .	435
1. Möglichkeiten zur „Titulierung“ . . . . .	435
a) Titulierung im Hauptsacheverfahren . . . . .	436
b) Titulierung im einstweiligen Rechtsschutz . . . . .	436
c) Titulierung mittels Unterlassungsvertrag . . . . .	437
d) Weitere Titulierungsmöglichkeiten . . . . .	442
2. Verfahrensfragen . . . . .	442
3. Kostentragungspflicht der „Titulierung“ . . . . .	445
III. <i>Vollstreckung von Unterlassungstiteln</i> . . . . .	450
1. Gerichtliche und außergerichtliche Vollstreckung . . . . .	450
2. Änderungsmöglichkeiten . . . . .	452
IV. <i>Fazit</i> . . . . .	453
§ 11 Die Grenzen der Rechtsfolge Unterlassen . . . . .	454
I. <i>Die Wahl der Stellschrauben</i> . . . . .	455
1. Schutzbereichsbeschränkungen . . . . .	455
2. Die Stellschrauben zur Begrenzung der Rechtsfolge Unterlassen . . . . .	457
3. Auswahl der Begrenzungsstufe . . . . .	458
a) Begrenzungsintensität . . . . .	459
b) Begrenzungskompetenz . . . . .	460
4. Fazit . . . . .	461
II. <i>Rechtsfolgendifferenzierung als Rechtsprinzip</i> . . . . .	462
III. <i>Anwendungsfälle de lege lata und de lege ferenda</i> . . . . .	465
1. Genereller Ausschluss der Rechtsfolge Unterlassen (Beispiel: Schranke für kreatives Schaffen) . . . . .	465
2. Ausschluss der Rechtsfolge Unterlassen im Einzelfall mittels Interessenabwägungen . . . . .	467
a) Unterlassungsansprüche zur Verwirklichung vertraglicher Stammrechte (Beispiel: Verschuldensunabhängige Ablösegebühr) . . . . .	467

b) Unterlassungsansprüche zur Verwirklichung durch absolute Rechte vermittelte Stammrechte (Beispiel: Patente in komplexen Erzeugnissen) . . . . .	470
c) Unterlassungsansprüche zur Verwirklichung durch absolute Rechte vermittelte Stammrechte (Beispiel: Nachbarrecht) . . . . .	473
3. Verfahrensrechtliche Begrenzung (Beispiel: Lauterkeitsrechtliche Bagatellverstöße) . . . . .	474
IV. <i>Fazit</i> . . . . .	476
§ 12 Ergebnis zum Zweiten Teil . . . . .	477
Zusammenfassung der Kernaussagen in Thesen . . . . .	479
Literaturverzeichnis . . . . .	489
Sachverzeichnis . . . . .	531

## Abkürzungsverzeichnis

A. C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
All E. R.	All England Law Reports
Am. Econ. Rev.	The American Economic Review
App. Cas.	Appeal Cases
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebsberater
B. C. L. C.	Butterworths Company Law Cases
Beav.	Beavan's Rolls Court Reports
Berkeley Tech. L. J.	Berkeley Technology Law Journal
BfPMZ	Blätter für Patent-, Muster- und Zeichenschutz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Brandeis L. J.	Brandeis Law Journal
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Burr.	Burrow's King's Bench Reports tempore Mansfield
Bus. L. R.	The Business Law Reports
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Can. Bus. L. J.	Canadian Business Law Journal
Cardozo Art & Ent. L. J.	Cardozo Arts & Entertainment Law Journal
CDR	Community Design Regulation
Ch.	Chancery Division
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
C. L. J.	Cambridge Law Journal
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CR	Computer und Recht
CTMR	Community Trade Mark Regulation
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DB	Der Betrieb
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
E-Commerce-RL	Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (RL 2000/31/EG)
EGV	EG-Vertrag
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrecht

EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EPGÜ	Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht
E. R. P. L.	European Review of Private Law
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWHC	England & Wales High Court
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FS	Festschrift
F. S. R.	Fleet Street Reports
GBO	Grundbuchordnung
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
Geo L. J.	Georgetown Law Journal
GeschmMG	Geschmacksmustergesetz
GG	Grundgesetz
GGV	Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung
GMV	Gemeinschaftsmarkenverordnung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil
GRUR-Prax	Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Rechtsprechungs-Report
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
H. L. R.	Harvard Law Review
i. E.	im Ergebnis
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
Inc.	Incorporated
InfoSoc-RL	Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (RL 2001/29/EG)
InsO	Insolvenzordnung
I. P. J.	Intellectual Property Journal
JA	Juristische Arbeitsblätter
J. L. & Com.	Journal of Law and Commerce
J. L. & Econ.	The Journal of Law and Economics
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
Jura	Juristische Ausbildung
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

KG	Kammergericht
L. C.	Lord Chancellor
Lewis & Clark L. Rev.	Lewis & Clark Law Review
L. J.	Lord Justice of Appeal
L. L. C.	Limited Liability Company
L. M. C. L. Q.	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
Ltd.	Limited
L. Q. R.	Law Quarterly Review
McGill L. J.	McGill Law Journal
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Melb. U. L. Rev.	Melbourne University Law Review
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
MMR	Multimedia und Recht
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Neb. L. Rev.	Nebraska Law Review
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
O. J. L. S.	Oxford Journal of Legal Studies
Oregon L. Rev.	Oregon Law Review
O. U. C. L. J.	Oxford University Commonwealth Law Journal
PECL	Principles of European Contract Law
Plc	Public Limited Company
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
R. P. C.	Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases
RPfleger	Der deutsche Rechtspfleger
s. a.	siehe auch
s. a. o.	siehe auch oben
s. a. u.	siehe auch unten
Sask. L. Rev.	Saskatchewan Law Review
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
Sing. J. Legal Stud.	Singapore Journal of Legal Studies
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Syd. L. R.	Sydney Law Review
Syracuse L. Rev.	Syracuse Law Review

Tex. L. Rev.	Texas Law Review
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
Tul. Eur. & Civ. L. F.	Tulane European & Civil Law Forum
Tulane J. Tech. & Intell. Prop.	Tulane Journal of Technology and Intellectual Property
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
UGP-RL	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (RL 2005/29/EG)
U. K. S. C.	United Kingdom Supreme Court
UMV	Unionsmarken-VO
Urt.	Urteil
U. S.	United States Supreme Court Reports
U. S. C.	United States Code
U. W. A. L. R.	University of Western Australia Law Review
Val. U. L. Rev.	Valparaiso University Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VO	Verordnung
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
W. L. R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WZG	Warenzeichengesetz
Y. L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess

# Einleitung

## I. Problemstellung

Wer durch eine Sichtung der zahlreichen privatrechtlichen Unterlassungsansprüche *den* „privatrechtlichen Unterlassungsanspruch“ insgesamt einer kritischen Analyse zuführen möchte, setzt sich dem Einwand aus, Äpfel mit Birnen vergleichen zu wollen. Zu unterschiedlich erscheinen vertragliche und gesetzliche Unterlassungsansprüche, aber auch zum Beispiel der nachbarrechtliche, arbeitsrechtliche, kartellrechtliche oder patentrechtliche Unterlassungsanspruch. Eine isolierte Arbeit zu gesellschaftsrechtlichen, urheberrechtlichen, wettbewerbsrechtlichen oder „unselbständigen“ vertraglichen Unterlassungsansprüchen droht hingegen, sich in der Sonderdogmatik zu verlieren. Bildlich gesprochen: Auch die alleinige Betrachtung von Äpfeln beziehungsweise Birnen führt nicht weiter. Es fehlt der Blick für die übergeordneten Zusammenhänge. Einen Ausweg liefert freilich die Betrachtung von Obst – oder juristisch formuliert: Sämtliche Unterlassungsansprüche dienen als Rechtsbehelfe der Durchsetzung zugrundeliegender Rechte. Deren Rechtsnatur ist dafür zweitrangig. Diese Arbeit basiert auf der Prämisse, dass sich über das gesamte Privatrecht hinweg *Stammrechte* und *Rechtsfolgenrechte* zu deren Verwirklichung in Form von Ansprüchen unterscheiden lassen. Es handelt sich um kategorial unterschiedliche Rechte. Ansatz dieser Abhandlung ist es, das privatrechtliche Rechtsfolgensystem als Rechtsbehelfssystem zu interpretieren. Auf dieser Basis können Funktionen und Struktur des „Rechtsbehelfs Untertassen“ neu verstanden werden.

Der propagierte Perspektivenwechsel vom Anspruch zum zu verwirklichenden Recht hat zwei entscheidende Konsequenzen: Erstens macht er deutlich, dass Ansprüche dienende Funktionen haben. Sie werden nicht um ihrer selbst willen gewährt, sondern bewirken die Durchsetzung ihnen vorausliegender Rechte. Damit geht einher, dass derartige *Stammrechte* auf unterschiedliche Art und Weise verwirklicht werden können. Die unterschiedlichen „Rechtsbehelfe“ stehen gleichrangig nebeneinander. Ein hierarchisches Verhältnis besteht *a priori* nicht.<sup>1</sup> Ob Erfüllung, Schadensersatz, Gewinn- beziehungs-

---

<sup>1</sup> *Picker*, AcP 176 (1976), 28, 40, will hingegen der negatorischen Haftung „logisch wie praktisch“ den Vorrang einräumen; *ders.*, Festschrift Lange, S. 625, 685; *ders.*, Festschrift

weise Bereicherungsherausgabe, Entschädigung, Unterlassen etc. gewährt wird, also die Frage nach der „richtigen“ Rechtsfolge, unterliegt einer differenzierten Betrachtung. Es kommt darauf an, ob die spezifische Funktion der einschlägigen Rechtsfolge zur Rechtsverwirklichung taugt. Eine Rolle spielt auch, inwieweit alternative Rechtsfolgen diese Aufgabe gleichwertig oder gar besser übernehmen können. Kurzum, ein Verständnis des Rechtsfolgensystems als Rechtsbehelfsmodell schärft das Bewusstsein dafür, dass ein *Stammrecht* auf unterschiedliche Art und Weise verwirklicht werden kann. Es gibt unterschiedliche Rechtsfolgen, die unterschiedlichen Zwecken dienen. Es soll nachgewiesen werden, dass es durchaus systemimmanent ist, dass selbst Ausschließlichkeitsrechte unter bestimmten Umständen ohne die Zuerkennung eines Unterlassungsanspruchs verwirklicht werden können. Auf diese Weise liefert die übergeordnete Betrachtung beispielsweise eine systemkonforme Lösung der patentrechtlichen Debatte um Trivialpatente in komplexen Erzeugnissen. Deutlich wird aber etwa auch, dass die Eingriffskondition – anders als die Leistungskondition – der Natur nach ein „Rechtsbehelf“ ist. Aus diesem Blickwinkel leuchtet es weniger ein, warum die Rechtsprechung im Vertragsrecht keine vergleichbare Rechtsfolge gewährt.<sup>2</sup>

Zweitens erlaubt die hier eingenommene Perspektive, die dogmatische Ausgestaltung des Unterlassungsanspruchs sowie seine prozessuale Durchsetzung privatrechtsübergreifend zu analysieren. Folgt aus dem „Sachrecht“, dass ein Recht durch die Rechtsfolge Unterlassen verwirklicht wird, ist es für die Durchsetzung dieser Rechtsfolge über den Unterlassungsanspruch sowie dessen prozessuale Geltendmachung irrelevant, ob der Anspruch der Durchsetzung eines vertraglichen Rechts, einer gesetzlichen Verhaltenspflicht oder eines Ausschließlichkeitsrechts dient. Die Frage, ob beispielsweise die Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr Entstehungsvoraussetzung für den vertraglichen Unterlassungsanspruch ist, lässt sich damit im Sinne der Lösung für gesetzliche Unterlassungsansprüche mit ‚Ja‘ beantworten. Auf Sonderlösungen im Prozessrecht, zum Beispiel über das Rechtsschutzbedürfnis, kann verzichtet werden. Die „Störerhaftung“ erweist sich als Frage der Reichweite aus *Stammrechten* entspringender Pflichten, nicht als immaterialgüterrechtliche Eigenentwicklung. Verallgemeinert bedeutet dies, dass sich die mitunter zu beobachtende Sonderdogmatik „spezieller Unterlassungsansprüche“ an der allgemeinen Struktur des einheitlich ausgestalteten privatrechtlichen Unterlassungsanspruchs zu messen hat.<sup>3</sup> Zugleich hat dies den Vorteil, dass

Schilken, S. 85, 93 („strenge Hierarchie“); im hier vertretenen Sinne für das Vertragsrecht PWW/Schmidt-Kessel/Kramme, § 241 Rn. 20; PWW/Schmidt-Kessel, Vor §§ 275 ff. Rn. 10; § 275 Rn. 1.

<sup>2</sup> BGH NJW 2013, 781 Rn. 22 ff.; aber Picker, AcP 183 (1983), 369, 512 mit Fn. 351; dazu u. § 5 III 4 c).

<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang kritisiert Wagner, Festschrift Medicus, S. 589, 598 f., tref-

die einheitliche Struktur des Anspruchs wie auch seiner prozessualen Durchsetzung die Stellschrauben freilegt, mit denen die Rechtsfolge Unterlassen begrenzt werden kann. Die im Rahmen einer Funktionsanalyse der Unterlassungshaftung gewonnenen Erkenntnisse, wann Unterlassen nicht die passende Form der Rechtsverwirklichung ist, lassen sich dogmatisch an verschiedenen Stellen mit unterschiedlicher Wirkung umsetzen. So kann beispielsweise die Rechtsfolge Unterlassen von Anfang an durch die Gewährung einer Entschädigungszahlung substituiert werden, der Anspruch auf Basis einer Interessenabwägung im Einzelfall ausgeschlossen sein<sup>4</sup> oder seine Durchsetzbarkeit durch ungünstige Kostenregelungen faktisch erschwert werden.

Der hier gewählte Ansatz der kategorialen Trennung von *Stammrechten* und *Rechtsfolgenrechten* ist vom anglo-amerikanischen „remedy-System“ inspiriert.<sup>5</sup> Die Arbeit ist nicht nur dadurch angeregt, dass danach sowohl Rechte (*substantive rights*) bewusst durch speziell ausgewählte Rechtsfolgen durchgesetzt werden als auch derartige *remedies* einheitlich ausgestaltet sind, sondern ferner dadurch, dass dort – wohl deshalb – eigene Lehrbücher zu *remedies* existieren<sup>6</sup> und sich ganze Vorlesungen ausschließlich mit den Konsequenzen einer Rechtsverletzung befassen.<sup>7</sup> Da also im anglo-amerikanischen Rechtskreis Rechtsfolgen eine besondere Aufmerksamkeit erfahren und diese privatrechtsübergreifend analysiert werden, lohnt sich ein genauere Blick auf dieses System. Der Rechtsvergleich mit dem anglo-amerikanischen Rechtskreis dient vor allem dazu, das Verständnis des deutschen Anspruchssystems zu schärfen und potenzielle Defizite durch die Gegenüberstellung des

---

fend, dass „es verwundern [muss], dass die aktuelle Literatur zu § 1004 BGB von der Entwicklung in den Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes und des Wettbewerbsrechts praktisch keinerlei Kenntnis nimmt.“ Er spricht sich für eine einheitliche Dogmatik aus; s. a. *Ahrens*, Festschrift Canaris, S. 3, 5; *Leistner*, GRUR 2006, 801, 808; *Grosch*, S. 102 (Fn. 420); mit Blick auf das Prozessrecht *Ahrens*, *Liber amicorum Lindacher*, S. 1 f.

<sup>4</sup> Bisweilen ist – rechtsvergleichend motiviert – von *Ermessen* die Rede. Dem wird in der Arbeit entgegengetreten und insbesondere mit Blick auf unionsrechtliche „Kann-Regelungen“ der Begriff *Interessenabwägung* vorgezogen.

<sup>5</sup> Der anglo-amerikanische Rechtskreis kann gemeinsam betrachtet werden, vgl. *Jacob*, 23 I. P. J. (2011), 159, 163: “It is still true that you could take a seasoned advocate from one jurisdiction and put him or her in another. A Canadian trial lawyer could easily appear in London, Sydney, Delhi, Hong Kong, Dublin, or Cape Town. All that would be needed is a little knowledge of local rules – the big rules are basically the same.”

<sup>6</sup> Zum Beispiel *Burrows*, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3. Aufl., 2009 für England; *Dobbs*, *Law of Remedies*, 2. Aufl., 1993 für die USA; *Berryman*, *The Law of Equitable Remedies*, 2. Aufl., 2013 für Kanada; *Covell/Lupton*, *Principles of Remedies*, 5. Aufl., 2012 für Australien; *Blanchard*, *Civil Remedies in New Zealand*, 2. Aufl., 2011; es gibt gar Rufe nach einem *Civil Remedies Code*, *Hammond*, S. 87, 107.

<sup>7</sup> Vgl. nur die Vorlesung *Commercial Remedies* an der University of Oxford, <https://www.law.ox.ac.uk/admissions/options#> (zuletzt besucht am 11.03.2017); vgl. auch *Berryman*, 9 O. U. C. L. J. (2010), 123.

„remedy-Systems“ klarer herauszuarbeiten. Die Beschränkung auf eine „Spiegelrechtsordnung“ ist daher berechtigt.

Anstöße liefert aber auch das Unionsrecht. Statt in Ansprüchen wird auch dort vielfach in „Rechten“ und „Rechtsbehelfen“ gedacht. Speziell vor dem Hintergrund der Herausbildung „unionsrechtlicher Unterlassungsanordnungen“ soll die Abkehr vom „Denken in Ansprüchen“ die Anschlussfähigkeit des deutschen Anspruchssystems an die europäische Rechtsentwicklung sicherstellen.<sup>8</sup> Hauptanliegen der Arbeit ist es, das Verständnis des Rechtsfolgensystems insgesamt zu schärfen. Die vorliegende Schrift will dazu anregen, das „Recht der Rechtsfolgen“ als eigenständigen Regelungs- und Forschungskomplex zu verstehen. Auf diese Weise soll allen voran die Unterlassungshaftung in neuem Licht erscheinen.

## II. Gang der Darstellung und Grundbegriffe

In dieser Arbeit wird die *Rechtsfolge Unterlassen*<sup>9</sup> aus den unterschiedlichsten Perspektiven beleuchtet. Im Mittelpunkt stehen vier Fragen: Erstens interessiert, ob beziehungsweise wann diese Rechtsfolge das adäquate Mittel der Rechtsverwirklichung ist (Funktion des Unterlassungsanspruchs), zweitens, wie es um die Struktur dieser Rechtsfolge bestellt ist (Anatomie des Unter-

<sup>8</sup> Zu Problemen bei der Umsetzung unionsrechtlicher „Anordnungen“ mittels der Störerhaftung vgl. *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2013, 986, 990 („Wieder einmal zeigt sich, dass eine Umsetzung von Richtlinien in ausgetretenen nationalen Pfaden, die mit der Richtlinie nicht identisch sind, den Blick verstellen kann.“); zur Aufgabe der Anschlussfähigkeit nationalen Rechts an die internationale Entwicklung auch *Dreier*, S. 6; dazu auch die Arbeit von *Ebers* (Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht), die in dieser Arbeit nicht mehr berücksichtigt werden konnte.

<sup>9</sup> Unter *Unterlassen* wird die Nichtvornahme einer bestimmten Handlung einschließlich des Duldens fremden Handelns oder eines Zustands verstanden (*Köhler*, AcP 190 (1990), 496, 499; *Fritzsche*, S. 14). *Ritter*, S. 17 ff., ergänzt, dass das „Nichtstun“ der Willensbeherrschung unterliegen können muss. Wenn von der *Rechtsfolge Unterlassen* die Rede ist, wird zum Ausdruck gebracht, dass die Rechtsordnung aufgrund eines bestimmten Tatbestandes einen Dritten eben dazu anhält, eine bestimmte Handlung nicht vorzunehmen (zum Begriff *Rechtsfolge Dreier*, S. 13 mit Fn. 21). Die Begriffe *Unterlassen* und *Unterlassung* werden hier synonym verwendet, vgl. *Teplitzky/Schaub*, 1. Kap. Rn. 1; kritisch aus „sprachästhetischen“ Gründen *Neumann-Duesberg*, JZ 1955, 480 und *Ritter*, S. 23 (*Unterlassen* soll das jeweilige Verhalten, *Unterlassung* den zu erzielenden Erfolg bezeichnen); s. a. die unterschiedlichen Formulierungen im BGB in §§ 12 S. 2, 862 I S. 2, 1004 I S. 2 sowie §§ 194 I, 199 V, 241 I S. 2.

Zum „Wesen der Unterlassungspflicht“ *H. Lehmann*, S. 17 ff.; *Fritzsche*, S. 7 ff.; *Husserl*, Festschrift für Pappenheim, S. 86 ff.; aus rechtstheoretischer Sicht zur Abgrenzung zwischen *Tun* und *Unterlassen* grundlegend *Rödig*, Rechtslehre 1972, 1, 5 ff.; tatsächlich kann jedes *Tun* auch als *Unterlassen* beschrieben werden, vgl. bereits *H. Lehmann*, S. 7; *Siber*, Rechtszwang, S. 86; namentlich für die Zwangsvollstreckung ist die Unterscheidung wegen unterschiedlicher Vollstreckungsvorschriften (§§ 887 f. ZPO versus § 890 ZPO) rechtspraktisch aber vorzunehmen, *Köhler*, AcP 190 (1990), 496, 499 f.; s. a. *Bacher*, S. 6 ff.; *Brehm*, ZJP 89 (1976), 178, 180 ff.

lassungsanspruchs), drittens, wie sie gerichtlich und außergerichtlich geltend gemacht werden kann (Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs) und viertens, auf welche Weise Begrenzungen der Rechtsfolge Unterlassen dogmatisch umgesetzt werden (Rechtsverwirklichung ohne Unterlassungsanspruch). Ehe im Zweiten Teil der Arbeit Antworten auf die eben aufgeworfenen Fragen gefunden werden können, muss allerdings geklärt werden, ob Rechtsfolgen überhaupt privatrechtsübergreifend als solche eigenständig untersucht werden können. Vorausgelagert ist damit die Systemfrage. Dieser ist der Erste Teil der Arbeit gewidmet. In übergeordneter Perspektive wird der Unterlassungsanspruch dabei als *Rechtsbehelf* wahrgenommen. Dahinter steht der Gedanke, dass scharf zwischen zwei Arten von eigenständigen Rechten zu differenzieren ist: *primären Rechten*,<sup>10</sup> *Substanz*-<sup>11</sup> oder *Stammrechten*<sup>12</sup> einerseits und *Rechtsfolgenrechten* beziehungsweise *Ansprüchen* andererseits. Die Aufgabe ersterer ist es, den Inhalt einer Rechtszuweisung festzulegen beziehungsweise den Umfang einer Rechtsposition zu definieren. § 903 BGB umschreibt den Schutzzumfang des Eigentums wie §§ 15 ff. UrhG den Schutzbereich des Urheberrechts regeln oder das vertragliche Forderungsrecht bestimmt, welches Recht der Gläubiger gegenüber dem Schuldner hat. Diese *Stammrechte* werden durch *Ansprüche* beziehungsweise synonym – um deren eigenständigen Rechtscharakter sprachlich zum Ausdruck zu bringen – *Rechtsfolgenrechte* zur Geltung gebracht.<sup>13</sup> Hierbei handelt es sich um dienende oder sekundäre Rechte, die allerdings eine von den *Stammrechten* zu trennende eigene Katego-

<sup>10</sup> Raiser, JZ 1961, 465, 466, spricht von primären Rechten als „die Rechtsordnung strukturierenden Rechten“; ähnlich Sonnenberg, S. 7; Esser, § 211, S. 931; H. Lehmann, S. 68 („primäre Normen“; „primäre Rechtsbefehle“); auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis werden *primary rights* betont, Zakrzewski, S. 13 ff., 103 ff., 121 ff., 153 ff.; bereits Austin, S. 788; die Rede ist ferner von *substantive rights*, Zakrzewski, S. 13; diese sind von den *secondary rights*, *remedial rights* oder *sanctioning rights* abzugrenzen; genauer u. § 1 I.

<sup>11</sup> Picker, Festschrift Lange, S. 625, 680; ders., Festschrift Bydlinki, S. 269, 275, 313; ders., Festschrift Canaris, S. 1001, 1017, 1028 f.; ders., JZ 2010, 541, 546; ders., Prävention, S. 61, 84; ders., JZ 2014, 431, 439; Bruns, Festschrift Nipperdey, S. 5 mit Fn. 14; ders., JuS 1971, 221, 224 (Fn. 31, 37); ders., Zivilprozessrecht, Rn. 139a; Meesmann, S. 115; Katzenstein, S. 142; Hoffmann, S. 40; man könnte auch von *Zuweisungsrechten* sprechen. Dies mag aber zum Fehlschluss verleiten, dass dem *Recht* Zuweisungsgehalt im Sinne von § 812 I S. 1, 2. Alt. BGB zukommt, was aber mit einer Rechtszuweisung im hier verstandenen Sinne gerade nicht zwingend verbunden ist. Wilhelm, Rn. 66, spricht anstelle von Substanzrechten von *Zuordnungspositionen*. Gebraucht wird auch der Begriff der (rechtlich geschützten) *Rechtsposition*, vgl. Rimmelpacher, §§ 6 ff.; Hoffmann, S. 40; Grosch, S. 36.

<sup>12</sup> Wolf/Neuner, § 20 Rn. 50; Riehm, S. 406; Medicus/Petersen, BR, § 19 Rn. 445; Köhler, JZ 2005, 489, 496; dieser Begriff wird auch mit Blick auf Dauerschuldverhältnisse verwendet, vgl. nur MünchKomm/Grothe, § 194 Rn. 3; vgl. bereits v. Gierke, Privatrecht, Dritter Band, § 207, S. 802 (Fn. 43); Althammer, ZZP 123 (2010), 163, 180, spricht von „Stammposition“. Im Folgenden wird von *Stammrechten* gesprochen.

<sup>13</sup> In Anlehnung an Savigny, § 204, S. 2, könnte man auch von *Verteidigungsrechten* sprechen, s. a. Picker, Festschrift Flume, S. 649, 672; ders., Festschrift Lange, S. 625, 680; ders., Festschrift Medicus, S. 311, 312, 317; Katzenstein, S. 143.