

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

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)	Begehungsfahr	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)	Begehungsfahr	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 Funktion 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.¹ Ob Erfüllung, Schadensersatz, Gewinn- beziehungs-

¹ *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.²

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.³ 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.

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

³ 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 sein⁴ 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.⁵ 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* existieren⁶ und sich ganze Vorlesungen ausschließlich mit den Konsequenzen einer Rechtsverletzung befassen.⁷ 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.

⁴ 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.

⁵ 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.”

⁶ 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.

⁷ 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.⁸ 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*⁹ 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-

⁸ 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.

⁹ 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*,¹⁰ *Substanz*-¹¹ oder *Stammrechten*¹² 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.¹³ Hierbei handelt es sich um dienende oder sekundäre Rechte, die allerdings eine von den *Stammrechten* zu trennende eigene Katego-

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ 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.

rie selbständiger Rechte bilden. Damit der Gläubiger ein *Stammrecht* durchsetzen kann, muss die begehrte Rechtsfolge über eine Anspruchsgrundlage zusätzlich zur Regelung der Existenz des Rechts angeordnet sein. Im Recht des Geistigen Eigentums ist diese Zweierstruktur besonders deutlich ausgeprägt (vgl. § 139 PatG i. V. m. §§ 9, 10 PatG oder § 97 UrhG i. V. m. §§ 15 ff. UrhG). Aber auch das vertragliche Forderungsrecht ist vom Naturalerfüllungsanspruch kategorial zu unterscheiden. Dass das Forderungsrecht mittels des *Rechtsfolgenrechts* „Erfüllung in Natur“ durchgesetzt wird, folgt nach hier vertretener Ansicht aus dem *Stammrecht* selbst gerade noch nicht.¹⁴ Auch bei gesetzlichen Verhaltensanordnungen lassen sich *Stammrechte* und *Rechtsfolgenrechte* identifizieren (z. B. das *Recht* des Verbrauchers, nicht irregeführt zu werden gemäß §§ 3, 5 UWG, das freilich nicht durch ihn selbst durchgesetzt wird, § 8 I, III UWG). Auch hier wird über das *Stammrecht* der Umfang des Verbots beziehungsweise die Reichweite der Rechtsposition definiert, während die Rechtsdurchsetzung (*wie, durch wen, unter welchen Voraussetzungen, wie lange?*) eigenständigen Bestimmungen vorbehalten ist.¹⁵ Dieses System wird in Anlehnung an das anglo-amerikanische „*remedy-System*“ als *Rechtsbehelfs-system* bezeichnet. Der Begriff *Rechtsbehelf* ist zwar nicht ganz glücklich, erinnert er doch an die Rechtsbehelfe der Zivilprozessordnung.¹⁶ Damit haben die hier interessierenden *Rechtsbehelfe* als Teil des materiellen Rechts nichts

Picker (Festschrift Lange, S. 625, 680, 688; Festschrift Bydlinski, S. 269, 275, 313; Festschrift Canaris, S. 1001, 1017, 1028f.; JZ 2010, 541, 546; Prävention, S. 61, 84; JZ 2014, 431, 439) spricht meist aber von *Schutzrechten*, die er den *Substanzrechten* gegenüberstellt. So auch dem folgend *Hoffmann*, S. 35 ff.; *F. Hartmann*, S. 22, 89, 107; *Katzenstein*, S. 142; vgl. auch *Wilhelm*, Rn. 66; *Henckel*, AcP 174 (1974), 97, 138, schreibt auch vom „Schutzanspruch“.

Gmür befasst sich in seinem Werk *Rechtswirkungsdanken* mit Rechtswirkungen. Als Rechtswirkungssätze sieht er solche Rechtssätze, „die eine Rechtswirkung vorsehen, d. h. zum Ausdruck bringen, dass unter gewissen Voraussetzungen ein Rechtsgebilde – sei es eine Rechtsperson, ein Recht, eine Rechtsposition, ein Rechtsverhältnis, eine rechtliche Eigenschaft, ein Rechtsgeschäft oder ein anderer Rechtsakt, ein Rechtsobjekt, ein rechtlicher Zustand oder ein rechtlich bedeutsamer Zeitablauf – entsteht, erlangt wird, sich verändert oder beendet wird“ (S. 36). Anspruchssätze will er als imperative Rechtssätze grundsätzlich nicht zu den Rechtswirkungssätzen zählen (S. 38). Er spricht daher bewusst nicht von „Rechtsfolgensätzen“ (S. 41).

¹⁴ Ausführlich u. § 5 III 3 und s. a. § 5 II 1.

¹⁵ Es wird sich zeigen, dass der Begriff des *subjektiven Rechts*, der sowohl Rechtszuweisung als auch Rechtsdurchsetzung umfassen soll, nicht weiterführt. Auf der ersten Stufe der *Stammrechte* ist es daher gleich, ob es sich um ein *subjektives Recht* im herkömmlichen Sinne handelt oder „nur“ ein „rechtlich geschütztes Interesse“ vorliegt. Auch hierbei handelt es sich um eine „Rechtsposition“ und damit in letzter Konsequenz um ein *Recht*; *Peukert*, Güterzuordnung, S. 61 f., verwendet den Begriff Rechtsposition auf noch abstrakterer Stufe als den Begriff des subjektiven Rechts; ausführlich u. § 5 III 1.

¹⁶ Der Begriff Rechtsbehelf dient dort als Oberbegriff für die verschiedenen Mittel, die zur Anfechtung gerichtlicher Entscheidungen zur Verfügung stehen, *Musielak/Voit*, Rn. 896; vgl. auch *Zöller/Herget*, § 338 Rn. 1; *Zöller/Heßler*, Vor § 511 Rn. 4.

gemein. Der Begriff *Rechtsbehelf* hat sich aber bereits eingebürgert.¹⁷ Daher wird er hier als Oberbegriff zur Umschreibung von in Ansprüche gekleidete *Rechtsfolgenrechte* verwendet, die von den vorausliegenden *Stammrechten* zu trennen sind.¹⁸

III. Forschungsstand

Die Literatur zu (Spezial-)Problemen des Unterlassungsanspruchs ist nicht übersehbar.¹⁹ Eine privatrechtsübergreifende Analyse sämtlicher Unterlassungsansprüche ist weniger oft anzutreffen, wenn auch hier eine umfangreiche Liste einschlägiger Schriften mühelos angefertigt werden kann. Meist erfolgt eine übergreifende Betrachtung, um Einzelproblemen wie beispielsweise der Frage nach dem Störer,²⁰ der Abmahnung,²¹ der Begehungsgefahr²² oder der

¹⁷ So etwa in den offiziellen Übersetzungen zum UN-Kaufrecht (CISG) oder in unionsrechtlichen Vorschriften, z. B. RL 2004/113/EG Kapitel II; Art. 3 RL 2004/48/EG (Enforcement-RL); vgl. auch Teil III Abschnitt 2 TRIPS-Abkommen; *Neufang*, S. 253; *Riehm*, S. 241; *Dreier*, S. 11; *Dedek*, 56 McGill L. J. (2010), 77, 81, 91 (Fn. 56); vgl. *Rimmelspacher*, §§ 10 ff.; *Bruns*, JuS 1971, 221, 224 (Fn. 31 und Fn. 37); *Meesmann*, S. 103 ff.; *Ost*, S. 130 und S. 131 (Fn. 38); *Wagner*, Festschrift Medicus, S. 589, 609; *Koziol*, Festschrift Canaris, S. 631; *Henckel*, AcP 174 (1974), 97, 102; *Walz*, GRUR Int. 2013, 718 ff.; zum neuen Schuldrecht PWW/*Schmidt-Kessel*, Vor §§ 275 Rn. 3, 5; im Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht war von „Abhilfen“ die Rede (vgl. Teil IV); Art. 102 der Unionsmarkenverordnung spricht von „Sanktionen“.

¹⁸ Der Charakter als Oberbegriff zeigt sich bei der prozessualen Durchsetzung der „Rechtsfolge Unterlassen“. Selbst wenn ein Unterlassungsanspruch besteht, kann dessen verfahrensrechtliche Durchsetzung begrenzt sein. Man kann dann sagen, dass der Rechtsbehelf begrenzt ist, obwohl ein Unterlassungsanspruch besteht; dazu u. §§ 10, 11.

¹⁹ Die Arbeit hat nicht zum Ziel, sämtliche Einzelprobleme zur „Unterlassungshaftung“ aufzuarbeiten. Zweck dieser Schrift ist es, die Grundstrukturen der „Unterlassungshaftung“ herauszuarbeiten. Es ist hier daher auch nicht beabsichtigt, *sämtliche* Schriften rund um Unterlassungsansprüche auszuwerten, zumal dies illusorisch wäre. Nur soweit Arbeiten grundsätzlich zur Frage der Rechtsfolge Unterlassen Stellung nehmen, werden diese hier berücksichtigt. Für Nachweise zu Einzelproblemen sei hier stellvertretend auf *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch- und Unterlassungsklage, sowie die einschlägigen Kommentierungen verwiesen. Hinzu kommen Schriften zum einstweiligen Rechtsschutz. Dieser bleibt hier ausgeklammert. Zu *preliminary injunctions v. Martels* (noch unveröffentlicht). Nicht beachtet werden konnte die Schrift von *Ulrici*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsrechtsverhältnis (noch unveröffentlicht), dazu *Ulrici*, AcP 216 (2016), 383.

²⁰ Freilich ist selbst in Monographien oft eine Beschränkung beispielsweise auf das Recht des Geistigen Eigentums inkl. Wettbewerbsrecht oder den Störer aus § 1004 BGB anzutreffen, vgl. *Schapiro*, Unterlassungsansprüche gegen die Betreiber von Internet-Auktionshäusern und Internet-Meinungsforen. Zugleich ein Beitrag zugunsten einer Aufgabe der Störerhaftung im Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrecht, 2011; *Herrmann*, Der Störer nach § 1004 BGB. Zugleich eine Untersuchung zu den Verpflichteten der §§ 907, 908 BGB, 1987.

²¹ *Nosch*, Die Abmahnung im Zivilrecht: Eine ganzheitliche Betrachtung inkl. Schutzrechtsverwarnung, 2012.

²² *Bacher*, Die Beeinträchtigungsgefahr als Voraussetzung für Unterlassungsklagen im Wettbewerbsrecht und in anderen Gebieten des Zivilrechts, 1996.

Rechtskraft nachzugehen.²³ Allerdings gibt es auch mehrere übergreifende Werke allgemeinerer Natur von Gewicht. Allen voran ist die Habilitationsschrift von *Fritzsche* zu nennen.²⁴ Er arbeitet eine Vielzahl von Einzelproblemen zum Unterlassungsanspruch auf, wobei er stets privatrechtsübergreifend vorgeht. Eine Verbindung vertraglicher und gesetzlicher Unterlassungsansprüche nimmt er jedoch nicht vor. *Fritzsche* ordnet die Rechtsfolge Unterlassen auch nicht vertiefend in das privatrechtliche Rechtsfolgensystem ein.²⁵ Kurzum, eine allgemeine Theorie der Unterlassungshaftung findet sich nicht. Wissenschaftlichen Anspruch haben die Handbücher zum wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch je von *Ahrens*²⁶ und *Teplitzky*.²⁷ Deren Ausführungen liefern fraglos Einsichten über den unmittelbar behandelten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch hinaus.

Anders als im anglo-amerikanischen Rechtskreis, wo – wie schon angesprochen – eigene Lehrbücher zu *remedies* existieren,²⁸ sich ganze Vorlesungen ausschließlich mit den Konsequenzen einer Rechtsverletzung befassen²⁹ und Rechtsfolgen als solche wissenschaftlicher Betrachtung zugeführt werden,³⁰ krankt es in Deutschland vor allem aber an einer kohärenten Wahrnehmung der unterschiedlichen Rechtsfolgen.³¹ Entsprechend erscheint der Unterlassungsanspruch bei einem Eingriff in eine fremde Rechtssphäre beziehungs-

²³ *Grosch*, Rechtswandel und Rechtskraft bei Unterlassungsurteilen. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Zeit und Recht sowie eine Kritik der Dogmatik vom materiellen Unterlassungsanspruch, 2002; s. a. *Oppermann*, Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozess, 1993.

²⁴ *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000. Zu nennen ist insbesondere auch die österreichische Monographie von *E. Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht. Zugleich eine Untersuchung des Beseitigungsanspruchs, 2006. Übergreifende Grundlagenarbeiten sind dennoch weiterhin meist älteren Datums, z. B. *H. Lehmann*, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906. Dieser Befund, den bereits *Fritzsche* aufgestellt hat (S. 1 f.), besitzt nach wie vor Gültigkeit.

²⁵ Dazu aber *Dreier*, Kompensation und Prävention. Rechtsfolgen unerlaubter Handlungen im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2002.

²⁶ Der Wettbewerbsprozess. Ein Praxishandbuch, 8. Aufl., 2017.

²⁷ Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren. Unterlassung – Beseitigung – Auskunft – Schadensersatz, 11. Aufl., 2016.

²⁸ Zum Beispiel *Burrows*, Remedies for Torts and Breach of Contract, 3. Aufl., 2009.

²⁹ Vgl. nur die Vorlesung *Commercial Remedies* an der University of Oxford, <https://www.law.ox.ac.uk/admissions/options#> (zuletzt besucht am 13.03.2017).

³⁰ *Zakrzewski*, Remedies Reclassified, 2005; *Birks*, Rights, Wrongs, and Remedies, 20 O. J. L. S. (2000), 1; *Barker*, Rescuing Remedialism in Unjust Enrichment Law: Why Remedies are Right, [1998] C. L. J., 301; dennoch beklagt *Burrows*, Remedies, S. 1, mit Verweis auf die relativ geringe Zahl grundlegender Veröffentlichungen: “The concept of a remedy has rarely been subjected to rigorous analysis.”; *ders.*, English Private Law, Rn. 21.01; zur Entwicklung dieses Interesses *Adar/Shalev*, 23 Tul. Eur. & Civ. L. F. (2008), 111, 116 ff.

³¹ Vgl. der Befund von *Stoll*, S. 3 f.; vgl. auch *Dreier*, S. 1 f.; im *Oeuvre Pickers* geht es zwar um das Zusammenspiel unterschiedlicher Rechtsfolgen („Trias der Haftungssysteme“). Die Argumentation zielt aber auf umfassenden Rechtsschutz, nicht differenzierte Rechtsdurchsetzung, vgl. insbesondere u. § 2 III, § 8 II.

weise bei einem rechtswidrigen Verhalten als Automatismus. Die Anspruchsgrundlage aus § 1004 BGB wird denkbar weit verstanden.³² Jüngere Schriften stellen dies freilich insbesondere im Patentrecht in Frage.³³ Ob insbesondere der Unterlassungsanspruch in bestimmten Fallgestaltungen nicht die „richtige“ Rechtsfolge ist beziehungsweise alternative Rechtsfolgen vorzugswürdig sind, wird dessen ungeachtet entsprechend selten erörtert. Ein theoretisches Konzept, wie die Rolle der Unterlassungshaftung privatrechtsübergreifend über ein Rechtsbehelfsmodell abstrakt erfasst und begrenzt werden kann, ist – soweit ersichtlich – bisher nicht vertieft worden.³⁴ Gerade vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsentwicklung scheint diese Arbeit daher in eine Forschungslücke zu dringen.

³² Nur MünchKomm/Baldus, § 1004 Rn. 14 ff. und Medicus/Petersen, BR, § 24 Rn. 628; ein Unterlassungsanspruch soll *a priori* bestehen, vgl. Burk, ZGE 2012, 405, 406.

³³ Zu nennen sind insbesondere die Monographien von Sonnenberg, Die Einschränkung des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs im Einzelfall, 2014, Frick, Patent-Trolling – Rechtsmissbräuchliche Verwendung des Patentrechtes?, 2014, Stierle, Das nichtpraktizierte Patent (im Erscheinen). Aus der Aufsatzliteratur kann hier z. B. auf Burk, Intellectual Property in the Cathedral, ZGE 2012, 405 ff., verwiesen werden. Zur ökonomischen Analyse Cotter, Comparative Patent Remedies. A Legal and Economic Analysis, 2013.

³⁴ Dieser Befund soll allgemein für eine allgemeine Theorie von Rechtsfolgen im *civil law* gelten, Adar/Shalev, 23 Tul. Eur. & Civ. L. F. (2008), 111, 122. Ansätze für ein Rechtsbehelfsmodell werden für das Vertragsrecht bereits vertreten, vgl. PWW/Schmidt-Kessel/Kramme, § 241 Rn. 20 ff.; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Rn. 458 f., 465 f.; vgl. auch Schlechtriem, Schuldrechtsreform, S. 24 f. Auch Wagner, Festschrift Medicus, S. 589, 609 f., fragt, ob der deliktische Unterlassungsanspruch als „remedy“ aufzufassen ist. Eine eingehende Untersuchung des Naturerfüllungsanspruchs legte Weller (Die Vertragstreue, 2009) vor. Er will diesen aber ausdrücklich nicht als Rechtsbehelf verstanden wissen. Zuletzt zum Naturerfüllungsanspruch Riehm, Der Grundsatz der Naturerfüllung, 2015. Zur Trennung von Forderung und Anspruch jüngst auch Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung, 2012.

Rechtsfolgen im Rechtssystem

Um normative Aussagen über die Angemessenheit einer bestimmten Rechtsfolge treffen, aber auch um eine privatrechtsübergreifende Analyse bestimmter Rechtsfolgen durchführen zu können, muss zunächst geklärt werden, ob Rechtsfolgen überhaupt einer isolierten Betrachtung zugänglich sind.¹ Nur wenn die Emanzipation der Rechtsfolgen gelingt, ist eine differenziertere Wahrnehmung des „Rechtsfolgenarsenals“ möglich. Nur dann ergibt eine Diskussion sowohl der „Richtigkeit“ der Rechtsfolge Unterlassen und funktionsäquivalenter Alternativrechtsfolgen als auch der einheitlichen dogmatischen Struktur des Unterlassungsanspruchs und seiner Durchsetzung Sinn.² Im Ersten Teil dieser Arbeit wird daher untersucht, welche Stellung Rechtsfolgen im Rechtssystem haben. Im Mittelpunkt steht erstens die Kernfrage, ob sich Rechtsfolgen von dem sie auslösenden Ereignis trennen lassen oder ob Rechte, Rechtsverletzung und Anspruch untrennbar miteinander verwoben sind.³ Zweitens will die Arbeit im Ersten Teil erhellten, ob die Rechtsordnung von der Möglichkeit Gebrauch macht, Rechte mit unterschiedlichen Rechtsfolgen differenziert zu verwirklichen.⁴ Von Interesse ist drittens die Rechtsnatur von Rechtsfolgen, allen voran, ob es sich um eine eigene Kategorie von (materiellen) Rechten handelt.⁵

Aufschlussreich ist ein Blick in das anglo-amerikanische „*remedy*-System“ (§ 1). Dieses System basiert auf einer Trennung von *rights* und *remedies*. Steht beispielsweise eine Eigentums- oder Vertragsverletzung fest, hat das Gericht das passende *remedy* zur Verwirklichung des zugrundeliegenden Rechts konstitutiv zuzusprechen. Die Anordnung einer bestimmten Rechtsfolge steht bei *equitable remedies* im „Ermessen“ des Gerichts. *Remedies* kommt eine Zwitterstellung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht zu. Dem steht das deutsche Anspruchssystem gegenüber (§ 2). Ansprüche entstehen, sobald

¹ Vgl. *Stoll*, § 1, S. 5 („Es ist somit rechtsvergleichend zu belegen, daß die privatrechtlichen Haftungsfolgen grundsätzlich einer allgemeinen, vom jeweiligen Rechtsgrund losgelösten Betrachtung zugänglich sind und zweckmäßig von generellen Regeln über die Haftungsfolgen auszugehen ist.“). Auch die hier vorgenommene Analyse ist vom Rechtsvergleich mit dem anglo-amerikanischen Rechtskreis inspiriert. Bereits o. Einleitung I.

² Zu ersterem § 8 und zu Anwendungsbeispielen § 11; zu letzterem § 9 und § 10.

³ Dazu jeweils Gliederungspunkt II. der folgenden Paragraphen bzw. § 5 III.

⁴ Dazu jeweils Gliederungspunkt III. der folgenden Paragraphen bzw. § 5 IV.

⁵ Dazu jeweils Gliederungspunkt I. der folgenden Paragraphen bzw. § 5 II.

die Tatbestandsmerkmale der einschlägigen Anspruchsgrundlage erfüllt sind. Das zu verwirklichende Recht spielt nur mittelbar eine Rolle. Gerichte sanktionieren nicht Rechtsverletzungen, sondern stellen letztlich auch bei einem Leistungsurteil nur das Bestehen eines entsprechenden Anspruchs fest; der Anspruch selbst ist als Teil des materiellen Rechts bereits unabhängig von der gerichtlichen Durchsetzung entstanden. Auch auf materiellrechtlicher Ebene hängt die Anspruchsentstehung nicht zwingend an einer Rechtsverletzung. Abwägungen im Einzelfall oder gar Ermessensentscheidungen beim Zuspruch einer bestimmten Rechtsfolge sind diesem System – zumindest nach Ansicht vieler – im Grundsatz fremd. Bei Ausschließlichkeitsrechten erscheinen „Schranken“ (wie teils auch im „*remedy*-System“) nicht als Ausschluss der Rechtsfolge Unterlassen, sondern bereits als Begrenzungen des Rechts. In unionsrechtlichen Regelungen zu Rechtsfolgen wiederum findet sich regelmäßig eine systematische Trennung von Rechten und Rechtsfolgen zu deren Durchsetzung (§3). Zugleich kommt den Gerichten (wenn auch nicht ausnahmslos) eine aktive Rolle zu. Rechtsfolgen werden ferner auch dort differenziert betrachtet. All dies ist kein Zufall, sondern Ausfluss des Völkerrechts (§4). Tauchen dort Regelungen zu privatrechtlichen Rechtsfolgen auf, sind diese regelmäßig als Rechtsbehelfe konzipiert. Auch das Anspruchssystem lässt sich freilich als „Rechtsbehelfssystem“ rekonstruieren (§5). Erfüllung in Natur, Schadensersatz, Unterlassen, Bereicherungs- oder Gewinnherausgabe etc. können als Rechtsfolgen zur Verwirklichung vorausliegender *Stammrechte* verstanden werden. Im deutschen Recht lässt sich damit ein kategorialer Unterschied zwischen *Stammrechten* und *Rechtsfolgenrechten* zu deren Durchsetzung feststellen. Schließlich offenbart ein genauerer Blick in das deutsche Rechtsfolgensystem, dass Rechte durchaus differenziert durchgesetzt werden. Es wird gezeigt, dass die einem *Rechtsbehelfssystem* immanente Differenzierungsmöglichkeit bei der Anordnung bestimmter Rechtsfolgen im hiesigen Privatrecht schon jetzt *de lege lata* nachweisbar ist. Bestimmte Rechtsfolgen werden trotz „Missachtung“ fremder (oder neutral: trotz Kollisionen mit fremden) Rechtssphären in bestimmten (Einzel-)Fällen nicht gewährt. Alles in allem liegen die Unterschiede der referierten Systeme weniger in fundamentalen inhaltlichen Differenzen als vielmehr in unterschiedlichen Perspektiven beziehungsweise einem „different way of thinking about law“. ⁶ Eine Deutung des deutschen Systems als Rechtsbehelfssystem erweist sich dabei aus verschiedenen Gründen als überlegen.

⁶ Dedek, 56 McGill L. J. (2010), 77, 77, 80; auch Riehm, S. 241, will der „dogmatischen Streitfrage“, ob der vertragliche Naturalerfüllungsanspruch als „Rechtsbehelf“ zu verstehen ist, keine hohe praktische Bedeutung zubilligen; s. a. Schmidt-Kessel, Specific Performance, S. 69, 84 (“matter of taste”).

§ 1 Das anglo-amerikanische „*remedy*-System“

Dieser Paragraph gibt einen Überblick über die wesentlichen Charakteristika des anglo-amerikanischen „*remedy*-Systems“.¹ Als erste Hürde erweist sich dabei der Begriff *remedy*. Zwar wird darunter vielfach eine gerichtliche Anordnung (*court order*) verstanden, mit der einer Rechtsverletzung abgeholfen wird. Ein genauerer Blick bringt aber ans Licht, dass es an einer scharfen Abgrenzung, was mit der Bezeichnung *remedy* gemeint ist, mangelt. Dessen ungeachtet ist klar, dass *remedies* privatrechtsübergreifend einheitlich ausgestaltet sind. Auch wird deutlich, dass der prozessuale Aspekt insgesamt eine weitaus größere Rolle spielt, als dies bei Ansprüchen gemäß § 194 I BGB der Fall ist. Gerade wenn die einschlägige Abhilfemöglichkeit im „Ermessen“ des Gerichts steht (*discretionary remedy*), zeigt sich die aktive Rolle, die den Gerichten im „*remedy*-System“ zukommt. Die Gerichtsentscheidung ist für das Entstehen des entsprechenden *remedy* konstitutiv. Namentlich der vertragliche „Erfüllungsanspruch“, aber auch die Verpflichtung zur Zahlung einer konkreten Summe als Schadensersatz setzen eine gerichtliche Anordnung voraus; erst dann entsteht die konkrete Verpflichtung. Andererseits verwirklichen die Gerichte materielle Rechte. Die Entscheidung des Gerichts wird dadurch präjudiziert. Entsprechend wird das *Law of Remedies* weder als Teil des materiellen Rechts noch als Teil des Prozessrechts verstanden (I.). In diesem Teil der Arbeit geht es vor allem um die Frage, ob materielle Rechte im engeren Sinne (*substantive rights/ordinary rights*) und Rechtsfolgen zu deren Verwirklichung auseinandergehalten werden können. Eine solche Aufspaltung findet sich in der Tat im „*remedy*-System“. Im Grundsatz wird streng zwischen *rights* und *remedies* getrennt. Oder mit einer stärkeren Betonung im materiellen Recht: Die Unterscheidung zwischen unverletzt gedachten *primary rights* (auch *primary obligations*) und den im Verletzungsfall entstehenden *secondary rights*, *sanctioning* oder *remedial rights* (auch *secondary*

¹ Weller, JZ 2008, 764, 764, 767 f., spricht vom „*remedy*-Konzept“, vom „common law-Rechtsbehelfskonzept“, vom „Rechtsbehelfsmodell“ beziehungsweise „Rechtsbehelfskonzept“. Wie noch zu zeigen sein wird, ist eine präzise Übersetzung des Begriffs *remedy* nicht möglich, da es keinen deutschen juristischen Fachbegriff gibt, der die Nuancen des „*remedy*-Systems“ treffsicher abbildet. Wenn in § 5 ein „Rechtsbehelfssystem“ für das deutsche Privatrecht entwickelt wird, ist dieses zwar vom „*remedy*-System“ inspiriert, weicht aber in der Ausgestaltung von diesem mehr oder weniger deutlich ab.

obligations) ist ein wesentlicher Charakterzug des anglo-amerikanischen Rechtsfolgensystems. Eine Rechtsverletzung dient regelmäßig jeweils als Verbindungselement. Selbst wenn man – wie zuletzt vorgeschlagen – materielle Rechte aus der *remedy*-Diskussion komplett ausklammert, also insbesondere *secondary rights* nicht als *remedies* betrachtet, erscheint auch nach diesem Ansatz die gerichtliche Anordnung zur Durchsetzung dieser Rechte mittels eines so genannten *replicative remedy* als ein *aliud* zu dem zu verwirklichenden materiellen Recht. Im „Bereicherungsrecht“ (*Law of Restitution*) stößt die Sequenz *right – wrong – remedy* indes an ihre Grenzen. Die Idee der Trennung von *right* und *remedy* hat jedoch auch hier Unterstützer. Es muss zwischen dem Recht auf Rückzahlung beispielsweise eines irrtümlich gezahlten Geldbetrags (*right to restitution*) und der dann konkret gewährten Abhilfemöglichkeit, dem einschlägigen *remedy*, differenziert werden. Dass der Richter im Beispiel anordnen wird, dass ein entsprechender Geldbetrag zurückzuzahlen ist (*replicative remedy*), belegt gleichwohl die Trennung von Recht und Rechtsdurchsetzung (II.). Die – bei allen Nuancen im Detail – anzutreffende analytische Trennung zwischen Rechten und „Rechtsfolgenrechten“² ermöglicht es, einen differenzierten Blick auf die Rechtsfolgen einzunehmen. Die Anordnung einer bestimmten Rechtsfolge muss sich rechtfertigen lassen. Welche Rechtsfolge „richtig“ ist, wird entsprechend offen diskutiert. Allen voran die Anordnung von Unterlassungsverfügungen (*injunctions*) oder des vertraglichen „Naturalerfüllungsanspruchs“ (*specific performance*) stehen im „Ermessen“ des Gerichts. Vor allem wird die Frage aufgeworfen, ob nicht die Rechtsfolge Schadensersatz zur Abhilfe ausreichend ist. Es wird deutlich, dass Rechte mittels unterschiedlicher Rechtsfolgen verwirklicht werden. Selbst ein *right to exclude* ist für seine Durchsetzung nicht zwingend auf eine Unterlassungsverfügung angewiesen. Diskutiert wird daher, ob im „Ermessen“ des Gerichts stehende *remedies* überhaupt „Rechte“ sind (III.).

I. Remedies als gerichtliche Rechtsbehelfe zwischen materiellem Recht und Prozessrecht

Eine präzise Übersetzung des Begriffs *remedy* ist kaum möglich. Im deutschen Recht findet sich nichts, was einem *remedy* entspricht.³ Mit Blick auf einen Systemvergleich konsterniert *Dedek*:

² Diese Übersetzung ist ungenau, da in der Übersetzung die prozessuale Konnotation verloren geht, *Dedek*, 56 McGill L. J. (2010), 77, 92 mit Blick auf *remedial rights* im französischen Recht; *ders.*, a. a. O., 113, allgemein warnend (“take differences between legal terminologies seriously”).

³ *Dedek*, 56 McGill L. J. (2010), 77, 91 ff.; *Adar/Shalev*, 23 Tul. Eur. & Civ. L. F. (2008), 111, 121; *Neufang*, S. 407; in offiziellen Übersetzungen findet sich oft der Begriff *Rechtsbehelf*,

“[T]he concept of remedies remains a mystery to the civilian.”⁴

Die erste Aufgabe liegt damit darin, den Rechtsbegriff *remedy* zu erfassen. Nach einer Übersicht über die unterschiedlichen Definitionen (1.) lohnt sich dafür ein Blick auf die Rechtsnatur von *remedies* (2.). Bemerkenswert ist schließlich deren privatrechtsübergreifende einheitliche Ausgestaltung (3.).

1. Unterschiedliche Bedeutungen des Begriffs *remedy*

Selbst im anglo-amerikanischen Rechtskreis gehen die Vorstellungen, was unter einem *remedy* beziehungsweise weitergehend dem *Law of Remedies* zu verstehen ist, auseinander.⁵ Grenzt man letzteres ab, besteht große Einigkeit, dass zunächst *self-help remedies* abgeschichtet werden können.⁶ Auch wenn Abhilfen wie Rücktritt oder Anfechtung, die keiner gerichtlichen Mitwirkung bedürfen, teils im *Law of Remedies* Berücksichtigung finden,⁷ werden die hier interessierenden Rechtsfolgen wie Schadensersatz (*damages*), Unterlassung (*prohibitory injunction*), Gewinnherausgabe (*account of profits*) und Leistung (*specific performance*) in Abgrenzung zu den Selbsthilferechten als *judicial remedies* eingeordnet.⁸ Diese werden wiederum nach verschiedenen Kriterien in unterschiedliche Gruppen aufgeteilt. So wird darauf hingewiesen, dass sich befehlende (*coercive*) von nicht befehlenden (*non-coercive*) *remedies* unterscheiden lassen. *Coercive remedies* geben dem Beklagten durch das Gericht ein Tun oder Unterlassen auf, *non-coercive remedies* haben feststellenden Charakter.⁹ Unterschieden wird weiter zwischen relativ (*in personam*) und

wenn in der englischen Version von *remedy* die Rede ist (bereits o. Einleitung II). Diese Übersetzung wird im Folgenden für den Begriff *remedy* möglichst spärlich gebraucht. Vor allem wenn in § 5 ein „Rechtsbehelfssystem“ entwickelt wird, ist der Begriff *Rechtsbehelf* nicht als Synonym für den Begriff *remedy* im Kontext des anglo-amerikanischen „*remedy*-Systems“ zu verstehen (vgl. bereits o. Fn. 1); verfehlt ist es in jedem Falle, *remedy* und Anspruch gleichzusetzen, so aber z. B. *Nachtigäller*, S. 39 ff., 44 ff.; Problembewusstsein bei *Weller*, S. 395; vgl. *Uhrich*, ZGE 2009, 59, 64 (Fn. 27).

⁴ *Dedek*, 56 McGill L. J. (2010), 77, 81.

⁵ *Dedek*, 56 McGill L. J. (2010), 77, 81; *Barnett/Harder*, S. 2; *Burrows*, Remedies, S. 1; *Zakrzewski*, S. 1 f., 7, 8 (“Remedy is a chameleon”); *Covell/Lupton*, S. 3; *Waddams*, 3 O. J. L. S. (1983), 113; *Dobbs*, S. 20 f.; *Adar/Shalev*, 23 Tul. Eur. & Civ. L. F. (2008), 111, 113; *Weller*, S. 133 f., der ein weites und ein enges Begriffsverständnis erkennt.

⁶ *Burrows*, Remedies, S. 1; *ders.*, English Private Law, Rn. 21.01; *Birks*, 29 U. W. A. L. R. (2000), 1, 4 (“The doctrine under consideration [discretionary remedialism] has nothing whatever to do with self-help”); *Zakrzewski*, [2003] L. M. C. L. Q., 477 (Fn. 3); *ders.*, S. 47 f.: es handelt sich nicht um *remedies*, sondern um das materielle Recht, sich selbst zu helfen, um “rights of self-help”.

⁷ *Harris/Campbell/Halson*, S. 3; auch im deutschen Recht können Gestaltungsrechte der Rechtsdurchsetzungsebene zugeschlagen werden, *Unberath*, S. 169 f.

⁸ Nur *Burrows*, Remedies, S. 1.

⁹ *Burrows*, Remedies, S. 1 f.; *Lawson*, S. 12 ff., verweist auf die im deutschen Recht anzutreffende Unterscheidung von Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen. Bereits

dinglich (*in rem*) wirkenden *remedies*.¹⁰ *Dobbs* sieht in (1) *damages remedies*, (2) *restitutionary remedies*, (3) *coercive remedies* und (4) *declaratory remedies* die wesentlichen Kategorien.¹¹ Eine Gliederung nach Funktionen führt zu folgender Aufstellung: Kompensation (*compensation*), Abschöpfung (*restitution*), Bestrafung (*punishment*), Erfüllung (*compelling performance of positive obligations*),¹² Prävention (*preventing a wrong*), Beseitigung (*compelling the undoing of a wrong*), Feststellung (*declaring rights*).¹³ Anzutreffen ist auch eine Unterscheidung zwischen präventiven (*preventive*) und ausgleichenden (*corrective*) *remedies*. Erstere dienen der Prävention, letztere gleichen Verletzungsfolgen aus.¹⁴ Wichtig ist vor allem die Unterscheidung zwischen *equitable remedies* (z. B. *specific performance, account of profits, injunctions*) und *remedies at law* (z. B. *common law damages*).¹⁵ Diese historisch eigentlich überholte Unterscheidung wirkt sich heute vor allem noch dadurch aus, dass die Anordnung eines *equitable remedy* im „Ermessen“ des Gerichts steht.

Was aber genau hinter dem Begriff *judicial remedy* steckt, ist unklar. *Birks* hat gleich fünf verschiedene Bedeutungen nachgewiesen:¹⁶ (1) Der Begriff *remedy* kann im rechtlichen Kontext¹⁷ erstens in einem sehr weiten Sinn verstanden werden. Vor allem wenn dem Verletzten die Möglichkeit gegeben ist, einer Rechtsbeeinträchtigung durch eine Klage abzuwehren, kann eben diese

dies zeigt die Dominanz prozessualen Denkens im *Law of Remedies*. In der Tat wird die „Feststellung“ (*declaration*) zu den *judicial remedies* gezählt, *Burrows*, *Remedies*, S. 590 ff.

¹⁰ *Kercher/Noone*, S. 3; vgl. *Burrows*, *English Private Law*, Rn. 21.06; auch können *remedies* „available pre-trial“, „at trial“ und „post-trial“ unterschieden werden, *ders.*, a. a. O., Rn. 21.01; *ders.*, a. a. O., Rn. 21.06, trennt ferner „monetary remedies“ von „non-monetary remedies“.

¹¹ *Dobbs*, S. 2; ferner *Laycock*, S. 2 f.: „The most important categories of remedies are: 1. Compensatory remedies 2. Preventive remedies a. Coercive remedies b. Declaratory remedies 3. Restitutionary remedies 4. Punitive remedies 5. Ancillary remedies.“

¹² Zu dieser Gruppe von *remedies* zählen nicht nur *specific performance* und Zahlung (*award of an agreed sum*), sondern auch eine *mandatory enforcing injunction* und die Verwalterbestellung (*appointment of a receiver*), *Burrows*, *Remedies*, S. 10.

¹³ *Burrows*, *Remedies*, S. 9 f.; vgl. *ders.*, *Private English Law*, Rn. 21.08; auch *Laycock*, S. 3 f., gliedert funktional.

¹⁴ *Zakrzewski*, S. 104.

¹⁵ *Burrows*, *Remedies*, S. 11 f.; *Laycock*, S. 5 f.; *J. Fischer*, S. 4; teils werden noch *statutory remedies* abgespalten, vgl. *Kercher/Noone*, S. 3; *Burrows*, *English Private Law*, Rn. 21.06, verweist schließlich noch auf „specific remedies“ und „substitutionary remedies“, Gesamtüberblick Tabelle 21.2.

¹⁶ *Birks*, 20 *O. J. L. S.* (2000), 1, 9 ff.; *ders.*, 29 *U. W. A. L. R.* (2000), 1, 3 ff.; vergleichbare Aufstellung auch bei *Zakrzewski*, S. 7 ff., der zudem das tatsächliche Ergebnis (z. B. die Über-eignung eines Grundstücks, a. a. O., S. 21; er verweist auf *Pomeroy*, §1, S. 2) als Deutungsmöglichkeit erwähnt; s. a. *Bucher*, S. 82 f., zu den unterschiedlichen Verwendungen des Begriffs *Anspruch*. Er kommt auf sieben unterschiedliche Verwendungen.

¹⁷ Die unjuristische Verwendung des Begriffs, z. B. als „Abhilfe von etwas Schlechtem“ etc. (*Zakrzewski*, S. 8 f.), interessiert hier nicht. Auch der Gebrauch des Begriffs *remedy* im Rahmen der Vollstreckung soll hier ausgeblendet bleiben, dazu *Zakrzewski*, S. 18 ff., 52.

Klagemöglichkeit beziehungsweise der Grund der Klagemöglichkeit als *remedy* bezeichnet werden. In der Terminologie des *common law* wäre dann die *action* beziehungsweise der *cause of action* das *remedy*. Diese Sichtweise geht auf die alten *forms of action* zurück. Der Lebenssachverhalt ist justiziabel, wenn er sich in eine Klageform beziehungsweise – in einem modernen Verständnis – generell in eine rechtliche Kategorie übersetzen lässt. Dann gibt es eine Abhilfemöglichkeit, eben ein *remedy* im weitesten Sinne.¹⁸ (2) Unter einem *remedy* kann man zweitens enger das Recht begreifen, das im Falle einer Rechtsverletzung hervortritt (“*remedy as a right born of a wrong*”). Wird ein primäres Recht (*primary right*) verletzt, entsteht ein sekundäres Recht (*secondary right*). Dieses kann als *sanctioning right*, *remedial right* oder kurz als *remedy* bezeichnet werden.¹⁹ (3) Da namentlich ein „Bereicherungsanspruch“ (*right to restitution*) bei einer fehlerhaften Zahlung keine Rechtsverletzung voraussetzt, kann man das Verständnis eines *remedy* als “*right born of a wrong*” entsprechend weiter fassen. Ein *remedy* wäre damit nach einer dritten Interpretation generell ein Recht, durch das eine Abhilfemöglichkeit gewährt wird. Nicht nur das Recht auf Schadensersatz (*damages*) fällt demnach unter diesen Oberbegriff, sondern auch zum Beispiel ein *right to restitution* quasi als “*remedy as the right born of a not-wrong*”.²⁰ Vor diesem Hintergrund definiert *Barker*:

“Remedies constitute the law’s response to [primary injustices] and describe a secondary level of entitlement, substituted by the law for the first.”²¹

Die letzten beiden Umschreibungen kann man zusammenfassend so verstehen, dass ein materielles Recht als Rechtsbehelf dient (“*substantive right as a remedy*”).²² Dabei kann man weiter unterscheiden, ob ein primäres Recht (z. B. ein Recht auf Rückzahlung einer irrtümlich geleisteten Zahlung) oder ein sekundäres Recht (z. B. Recht auf Schadensersatz) das *remedy* ist.²³ (4) *Remedy*

¹⁸ *Birks*, 20 O. J. L. S. (2000), 1, 10 ff.; *ders.*, 29 U. W. A. L. R. (2000), 1, 4; *Zakrzewski*, S. 11 f.; *Waddams*, 3 O. J. L. S. (1983), 113, meint noch weitergehend, dass theoretisch beinahe jede Rechtsfrage als „*remedy*-Problem“ formuliert werden kann; dann wäre der Begriff aber wertlos. *Zakrzewski*, S. 9 ff., analysiert ähnlich: “[...] ‘*remedy*’ is often used in legal discourse simply to refer to any means provided by the law for obtaining redress or relief from a grievance.”; kritisch *ders.*, S. 48 f. (“Such breadth is a source of ambiguity”); s. a. *Dobbs*, S. 20.

¹⁹ *Birks*, 20 O. J. L. S. (2000), 1, 12 ff.; *ders.*, 29 U. W. A. L. R. (2000), 1, 4 f.; in diesem Sinne etwa *Adar/Shalev*, 23 Tul. Eur. & Civ. L. F. (2008), 111, 114 (“According to this [narrow] definition a ‘*remedy*’ is an entitlement arising out of a breach of an obligation (or duty) and taking the form of a burden imposed on the person responsible for the breach.”); *Barker*, 57 C. L. J. (1998), 301, 319 ff.; *Wright*, S. 3; für ein „breiteres“ Verständnis *Barnett/Harder*, S. 2 ff.

²⁰ *Birks*, 20 O. J. L. S. (2000), 1, 14 f.; *ders.*, 29 U. W. A. L. R. (2000), 1, 5.

²¹ *Barker*, 57 C. L. J. (1998), 301, 319.

²² *Zakrzewski*, S. 13 ff.

²³ *Zakrzewski*, S. 16 f.; *ders.*, S. 50 ff., lehnt es aber ab, sowohl *primary rights* als auch *secondary rights* jeweils als *remedy* zu dogmatisieren.

kann aber viertens auch die Anordnung einer bestimmten Rechtsfolge durch ein Gericht bedeuten (“‘remedy’ as a right born of the order or judgment of a court”).²⁴ Wird ein Recht verletzt, kann der Kläger bei Gericht entsprechende Abhilfe einfordern. Darauf hat er ein Recht. Wenn dem Beklagten dann beispielsweise die Zahlung von Schadensersatz aufgegeben wird, folgt dies nicht unmittelbar aus dem verletzten Recht oder einem eingeklagten „Anspruch“, sondern konstitutiv aus der Anordnung des Gerichts (“Court orders are therefore a distinct source of legal rights.”²⁵). Auch wenn der Beklagte einen Anspruch auf die Anordnung eines bestimmten *remedy* hat und die entsprechend zu gewährende Rechtsfolge im materiellen Recht vorgezeichnet ist, ist es erst die Gerichtsentscheidung, durch welche die Rechtsfolge entsteht.

“The rights we claim are transformed or novated, and the rights which we enforce through the various means of execution are rights born of the order or judgment of a court.”²⁶

Herausgestellt wird umgekehrt, dass materielle Rechte (*ordinary rights*) wie beispielsweise das *right to the performance of a contractual obligation* unabhängig von einer gerichtlichen Anordnung bestehen können.²⁷

“The distinctive feature of ordinary substantive rights is that they exist prior to any order by a court [...]. Ordinary rights are the substantive rights that plaintiffs possess when they come to court.”²⁸

Wie ein solches *ordinary right* dann durchgesetzt wird, betrifft einen anderen Problemkreis. Es ist gerade nicht widersprüchlich, wenn ein Gericht im Ausgangspunkt zwar feststellt, dass der Beklagte gegenüber dem Kläger die Pflicht zu einem bestimmten Tun hat, die unmittelbare Durchsetzung dieser Pflicht dann aber nicht gerichtlich angeordnet wird.²⁹ (5) Dies gilt erst recht, wenn man davon ausgeht, dass die Anordnung des *remedy* im Ermessen des

²⁴ *Birks*, 20 O. J. L. S. (2000), 1, 15 f.; *ders.*, 29 U. W. A. L.R. (2000), 1, 5, 15; *Zakrzewski*, S. 17 f.; s. a. *Blackstone*, S. 396: “The judgment, in short, is the remedy prescribed by law for the redress of injuries, and the suit or action is the vehicle or means of administering it.”; vgl. *Smith*, Law of Damages, S. 33, 36 ff., 38 f., 40 f., 48; *Smith* sieht im *remedial right* eine Art Rechtsschutzanspruch, der sich gegen den Staat richtet.

²⁵ *Smith*, Law of Damages, S. 33, 39; das wiederum gegenüber Privaten wirkende “court-ordered right” entspricht häufig dem Inhalt des ursprünglichen “ordinary rights”, das nun allerdings auf neuer dogmatischer Grundlage steht, a. a. O., S. 36 ff.; vgl. *Zakrzewski*, S. 46 f.

²⁶ *Birks*, 20 O. J. L. S. (2000), 1, 15; vgl. *Smith*, Law of Damages, S. 33, 42 (“The more plausible interpretation, therefore, is that the duty to pay punitive damages arises at the moment that the order to pay punitive damages is pronounced”).

²⁷ *Smith*, Law of Damages, S. 33, 37 f.; *Riehm*, S. 244, meint, dass das englische Recht von einem kontinentaleuropäischen Standpunkt auch so verstanden werden könne, „dass der Naturalerfüllungsanspruch voraussetzungslos an den ursprünglichen Leistungsanspruch geknüpft ist und allein seine *gerichtliche Geltendmachung* Beschränkungen unterworfen ist.“

²⁸ *Smith*, Law of Damages, S. 33, 38.

²⁹ *Smith*, Law of Damages, S. 33, 41.

Gerichts steht. Nach einer fünften Definition wäre ein *remedy* eine ermessensabhängige gerichtliche Abhilfemöglichkeit.³⁰ Man könnte dann nicht einmal davon sprechen, dass der Kläger etwa ein *Recht* hat, Lieferung einer gekauften Sache oder Unterlassung einer materiellrechtlich verbotenen Handlung verlangen zu können.³¹ Erst wenn das Gericht sein Ermessen dahingehend ausübt, eine Unterlassungsverfügung zu gewähren, hat der Kläger Gewissheit, dass er sein Recht (*substantive right; ordinary right*) mittels einer Unterlassungsanordnung durchsetzen kann. Allerdings sind die Regeln für die Ermessensausübung rechtlich vorgezeichnet.³² *Birks* selbst spricht sich daher dafür aus, möglichst von *Rechten* und nicht von *remedies* zu sprechen.³³

Rechtsfolgen wie Schadensersatz (*damages*), Unterlassung (*injunction*), Gewinnherausgabe (*account of profits*) und Erfüllung in Natur (*specific performance*) werden als *judicial remedies* meist im Sinne des vierten beziehungsweise fünften Verständnisses von *remedies* verstanden. Namentlich *Burrows* will in seinem Lehrbuch *Remedies for Torts and Breach of Contract* zum englischen Recht *remedies* als eine vom Gericht gewährte Abhilfe verstehen:

“In this book, a remedy is used to denote the relief that a person can seek from a court.”³⁴

An anderer Stelle schreibt er:

“Remedies are the means by which rights are effected or realised. Remedies are usually ‘judicial’ remedies, in the sense that the effecting or realising of the rights involves coming to court [...]”³⁵

Dobbs beschreibt in seinem Lehrbuch zum US-amerikanischen Recht das *Law of Remedies* wie folgt:

“The law of judicial remedies determines the nature and scope of the relief to be given to a plaintiff once that plaintiff has established a substantive right by appropriate in-court procedures.”³⁶

Ähnlich eröffnet *Laycock* in seinem Buch *Modern American Remedies*:

“A remedy is anything a court can do for a litigant who has been wronged or is about to be wronged.”³⁷

³⁰ *Birks*, 20 O. J. L. S. (2000), 1, 16 f.; *ders.*, 29 U. W. A. L.R. (2000), 1, 5 f.

³¹ Vgl. *Zakrzewski*, S. 18, 51 (“A discretionary secondary right is a contradiction in terms.”).

³² *Birks*, 20 O. J. L. S. (2000), 1, 16 f.

³³ *Birks*, 20 O. J. L. S. (2000), 1, 19 ff.; vgl. *ders.*, Proprietary Rights, S. 214; *Tilbury*, S. 1, Rn. 1002 (“A ‘remedy’ is as much a ‘right’ as the ‘right’ which it seeks to protect.”); demgegenüber kritisch *Evans*, 23 Syd. L. R. (2001), 463 ff.

³⁴ *Burrows*, Remedies, S. 1; s. a. *ders.*, English Private Law, Rn. 21.01.

³⁵ *Burrows*, Restitution, S. 14.

³⁶ *Dobbs*, S. 1.

³⁷ *Laycock*, S. 1; ähnlich *Rendleman*, 39 Brandeis L. J. (2001), 535: “A remedy is what a

Auch in Gesetzen findet sich das Verständnis eines *remedy* als konstitutive *court order*. Beispielsweise heißt es in Section 52 des englischen *Sales of Goods Act 1979* oder in Section 37 (1) des *Senior Courts Act 1981*:

Zu Sec. 52: “In any action for breach of contract to deliver specific or ascertained goods the court may, if it thinks fit, on the plaintiff’s application, by its judgment or decree direct that the contract shall be performed specifically, without giving the defendant the option of retaining the goods on payment of damages.”³⁸

Zu Sec. 37 “The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so.”

Dass *remedies* als “court order” zu verstehen sind, macht *Zakrzewski* damit nicht ohne Grund als Grundkonsens aus (“stable core meaning of remedy”).³⁹ Dies darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Unterschiede, mit welchen die einzelnen Autoren über *remedies* schreiben, doch über bloße Unterschiede im Detail hinausgehen. Vor allem *Zakrzewski* hat zuletzt mit seinem Werk *Remedies Reclassified* die Debatte um die Systematisierung von *remedies* befeuert. Er spricht sich für eine strenge Trennung materieller Rechte (*substantive rights*) und *remedies* im Sinne gerichtlicher Anordnungen aus (“use the term ‘remedy’ only in the sense of the rights arising from certain court orders or pronouncements”).⁴⁰ *Substantive rights*, die unabhängig von einem gerichtlichen Verfahren beziehungsweise einer gerichtlichen Entscheidung existieren,⁴¹ nimmt er aus dem *Law of Remedies* heraus. Anders als nach herrschender Meinung fällt daher das Recht auf Schadensersatz (*damages*) nicht unter den Begriff *remedy*.⁴²

“The difference between secondary rights to damages existing prior to a court order and rights to damages arising out of such a judicial command is sometimes overlooked as both are indiscriminately called ‘damages’ in practice. The distinction between the two is very fine because the courts give effect to secondary rights by restating them in the court order.”⁴³

court, after finding a substantive violation, will do – simultaneously – for the victim through the wrongdoer.”

³⁸ Vgl. zum „Schadensersatzanspruch“ als “damages orders by courts”, *Smith*, *Law of Damages*, S. 33, 35 f., 40.

³⁹ *Zakrzewski*, S. 2, 17, 43 ff.

⁴⁰ *Zakrzewski*, S. 43.

⁴¹ Ein materielles Recht (*substantive right*) definiert *Zakrzewski*, S. 13, wie folgt: “a right that exists prior to the commencement of legal proceedings and the making of an order or pronouncement of a court in those proceedings.”

⁴² *Zakrzewski*, S. 4, 50 ff., 53, 61; anders *Burrows*, *Remedies*, S. 2; *Birks*, 20 O. J. L. S. (2000), 1, 19, plädiert generell dafür, von *Rechten* statt von *remedies* zu sprechen.

⁴³ *Zakrzewski*, S. 50.

Als *remedy* versteht *Zakrzewski* stets ausschließlich die Gerichtsentscheidung. Dem sekundären Recht werde dadurch zur Wirksamkeit verholfen, dass das Gericht es in eine konkrete Anordnung umwandelt (*replicative remedy*).⁴⁴ Im Falle der Schadensersatzhaftung werde dadurch festgelegt, welche konkrete Summe als Ersatz zu leisten ist.⁴⁵ Auch nur *sekundäre Rechte*, die unabhängig von einer gerichtlichen Anordnung entstehen, als *remedies* zu begreifen,⁴⁶ soll daran scheitern, dass von Gerichten auch primäre Rechte unmittelbar verwirklicht werden. Beispielhaft verweist er auf die gerichtliche Anordnung eines Bereicherungsausgleichs (z. B. ein *right to restitution* wegen irrtümlicher Zahlung).⁴⁷ Einer einheitlichen Klassifizierung wegen besteht *Zakrzewski* darauf, nur die gerichtliche Entscheidung, durch welche das primäre Recht in Form der Anordnung eines *replicative remedy* verwirklicht wird, zum *Law of Remedies* zu zählen. *Remedies* seien selbst Rechte. Durch die gerichtliche Anordnung entstehe ein „Rechtsverhältnis“, aus dem unmittelbar bestimmte Rechte und Pflichten folgten.⁴⁸

“We call these particular rights ‘remedies’ as there is no other distinct name for such rights in our jurisprudence. By calling them remedies, we can distinguish them from substantive rights.”⁴⁹

Dass aber gerade auch das Recht auf Schadensersatz zu den *remedies* gehören muss, kritisiert *Burrows* zu Recht. Der Ansatz von *Zakrzewski* sei zwar konsequent, aber der Mehrwert einer übergeordneten Betrachtung von „Rechtsfolgen“ werde genommen, wenn man Schadensersatz nicht mitbehandelt.⁵⁰

2. Rechtsnatur von remedies

Aufschlussreich für die Erfassung von *remedies* ist vor allem der Blick auf deren Rechtsnatur.⁵¹ Überwiegend wird das „Recht der Rechtsbehelfe“ (*remedial*

⁴⁴ *Zakrzewski*, S. 55: “Where the claimant’s substantive right correlates with a duty on the defendant, a remedy may ‘replicate’ the right by restating the defendant’s duty.” “Such a restatement of a substantive right in an order will be called ‘replication’.”

⁴⁵ *Zakrzewski*, S. 50 f.; vorher stehe schließlich noch nicht fest, wieviel letztlich zu zahlen ist, insbesondere bei *punitive damages*, vgl. *Smith*, *Law of Damages*, S. 33, 42; in Deutschland wird davon ausgegangen, dass dies (selbst z. B. bei Schmerzensgeld) nur ein faktisches Problem ist, vgl. *Dedek*, 56 *McGill L. J.* (2010), 77, 107 f.

⁴⁶ Vgl. *Covell/Lupton*, S. 4 f., mit Blick auf *Austin* (näher u. § 1 II); vgl. *Zakrzewski*, [2003] *L. M. C. L. Q.*, 477, 482 (Fn. 29).

⁴⁷ *Zakrzewski*, S. 51, 112 ff.; ob es dabei auf eine Rechtsverletzung ankommt, wird nicht ganz klar, vgl. S. 103 a. E. und S. 112 ff.

⁴⁸ *Zakrzewski*, S. 46 f., 55; *ders.*, [2003] *L. M. C. L. Q.*, 477, 480 f.

⁴⁹ *Zakrzewski*, S. 47.

⁵⁰ *Burrows*, *Remedies*, S. 2.

⁵¹ Mit Blick auf das Kollisionsrecht (zum US-Recht) *Neufang*, S. 250 f.

law) sowohl vom materiellen Recht (*substantive law*) als auch vom Prozessrecht (*procedural law*) abgegrenzt.⁵²

“[...] remedies questions and remedies law are quite distinct from both substance and procedure.”⁵³

Es muss demnach scharf differenziert werden, welches materielle Recht verletzt wurde und mit welchem *remedy* ein Gericht der Rechtsverletzung abhilft. Zugleich sind die Regeln, nach welchen das Gericht entscheidet, welches *remedy* anzuordnen ist, von den Regeln, die das Verfahren, also den Prozess, um vom „Recht zum Rechtsbehelf“ zu gelangen, auseinander zu halten.⁵⁴ Einerseits muss also das Gericht die einschlägige Rechtsfolge erst anordnen, andererseits ist die Frage, wie eine Rechtsverletzung zu sanktionieren ist, durch das materielle Recht vorgezeichnet,⁵⁵ vor allem wenn dies materielle sekundäre Rechte determinieren.⁵⁶ Häufig entscheidet erst „die Kombination aus materiellen Anspruchsvoraussetzungen und prozessualer Geltendmachung“, ob eine bestimmte Rechtsfolge im Einzelfall gewährt wird.⁵⁷ Das *Law of Remedies* nimmt somit eine eigentümliche Zwischenstellung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht ein.⁵⁸

“The law of remedies falls somewhere in between procedure and primary substantive rights. Remedies are substantive, but they are distinct from the rest of the substantive law, and sometimes their details blur into procedure.”⁵⁹

Es finden sich aber auch tendenziell mehr materiellrechtlich geprägte Sichtweisen.⁶⁰ Entsprechend versteht *Tilbury* mit Blick auf das australische Recht unter einem *remedy*:

⁵² *Dobbs*, S. 2; *Zakrzewski*, S. 5; *Samuel*, S. 40: “when it comes to remedies this distinction can break down as a result of the legacy of the forms of action which themselves defined substantive ideas mainly through formal rules of procedure.”

⁵³ *Dobbs*, S. 2.

⁵⁴ *Dobbs*, S. 1f.

⁵⁵ *J. Fischer*, S. 10; *Zakrzewski*, S. 58f.: “[...] it is the substantive right which drives the remedy. The remedy usually follows because the substantive right has been infringed.”

⁵⁶ Vgl. *Neufang*, S. 247.

⁵⁷ Vgl. *M. Stürmer*, E. R. P. L. (2011), 167, 176.

⁵⁸ Mit Blick auf die USA *Laycock*, S. 1; *Dobbs*, S. 1f., 21; für Schottland *Walker*, v; vgl. *Dedek*, S. 73 („Zwischenbereich zwischen Sach- und Prozessrecht“); vgl. zum deutschen Recht *Meesmann*, S. 107 (Fn. 14), wonach „Rechtsbehelfe des materiellen Rechts“ in das „Grenzgebiet zwischen Zivilrecht und Prozeß“ gehören.

⁵⁹ *Laycock*, S. 1; vgl. *Dedek*, 56 McGill L. J. (2010), 77, 83.

⁶⁰ *Tilbury*, S. 1, Rn. 1002 (“it is, therefore, clear that a remedy is of the same nature as a right and that both belong to the substantive law.”); vgl. vorsichtig *Waters*, 64 Sask. L. Rev. (2001), 429, 440 (“Perhaps one can go so far as to say that [...] the remedy, too, is seen as substantive law. It is adjectival only in that its role is to support the obligation or property right”); anders *Grosch*, S. 402 („*Injunctions* werden rein prozessual qualifiziert“).

“For the purposes of this book the law of remedies is that branch of *substantive law* which deals with the types of redress available in response to the imposition of liability on a party in civil litigation.”⁶¹

Freilich findet sich auch in dieser Definition eine Bezugnahme auf die Prozesssituation. Die prozessuale Einbettung lässt sich an weiteren Punkten verdeutlichen. Bereits eine sprachliche Beobachtung verdient Beachtung. Während deutsche Gerichte formulieren, dass der Kläger etwas verlangen kann, fragen *common law*-Richter, ob das Gericht etwas zusprechen soll (“to award”).⁶² Besonders markant ist die zentrale Stellung der Gerichte rund um *equitable remedies*. Diese sind von den *remedies at law* beziehungsweise *common law remedies* abzugrenzen. Gekennzeichnet sind *equitable remedies* (wie *specific performance* oder *injunctions*) dadurch, dass es im „Ermessen“ des Richters liegt, ob die begehrte Rechtsfolge gewährt wird (näher u. § 1 III 1 a)). Auch wenn die „Ermessensausübung“ durch Präjudizien vorgegeben ist, soll sich gerade hier die „Rolle des Gerichts als Subjekt der Konfliktlösung“ zeigen.⁶³ Dies wird als „Eigentümlichkeit“ des „*remedy*-Systems“ ausgemacht.⁶⁴ Unterstrichen wird dies dadurch, dass die Gerichte den Vollzug gerichtlicher (Erfüllungs-)Anordnungen zu überwachen haben.⁶⁵ Eine Zuwiderhandlung wird als *contempt of court* geahndet.⁶⁶ Beides hat wiederum Rückwirkung auf die Frage, ob Rechtsfolgen, die einer permanenten gerichtlichen Begleitung bedürfen, überhaupt angeordnet werden.⁶⁷

Weiter illustriert die Debatte, ob *remedies* privatautonomen Dispositionen unterliegen können, den prozessualen Kontext des *Law of Remedies*.⁶⁸ Gegen solche Rechtsfolgenvereinbarungen wird angeführt, dass dadurch in die Kompetenz des Gerichts eingegriffen werde.⁶⁹ Wären Gerichte an Klauseln gebun-

⁶¹ *Tilbury*, S. 4, Rn. 1007 (Hervorhebung nicht im Original); vgl. *Wright*, S. 3 (“That is, secondary rights are what are called remedies”).

⁶² Beispielsweise *Cassel & Co Ltd. v. Broome* [1972] A. C. 1027, *passim*; BGHZ 46, 260 = NJW 1967, 622; *Smith*, 125 H. L. R. (2012), 1727, 1728 (“The most important feature of damage awards is that they are *awards* – that is, that courts issue them.”).

⁶³ *Neufang*, S. 240, 247 ff., insbesondere S. 249 f.

⁶⁴ Vgl. *Neufang*, S. 240, 247 ff., zum „amerikanischen Rechtsdenken“.

⁶⁵ Kritisch *Rowan*, 126 L. Q. R. (2010), 448, 470 f. (mit Blick auf „Rechtsfolgenvereinbarungen“, dazu sogleich).

⁶⁶ *Zakrzewski*, S. 133; *Burrows*, Remedies, S. 3; *Rowan*, 126 L. Q. R. (2010), 448, 470; *Zweigert/Kötz*, S. 481; *Nachtigäller*, S. 115 ff.; vgl. *Hasen*, S. 223 ff.; *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings)* [1998] A. C. 1, 12 (“quasi-criminal procedure of punishment for contempt”).

⁶⁷ Vgl. *Burrows*, Remedies, S. 473; *Lawson*, S. 211; *Rowan*, 126 L. Q. R. (2010), 448, 470 f.

⁶⁸ Grundlegend *Rowan*, 126 L. Q. R. (2010), 448; s. a. *Lawson*, S. 41 ff.; *Burrows*, Remedies, S. 444 f.; *Nachtigäller*, S. 107 f.; mit Blick auf die USA vgl. Nachweise bei *Neufang*, S. 198; *J. Fischer*, S. 751 ff.; *Remien*, Festschrift Hondius, S. 321, 325 f.; *Zakrzewski*, S. 126, zur Möglichkeit nach Erlass einer gerichtlichen Anordnung, diese wegzuverhandeln.

⁶⁹ Vgl. *Neufang*, S. 197 ff.; zu weiteren Argumenten wie, dass dem Privatrecht Abschreckung fremd sei und dies nicht durch einschlägige Vereinbarungen umgangen werden dürfe

den, mittels derer die Parteien beispielsweise Naturalerfüllung oder Gewinnherausgabe als Wunschrechtsfolgen für Vertragsverletzungen vereinbaren, wäre die Funktion der Gerichte systemwidrig auf ein reines „Abnicken“ („function of the court would be reduced to that of a rubber stamp“)⁷⁰ beschränkt.⁷¹ Auch Vertragsstrafenvereinbarungen (*penalty clauses*) oder der Verabredung von Schadenspauschalierungen wird daher mit Skepsis begegnet.⁷²

3. Einheitliche Ausgestaltung von remedies

Dass *remedies* eine eigene Kategorie von Rechten darstellen, wird nicht zuletzt daran deutlich, dass diese privatrechtsübergreifend einheitlich ausgestaltet sind. Da der Kläger nicht einen bestimmten Anspruch (z. B. einen vertraglichen Erfüllungsanspruch) einklagt, sondern eine Rechtsverletzung geltend macht, der letztlich durch das Gericht abgeholfen wird, überrascht es nicht, dass die Struktur der Anordnung immer gleich ist – unabhängig davon, ob damit einer Vertragsverletzung abgeholfen oder ein Delikt sanktioniert wird. Bereits die Existenz entsprechender Querschnittslehrbücher belegt dies.⁷³ Aus Sicht des BGB ist dies für das Schadensrecht gut nachvollziehbar. Auch hier sind die §§ 249 ff. BGB gleichsam „vor die Klammer“ gezogen und gelten sowohl für deliktische als auch vertragliche Schadensersatzansprüche.⁷⁴ Anders ist dies hingegen bei der „Gewinnherausgabe“: Während im deutschen Recht eine solche Rechtsfolge praktisch über die dreifache Schadensberechnung, handels- beziehungsweise gesellschaftsrechtliche Eintrittsrechte (§§ 61 I, 113 I HGB; § 88 II S. 2 AktG) oder spezielle Anspruchsgrundlagen, unter die sich *auch* die Gewinnherausgabe subsumieren lässt (§ 285 BGB; §§ 687 II S. 1, 681 S. 2, 667 BGB), bewirkt wird,⁷⁵ findet sich im englischen Recht ein einziges, privatrechtsübergreifend einheitlich ausgestaltetes *remedy*: *account of profits*. Das Gericht kann dem Beklagten in ausgewählten Fallgruppen aufgeben, über die erzielten Gewinne Rechnung zu legen und die Gewinne herauszugeben (*account and award of profits*).⁷⁶ Natürlich gibt es auch Rechtsfolgen, die nur

oder dass die Regeln der *equity* nicht ausgehebelt werden dürften vgl. *Rowan*, 126 L. Q. R. (2010), 448, 464 ff.

⁷⁰ *Quadrant Visual Communications Ltd. v. Hutchison Telephone (UK) Ltd.*, [1993] B. C. L. C. 442 (Stocker L. J.).

⁷¹ Kritisch *Rowan*, 126 L. Q. R. (2010), 448, 464 ff., 469 ff.; es müsse auch hier der Grundsatz der Vertragsfreiheit gelten.

⁷² Vgl. freilich selbst kritisch *Rowan*, 126 L. Q. R. (2010), 448, 455 ff., 460 ff.

⁷³ Bereits o. Einleitung I.

⁷⁴ Vgl. *Friedmann*, 113 L. Q. R. (1997), 424 f.; ob es wünschenswert ist, ein einheitliches Schadensrecht zu haben, wird indes bezweifelt, vgl. *Schlechtriem*, ZEuP 1997, 232, 241 f.; *Dreier*, S. 32; einen „Allgemeinen Teil“ für Unterlassungsansprüche gibt es nach h. M. hingegen nicht, s. a. u. § 9.

⁷⁵ Vgl. kritisch *Hofmann*, AcP 213 (2013), 469, 474 ff.

⁷⁶ *Burrows*, Remedies, S. 384 ff.; *Covell/Lupton*, S. 220 ff.

in einer bestimmten Fallgruppe in Betracht kommen. *Specific performance* ist beispielsweise der „Rechtsbehelf“, der gewährt wird, wenn das Gericht – entgegen der Grundregel – die Erfüllung eines Vertrags in Natur anordnet.⁷⁷

Auch Unterlassungsansprüche sind einheitlich ausgestaltet. Mit ihnen sind im anglo-amerikanischen Rechtskreis die von Gerichten verfügten *prohibitory* oder *negative injunctions* vergleichbar.⁷⁸ Demnach ordnet das Gericht an, dass der Beklagte etwas künftig zu unterlassen hat.⁷⁹ Droht eine Rechtsverletzung beziehungsweise zeichnet sich ab, dass sich die Tatbestandsmerkmale eines Klagegrundes (*cause of action*) verwirklichen, kann eine *quia timet injunction* beantragt werden.⁸⁰ Aus rechtsvergleichender Betrachtung ist bemerkenswert, dass der „vertragliche Unterlassungsanspruch“ ebenfalls über die Anordnung einer *injunction* verwirklicht wird. Auch wenn es sich hierbei der Sache nach um Naturalerfüllung handelt, wird nicht die Rechtsfolge *specific performance* verfügt, sondern die bei sämtlichen Unterlassungsanordnungen einschlägige *injunction*.⁸¹

Eine *prohibitory/negative injunction* ist von der *mandatory* beziehungsweise *positive injunction* abzugrenzen. Letztere weist Überschneidungen mit dem deutschen Beseitigungsanspruch auf. Um einem mittels einer *prohibitory injunction* verfügten Unterlassungsgebot nachzukommen, kann der Beklagte jedoch zumindest faktisch ebenfalls zu einem Tun gezwungen sein. Anders als bei der *mandatory injunction* steht ihm aber dabei frei, was er genau tut, um dem Unterlassungsgebot nachzukommen.⁸² Von Interesse sind hier vor allem die *permanent* beziehungsweise *final injunctions*. Diese markieren das Ende eines Gerichtsverfahrens, während *interlocutory injunctions*, vergleichbar mit einer einstweiligen Verfügung, lediglich eine vorläufige Regelung zur Sicherung des status quo bewirken.⁸³

⁷⁷ *Burrows*, Remedies, S. 456 ff.; *Covell/Lupton*, S. 236 ff.; vgl. *Rheinstein*, S. 138 ff.

⁷⁸ Allgemein zu *coercive remedies* *Dobbs*, S. 5 ff.

⁷⁹ *Burrows*, Remedies, S. 511 f.; *Hasen*, S. 143; *Kötz*, AcP 174 (1974), 145, 149, übersetzt den Begriff *injunction* folgendermaßen: „ein[...] Befehl, eine Anordnung, eine Weisung, durch die das Gericht dem Beklagten ein bestimmtes Verhalten gebietet oder verbietet.“

⁸⁰ *Burrows*, Remedies, S. 513; *Zakrzewski*, S. 124 f.; der Kläger muss eine Art Begehungsfahr darlegen (“show that the tort is highly probable to occur and to occur imminently”), vgl. *Emmet*, S. 68; *Attorney-General v. Corporation of Manchester* [1893] 2 Ch. 87; s. a. *Kötz*, AcP 174 (1974), 145, 152.

⁸¹ Vgl. *Neufang*, S. 203.

⁸² *Burrows*, Remedies, S. 512; dazu u. § 8 I 2 b).

⁸³ Vgl. für England *Burrows*, S. 513; für Australien *Covell/Lupton*, S. 264. Mitunter werden Unterlassungsanordnungen zur Sicherung eines Gerichtsverfahrens abgegrenzt. Dazu zählen *Anton Piller injunctions* (*search orders* zur Beweissicherung), *Mareva injunctions* (Anordnungen zum Zwecke der Vermögenssicherung), *anti-suit injunctions* (zur Sicherung der Gerichtszuständigkeit) aber auch *interlocutory injunctions* (zur einstweiligen Sicherung), vgl. *Covell/Lupton*, S. 264 f. Ein materieller Klagegrund (*cause of action*) braucht dabei nicht vorzuliegen (*Covell/Lupton*, S. 271). Die Möglichkeit derartiger Anordnungen folgt aus der Zuständigkeit des Gerichts. Solche das Verfahren vorbereitende beziehungsweise absichernde

II. Das Verhältnis von *rights* und *remedies*

Unabhängig davon, ob *remedies* tendenziell prozessualer oder materieller Natur sind, und unabhängig davon, wie weit oder wie eng man den Begriff fasst, geht es im „Recht der Rechtsbehelfe“ vor allem um die Reaktion der Rechtsordnung auf Unrecht beziehungsweise rechtlich nicht erwünschte Zustände.⁸⁴ Das Augenmerk soll nun auf das Zusammenspiel von materiellen Rechten im engeren Sinne (*substantive rights/ordinary rights*, vielfach ist in diesem Zusammenhang einfach nur von *rights* die Rede) und deren Durchsetzung mittels *remedies* gerichtet werden. Dem anglo-amerikanischen Rechtskreis wird schließlich nachgesagt, streng zwischen *rights* und *remedies* zu trennen. Im Einzelnen wird freilich auch hier unterschiedlich differenziert. Dessen ungeachtet erfährt die zentrale Rolle der Rechtsverletzung regelmäßig besondere Betonung (1.). Praktisch findet sich die Kette *right – wrong – remedy* vor allem im Vertrags- und Deliktsrecht (2.). Im Bereicherungsrecht verhält es sich hingegen anders (3.).

1. Die Rechtsverletzung als Verbindungselement im Zusammenspiel unterschiedlicher Rechtekategorien

Wenn es nun gilt, das Verhältnis von „Rechtsfolgen“ und „Rechten“ im „*remedy*-System“ zu ordnen, stechen zunächst die Analysen deutscher Beobachter ins Auge. *Weller* meint, dass sich das „Rechtsbehelfsmodell“ „durch die Trennung von Primärrechten, den *primary rights*, einerseits und den ihrer Verwirklichung dienenden Rechtsbehelfen, den *remedies*, andererseits“ [auszeichnet].⁸⁵ Tatsächlich wird die Trennung von *rights* und *remedies* vielfach hervorgehoben.⁸⁶ *Neufang* macht hingegen spezifisch für das amerikanische Recht „[d]as Denken in den Kategorien von Rechtsverletzung und *remedy*“ als „Eigentümlichkeit“ aus.⁸⁷ Er zitiert dabei *Laycock*, der sein Werk *Modern American Remedies* in diesem Sinne mit dem bereits oben referierten Satz einleitet:

Verfügungen sind hier nicht von Interesse. Es handelt sich nicht um *remedies* im engeren Sinne, die unmittelbar materielle Rechte verwirklichen, vgl. *Zakrzewski*, S. 45.

⁸⁴ *Barker*, 57 C. L. J. (1998), 301, 319, spricht von *primary injustices*.

⁸⁵ *Weller*, JZ 2008, 764, 764, 767 f.

⁸⁶ *Adar/Shalev*, 23 Tul. Eur. & Civ. L. F. (2008), 111, 113 f., 121; *Dedek*, 56 McGill L. J. (2010), 77, 83 ff.; *Hammond*, S. 87, 89, 90 f.; *Barker*, 57 C. L. J. (1998), 301 f., 319 ff.; *Dobbs*, S. 22 ff.; die Rede ist auch von einer Trennung von *liability* und *remedy*, vgl. *Evans*, 23 Syd. L. R. (2001), 463, 480, 481; *Smith*, 125 H. L. R. (2012), 1727 ff.; *Burrows*, English Private Law, Rn. 21.02 (“[...] there is a division [...] between issues going to liability [...] and issues going to remedies”).

⁸⁷ *Neufang*, S. 240, 242 ff., 406 f.; die Rechtsverletzung als Klagevoraussetzung soll „als allgemeines Prinzip betrachtet“ werden, das auch für „Forderungen“ gelten soll.

“A remedy is anything a court can do for a litigant who has been wronged or is about to be wronged.”⁸⁸

Die zentrale Rolle der Rechtsverletzung taucht auch bei *Burrows* auf. In der Einleitung seines Standardwerks *Remedies for Torts and Breach of Contract* schreibt er:

“[...] this book examines what a person can obtain from a court to counter an infringement (or threatened infringement) of his or her legal rights by a tort or breach of contract.”⁸⁹

Den Ausgangspunkt bilden nach dieser Definition jedoch Rechte (“legal rights”).⁹⁰ Wie es um das Verhältnis von Rechten und deren Durchsetzung bestellt ist, hat die englischen Rechtsgelehrten früh beschäftigt. *Blackstone* hat dabei die Kette *Recht – Rechtsverletzung – remedy* herausgearbeitet.⁹¹ *Birks* fasst diesen, das englische Recht bis heute prägenden Ansatz prägnant zusammen:

“However, the key to Blackstone’s scheme is that it is in the nature of a sequence: a person going about his daily business has certain rights. Those rights may be violated, so that he thereby suffers a wrong. If he suffers a wrong, the law will grant him an action, which will be the instrument by which he will obtain his remedy.”⁹²

Austin hat demgegenüber die Unterscheidung zwischen primären und sekundären Rechten herausgestellt:

“Rights and duties not arising from delicts, may be distinguished from rights and duties which are consequences of delicts, by the name of ‘primary’ (or principal). Rights and duties arising from delicts, may be distinguished from rights and duties which are not consequences of delicts by the name of ‘sanctioning’ (or ‘secondary’).”⁹³

Entscheidend war für ihn, dass primäre Rechte unverletzt gedacht werden können.⁹⁴ In einer Welt, in der die Rechte bedingungslos befolgt würden, be-

⁸⁸ *Laycock*, S. 1; s. a. *Lawson*, S. 1, 3 f.; *J. Fischer*, S. 1 ff.; *Adar/Shalev*, 23 Tul. Eur. & Civ. L. F. (2008), 111, 115; “Remedies are the law’s response to a wrong (or, more precisely to a cause of action)”, *Attorney General v. Blake* [2001] 1 A. C. 268, 284 (Lord Nicholls).

⁸⁹ *Burrows*, Remedies, S. 1; vgl. zur Trennung von *wrongs* und *remedies* *Wright*, Sing. J. Legal Stud. (2001), 300, 313 ff.

⁹⁰ *Remedies* sind auf vorgelagerte Rechte bezogen, *Australian Broadcasting Corporation v. Lenah Game Meats Ltd.* [2001] H. C. A. 63 (“[...] an injunction is a curial remedy. Because it is a remedy, it is axiomatic that it can only issue to protect an equitable or legal right or, which is often the same thing, to prevent an equitable or legal wrong”, Gaudron J., Rn. 60).

⁹¹ *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, Buch I–IV, insbesondere Buch I Kapitel I und Buch III Kapitel II.

⁹² *Birks*, 20 O. J. L. S. (2000), 1, 5; *Waters*, 64 Sask. L. Rev. (2001), 429, 435, bildet die Kette *Liability – Breach – Remedy*.

⁹³ *Austin*, S. 788.

⁹⁴ *Austin*, S. 791: “I will define primary rights and duties to be those which do not arise from violations of other rights or duties directly.”

dürfte es keiner sekundären Rechte.⁹⁵ *Holland*, der entsprechend von “rights ‘antecedent’” und “rights ‘remedial’” spricht, sieht den Unterschied ähnlich darin, dass erstere „um ihrer selbst willen“ bestehen, während letztere wegen einer Verletzung als Ersatz für erstere gewährt werden (“given merely in substitution or compensation”).⁹⁶ Nur einen Perspektivenwechsel begründet die Unterscheidung von *primary obligations* und *secondary obligations*, die vor allem im Vertragsrecht hochgehalten wird.⁹⁷ Dieser Ansatz, der Pflichten in den Mittelpunkt rückt, geht auf *Lord Diplock* zurück. So erklärt er beispielsweise in *Lep Air Services*:⁹⁸

“But for his primary obligations there is substituted by operation of law a secondary obligation to pay to the other party a sum of money to compensate him for the loss he has sustained as a result of the failure to perform the primary obligations.”⁹⁹

Das Vertragsrecht kann ohne Weiteres zugleich aus der Perspektive des Gläubigers dargestellt werden. So kann von einem “right to the performance of a contractual obligation”¹⁰⁰ oder von einem “right [...] of a purchaser to have his goods delivered to him”¹⁰¹ – jeweils nicht gleichzusetzen mit dem *remedy specific performance*¹⁰² – gesprochen werden.¹⁰³ Dies führt zurück zur allgemeineren Unterscheidung zwischen *primären Rechten* und *sekundären Rechten*, wobei eben die Rechtsverletzung als Verbindungselement erscheint.¹⁰⁴

Primäre Rechte beschreiben dabei eine ursprüngliche Berechtigung. Sekundäre Rechte haben dienende Funktion.¹⁰⁵ Ihre spezifische Funktion liegt darin, dass sie dem primären Recht mittelbar zur Wirksamkeit verhelfen sollen.¹⁰⁶ Bedeutsam ist dies zum einen, wenn die unmittelbare Durchset-

⁹⁵ *Austin*, S. 790; *Holland*, S. 147 f.; *Pomeroy*, § 1, S. 1; *remedies* interessieren ausschließlich im Konfliktfall, *Albers*, ZEuP 2012, 687, 691.

⁹⁶ *Holland*, S. 147 f.

⁹⁷ Vgl. nur *Attorney General v. Blake* [2001] 1 A. C. 268, 297 f. (Lord Hobhouse); *Riehm*, S. 220 f., 241 f.

⁹⁸ Zur Analyse wichtiger Urteile Lord Diplocks *Dickson*, 9 O. J. L. S. (1989), 441 ff.

⁹⁹ *Moschi v. Lep Air Services Ltd.* [1973] A. C. 331, 350.

¹⁰⁰ *Smith*, Law of Damages, S. 33, 37.

¹⁰¹ *Holland*, S. 147; s. a. *Pearce/Halson*, 28 O. J. L. S. (2000), 73, 75.

¹⁰² Vgl. *Pearce/Halson*, 28 O. J. L. S. (2000), 73, 75: “The most obvious means of vindicating the claimant’s right to performance of the contract is to order the defendant to perform. Where the relevant obligation is to convey an interest in land, refrain from doing something, or pay a sum of money, the English courts will generally vindicate the claimant’s corresponding right by *specific performance* prohibitory injunction, or judgment for the fixed sum.” (Hervorhebung nicht im Original).

¹⁰³ Vgl. *Wright*, S. 8; *Pomeroy*, § 1, S. 1 f., *Weller*, S. 141.

¹⁰⁴ *Wright*, S. 3; *Covell/Lupton*, S. 4 f.; *Zakrzewski*, S. 13; was als primäres beziehungsweise sekundäres Recht gilt, ist bisweilen umstritten, *Zakrzewski*, S. 15, 16; s. a. *Tilbury*, S. 1 f., Rn. 1003.

¹⁰⁵ *Barker*, 57 C. L. J. (1998), 301, 319.

¹⁰⁶ *Zakrzewski*, S. 165.

zung der Primärverpflichtung (mittels des *remedy specific performance* oder einer *injunction*) praktisch nicht weiterführt. Eine Unterlassungspflicht durch eine Unterlassungsanordnung durchzusetzen, macht eine geschehene Rechtsverletzung nicht ungeschehen. Der Berechtigte ist in diesem Beispiel auf ein sekundäres Recht angewiesen.¹⁰⁷ Zum anderen benötigt der Berechtigte ein sekundäres Recht, wenn der unmittelbaren Durchsetzung des Primärrechts bestimmte Interessen oder Wertungen entgegenstehen. So ist beispielsweise die Leistung persönlicher Dienste aus „*policy*-Gründen“ nicht direkt durchsetzbar.¹⁰⁸

Zakrzewski's neuerer Ansatz basiert ebenfalls auf der kategorialen Unterscheidung zwischen Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung. Wie bereits angesprochen, unterscheidet er materielle Rechte (genauer: *primary rights* und *secondary rights*) und gerichtliche Anordnungen in Form von *replicative remedies* (genauer: *common law remedies*, *equitable remedies* und *statutory remedies*) zu ihrer Durchsetzung.¹⁰⁹ Auch wenn das primäre Recht beziehungsweise das sekundäre Recht durch die gerichtliche Anordnung inhaltlich nicht verändert wird, handelt es sich bei der gerichtlichen Anordnung um ein *aliud* zum materiellen Recht.¹¹⁰ Man müsse unterscheiden, mit welchem materiellen Recht (*substantive right*) der Kläger bei Gericht erscheint und mit welchem *remedy* er das Gericht wieder verlässt.¹¹¹ In der Tat ist nicht jedes Recht direkt durchsetzbar. In einem solchen Fall treten sekundäre Rechte auf den Plan.¹¹²

“The need for secondary rights arises because [...] some primary rights are not replicated in court orders or pronouncements [...]. Secondary rights thus supplant or reinforce infringed primary rights so that the latter may be given at least indirect effect by the court. They supplant primary rights where the latter cease to exist on infringement; they reinforce primary rights where the latter continue to exist but for some reason replication would not adequately effectuate the primary right in question.”¹¹³

Zakrzewski kann vorgeworfen werden, ebenfalls keine stringente Klassifizierung zu bieten. Teils baut seine Systematisierung auf einem Zweierschritt auf, teils auf einem Dreierschritt.¹¹⁴ Kann ein primäres Recht direkt durchgesetzt

¹⁰⁷ *Zakrzewski*, S. 165; Gleiches gilt, wenn das primäre Recht durch die Rechtsverletzung erlischt (z. B. das Recht auf körperliche Integrität im Falle eines Totschlags), *Zakrzewski*, S. 104f.

¹⁰⁸ *Zakrzewski*, S. 59 ff., 103, 105, 165.

¹⁰⁹ *Zakrzewski*, S. 84 (Abb. 5.1), S. 103 ff. (Kap. 7–12); daneben grenzt er *transformative remedies* ab; durch sie wird etwas angeordnet, was in dieser Form materiellrechtlich nicht vorgegeben ist, *Zakrzewski*, S. 203 ff.

¹¹⁰ Vgl. *Zakrzewski*, S. 92f., 137 (“Contractual rights continue to exist after the remedy is given”); bereits o. § 1 I.

¹¹¹ *Zakrzewski*, S. 103.

¹¹² *Zakrzewski*, S. 53 ff.

¹¹³ *Zakrzewski*, S. 165.

¹¹⁴ Vgl. zu diesem Gedanken *Birks*, 20. O. J. L. S. (2000), 1, 30. Er setzt sich insoweit

werden, gibt es nur die Unterscheidung zwischen dem *primary right* (z. B. *right to restitution*) und dem gerichtlich angeordneten *replicative remedy*.¹¹⁵ Sekundäre Rechte spielen keine Rolle. Auch ein Eigentumsrecht kann auf diese Weise direkt eingeklagt werden, ohne dass es wie im deutschen Recht eines § 1004 BGB vergleichbaren sekundären Rechts bedarf.¹¹⁶ Kann ein primäres Recht hingegen nicht unmittelbar eingeklagt werden (z. B. das vertragliche Recht auf Lieferung der Kaufsache), sind drei Ebenen zu unterscheiden: An die Stelle des primären Rechts tritt ein sekundäres Recht; dieses Recht wiederum wird dann in Form einer gerichtlichen Anordnung neu ausgesprochen (“If the action is successful, the court’s command will give rise to a new duty to pay compensation (the remedy) that restates and thus authoritatively confirms the prior secondary duty”).¹¹⁷ Prozessualen Anordnungen stehen mal ein, mal zwei materielle Rechte voraus.

2. Beispiele für die Kette right – wrong – remedy

Das Denken in Kategorien von Rechten und *remedies* (in einem weiteren Sinne) und die zentrale Bedeutung von Rechtsverletzungen (*wrongs*)¹¹⁸ als das Rechtsfolgen auslösende Moment ist vor allem im Vertrags- und Deliktsrecht anzutreffen.

“In our own jurisdiction, the same approach [analytical divide between remedy and right] is so well established in contract and tort that it is regarded as almost entirely uncontroversial.”¹¹⁹

Unter einem rechtsvergleichenden Blickwinkel wird herausgestellt, dass die vertraglichen *primary rights* weniger von Interesse sind, da das Recht vollständig erst über eine Analyse der *remedy*-Ebene erfasst werden kann.¹²⁰ So mag zwar das primäre Recht des Käufers zur Lieferung der gekauften Waren bereits mit Vertragsschluss entstehen.¹²¹ Ein *breach of contract*, wozu ausdrücklich die Nichtleistung zählt, wird dessen ungeachtet regelmäßig nur mit dem *remedy* Schadensersatz (*damages*) sanktioniert. Theoretisch kann Er-

kritisch mit der Rechtsansicht von *Barker*, 57 C. L. J. (1998), 301, 319 ff., auseinander. Dazu sogleich u. im Text.

¹¹⁵ *Zakrzewski*, S. 103 ff.

¹¹⁶ Vgl. *Zakrzewski*, S. 121 ff., 126, 129 ff.; vgl. auch u. § 2 II 2.

¹¹⁷ Vgl. *Zakrzewski*, S. 54 ff., 134 ff., 165 ff., 166; während *Zakrzewski* bei Unterlassungsverfügungen auf ein primäres Recht zurückgreifen kann, muss er dieses bei dem „sekundären Recht“ Gewinnherausgabe konstruieren, um seinen Ansatz der „gerichtlichen Verdoppelung“ des materiellen Rechts durchzuhalten, *Zakrzewski*, S. 187 und S. 50 f.

¹¹⁸ Der Begriff umfasst sowohl vertragliches wie deliktisches Unrecht; vgl. *Lawson*, S. 3 f., der den Begriff besonders weit versteht; zu *Restitution for Wrongs Virgo*, Part IV, S. 423 ff.

¹¹⁹ *Barker*, 57 C. L. J. (1998), 301, 302.

¹²⁰ Vgl. *Weller*, S. 123, mit Blick auf *Rheinstein*, S. 242 ff.

¹²¹ *Weller*, 139 f., 400 f.

füllung (*specific performance*) nur ausnahmsweise verlangt werden, obgleich der Inhalt des Vertrags auf Naturalerfüllung ausgelegt ist. Nur in diesem Fall ordnet das Gericht an, dass der Beklagte genau das zu tun hat, was er nach dem materiellen Recht zu tun hätte.¹²² Keine Aufmerksamkeit bekommt hier ausdrücklich die Frage, ob ein Erfüllungszwang die Regel oder die Ausnahme sein sollte.¹²³ Es interessiert einzig, dass Erfüllung als Rechtsfolge einer separaten, eigenständigen Entstehungsvoraussetzungen unterliegenden gerichtlichen Anordnung bedarf.¹²⁴ Selbst wenn Naturalerfüllung die Regel wäre, bleibt die analytische Trennung zwischen *breach of contract* und der einschlägigen Sanktion bestehen. Die Nichtleistung erscheint als *wrong*, der abzuhelpen ist.

Vertrauter sind dem deutschen Juristen sowohl der Begriff der Rechtsverletzung als auch die Trennung von Recht und Rechtsdurchsetzung bei Ausschließlichkeitsrechten (vgl. nur §§ 903 BGB i. V. m. § 1004 I BGB).¹²⁵ So ist beispielsweise im US-Patentrecht über 35 U. S. Code § 154 (a) (Patents) dem Patentinhaber ein Ausschließlichkeitsrecht zugewiesen. Die Durchsetzung dieses "right to exclude" ist explizit einer anderen Norm, der Regelung des 35 U. S. Code § 283 (Injunction), vorbehalten. Dort sind die Voraussetzungen für den Zuspruch einer Unterlassungsanordnung kodifiziert. Diese Unterscheidung betont auch der *US Supreme Court*:

"But the creation of a right is distinct from the provision of remedies for violations of that right."¹²⁶

Auch im Falle von Verhaltensunrecht findet sich die Zweiteilung. Dies lässt sich beispielsweise beim *tort of passing off* nachweisen¹²⁷ oder beim *tort of negligence*, wo es um die Verletzung von Sorgfaltspflichten geht.¹²⁸ Ausgangspunkt ist hier die Verwirklichung eines Unrechtstatbestands, der dann bestimmte *remedies* auslösen kann. Auch wenn hier nicht ausdrücklich von einem Recht am „Goodwill“ oder einem Recht auf Nicht-Störung die Rede ist, erscheint das jeweilige *remedy* klar vom Deliktstatbestand abgrenzbar und einer eigenständigen Betrachtung zugänglich.¹²⁹ Die Betonung liegt hier nur weniger auf einer Rechts- als auf einer Pflichtverletzung. Bereits oben wurde angedeutet,

¹²² *Dedek*, 56 McGill L. J. (2010), 77, 109 ff.; *Weller*, S. 143, 402 ff.; *Riehm*, S. 120 ff.; vgl. *Holmes*, 10 H. L. R. (1897), 457, 462.

¹²³ In diesem Sinne auch u. § 5 I 3.

¹²⁴ *Weller*, 400 ff.; *ders.*, JZ 2008, 764, 768.

¹²⁵ Dazu u. § 2 II und § 5 III 2.

¹²⁶ *eBay Inc. v. MercExchange L. L. C.*, 547 U. S. 388, 392 (2006).

¹²⁷ Beispielsweise *My Kinda Town Ltd. v. Soll* [1982] F. S. R. 147, mit Blick auf *account of profits*.

¹²⁸ *Weir*, S. 29 ff.; vgl. *Donoghue v. Stevenson* [1932] A. C. 562.

¹²⁹ Vgl. *Weir*, S. 150.

dass allgemein nicht ausschließlich von *rights* und *remedies*, sondern (auch) von *obligations* und *remedies* gesprochen wird.¹³⁰

3. Sonderfall Bereicherungsrecht

Nicht jede Rechtsfolgenanordnung baut jedoch auf einer Rechtsverletzung auf. Die Rede ist von „not-wrongs“.¹³¹ Ob daher insbesondere dem Bereicherungsrecht eine strikte Trennung zwischen *rights* und *remedies* zugrundeliegt („separate remedial focus“¹³²), ist strittig.¹³³ Im englischen *Law of Restitution* wird zwischen *restitution of an unjust enrichment* und *restitution for wrongs* unterschieden.¹³⁴ Relativ unproblematisch ist die Abspaltung von *remedies* im Falle von *restitution for wrongs*, also bei der Gewährung „abschöpfender“ beziehungsweise „bereicherungsrechtlicher Rechtsbehelfe“ für Rechtsverletzungen.¹³⁵ Wird ein Vertrag verletzt, kann ausnahmsweise auch der vom Verletzer erzielte Gewinn herausverlangt werden.¹³⁶ Ob aber eben das *remedy* Gewinnherausgabe (*account of profits*) angeordnet wird oder andere *remedies* ausreichend sind, ist Gegenstand heftiger Diskussionen.¹³⁷ Genau dies belegt jedoch die Trennung zwischen dem (verletzten) Recht und dem einschlägigen *remedy*.

Schwieriger wird es in Fällen, in denen nach deutscher Systematik die Leistungskondition einschlägig wäre. Im englischen Recht handelt es sich vergleichbar um Fälle, bei denen die ungerechtfertigte Bereicherung selbst der Klagegrund ist (*unjust enrichment at the claimant's expense*).¹³⁸ Wenn beispielsweise irrtümlich an den Schuldner gezahlt wird, ist eine Rückforderung

¹³⁰ Vgl. *Waters*, 64 Sask. L. Rev. (2001), 429, 429 f. (“The apposition in my title is liability and remedy, which is coterminous for my purposes with obligation and remedy, or right and remedy”), 432.

¹³¹ *Birks*, 20 O. J. L. S. (2000), 1, 14, 25 ff.; vgl. *Barnett/Harder*, S. 4.

¹³² Vgl. *Barker*, 57 C. L. J. (1998), 301.

¹³³ *Tilbury*, S. 2, Rn. 1004; *Zakrzewski*, S. 112 f., macht den unscharfen *remedy*-Begriff als Ursache aus.

¹³⁴ *Burrows*, *Restitution*, S. 9, 5 (“[T]he law of restitution [...] covers two different areas: restitution of an unjust enrichment, where the unjust enrichment at the claimant’s expense is the cause of action, and restitution for wrongs where a civil wrong is the cause of action.”); letzteres ist im weitesten Sinne mit der Eingriffskondition nach §812 I S. 1, 2. Alt. BGB vergleichbar; die genauere Systematisierung des *Law of Restitution* ist umstritten, vgl. *Virgo*, S. 425 ff.; er will v. a. *restitution for wrongs* nicht auf das “unjust enrichment-principle” stützen; vgl. aber *Burrows*, *Restitution*, S. 5.

¹³⁵ Vgl. *Virgo*, S. 425.

¹³⁶ *Attorney General v. Blake* [2001] 1 A. C. 268; anders *Experience Hendrix L. L. C. v. PPX Enterprises Inc.* [2003] 1 All E. R. (Comm) 830; *Vercoe v. Rutland Fund Management Ltd.* [2010] EWHC 424 (Ch.).

¹³⁷ *Virgo*, S. 492 ff.; *Burrows*, *Restitution*, S. 663 ff., 671 ff. m. w. N.

¹³⁸ *Burrows*, *Restitution*, S. 4 f.