

# Zivilrechtswissenschaft





# Zivilrechtswissenschaft

Bausteine für eine Zivilrechtstheorie

Herausgegeben von  
Jens Eisfeld,  
Diethelm Klippel †,  
Martin Löhnig  
und Louis Pahlow

Mohr Siebeck

*Jens Eisfeld*

ist Professor für Zivilrecht an der Privaten Universität im Fürstentum Liechtenstein (UFL) und ebendort Leiter des „Instituts für Liechtensteinisches Recht und Rechtstheorie“.

*Diethelm Klippel (1943–2022)*

war von 1995–2012 Ordinarius für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte an der Universität Bayreuth.

*Martin Löhnig*

ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte sowie Kirchenrecht an der Universität Regensburg.

*Louis Pahlow*

ist Inhaber des Lehrstuhls für Neuere und Neueste Rechtsgeschichte, Zivilrecht und Gewerblichen Rechtsschutz an der Goethe-Universität Frankfurt a. M.

ISBN 978-3-16-162771-2 / eISBN 978-3-16-162772-9

DOI 10.1628/978-3-16-162772-9

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

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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

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

Printed in Germany.

# Inhaltsverzeichnis

*Jens Eisfeld/Louis Pahlow*

Rechtstheorie und Privatrecht. Zur Einführung . . . . .	1
---	---

## 1. Teil: Grundlagen der Zivilrechtswissenschaft

*Alexander Hellgardt*

Gibt es eine eigenständige Zivilrechtswissenschaft? . . . . .	7
---	---

*Diethelm Klippel †*

Juristische Zeitgeschichte .....	41
----------------------------------	----

*Jens Eisfeld*

Rechtsphilosophie und Theoriebildung im Zivilrecht.....	85
---	----

## 2. Teil: Zivilrechtswissenschaft im Kontext

*Stephan Rixen*

Verfassungsrecht und Zivilrecht – oder: Zurück zur Verfassung. Kritische Relektüre der „Lüth“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts .....	139
--	-----

*Louis Pahlow*

Zivilrechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft.....	157
--	-----

*Martin Otto*

Das Zivilrecht, das es nie gab. Das Verhältnis von Zivilrecht und Politik als Anwendungsfeld für kontrafaktische und biographische Fragestellungen am Beispiel des Familiennamensrechts .....	179
---	-----

## 3. Teil: Systematik und Methoden

*Bernd Mertens*

Kodifikation, Dekodifikation, Rekodifikation.....	205
---	-----

*Franz Hofmann*

Grundzüge einer Allgemeinen Zivilrechtslehre..... 237

*Michael Zwanzger*

Dispositives und zwingendes Recht..... 259

*Clemens Höpfner*

Die Gesetzesauslegung ..... 303

*Dirk Looschelders*

Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe ..... 331

*Christian Fischer*

Rechtsfortbildung und Richterrecht ..... 365

*Anne Sanders*

Internationalisierung des deutschen Zivilrechts ..... 405

*Felix Wilke*Auf dem Weg zu einer vergleichenden und transnationalen  
Zivilrechtstheorie..... 435

#### 4. Teil: Dogmen und Teilgebiete

*Jens Eisfeld*

Die Rechtsperson ..... 471

*Karl-Nikolaus Peifer*

Theorie der Persönlichkeitsrechte ..... 519

*Herbert Zech*Materielle und immaterielle Güter. Die Güterzuweisungsfunktion  
des Privatrechts ..... 547*Stefan Arnold*Privatautonomie, Vertrag und Gleichheit. Das Privatrecht in seiner  
politischen Dimension ..... 571*Martin Löhnig*„Verschuldrechtlichung des Familienrechts“. Das Familienrecht als Teil  
des Bürgerlichen Rechts ..... 597

<i>Adam Sagan/Stephan Seiwerth</i>	
Theorie(en) des Arbeitsrechts .....	617
<i>Matthias Maetschke</i>	
Privatrecht und Wettbewerb.....	647
<i>Christoph Althammer</i>	
Materielles Recht und Verfahrensrecht.....	667
Autorenverzeichnis .....	685



# Grundzüge einer Allgemeinen Zivilrechtslehre

*Franz Hofmann*

## I. Das Allgemeine im Besonderen als Baustein einer allgemeinen Zivilrechtslehre

### 1. Komplexe Rechtswelt

Der Befund ist eindeutig: Unsere Rechtsordnung hat mit ihren kaum mehr überschaubaren Gesetzen, Verordnungen und Satzungen, aber auch über die in großer Zahl vorliegenden Leitentscheidungen und fein entwickelten dogmatischen Figuren einen beachtlichen Komplexitätsgrad erreicht<sup>1</sup>. Dies ist zum einen der komplexen Lebenswirklichkeit geschuldet. Allein der Aufstieg des Internets belegt dies eindrucksvoll. Zum anderen lässt sich dies als Kennzeichen einer reifen Rechtsordnung werten. Hohe Komplexität steht synonym für ausdifferenzierte Regelungen und einen hohen Grad an Durchdringung. Eingangs vorgebrachter Befund ist damit – selbst wenn man nicht jedwede Regulierung (im Detail) überzeugend findet – nicht zwingend negativ. Ein Problem tritt gleichwohl klar zu Tage: Je höher die Komplexität, desto größer die Gefahr der Unübersichtlichkeit, Widersprüchlichkeit oder gar Verständnislosigkeit. Oder salopp formuliert: In einer ausgefeilten Rechtsordnung läuft man ständig Gefahr, den Wald vor lauter Bäumen nicht mehr zu sehen.

---

<sup>1</sup> Der bloße Blick auf die Zahl verabschiedeter Gesetze (vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/155525/umfrage/anzahl-der-gesetzesbeschluesse-auf-initiative-von-bundestag-bundesrat-und-bundesregierung/>, 4.7.2023) ist wenig aussagekräftig. Allein das Lauterkeitsrecht bringt über die großen und kleinen Generalklauseln des UWG eine Vielzahl von richterrechtlichen „Regeln“ hervor, die faktisch wie Gesetze gelten; zur Problematik vgl. Rittner, in: Ascheri et al. (Hrsg.), „Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert“, FS für Knut Wolfgang Nörr, 2003, 806.

## 2. Didaktischer Mehrwert durch Herausarbeitung allgemeiner Regeln

Vor diesem Hintergrund gehört es zu einer der Aufgaben der Privatrechtswissenschaft<sup>2</sup>, den Rechtsstoff zu systematisieren<sup>3</sup>. Komplexität wird vor allem dadurch reduziert, dass versucht wird, vermeintliche Besonderheiten auf allgemeine Gedanken zurückzuführen<sup>4</sup>. Dies hat zunächst einen Mehrwert in der Ausbildung. Dem Studierenden mag es beim Studium der Abtretung (§ 398 BGB), der Übertragung des Eigentums an Immobilien nach §§ 873, 925 BGB oder der Übereignung von beweglichen Sachen (§§ 929 ff. BGB) weiterhelfen, Gemeinsamkeiten von Verf ügungsgeschäften zu kennen. So ist allen rechtsgeschäftlichen Rechtsübertragungstatbeständen gemeinsam, dass es auf eine Willensübereinstimmung von Veräußerer und Erwerber ankommt („dingliche“ oder „gegenständliche“ Einigung)<sup>5</sup>. Dies findet sich nicht nur im „Grundtatbestand“ des § 413 BGB (i.V.m. § 398 BGB), sondern lässt sich aus sämtlichen Spezialtatbeständen herausfiltern. Auch ist nur der Inhaber des zu übertragenden Rechts in der Lage, die Verfügung zu bewirken (Verfügungsberechtigung), es sei denn, ein Dritter kann sich auf eine Ermächtigung nach § 185 BGB stützen oder das Gesetz sieht die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs vor (vgl. §§ 932 ff. BGB). Im Urheberrecht beispielsweise ist letzteres aber gerade nicht der Fall<sup>6</sup>. Dass durch diese Gegenüberstellung zugleich die Frage nach dem *Warum* einer unterschiedlichen Behandlung bestimmter Rechte provoziert wird, wird im Laufe des Beitrags noch aufzugreifen sein. An dieser Stelle interessiert zunächst nur, dass die Herausarbeitung allgemeiner Grundsätze von didaktischem Mehrwert sein kann<sup>7</sup>. Die Forderung nach einer stärkeren Grundlagenorientierung in der Ausbildung („grundlagenorientiertes Wissen“<sup>8</sup>) könnte damit im

<sup>2</sup> Die Privatrechtswissenschaft hat selbstverständlich noch weitere Aufgaben. Dazu zählt natürlich, „vorfindliche Rechtssätze kritisch zu reflektieren“, Grünberger/Jansen, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, 2017, 1, 3; zur Berücksichtigung von Folgen zivilrechtlicher Regelungen als Aufgabe der Privatrechtswissenschaft nur Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016; für eine „responsive Rechtsdogmatik“ Grünberger, AcP 219 (2019), 924 und ders., AcP 218 (2018), 213, 243 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, 263 ff.; Canaris, in: Beuthien et al. (Hrsg.), FS für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, 1999, 25, 28 ff.; Petersen, in: Beuthien et al. (Hrsg.), FS für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, 2009, 295; Röthel, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.) (Fn. 2), 193, 200 („Mitwirkung an der Ordnungs- und Maßstabsbildung“ als ureigene Aufgabe der Privatrechtswissenschaft).

<sup>4</sup> Auch gemeinsame Normstrukturen können Verdoppelungen beim Lernen entbehrlich machen, vgl. z.B. § 926 Abs. 1 BGB (vgl. zudem § 311c BGB) und § 29 Abs. 2 DesignG; spezialgesetzliche Informationspflichten, z.B. zur Preispersonalisierung (vgl. Art. 4 Nr. 4 Buchst. a ii) RL (EU) 2019/2161), könnten auch aus der „kleinen Generalklausel“ des § 5a Abs. 1 UWG abgeleitet werden, vgl. F. Hofmann, WRP 2016, 1074, 1080.

<sup>5</sup> F. Hofmann, JA 2008, 253, 255.

<sup>6</sup> Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 8. Aufl. 2017, Rn. 601; Lutz, *Grundriss des Urheberrechts*, 3. Aufl. 2018, Rn. 926.

<sup>7</sup> Vgl. F. Hofmann, ZZP 2013, 83, 105 f., mit Blick auf die Prozessgrundsätze (Dispositionsmaxime, Beibringungsgrundsatz, Beschleunigungsgrundsatz, Prozessökonomie etc.); vgl. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, 2. Aufl. 2006, 3 ff.

<sup>8</sup> Vor allem mit Blick für eine Stärkung der „Grundlagenfächer“ vgl. die Empfehlungen des Wissenschaftsrates (Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen,

Sinne der Betonung von übergreifenden Zusammenhängen und Grundstrukturen des geltenden Rechts interpretiert werden<sup>9</sup>.

### 3. „Allgemeiner Teil“ als Gesetzgebungsweise

Auch der Privatrechtsgesetzegeber verallgemeinert. Er bedient sich der Technik, den besonderen Regeln allgemeine Bestimmungen zur Seite zu stellen. Prominentestes Beispiel ist der „Allgemeine Teil“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs<sup>10</sup>. Namentlich Regelungen zu Willenserklärungen (§§ 116 ff. BGB) oder dem Zustandekommen von Verträgen (§§ 145 ff. BGB) sind „vor die Klammer“ gezogen. Willenserklärungen spielen schließlich nicht nur im Vertragsrecht eine Rolle, sondern auch im Familien- oder Erbrecht. Gleiches gilt für die Frage, wie eine vertragliche Vereinbarung zustande kommt. Im Schuldrecht finden sich in den Abschnitten 1 bis 7 ebenfalls ausgeklammerte Bestimmungen<sup>11</sup>. Auch wenn einzelne Abschnitte und Titel nur für Schuldverhältnisse aus Verträgen gelten (Abschnitt 3) oder gar ausschließlich auf gegenseitige Verträge anwendbar sind (§§ 320 ff. BGB), zeichnen sich die Regelungen des Allgemeinen Teils des Schuldrechts durch einen hohen Abstraktionsgrad aus<sup>12</sup>. Dadurch ist insbesondere die Anwendbarkeit auf neue Vertragstypen (z.B. Bereitstellung digitaler Inhalte<sup>13</sup>) sichergestellt.

Diese Gesetzgebungstechnik ist nicht auf das BGB begrenzt. Im Urheberrecht beispielsweise sind Bestimmungen zur Rechtsdurchsetzung „hinter der Klammer“ zu finden. Schadensersatz-, Unterlassungs- oder Auskunftsansprüche sowie zivilprozessuale Sonderbestimmungen sind im Teil 4 geregelt. Dieser Teil enthält gemeinsame Bestimmungen für das Urheberrecht (Teil 1) und verwandte Schutzrechte (Teil 2). Weitere Beispiele liefert das europäische Privatrecht: In der Geschäftsgeheimnisrichtlinie<sup>14</sup> ist beispielsweise im Kapitel III zu „Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfen“ ein Abschnitt zu „Allgemeinen Bestimmungen“ der Rechts-

---

Empfehlungen, <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>, 4.7.2023); ferner vgl. Bericht des Ausschusses der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister zur Koordinierung der Juristenausbildung, Harmonisierungsmöglichkeiten für die juristischen Prüfungen: Austausch mit den juristischen Fakultäten, 2017 (vgl. [https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/juristenausbildung/bericht\\_ausschuss/KOA-Bericht\\_November\\_2017.pdf](https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/juristenausbildung/bericht_ausschuss/KOA-Bericht_November_2017.pdf), 4.7.2023); s.a. Weber-Grellet, ZRP 2016, 170, 171; Hamburger Initiative zur Reform der Juristenausbildung, ZRP 2016, 205, 206; Stolleis, JZ 2013, 712.

<sup>9</sup> Vgl. mit Blick auf einen Allgemeinen Teil des Rechts des Geistigen Eigentums Tilmann, GRUR 2012, 961 („[...] Verständnis der Normzusammenhänge und damit der Bedeutung der einzelnen Normen zu erleichtern“) und 966; s.a. Möllers, ZfPW 2019, 94, 109.

<sup>10</sup> Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2017, § 3 Rn. 12 ff.

<sup>11</sup> Köhler (Fn. 10), § 3 Rn. 14; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, § 5 Rn. 36.

<sup>12</sup> Vgl. Lorenz, NJW 2007, 1, 8; s.a. Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, § 3 Rn. 19.

<sup>13</sup> Vgl. nunmehr aber §§ 327 ff. BGB; RL (EU) 2019/770.

<sup>14</sup> Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.

durchsetzung vorangestellt<sup>15</sup>. Die Enforcement-RL<sup>16</sup> wiederum widmet sich noch weitergehend schlechthin Durchsetzungsfragen für das gesamte Recht des Geistigen Eigentums. Konkrete Regelungen, aber auch übergreifende Prinzipien (vgl. Art. 3 Enforcement-RL) wurden horizontal harmonisiert<sup>17</sup>.

Bei der beschriebenen Regelungstechnik<sup>18</sup> geht es freilich nicht notwendigerweise darum, grundlegende Rechtsideen zu verallgemeinern und den Spezialbestimmungen voranzustellen. Dies mag zwar bei § 242 BGB oder auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Art. 7 Abs. 1 der Geschäftsgeheimnis-RL als Vorschrift in den Allgemeinen Bestimmungen zur Durchsetzung des Geheimnisschutzes der Fall sein. Viele Regelungen sind vor allem „technischer“ Natur. So regelt beispielsweise § 182 Abs. 1 BGB, dass die Erteilung sowie die Verweigerung der Zustimmung sowohl dem einen als auch dem anderen Teil gegenüber erklärt werden kann, wenn die Wirksamkeit eines Vertrags oder eines einseitigen Rechtsgeschäfts, das einem anderen gegenüber vorzunehmen ist, von der Zustimmung eines Dritten abhängt. Auch wenn § 269 Abs. 1 BGB den Wohnsitz des Schuldners im Zweifel als den Leistungsort benennt, steht letztlich ein sehr spezielles Detail zur Regelung.

Der Vorteil „Allgemeiner Teile“ liegt vor allem in der Rationalisierung<sup>19</sup>. Statt einer Vielzahl von fallspezifischen Einzelbestimmungen genügt die Kodifikation einer abstrakten Regelung. „Parallelgesetzgebung“ wird obsolet<sup>20</sup>. Die damit einhergehende Abstraktion hat darüber hinaus den Vorteil, dass wirtschaftliche oder technische Entwicklungen nicht jedes Mal einer Gesetzesänderung bedürfen<sup>21</sup>. Eine an Einzelfällen orientierte Gesetzgebung kann demgegenüber zu einem Verlust an Übersichtlichkeit führen, auch wenn gleiches als Argument gegen einen allgemeinen Teil angeführt wird<sup>22</sup>. Dies lässt sich am Beispiel der Bestimmungen zu Verbraucherverträgen und Widerrufsrechten eindrücklich studieren (§§ 312 ff., 355 ff. BGB). Allen voran die Bestimmungen zum Beginn der Widerrufsfrist und absoluten zeitlichen Grenzen sind schwer verständlich und mit (nicht immer gut begründbaren) Ausnahmen durchsetzt. Zwar gibt es in § 355 Abs. 2 S. 2 BGB eine allgemeine Regelung; es überwiegen aber die schwer zu systematisierenden Spezi-

---

<sup>15</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat diese Systematik nicht übernommen, vgl. BT-Drucks. 19/4724.

<sup>16</sup> Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.

<sup>17</sup> Vgl. Ohly, ZGE 2010, 365, 379 f.

<sup>18</sup> Auch der umgekehrte Fall kann beobachtet werden: Im UWG 2015 wurde beispielsweise die „vor der Klammer“ liegende Spürbarkeitschwelle in § 3 UWG aufgelöst und als Relevanzklausel in die einzelnen Tatbestände integriert (vgl. exemplarisch § 5 Abs. 1 S. 1 UWG), vgl. BGBl. 2015 Teil I, Nr. 49, 2158 f.

<sup>19</sup> Ahrens, GRUR 2006, 617, 618 („sparsam[er]“ Umfang mit Normtexten); Köhler (Fn. 10), § 3 Rn. 14.

<sup>20</sup> Ahrens, GRUR 2006, 617; kritisch Dietz, GRUR Int. 2018, 1128, 1131 („moderne Gesetze zum GE sind viel zu unbeständig und volatil, so dass selbst bei kleineren Anpassungsänderungen stets die Gesamtkodifizierung angetastet werden müsste.“).

<sup>21</sup> Vgl. beispielsweise Faust, Gutachten A zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, A 88.

<sup>22</sup> Vgl. Ahrens, GRUR 2006, 617, 618 f., der aber selbst „Leseschwierigkeiten“ durch Normaufspaltung beklagt.

albestimmungen (vgl. nur § 356 Abs. 3 BGB)<sup>23</sup>. Der Mangel an kohärenten allgemeinen Regelungen ist nicht nur wenig anwenderfreundlich, sondern birgt auch in der Sache die Gefahr, Gleicher ungleich zu behandeln<sup>24</sup>. So ist unklar, warum beispielsweise § 29c ZPO nicht einen allgemeinen Verbrauchergerichtsstand regelt<sup>25</sup>, sondern ausschließlich für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge gilt. Es wäre ein Gewinn, wenn der europäische Gesetzgeber das Verbraucherrecht unter Abschichtung allgemeiner Bestimmungen neu kodifizieren würde<sup>26</sup>. Ein Vorteil „Allgemeiner Teile“ ist ferner, dass für Abweichungen von der allgemeinen Regel (z.B. § 326 BGB und § 3 EntgFG) die besondere Begründungslast sichtbar wird. Auch außerrechtliche Erkenntnisse lassen sich besser verarbeiten, wenn der Kern der rechtlichen „Figur“ auf den Punkt gebracht werden kann. Auch darauf wird nochmals näher zurückzukommen sein.

#### 4. „Allgemeiner Teil“ als Forschungsprojekt

##### a) Wissenschaftliche Kodifikationsprojekte

Die Rechtswissenschaft arbeitet ebenfalls an „Allgemeinen Teilen“. Im Jahr 2011 haben Hans-Jürgen Ahrens und Mary-Rose McGuire ein „Modellgesetz für Geistiges Eigentum“ vorgelegt<sup>27</sup>. Kern des Projekts ist ein „Allgemeiner Teil“ des Geistigen Eigentums. Als Vorteile wird beschrieben, dass die Spezialbestimmungen „entlastet“ werden können<sup>28</sup>. Wiederholungen würden vermieden<sup>29</sup>. Es kann sichergestellt werden, dass bisherige unterschiedliche Behandlungen, die nicht durch das Wesen der unterschiedlichen Schutzgegenstände bedingt sind („lobby-getriebene Gesetzgebung“<sup>30</sup>), aufgedeckt und abgebaut<sup>31</sup> werden<sup>32</sup>. Der „Allgemeine Teil“ beugt einer „systementfremdenden Interpretation der einzelnen Sonderschutzgesetze“ vor<sup>33</sup>. Es geht dabei auch um den Gleichheitssatz – „methodisch gewendet“<sup>34</sup>.

<sup>23</sup> Vgl. Fritzsche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 355 Rn. 55.

<sup>24</sup> Vgl. Ahrens, GRUR 2006, 617, 618.

<sup>25</sup> Vgl. Zöller/Schultzky, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 29c Rn. 1.

<sup>26</sup> Looschelders, Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2018, § 41 Rn. 31.

<sup>27</sup> Ahrens/McGuire, Modellgesetz für Geistiges Eigentum, Normtext und Begründung, 2012; der Normtextband erschien 2011; s.a. Schöneich, Ein Allgemeiner Teil für das Recht des Geistigen Eigentums?, 2016; Jähnich, Geistiges Eigentum – eine Komplementärerscheinung zum Sach eigentum?, 2002, 370 ff.; vgl. zu einem Allgemeinen Teil des Rechts des gewerblichen Eigentums im Vorentwurf des neuen spanischen Handelsgesetzbuchs Pérez, GRUR Int. 2015, 205.

<sup>28</sup> Ahrens/McGuire, Modellgesetz für Geistiges Eigentum, Normtext, 2011, 58.

<sup>29</sup> Ahrens, GRUR 2006, 617, 619.

<sup>30</sup> Ohly, ZGE 2010, 365, 368.

<sup>31</sup> Zur Möglichkeit von Analogieschlüssen im Markenrecht mit Blick auf das Vorbenutzungsrecht aus § 12 PatG Ahrens, GRUR 2006, 617, 620, mit Verweis auf BGH GRUR 1998, 412 – Analgin; zum Entschädigungsanspruch aus § 33 PatG und seiner möglichen Anwendung im Markenrecht F. Hofmann, GRUR Int. 2010, 376, 377 ff.; dazu auch Ohly, ZGE 2010, 365, 374.

<sup>32</sup> Ahrens/McGuire (Fn. 27), 47; Ohly, JZ 2003, 545, 550; ders., ZGE 2010, 365, 371; Tilmann, GRUR 2012, 961, 962.

<sup>33</sup> Ahrens/McGuire (Fn. 28), 57.

<sup>34</sup> Ahrens, GRUR 2006, 617, 618; Ahrens/McGuire (Fn. 27), 18.

Schließlich kann ein Allgemeiner Teil im Sonderprivatrecht die Kohärenz mit dem allgemeinen Privatrecht besser sicherstellen als Sonderkodifikationen, die Gefahr laufen, ohne sachlichen Grund eine Sonderdogmatik zu entwickeln<sup>35</sup>. Das Risiko des „Auseinanderdriftens“ inhaltlich gleicher oder zumindest verwandter Regelungen wird minimiert<sup>36</sup>. Der „Fachspezialist“<sup>37</sup> muss sich eben auch dem allgemeinen Diskurs stellen<sup>38</sup>.

Neben eher formalen Vorteilen und der Schärfung des Blicks für Sinn und Unsinn abweichender Spezialregelungen lassen sich schließlich zur besseren Orientierung allgemeine Gedanken formulieren<sup>39</sup>. Durch die gemeinsame Betrachtung verwandter Rechtsgebiete kann erkannt werden, was etwaige gemeinsame Grundsätze sein könnten<sup>40</sup>. So ist im Allgemeinen Teil des Modellgesetzes von Ahrens/McGuire der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit verankert (§ 2 Abs. 2 Modellgesetz). Dies kann als Argumentation an anderer Stelle, beispielsweise mit Blick auf den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz (§§ 3 Abs. 1<sup>41</sup>, 4 Nr. 3 UWG<sup>42</sup>), herangezogen werden. Für das Recht des Geistigen Eigentums lässt sich weiter insbesondere der Erschöpfungsgrundsatz anführen<sup>43</sup>. Dass auch hier die Herausarbeitung allgemeiner Grundsätze kein Selbstzweck ist, zeigt die Diskussion um die „digitale Erschöpfung“<sup>44</sup>. Die Kenntnis des hinter der Erschöpfung stehenden Grundprinzips vermeidet vorschnelle Schlüsse bei der sachgerechten Erfassung neuer Phänomene<sup>45</sup>. Deutlich sei angemerkt: Es geht dabei nicht um sture Anwendung von Dogmatik zur „Systemwahrung“, sondern um die Offenlegung von Wertungen und die Umsetzung extra-juridischer Erkenntnisse, namentlich ökonomischer Einsichten<sup>46</sup>. Gemeinsamkeiten finden sich ferner beispielsweise bei Schranken<sup>47</sup>, der „Lizenziierung“<sup>48</sup> oder der Rechtsdurchsetzung<sup>49</sup>. Auch wenn gewarnt wird, dass Unterschie-

<sup>35</sup> Ahrens/McGuire (Fn. 28), 51 f.; vgl. Lobinger/Piekenbrock/Stoffels (Hrsg.), Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik, Tübingen 2014, V.

<sup>36</sup> Vgl. Ahrens, GRUR 2006, 617, 618.

<sup>37</sup> Vgl. Dietz, GRUR Int. 2018, 1128, 1131.

<sup>38</sup> Schönes Beispiel zum Verhältnis von patentrechtlichen Spezialregelungen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen („equity“) US Supreme Court *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388 (2006).

<sup>39</sup> Ohly, ZGE 2010, 365, 371 („guidelines for legislation“) und 373 („horizontal principles [...] can provide orientation“); vgl. auch Ohly (Hrsg.), Common Principles of European Intellectual Property Law, 2012.

<sup>40</sup> Vgl. Pérez, GRUR Int. 2015, 205.

<sup>41</sup> Vgl. BGH GRUR 2016, 725 Rn. 11 ff. – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II*.

<sup>42</sup> BGH GRUR 2016, 725 Rn. 21 ff. und Rn. 25 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II*.

<sup>43</sup> Dazu Durantaye/Kuschel, ZGE 2016, 195; Apel, ZUM 2015, 640.

<sup>44</sup> Vgl. EuGH GRUR 2012, 904 – *UsedSoft*; EuGH GRUR 2020, 179 – *Tom Kabinet*.

<sup>45</sup> Dazu vgl. das Sonderheft der ZGE (2016 Heft 2) zur Verkehrsfähigkeit digitaler Güter.

<sup>46</sup> Kerber, ZGE 2016, 149.

<sup>47</sup> Ohly, JZ 2003, 545, 550 ff., 552 f.; ders., ZGE 2010, 365, 377 ff.; Ahrens, GRUR 2006, 617, 622.

<sup>48</sup> Ahrens, GRUR 2006, 617, 623 f.; Schöneich, Ein Allgemeiner Teil für das Recht des Geistigen Eigentums?, 2016, 203 ff.

<sup>49</sup> Ahrens, GRUR 2006, 617, 617 ff. („Rechtsfolgensystem als sinnfällige[r] Gegenstand eines denkbaren Allgemeinen Teils“) und 621; mit Blick auf die Intermediärhaftung Ohly, ZUM 2015, 308, 314; ders., ZGE 2010, 365, 375 ff.

de (im Detail) in unterschiedlichen Rechtsgebieten (z.B. im Patent-, Marken- und Urheberrecht) nicht übersehen werden dürfen<sup>50</sup>, ermöglicht alles in allem der Blick auf das größere Ganze einheitliche Strukturen zu entdecken<sup>51</sup>. In diesem Sinne kann *Ohly* nur beigeplichtet werden, dass ein „Common Frame of Reference“ auch für das (europäische) Recht des Geistigen Eigentums wünschenswert wäre<sup>52</sup>.

### b) „Allgemeiner Teil“ im weitesten Sinne als allgemeine Lehren

Die Entwicklung allgemeiner „Aussagen“ ist nicht auf die Erarbeitung „Allgemeiner Teile“ im Sinne von „vor die Klammer“ gezogenen Abschnitten in Kodifikationen beschränkt. Auch einzelnen „Rechtsfiguren“<sup>53</sup> wie Gestaltungsrechten<sup>54</sup>, Anwartschaftsrechten<sup>55</sup> oder Ansprüchen<sup>56</sup> können allgemeine Aussagen vorangestellt werden. So kann beispielsweise für sämtliche im Privatrecht auftretende Unterlassungsansprüche gefragt werden, ob sich gemeinsame Tatbestandsmerkmale finden, mithin eine Art „Allgemeiner Teil“ sichtbar wird<sup>57</sup>. Konkret kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Wiederholungs- und Erstbegehungsgefahr (Begehungsgefahr) trotz unterschiedlicher Formulierungen in den einzelnen Anspruchsgrundlagen einheitlich zu beurteilen ist. Oder noch weitergehend: Gilt dieses Tatbestandsmerkmal sowohl für vertragliche als auch für gesetzliche Unterlassungsansprüche<sup>58</sup>? Die Liste mit Beispielen ließe sich mühelos fortführen<sup>59</sup>. Auch dem Privatrecht insgesamt lassen sich übergreifende Strukturprinzipien entnehmen, beispielsweise der Grundsatz der Privatautonomie,<sup>60</sup> das Konsensprinzip<sup>61</sup> oder das Prinzip von

<sup>50</sup> Vgl. *Hoeren*, MMR-Aktuell 2017, 393122; *Dietz*, UFITA 214, 889; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, §1 Rn. 33.

<sup>51</sup> *Ohly*, JZ 2003, 545, 550, 554.

<sup>52</sup> *Ohly*, ZGE 2010, 365.

<sup>53</sup> Mit Blick auf die Privatautonomie spricht *Flume* von „Aktstypen rechtsgeschäftlicher Gestaltung“, *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. 1975, § 1 I, S. 2.

<sup>54</sup> Als allgemeiner Gedanke erweist sich etwa die Bedingungsfeindlichkeit, *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 158 Rn. 28.

<sup>55</sup> F. *Hofmann*, Immaterialgüterrechtliche Anwartschaftsrechte, 2009, 132 ff.

<sup>56</sup> Zum Vergleich von Ansprüchen und „remedies“ im anglo-amerikanischen Rechtskreis F. *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, 13 ff., 51 ff.; ders., JuS 2018, 833 („Anspruchsdenkeln“ und „Remedydenken“).

<sup>57</sup> Vgl. *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000, 37 ff.; F. *Hofmann* (Fn. 56), 2, 24 (Fn. 74) und 363 ff.

<sup>58</sup> Bejahend F. *Hofmann* (Fn. 56), 398 ff., 408 f.; *Köhler*, JZ 2005, 489, 492 f.; anders BGH GRUR 1999, 522, 524 – *Datenbankabgleich*.

<sup>59</sup> Zu Grundgedanken im europäischen Schadensrecht *Heinze*, in: F. *Hofmann*/Kurz (Hrsg.), Law of Remedies. A European Perspective, 2019, Chap. 10; zur Intermediärhaftung aus der Perspektive des Kernzivilrechts und des Wirtschaftsrechts F. *Hofmann*, ZfPW 2021, 385.

<sup>60</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 1 I, S. 1; *Köhler* (Fn. 10), § 5 Rn. 1; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 10 Rn. 27 ff.

<sup>61</sup> *Köhler* (Fn. 10), § 8 Rn. 1, 3.

Treu und Glauben.<sup>62</sup> Zahlreiche Einzelregelungen lassen sich zudem auf den Gedanken des Vertrauensschutzes zurückführen<sup>63</sup>.

## II. Beispielhafte Studien zur allgemeinen Zivilrechtslehre

Bereits jetzt deuten sich aber schon Konturen einer allgemeinen Zivilrechtslehre an. Lassen sich aus den unterschiedlichsten besonderen Regelungen allgemeine Gedanken herausdestillieren? Steht hinter einer Gruppe von Einzelvorschriften ein allgemeines Prinzip<sup>64</sup> oder ist ähnlich eine Spezialnorm letztlich Ausdruck eines größeren Gedankens? Lassen sich gemeinsame Wertungen und vergleichbare Strukturen („gemeinsame Linien“<sup>65</sup>) identifizieren? Bestehen übergreifende Zusammenhänge? Wiederholen sich Argumentationsmuster? Ob sich also im Besonderen Allgemeines finden lässt und ob daraus ein konkreter Mehrwert gezogen werden kann, soll im Folgenden anhand von zwei Beispielen<sup>66</sup> exemplarisch untersucht werden. Dabei sollen mögliche Grundzüge einer allgemeinen Zivilrechtslehre analysiert werden. Die Wahl der Beispiele ist dabei den Forschungsinteressen des Verfassers geschuldet.

### 1. Beispiel 1: Verkehrspflichten und der Gedanke mittelbarer Verantwortlichkeit

Ein Feld, das der Herausarbeitung allgemeiner Grundsätze besonders zugänglich ist, ist die Intermediärhaftung<sup>67</sup>. Allgemeine Gedanken lassen sich hier auch auf europäischer Ebene herausarbeiten<sup>68</sup>. Bei der Intermediärhaftung geht es insbesondere um die Frage der Verantwortlichkeit von Onlinemarktplätzen wie eBay, Bewertungsportalen wie Jameda, sozialen Medien wie Facebook oder auch Plattformen wie YouTube, Suchmaschinen, Accessprovidern und sonstigen Mittelpersonen bzw. Vermittlern<sup>69</sup>, einschließlich Linksetzern, für Rechtsverletzungen Dritter. Kennzeichnend ist, dass für die eigentliche Rechtsverletzung primär ein

<sup>62</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 40. Aufl. 2016, § 32 Rn. 687 ff.

<sup>63</sup> Zu Rechtsschein Vollmachten Köhler (Fn. 10), § 11 Rn. 43 f. und allgemein § 5 Rn. 3 f.; Wolf/Neuner (Fn. 60), § 10 Rn. 82; zum gutgläubigen Erwerb Brox/Walker (Fn. 62), § 2 Rn. 28; § 29 Rn. 639.

<sup>64</sup> Zu Prinzipien vgl. Dworkin, Taking Rights Seriously, 1977, 22 ff.; Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, 52 ff.

<sup>65</sup> Tilmann, GRUR 2012, 961.

<sup>66</sup> Weiteres Beispiel: Grundstrukturen der Güterzuweisung, vgl. Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008; Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012, 63 ff. und; vgl. F. Hofmann, „Absolute Rechte“ an Daten – immaterialgüterrechtliche Perspektive, in: Pertot (Hrsg.), Rechte an Daten, 2019, 9.

<sup>67</sup> Überblick bei Ohly, ZUM 2015, 308; Leistner, ZUM 2012, 722; Czuchowski/J. B. Norde-mann, GRUR 2013, 986; F. Hofmann, JuS 2017, 713; ders., NJW 2021, 274.

<sup>68</sup> Ohly, ZGE 2010, 365, 377; Rosati, GRUR-Prax 2018, 367.

<sup>69</sup> Die Begriffe Vermittler und Mittelperson stammen aus der deutschen Übersetzung von Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL (RL 2001/29/EG) und Art. 11, 3 Enforcement-RL (RL 2004/48/EG). Im europäischen Recht ist in der englischen Sprachfassung von *intermediaries* die Rede.

Dritter verantwortlich erscheint, gleichwohl aber der Intermediär in Haftung genommen werden soll<sup>70</sup>. In Frage steht die Haftung von Unternehmen oder Privatpersonen, die selbst unmittelbar keine Verletzungshandlung vorgenommen haben, allerdings Dritten in haftungsbegründender Weise die Möglichkeit von Rechtsverletzungen verschaffen<sup>71</sup>. In dogmatischer Hinsicht existieren hierfür unterschiedliche Haftungskonzepte, die sich allerdings – und darum soll es in diesem Abschnitt gehen – auf *allgemeine Lehren* zurückführen lassen.

#### *a) Überblick über die dogmatischen Ausprägungen der Intermediärhaftung*

Das europäische Recht gibt in zwei Richtlinien vor, dass die Mitgliedstaaten eine Haftung von Intermediären vorzusehen haben. Art. 8 Abs. 3 der InfoSoc-RL verlangt in diesem Sinne, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden.“ Ähnlich ist der allgemeinere, für sämtliche Rechte des Geistigen Eigentums geltende Art. 11 S. 3 Enforcement-RL formuliert. In Erwägungsgrund 59 der InfoSoc-RL wird zur Begründung ausgeführt, dass diese Vermittler selbst oftmals „am besten in der Lage [sind], diesen Verstößen ein Ende zu setzen.“ Daher sollten die Rechtsinhaber die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Anordnung gegen einen Vermittler zu beantragen, der die Rechtsverletzung eines Dritten in Bezug auf ein geschütztes Werk oder einen anderen Schutzgegenstand in einem Netz überträgt<sup>72</sup>. Die europäischen Vorgaben werden als eine Art „Hilfeleistungspflicht“ interpretiert<sup>73</sup>. Obwohl der Intermediär „rechtlich gesehen nichts Falsches“ getan hat, soll er wie bei „Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not“ vergleichbar mit § 323c StGB auf Grund seiner „guten Position“ an der Schnittstelle zum Verletzer mithelfen, die Rechtsverletzung einzudämmen. Nicht die Verursachung oder gar Verschulden, sondern „die Möglichkeit zu helfen“, wird als maßgeblicher Grund der Vermittlerhaftung ausgemacht<sup>74</sup>. Der EuGH hat auf Basis dieser Überlegungen beispielsweise eine Haftung von Zugangsprovidern für möglich erachtet<sup>75</sup>. Art. 8 InfoSoc-RL kann damit Grundlage für Internetangebotssperren zur Eindämmung von Urheberrechtsverletzungen sein<sup>76</sup>. Selbst herkömmliche Marktplätze können beispielsweise für Markenverletzungen von

<sup>70</sup> F. Hofmann, ZUM 2018, 641, 648; F. Hofmann/Specht-Riemenschneider, ZGE 2021, 48, 54 ff.

<sup>71</sup> Vgl. Ohly, JZ 2019, 251.

<sup>72</sup> Ähnlich Erwägungsgrund 23 Enforcement-RL.

<sup>73</sup> J. B. Nordemann, GRUR 2011, 977, 979.

<sup>74</sup> J. B. Nordemann, GRUR Int. 2018, 526, 532; ders., GRUR-Prax 2014, 513, 514; ders., ZUM 2014, 499, 499 f.; ders., GRUR 2011, 977, 979; Czuchowski/J. B. Nordemann, GRUR 2013, 986, 988, 990; s.a. F. Hofmann, GRUR 2015, 123, 127.

<sup>75</sup> EuGH GRUR 2014, 468 – UPC Telekabel.

<sup>76</sup> Grundlegend Grisse, Internetangebotssperren. Zivilrechtliche Vermittlerhaftung von Internetzugangsanbietern, 2018.

Standmietern haftbar sein<sup>77</sup>. In allen Fällen kommt es aber auf eine Interessenabwägung an. Das folgt nicht nur aus dem Sekundärrecht<sup>78</sup>, sondern auch die europäischen Grundrechte gebieten dies<sup>79</sup>.

Im deutschen Immaterialgüterrecht, allen voran im Markenrecht und (noch) im Urheberrecht<sup>80</sup>, folgt die Haftung von Intermediären aus der Störerhaftung („praeter legem entwickelte und richterrechtlich verfestigte Haftungskategorie sui generis“<sup>81</sup>). In ständiger Rechtsprechung formuliert der BGH: „Als Störer kann bei der Verletzung absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechtsguts beiträgt. Da die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden kann, die die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers nach der Rechtsprechung des Senats die Verletzung von Verhaltenspflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist [...]. Bei der Auferlegung von Kontrollmaßnahmen ist zu beachten, dass Geschäftsmodelle, die nicht in besonderer Weise die Gefahr von Urheberrechtsverletzungen schaffen oder fördern, nicht wirtschaftlich gefährdet oder unverhältnismäßig erschwert werden dürfen“<sup>82</sup>. Einer haftungsbegründenden Kausalität steht eine haftungsbegrenzende Zumutbarkeitsprüfung zur Seite<sup>83</sup>. Schadensersatzansprüche folgen aus der Störerhaftung keine<sup>84</sup>. Herzstück der Störerhaftung ist damit wiederum eine Interessenabwägung<sup>85</sup>. Während bei gefahrgeneigten Geschäftsmodellen höhere Anforderungen an Schutz-, Prüf-, Verhaltenspflichten zu stellen sind<sup>86</sup>, sind die Anforderungen geringer, je weniger der „Störer“ mit der Rechtsverletzung zu tun hat<sup>87</sup>. Das neutrale Geschäftsmodell von Zugangsprovidern lässt daher nur eine subsidiäre Haftung gegenüber anderen Intermediären verhältnis-

---

<sup>77</sup> EuGH GRUR 2016, 1062 – *Tommy Hilfiger*; s.a. EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 125 ff. – *L'Oréal/eBay*.

<sup>78</sup> Zu Art. 3 Enforcement-RL sowie dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten (Art. 15 RL 2000/31/EG) EuGH GRUR 2016, 1062 Rn. 33 f. – *Tommy Hilfiger* und EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 139, 141 – *L'Oréal/eBay*.

<sup>79</sup> EuGH GRUR 2008, 241 Rn. 65 ff. – *Promusicae*; EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 42 ff., 45 – *UPC Telekabel*.

<sup>80</sup> Zu Entwicklungen im Urheberrecht weg von der Störerhaftung zur Täterhaftung vgl. Ohly, ZUM 2017, 793; ders., JZ 2019, 251, 255 (den Tod der Störerhaftung im Urheberrecht voraussagend); s.a. sogleich im Text; vgl. zuletzt EuGH GRUR 2021, 1054 – *Peterson/Google ua u. Elsevier/Cyando [YouTube und uploaded]*.

<sup>81</sup> Ohly, JZ 2019, 251.

<sup>82</sup> BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 15 – *Dead Island*; vgl. BGH GRUR 2010, 633 Rn. 19 – *Sommer unseres Lebens*; BGH GRUR 2008, 702 Rn. 50 – *Internet-Versteigerung III*.

<sup>83</sup> F. Hofmann, ZFG 2016, 304, 305.

<sup>84</sup> BGH GRUR 2015, 1223 Rn. 40 – *Posterlounge*.

<sup>85</sup> Vgl. Ohly, ZUM 2015, 308, 312.

<sup>86</sup> Vgl. BGH GRUR 2013, 1030 Rn. 31 – *File-Hosting-Dienst*; BGH GRUR 2013, 370 Rn. 22 – *Alone in the dark*.

<sup>87</sup> Vgl. F. Hofmann, GRUR 2016, 1064, 1065.

mäßig erscheinen<sup>88</sup>. Praktisch führen die Prüfungspflichten zu einem „*notice-and-take-down*-Verfahren“, genauer: zu „*notice-and-action*“<sup>89</sup>. Nach einem Hinweis auf eine „klare Rechtsverletzung“<sup>90</sup> muss der Intermediär diese abstellen; zugleich hat er dafür Sorge zu tragen, dass sich weitere gleichartige Rechtsverletzungen nicht wiederholen<sup>91</sup>.

Bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten arbeitet die Rechtsprechung ebenfalls mit der Störerhaftung<sup>92</sup>, wenn auch mit leicht modifizierten Begriffen<sup>93</sup> und besonderen Anforderungen an die „Verkehrspflichten“ der Plattformbetreiber. Namentlich der Betreiber eines Bewertungsportals kann für persönlichkeitsrechtsverletzende Kommentare seiner Nutzer als „mittelbarer Störer“ in Anspruch genommen werden. Die Haftung besteht aber nicht, solange der Betreiber die von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben eines ausgeklügelten Rede- und Gegenrede-Verfahrens beachtet<sup>94</sup>. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass es für den Portalbetreiber schwer feststellbar ist, ob ein Kommentar Persönlichkeitsrechte Dritter verletzt. Insbesondere entzieht es sich seiner Kenntnis, ob Tatsachenbehauptungen wahr oder unwahr sind. Durch ein Verfahren, wonach der Plattformbetreiber den Kommentarschreiber zur Stellungnahme auffordern muss und der Betroffene ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme dazu bekommt, soll die Sachlage aufgeklärt werden. Ergibt sich daraus eine rechtswidrige Persönlichkeitsrechtsverletzung oder reagiert der Kommentarschreiber nicht, besteht eine Löschungsverpflichtung der Plattform<sup>95</sup>.

Ein anderes Haftungskonzept findet sich demgegenüber im Lauterkeitsrecht (UWG). Hier besteht eine Täterhaftung aufgrund der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten,<sup>96</sup> die im Übrigen zugleich Schadensersatzansprüche nach sich ziehen kann<sup>97</sup>. Danach gilt: „Wer durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die ernsthafte Gefahr begründet, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, ist auf Grund einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht dazu verpflichtet, diese Gefahr im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen. Wer in dieser Weise gegen eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht verstößt, ist Täter einer unlauteren Wettbe-

---

<sup>88</sup> BGH GRUR 2016, 268 Rn. 82 f. – *Störerhaftung des Access-Providers*.

<sup>89</sup> Ohly / Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 8 Rn. 127.

<sup>90</sup> BGH GRUR 2013, 370 Rn. 28 – *Alone in the dark*.

<sup>91</sup> EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 141, 144 – *L'Oréal/eBay*; BGH GRUR 2013, 370 Rn. 32 – *Alone in the dark*.

<sup>92</sup> BGH GRUR 2016, 855 Rn. 22 – *www.jameda.de*; anders aber BGH GRUR 2013, 751 – *Autocomplete-Funktion*.

<sup>93</sup> Vgl. v. Pentz, AfP 2014, 8, 16.

<sup>94</sup> BGH GRUR 2016, 855 Rn. 24, 38 ff., 42 f. – *www.jameda.de*; BGH GRUR 2012, 311 Rn. 27 – *Blog-Eintrag*.

<sup>95</sup> BGH GRUR 2012, 311 Rn. 27 – *Blog-Eintrag*.

<sup>96</sup> BGH GRUR 2007, 890 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; BGH GRUR 2015, 1129 Rn. 40 ff. – *Hotelbewertungsportal*; BGH GRUR 2014, 883 Rn. 21 f. – *Geschäftsführerhaftung*.

<sup>97</sup> Köhler, GRUR 2008, 1, 3.

werbshandlung“<sup>98</sup>. Auf dieser Basis kann beispielsweise ein Linksetzer haftbar sein, wenn er auf eine Webseite mit irreführenden Inhalten verlinkt. Allerdings hängt die Haftung wiederum an der Verletzung von Verkehrspflichten<sup>99</sup>, so dass eine Inanspruchnahme nicht vor einem Hinweis auf eine Rechtsverletzung (nicht indes auf eine „klare Rechtsverletzung“) möglich ist<sup>100</sup>.

Für das Patentrecht verlangt der BGH ebenfalls die Verletzung einer „Rechtspflicht“, um eine Inanspruchnahme einer Mittelperson zu begründen<sup>101</sup>. Einer Unterscheidung zwischen Täter und Störer will der Xa. Zivilsenat aber keine Bedeutung zumessen<sup>102</sup>.

Im europäischen Urheberrecht folgt die Haftung von Intermediären zunehmend aus dem materiellen Urheberrecht selbst<sup>103</sup>. Durch die Ausdehnung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe bei gleichzeitiger Begrenzung durch subjektive Elemente gelingt es dem EuGH Linksetzer oder Plattformen wie *The Pirate Bay* für ihre mittelbaren Verletzungsbeiträge zu erfassen<sup>104</sup>. Der europäische Gesetzgeber hat im Hinblick auf Upload-Plattformen an diese Vorarbeiten angeknüpft. Ein „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ nimmt eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung vor, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschafft<sup>105</sup>.

#### b) Allgemeine Lehren mittelbarer Verantwortlichkeit

Die gemeinsame Analyse der unterschiedlichen dogmatischen Konstruktionen zeigt, dass in allen Fällen die Haftung an der Verletzung einer richterrechtlich entwickelten Pflicht, kurzum: einer Verkehrspflichtverletzung, hängt<sup>106</sup>. Oder mit den Worten des Patentsenats: Unvorsätzliches Handeln schließt die Verantwortung für die unterstützte, von einem Dritten begangene Schutzrechtsverletzung zwar nicht aus; andererseits reicht der Mitverursachungsbeitrag allein zur Begründung der Verantwortlichkeit ebenfalls nicht aus. Die eigene Verantwortlichkeit für eine fremde Schutzrechtsverletzung bedarf vielmehr einer zusätzlichen Rechtfertigung<sup>107</sup>. Unterschiedliche Begriffe können nicht verdecken, dass derjenige, der für

<sup>98</sup> BGH GRUR 2007, 890 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay* (2. Leitsatz).

<sup>99</sup> BGH GRUR 2016, 209 Rn. 24ff. – *Haftung für Hyperlink*.

<sup>100</sup> BGH GRUR 2016, 209 Rn. 27 – *Haftung für Hyperlink*; vgl. Ohly, GRUR 2017, 441, 448.

<sup>101</sup> BGH GRUR 2009, 1142 Rn. 36ff. – *MP3-Player-Import*.

<sup>102</sup> BGH GRUR 2009, 1142 Rn. 38 – *MP3-Player-Import*.

<sup>103</sup> Vgl. F. Hofmann, ZfPW 2021, 385, 406ff.

<sup>104</sup> Vgl. EuGH GRUR 2017, 790 – *Stichting Brein/Ziggo ua [The Pirate Bay]*; EuGH GRUR 2017, 610 – *Stichting Brein/Wullems [Filmspeler]*; EuGH GRUR 2016, 1152 – *GS Media/Sanoma*.

<sup>105</sup> Art. 17 RL (EU) 2019/790; zu Art. 17 DSM-RL nur F. Hofmann, GRUR 2019, 1219; zur deutschen Umsetzung im Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) F. Hofmann, NJW 2021, 1905.

<sup>106</sup> Grundlegend Leistner, GRUR-Beil. 2010, 1; Wagner, GRUR 2020, 329 und 447; ders., in: Beuthien et al. (Hrsg.), FS für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, 2009, S. 589; Gräbig, MMR 2011, 504.

<sup>107</sup> BGH GRUR 2009, 1142 Rn. 36 – *MP3-Player-Import*.

eine Rechtsverletzung nur indirekt verantwortlich ist, nur dann in Haftung genommen werden kann, wenn ihm ein seine Stellung adäquat berücksichtigender Verstoß zur Last gelegt werden kann. Dieser Gedanke liegt ebenso der „mittelbaren Verantwortlichkeit“ im allgemeinen Deliktsrecht zugrunde<sup>108</sup>. Auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB ist anerkannt, dass die Haftung eines mittelbaren Verletzers von der Verletzung einer Verkehrspflicht abhängt<sup>109</sup>. Selbst bei direkten Verletzungshandlungen lässt sich letztlich ein Verkehrspflichtverstoß feststellen – wenn dieser auch so offenkundig zu Tage tritt, dass dieser nicht explizit herausgearbeitet werden muss<sup>110</sup>. Wenn der EuGH die Intermediärhaftung in das Recht der öffentlichen Wiedergabe aus Art. 3 InfoSoc-RL integriert, bedient er sich auch dort bei aus der Sekundärhaftung bekannten Elementen<sup>111</sup>, kurzum: Verkehrspflichten<sup>112</sup>. Die allgemeine Lehre hinter den verschiedenenartigen Konstruktionen lautet also: *Die Haftung für eine Rechtsverletzung setzt die Verletzung einer Verkehrspflicht voraus. Inhalt und Umfang der Verkehrspflichten hängen von einer umfassenden Interessenabwägung ab.*

Eine derartige, verallgemeinernde Betrachtung führt zu weiteren Erkenntnissen. Erstens schärft dies den Blick für Ungleichbehandlungen. Warum haftet der Störer nur auf Unterlassung<sup>113</sup>, der Verletzer einer lauterkeitsrechtlichen Verkehrspflicht zugleich auf Schadensersatz<sup>114</sup>? Warum genügt für die Haftung auf Basis der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten augenscheinlich eine Beeinträchtigung „wettbewerbsrechtlich geschützter Interessen“ (kein Akzessorietätserfordernis<sup>115</sup>), während nach § 823 Abs. 1 BGB eine Haftung des mittelbaren Verletzers eine Rechtsverletzung voraussetzt (Akzessorietätserfordernis)<sup>116</sup>? Oder: Warum greift der I. Zivilsenat bei der lauterkeitsrechtlichen Haftung von Bewertungsportalen (§§ 3, 4 Nr. 1, 2 UWG)<sup>117</sup> nicht auf das für die Haftung von Bewer-

---

<sup>108</sup> Darauf verweist auch der BGH, vgl. BGH GRUR 2007, 890 Rn. 36 f. – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; zur mittelbaren Verantwortlichkeit s.a. F. Hofmann, JZ 2018, 746, 747 ff.

<sup>109</sup> Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl., Rn. 1175 ff.

<sup>110</sup> Looschelders (Fn. 109), Rn. 1176; zur Lehre vom Handlungs- und Erfolgsunrecht Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II/2, 13. Aufl., 1994, 364 ff.

<sup>111</sup> Jones, Die urheberrechtliche Haftung von Intermediären im Rechtsvergleich, 2020, 87.

<sup>112</sup> Jaworski/Nordemann, GRUR 2017, 567, 572; Ohly, GRUR Int. 2018, 517; ders., ZUM 2017, 793, 801 f.; Leistner, GRUR 2017, 755, 759 f.; ders., ZUM 2018, 286, 287 f., 289; Frey, ZUM 2019, 40, 41 ff.; F. Hofmann, ZUM 2017, 750, 751, 752; ders., ZUM 2018, 641, 648; F. Hofmann/Specht-Riemenschneider, ZGE 2021, 48, 85 ff., 89 ff.

<sup>113</sup> Vgl. aber BGH GRUR 2013, 511 – Morpheus; über § 832 BGB bestand eine Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche, wofür allerdings die gleichen Wertungen wie bei der Störerhaftung herangezogen wurden.

<sup>114</sup> Vgl. Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 107 f.; Krüger/Apel, MMR 2012, 144, 148 ff.; Wagner GRUR 2021, 447, 451.

<sup>115</sup> Ohly, GRUR 2017, 441, 446.

<sup>116</sup> Zur Problematik F. Hofmann, ZfWG 2016, 304, 306 f.

<sup>117</sup> BGH GRUR 2015, 1129 – Hotelbewertungsportal.

tungsportalen für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vom VI. Zivilsenat entwickelte Rede-Gegenrede-Verfahren<sup>118</sup> zurück<sup>119</sup>?

Zweitens wird die Frage nach dem Haftungsgrund provoziert. Warum und in welchem Umfang eine Verkehrspflicht besteht, muss begründet werden. Traditionell wird in der Schaffung einer Gefahrenquelle der Grund für das Entstehen von Verkehrspflichten gesehen<sup>120</sup>. Die Rechtsprechung hat freilich bei der Intermediärhaftung ein sehr weites Verständnis von Gefahrenquellen zugrunde gelegt<sup>121</sup>. Ob selbst die Vermittlung des Zugangs zum Internet<sup>122</sup> unter dem Aspekt der Gefahrerhöhung eine Sicherungspflichten auslösende Tätigkeit ist, darf aber bezweifelt werden<sup>123</sup>. Im Lichte des Unionsrechts ist daher ein weiterer Begründungsstrang für Verpflichtungen zulasten von Intermediären entstanden: Hilfeleistungspflichten, Aufopferung<sup>124</sup>. Auch dies kann als selbständige Fallgruppe Auslöser von Pflichten sein. Einer (ökonomischen<sup>125</sup>) Begründung bedarf es gleichwohl. Deutlich wird an dieser Stelle, dass es bei der Suche nach allgemeinen Gedanken nicht lediglich um dogmatische Betrachtungen geht, sondern um die wertungsmäßige Begründung der Haftung – die dann dogmatisch über die „Generalsklausel der Verkehrspflicht“ umgesetzt wird<sup>126</sup>. Dadurch kann die Stellung der Intermediäre flexibel erfasst werden. Während diese einerseits für Rechtsdurchsetzung herangezogen werden sollen (nicht zuletzt, weil sie auch über Rechtsverletzungen Gewinne erzielen), ist andererseits eine vollständige Überwachung vielfach kontraproduktiv. Über Verkehrspflichten kann dem Rechnung getragen werden, indem eine Pflicht zum Handeln einen vorherigen (begründeten) Hinweis voraussetzt. Über diese „Prozeduralisierung“ erfolgt Risikosteuerung<sup>127</sup>.

Die Idee der mittelbaren Verantwortlichkeit hilft drittens bei der Systematisierung im Urheberrecht<sup>128</sup>. Während der EuGH die Verantwortlichkeit von Plattformen und Linksetzern unter Aufstellung subjektiver Anforderungen für die öffentliche Wiedergabe in das System der Verwertungsrechte (vgl. Art. 3 InfoSoc-RL)

---

<sup>118</sup> BGH GRUR 2016, 855 – [www.jameda.de](http://www.jameda.de).

<sup>119</sup> Vgl. F. Hofmann, ZUM 2017, 102, 109.

<sup>120</sup> BGH NJW 1993, 2612, 2613; Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 397 („Sicherungspflichten zur Kontrolle von Gefahrenquellen einerseits und [...] Fürsorgepflichten in Bezug auf bestimmte Rechtsgüter Dritter andererseits“); vgl. BGH GRUR 2007, 890 Rn. 36 f. – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

<sup>121</sup> Vgl. für das Setzen von Links BGH GRUR 2016, 209 Rn. 23 – *Haftung für Hyperlink*.

<sup>122</sup> Vgl. BGH GRUR 2016, 268 – *Störerhaftung des Access-Providers*; der BGH stützt die Haftung auf die Störerhaftung; kritisch mit Blick auf eine relevante „Gefahrerhöhung“ Leistner/Grisse, GRUR 2015, 19, 20; Spindler, GRUR 2014, 826, 827, 828, 834.

<sup>123</sup> Leistner/Grisse, GRUR 2015, 19, 20; Spindler, GRUR 2014, 826, 827, 828, 834; s.a. F. Hofmann, ZFWG 2016, 304, 309 f.

<sup>124</sup> J. B. Nordemann, GRUR 2011, 977, 979; Ohly, JZ 2019, 251, 253; F. Hofmann, GRUR 2015, 123, 128 f.

<sup>125</sup> Plattformen als *cheapest-cost-avoider*, z.B. Leistner, ZUM 2016, 580, 586.

<sup>126</sup> Vgl. F. Hofmann, JZ 2018, 746, 750.

<sup>127</sup> Vgl. F. Hofmann, ZUM 2017, 102, 105 ff.

<sup>128</sup> Vgl. Ohly, JZ 2019, 251, 255.

integriert<sup>129</sup>, geht es in der Sache um den Gedanken mittelbarer Verantwortlichkeit („Verkehrspflichten“)<sup>130</sup>. Dieser Gedanke liegt auch dem neuen Haftungskonzept für „Upload-Plattformen zugrunde“<sup>131</sup>. Die bisher in diesen Konstellationen nach nationalem Recht greifende Störerhaftung findet sich damit in anderer Gestalt wieder<sup>132</sup>. Dogmatik vergeht, Wertung besteht, könnte man sagen. Aus systematischer Sicht lässt sich fortan im Rahmen der öffentlichen Wiedergabe (zum Vorteil ihrer Handhabbarkeit) eine eigene Fallgruppe von Verletzungshandlungen durch Intermediäre beschreiben<sup>133</sup>. Bei der inhaltlichen Ausfüllung wird aus dem Fundus der Störerhaftung, respektive der Haftung für die Verletzung von Verkehrspflichten, geschöpft werden können. Selbst nach der neuen Urheberrechtsrichtlinie, die in Art. 17 Abs. 1 Urh-RL eine unmittelbare Haftung von Plattformen anordnet, bleibt wie erwähnt der Gedanke der indirekten Verantwortlichkeit erhalten: Art. 17 Abs. 4 Urh-RL erkennt an, dass die Plattformen nicht haften, wenn sie diversen Sorgfaltspflichten („Verkehrspflichten“) genügt haben<sup>134</sup>.

*Viertens* lassen sich rechtspolitische Debatten besser bewerten. Während der Gesetzgeber über die jüngeren Reformen des Telemediengesetzes (TMG) die Störerhaftung „abschaffen“ wollte<sup>135</sup>, hat er sie in der Sache lediglich „umgewidmet“<sup>136</sup>. Gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TMG können neutrale Zugangsprovider zwar nicht wegen einer rechtswidrigen Handlung eines Nutzers auf Schadensersatz oder Beseitigung oder Unterlassung einer Rechtsverletzung in Anspruch genommen werden. Der Störerhaftung ist damit mangels Unterlassungsanspruchs in der Tat die Grundlage entzogen<sup>137</sup>. § 7 Abs. 4 TMG n.F. vermittelt im Gegenzug allerdings einen eigenständigen Sperranspruch. Während ein WLAN-Betreiber (allgemeiner: Internetzugangsvermittler<sup>138</sup>) damit zwar nicht mehr aktiv werden muss, um über die aus der Störerhaftung abgeleitete Pflichten eine Haftung zu vermeiden, können ihm jetzt direkt Pflichten – beispielsweise auch eine „Sperrung“ durch Passwortschutz – auferlegt werden<sup>139</sup>. Die aus dem Unterlassungsanspruch abgeleitete Störerhaftung begründet aber ebenfalls weniger ein Unterlassen als indirekt eine Pflicht zum Handeln<sup>140</sup>. Da das Unionsrecht eine Haftung verlangt (s.o.), verpufft der gesetz-

<sup>129</sup> Vgl. EuGH GRUR 2016, 1152 – GS Media; EuGH GRUR 2017, 710 – *Stichting Brein/Wullems [Filmspeler]*; EuGH GRUR 2017, 790 – *Stichting Brein/Zigo BV [The Pirate Bay]*.

<sup>130</sup> Vgl. Ohly GRUR Int. 2018, 517; ders., ZUM 2017, 793; J. B. Nordemann, GRUR Int. 2018, 526, 530; F. Hofmann, ZUM 2017, 750, 751 f.; Jaworski/J. B. Nordemann, GRUR 2017, 567, 572.

<sup>131</sup> Ausführlich F. Hofmann, ZUM 2019, 617, 620 ff.; ders., GRUR 2019, 1219; vgl. zum UrhD aG F. Hofmann, NJW 2021, 1905.

<sup>132</sup> Vgl. Ohly, JZ 2019, 251, 255 (einige Wertungen „überleben in neuer Gestalt“).

<sup>133</sup> F. Hofmann, jurisPR-WettbR 4/2021, Anm. 1; ders., EuZW 2018, 517, 518.

<sup>134</sup> Vgl. F. Hofmann, ZUM 2019, 617, 620 ff.; ders., GRUR 2019, 1219.

<sup>135</sup> BT-Drucks. 18/12202, 1, 12.

<sup>136</sup> Hennemann, ZUM 2018, 754, 755; Spindler, GRUR 2018, 16, 19; Ohly, JZ 2019, 251, 253; F. Hofmann, jurisPR-WettbR 9/2018 Anm. 1.

<sup>137</sup> BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 36 ff., 57 – *Dead Island*.

<sup>138</sup> Vgl. BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 44 ff., 49; J. B. Nordemann, GRUR 2018, 1016, 1017 f.

<sup>139</sup> BGH GRUR 2018, 1044, Rn. 54 ff. – *Dead Island*; vgl. Ohly, JZ 2019, 251, 253.

<sup>140</sup> BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 57 – *Dead Island*; F. Hofmann, GPR 2017, 176, 180; Nolte/Wimmers, GRUR 2014, 16, 18; Czychowski/Nordemann, GRUR 2013, 986, 988.

geberische Aufwand weitgehend<sup>141</sup>. Eine Betrachtung der Problematik aus der Perspektive mittelbarer Verantwortlichkeit, kurzum: eine Rückbesinnung auf *allgemeine Lehren*, hätte hier sicherlich für bessere Orientierung sorgen können. Das Ziel, Zugangsprovider von Abmahnkosten zu befreien (vgl. § 8 Abs. 1 S. 2 HS. 2 TMG), hätte demgegenüber auch mit einer gesetzgeberischen Intervention direkt bei § 97a UrhG erreicht werden können<sup>142</sup>. Oder allgemein formuliert: Auch wenn etwa das Konzept der Störerhaftung teils für „tot“ erklärt wird, ist es gut möglich, dass „einige ihrer Wertungen in neuer Gestalt überleben“<sup>143</sup>.

Fünftens führt der unbestimmte Rechtsbegriff der Verkehrspflicht die Grenzen der Rechtswissenschaft vor Augen<sup>144</sup>. Die Rechtsprechung, die zur Ausfüllung und Fallgruppenbildung aufgerufen ist, kann zwar vielfach auf Wertungen der Rechtsordnung zurückgreifen (z.B. § 1626 Abs. 2 BGB<sup>145</sup>). Allen voran die Grundrechte bieten Orientierung<sup>146</sup>. Gefragt sind aber vor allem andere Disziplinen. Was zumutbar ist, hängt vielfach auch daran, was *technisch* möglich ist. Akzeptanzüberlegungen<sup>147</sup> können genauso eine Rolle spielen wie beispielsweise durch Zugangssperren vermittelte faktische signifikante Verhaltensänderungen – auch wenn die Sperrmaßnahmen mehr oder weniger leicht umgangen werden können<sup>148</sup>. Gefragt ist mithin die (*Rechts-)Soziologie*. Die Bedeutung *ökonomischer* Einsichten wurde ebenfalls schon angedeutet<sup>149</sup>.

## 2. Beispiel 2: Rechtsdurchsetzung („Law of Remedies“) als eigenständiger Problemkreis

Rechtsdurchsetzung wird gemeinhin mit dem Verfahrensrecht assoziiert. Im Grunde genommen beginnt die Rechtsdurchsetzung allerdings bereits im materiellen Recht<sup>150</sup>. *Rechtsdurchsetzungsrechte* oder *Ansprüche* haben gegenüber den die Rechtszuweisung besorgenden *Stammrechten*<sup>151</sup> (z.B. dem Eigentum, § 903 BGB) eine dienende Funktion. Ihre Aufgabe ist die Rechtsverwirklichung<sup>152</sup>. Der Inhaber eines Ausschließlichkeitsrechts ist zur Durchsetzung seines Rechts nicht nur

<sup>141</sup> Vgl. BGH GRUR 2018, 1044 – *Dead Island*.

<sup>142</sup> Vgl. F. Hofmann, GPR 2017, 176, 180; ders., jurisPR-WettbR 9/2018 Anm. 1; zur Kostentragungslast s.a. Ohly, JZ 2019, 251, 253.

<sup>143</sup> Ohly, JZ 2019, 251, 255.

<sup>144</sup> F. Hofmann, JZ 2018, 746, 753 f.

<sup>145</sup> Vgl. BGH GRUR 2013, 511 Rn. 26 – *Morpheus*.

<sup>146</sup> Beispielsweise BGH GRUR 2016, 268 Rn. 31 – *Störerhaftung des Access-Providers*.

<sup>147</sup> Frey, ZUM 2014, 554, mit Blick auf durch Massenabmahnungen ausgelöste „Backlash-Effekte“.

<sup>148</sup> Eingehend *Cartier International AG and others v. British Sky Broadcasting Ltd and others* [2014] EWHC 3354 (Ch) Rn. 218 ff.; vgl. Hofmann, JZ 2018, 558, 558 f.

<sup>149</sup> Zu § 823 BGB Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 424 f.

<sup>150</sup> F. Hofmann (Fn. 56), 421 ff.

<sup>151</sup> Zum Begriff F. Hofmann (Fn. 56), 4 ff.

<sup>152</sup> Picker, in: Beuthien et al. (Hrsg.), FS für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, 2009, 311, 316 ff.; Lobinger, in: Annuß et al. (Hrsg.), FS für Reinhard Richardi, 2007, 657, 663; F. Hofmann (Fn. 56), 165 ff.

auf effektive Verfahren angewiesen (Zivilprozess; Schiedsverfahren), sondern auch auf sekundäre Rechte wie den Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch. Diese Überlegung greift nach hier vertretener Ansicht auch im Vertragsrecht. Voraussetzung ist freilich die analytische Trennung von *Forderungsrecht* und *Anspruch*<sup>153</sup>. Im geltenden Recht findet eine solche Sichtweise durchaus eine Stütze: So ist im Falle der Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB der *Anspruch* auf Leistung ausgeschlossen. Schadensersatzansprüche bleiben aber unberührt (vgl. § 275 Abs. 4 BGB), was sich damit erklären lässt, dass das *Forderungsrecht* fortbesteht<sup>154</sup>. Begreift man sämtliche Fragen der so verstandenen, bereits im materiellen Recht eingeleiteten Rechtsdurchsetzung als eigenständigen Problemkreis, lassen sich wiederum *allgemeine Lehren* eines „Law of Remedies“<sup>155</sup> formulieren.

*Erstens* lassen sich bestimmte Normen oder Rechtsprobleme als Fragen der Rechtsdurchsetzung identifizieren und damit unter einem einheitlichen Oberbegriff versammeln. Dass sich § 275 Abs. 1 BGB als Norm der Rechtsdurchsetzung entpuppt, wurde schon erwähnt. Der kategoriale Unterschied zwischen Rechtszuweisungsnormen und Rechtsdurchsetzungsnormen zeigt sich beispielsweise auch in der Gegenüberstellung rechtsvernichtender Einwendungen nach §§ 116 ff. BGB und der Einrede der Verjährung nach § 214 Abs. 1 BGB. Während erstere das Forderungsrecht selbst betreffen, berühren letztere – trotz der materiell-rechtlichen Natur des Verjährungseinwands<sup>156</sup> – nur die Rechtsdurchsetzung (vgl. § 813 Abs. 1 S. 2 BGB). Folgerichtig ist daher auch, dass aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB keine Rechtspositionen „konstruiert“ werden können<sup>157</sup>. Der Unterlassungsanspruch ist Rechtsdurchsetzungsinstrument; der Rechtszuweisung dient er anders als § 903 BGB nicht. Der funktionale Blick auf die unterschiedlichen Normkategorien kann auch bei der Auslegung helfen. So ist die so genannte strafbewehrte Unterlassungserklärung<sup>158</sup> zwar vordergründig ein herkömmlicher Vertrag. Da dieser aber der Ausräumung der Wiederholungsgefahr dient und sich so als funktionales Äquivalent der Vollstreckungsvorschrift aus § 890 ZPO erweist, handelt es sich bei derartigen Verträgen funktional eher um Zwangsvollstreckungsrecht<sup>159</sup>. Auch wenn die Rechtsprechung die vertragsrechtlichen Grundsätze zu betonen versucht<sup>160</sup>, berücksichtigt sie das in der Sache sehr wohl<sup>161</sup>.

*Zweitens* lässt sich der Blick dafür schärfen, wie dem Einzelnen zugewiesene Rechtspositionen (*Stammrechte*) durchgesetzt werden. Allen voran wird für – womöglich nicht gerechtfertigte – Unterschiede bei der Rechtsverwirklichung sensibilisiert. Dazu ein Beispiel: Nach herrschender Meinung greift die Eingriffskondikti-

<sup>153</sup> F. Hofmann (Fn. 56), 156 ff.

<sup>154</sup> Nachweise bei F. Hofmann (Fn. 56), 193 f., 367 f.

<sup>155</sup> Dazu der Sammelband F. Hofmann/Kurz (Hrsg.) (Fn. 59).

<sup>156</sup> Motive I, S. 290; zum englischen Recht *Limitations Act 1980*.

<sup>157</sup> Vgl. aber Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 19 ff.

<sup>158</sup> Übersicht bei Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, Rn. 48 ff.

<sup>159</sup> F. Hofmann, Jus 2018, 833, 836.

<sup>160</sup> BGH GRUR 2014, 595 Rn. 28 – *Vertragsstrafenklausel*.

<sup>161</sup> BGH GRUR 2017, 823 Rn. 29 – *Luftentfeuchter*.

on aus § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB nicht im Falle des „Eingriffs“ in vertragliche Rechte. Eine Forderung habe keinen Zuweisungsgehalt<sup>162</sup>. Warum aber wird dem Inhaber eines vertraglichen Rechts weniger Schutz gewährt als dem Inhaber eines absoluten Rechts? Allein der unterschiedlichen personalen Reichweite relativer und absoluter Rechte kann dies nicht geschuldet sein, solange die Rechtsverletzung durch den Vertragspartner erfolgt<sup>163</sup>. Eine ähnliche Analyse lohnt sich ferner mit Blick auf einen Anspruch auf Gewinnherausgabe<sup>164</sup>, wo bereits fraglich ist, ob es einen solchen Anspruch überhaupt gibt oder diverse Einzelregelungen dies allenfalls im Ergebnis bewirken können (vgl. § 285 BGB; §§ 687 Abs. 2 i.V.m. 681 S. 2, 667 BGB; § 816 Abs. 1 S. 1 BGB; § 113 Abs. 1 HGB; § 88 Abs. 2 S. 2 AktG; zudem unter dem Aspekt des Schadensersatzes § 139 Abs. 2 S. 2 PatG, § 97 Abs. 2 S. 2 UrhG, § 14 Abs. 6 S. 2 MarkenG)<sup>165</sup>. Auch wird deutlich, dass die Leistungskondition näher an §§ 346 ff. BGH steht als die Eingriffskondition, die in einer Reihe mit §§ 1004, 823 BGB steht. Im englischen Recht wird dies klarer herausgearbeitet<sup>166</sup>. Nicht zuletzt wird offengelegt, dass im geltenden Recht die Anspruchsberühmung von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet unterschiedlich behandelt wird<sup>167</sup>.

*Drittens* lässt sich allgemein in den Blick nehmen, wer zur Rechtsdurchsetzung berufen ist. Kennzeichen subjektiver Rechte<sup>168</sup> ist dabei, dass allein dem Rechtsinhaber die Entscheidung darüber zusteht, ob er sein Recht verwirklichen will oder nicht<sup>169</sup>. Der Betroffene mag seine Gründe haben, von seiner Rechtsdurchsetzungsmacht im Einzelfall abzusehen. Dies ist Teil bürgerlicher Freiheit. Namentlich das Lauterkeitsrecht zeigt aber, dass auch Verbände zur Rechtsdurchsetzung berufen sein können (kollektiver Rechtsschutz, § 8 Abs. 3 UWG), während den betroffenen Verbrauchern nach h.M. kein individuelles Klagerrecht zusteht<sup>170</sup>. Dogmatisch mag letzteres seinen Grund darin haben, dass das UWG keine subjektiven Rechte vermittelt<sup>171</sup>. Entscheidend sind aber die dahinterstehenden Wertungen: Muss bei Streuschäden wegen der rationalen Apathie der Verbraucher der kollektive Rechtsschutz einspringen, um Durchsetzungsdefizite zu beheben? Oder würde – wie der Gesetzgeber befürchtet – eine Vervielfachung der Aktivlegitimation durch Verbraucher zustehenden Ansprüchen zu einem *overenforcement* führen<sup>172</sup>?

<sup>162</sup> BGH NJW 2013, 781 Rn. 24; anders mit Blick auf die Forderungszuständigkeit *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 319; vgl. auch § 816 Abs. 2 BGB.

<sup>163</sup> Vgl. *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 512; vgl. *F. Hofmann* (Fn. 56), 390 ff.

<sup>164</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007; *Dornscheidt*, Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung, 2012.

<sup>165</sup> *F. Hofmann*, AcP 213 (2013), 469, 474 ff.

<sup>166</sup> Vgl. *Virgo* (Fn. 7), 8 ff.

<sup>167</sup> *F. Hofmann*, ZfPW 2018, 152.

<sup>168</sup> Vgl. *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 588 (subjektives Recht als „dem einzelnen Rechtssubjekt zustehende durchsetzbare Rechtsposition“).

<sup>169</sup> Etwa *Zech* (Fn. 66), 66.

<sup>170</sup> *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann*, UWG, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 250; vgl. aber für Schadensersatzansprüche § 9 UWG n.F.

<sup>171</sup> Vgl. *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, § 1 Rn. 13.

<sup>172</sup> Vgl. BT-Drucks. 15/1487, 22.

Aus intradisziplinärer Sicht geht es zudem um die Debatte *private enforcement* und/oder *public enforcement*<sup>173</sup>. Dass derzeit der Trend zur Kollektivierung neigt, zeigt sich nicht nur in den neuen Vorschriften zur Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO), sondern auch an einer Entscheidung des OLG Dresden<sup>174</sup>. Nach dem OLG kann ein Verband im Falle der Verwendung einer unwirksamen Klausel verlangen, dass infolge der Klausel gezahlte Entgelte an die betroffenen Verbraucher zurückzuzahlen sind<sup>175</sup>. Eine individuelle Erhebung eines Anspruchs aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB wäre entbehrlich. Eine *allgemeine Zivilrechtslehre* kann diese übergeordneten Zusammenhänge herausarbeiten.

*Viertens* können die „Rechtsdurchsetzungsinstrumente“ auf Gemeinsamkeiten abgeklopft werden. Für den Unterlassungsanspruch wurde die Möglichkeit der Herausarbeitung eines „Allgemeinen Teils“ bereits erwähnt (o. I. 4. b)). Aber auch der Schadensersatzanspruch<sup>176</sup>, Auskunfts-, oder Gewinnherausgabeanspruch (s.o.) basieren auf gemeinsamen Gedanken. Damit einher geht die Frage nach der jeweiligen Funktion<sup>177</sup>: Dient der Unterlassungsanspruch wie bei den Immaterialgüterrechten vorwiegend als Verhandlungsinstrument oder geht es primär – wie beispielsweise im Lauterkeitsrecht – um Prävention? Führt der Unterlassungsanspruch, beispielsweise durch eine veranlasste Produktionsumstellung, womöglich gar zu Schäden, kann dem Unterlassungsanspruch auch ein Strafcharakter zukommen<sup>178</sup>.

*Fünftens* lassen sich der Rechtsdurchsetzung gemeinsame Grundsätze aufstellen. Prominentestes Beispiel ist die Frage nach dem Bestehen eines allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>179</sup>. Während das materielle Privatrecht im engeren Sinne zweifelsohne dazu angehalten ist, die unterschiedlichen Interessen auszugleichen, stellt sich die Frage, ob Verhältnismäßigkeitsüberlegungen auch bei der Rechtsdurchsetzung eine Rolle spielen<sup>180</sup>. Einerseits droht dabei, dass ein Recht bloß „auf dem Papier“ besteht (Enteignung)<sup>181</sup>, andererseits kann dadurch eine interessengerechte Rechtsdurchsetzung befördert werden<sup>182</sup>. *De lege lata* finden sich in jedem Fall zahlreiche Bestimmungen, welche die Durchsetzung eines Anspruchs von Verhältnismäßigkeitsüberlegungen abhängig machen (§§ 275 Abs. 2, 251 Abs. 2 BGB; § 140a Abs. 4 PatG; § 98 Abs. 4 UrhG; § 18 Abs. 3 MarkenG; s.a. Art. 130

<sup>173</sup> Einführend dazu Franck, in: F. Hofmann/Kurz (Hrsg.) (Fn. 59), Chap. 6; s.a. Podszun/Busch/Henning-Bodewig, GRUR 2018, 1004.

<sup>174</sup> OLG Dresden GRUR-RR 2018, 428 – Kontobelastung bei Pfändung.

<sup>175</sup> OLG Dresden GRUR-RR 2018, 428 Rn. 27 – Kontobelastung bei Pfändung; kritisch Gsell/Rübeck, ZfPW 2018, 409, 419 ff.

<sup>176</sup> Heinze, in: F. Hofmann/Kurz (Hrsg.) (Fn. 59), Chap. 10; kritisch Schlechtriem, ZEuP 1997, 232, 241 f.

<sup>177</sup> Übersicht bei F. Hofmann (Fn. 56), 297 ff.

<sup>178</sup> Heald, Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series No. 10-38 (<http://pers.ssrn.com/abstract=1851681>), vergleicht Unterlassungsansprüche mit *punitive damages*.

<sup>179</sup> Vgl. Ohly, GRUR Int. 2008, 787, 795 ff.

<sup>180</sup> Zu dieser Unterscheidung etwa Köhler, GRUR 1996, 82.

<sup>181</sup> Picker, AcP 176 (1976), 28, 51; Lobinger, ZfA 2004, 101, 122.

<sup>182</sup> Vgl. F. Hofmann, ZUM 2018, 641, 647 ff.

Abs. 1 S. 1 Unionsmarken-VO). Ob sich dahinter ein verallgemeinerungsfähiger Gedanke findet<sup>183</sup>, war zuletzt namentlich für den patentrechtlichen Unterlassungsanspruch umstritten<sup>184</sup>. Freilich ist auch hier – wenn auch unter strengerem Voraussetzungen als im Marken- und Lauterkeitsrecht (*Warum?*) – anerkannt, dass über das aus § 242 BGB abgeleitete Instrument der Aufbrauchfrist<sup>185</sup> Härten vorbeugt werden kann<sup>186</sup>. Letzteres Instrument zeigt nicht nur, dass die Versammlung dogmatisch unterschiedlich verpackter Rechtsprobleme unter dem Dach der Rechtsdurchsetzung für den Blick auf das größere Bild hilfreich ist, sondern dass Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes richterrechtlich anerkannt werden können. Aufbrauchfristen lassen im Übrigen Schadensersatzansprüche unberührt<sup>187</sup>. Eine Ablösung des Unterlassungsanspruchs kennen auch § 100 UrhG und zukünftig § 11 GeschGehG<sup>188</sup>. Konkret sagt § 100 UrhG: „Handelt der Verletzer weder vorsätzlich noch fahrlässig, kann er zur Abwendung der Ansprüche nach den §§ 97 und 98 den Verletzten in Geld entschädigen, wenn ihm durch die Erfüllung der Ansprüche ein unverhältnismäßig großer Schaden entstehen würde und dem Verletzten die Abfindung in Geld zuzumuten ist.“ Dies wiederum wirft die Frage auf, warum das Patentrecht – wo komplexe Erzeugnisse ebenso eine Rolle spielen<sup>189</sup> – eine vergleichbare Vorschrift bis vor Kurzem nicht kannte<sup>190</sup>. Für das allgemeine Zivilrecht finden sich freilich Stimmen, die sich im Falle des Ausschlusses eines Anspruchs über § 275 BGB (zumindest fallgruppenabhängig) für einen verschuldensunabhängigen Geldanspruch anstatt aussprechen<sup>191</sup>. In diesem Sinne plädiert auch Köhler bei Aufbrauchfristen für die gleichzeitige Gewährung eines verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruchs in analoger Anwendung von § 251 Abs. 2 S. 1 BGB<sup>192</sup>. Das für das Recht des Geistigen Eigentums vorgelegte Modellgesetz von Ahrens/McGuire schlägt ebenfalls eine einheitliche Regelung vor<sup>193</sup>. Ohne die hier angerissenen Diskussionen an dieser Stelle auch nur ansatzweise vertiefen zu können, wird gleichwohl klar, dass *allgemeine Lehren* der Rechtsdurchsetzung Inkonsistenzen aufzeigen und dadurch den Finger in die Wunde des Begründungzwangs legen können.

<sup>183</sup> Vgl. F. Hofmann (Fn. 56), 462 ff.

<sup>184</sup> Vgl. Ohly, GRUR Int. 2008, 787, 795 ff.; Sonnenberg, Die Einschränkbarkeit des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs im Einzelfall, 2014; Stierle, GRUR 2019, 873.

<sup>185</sup> Allgemein zu Aufbrauchfristen Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 8 Rn. 1.88 ff.; J. B. Nordemann, ZGE 2019, 309.

<sup>186</sup> BGH GRUR 2016, 1031 Rn. 40 ff. – Wärmetauscher.

<sup>187</sup> Bornkamm (Fn. 185), § 8 Rn. 1.90.

<sup>188</sup> Dazu vgl. BT-Drucks. 19/4724.

<sup>189</sup> Vgl. Osterrieth, GRUR 2018, 985.

<sup>190</sup> Ahrens, GRUR 2006, 617, 621; vgl. nunmehr § 139 Abs. 1 PatG n.F.; dazu grundlegend Ohly/Stierle, GRUR 2021, 1229.

<sup>191</sup> Gsell, LMK 2008, 266937.

<sup>192</sup> Köhler, GRUR 1996, 82, 90 f.

<sup>193</sup> Ahrens/McGuire (Fn. 27), 162 ff.

### III. Fazit: Verallgemeinerungen als Bausteine einer Allgemeinen Zivilrechtslehre

Allein die beiden Beispiele lehren, dass sich allgemeine Strukturen im Privatrecht durchaus finden. Spezialprobleme können an allgemeinere Gedanken angedockt werden. Auf den ersten Blick unterschiedliche Einzelvorschriften lassen sich auf gemeinsame Wurzeln zurückführen. Unter allgemeinere Oberbegriffe mag man zwar nicht subsumieren können. Selbst wenn ein Prinzip als solches identifiziert ist, ist auch noch nicht ausgemacht, dass im konkreten Fall eine bestimmte Lösung als die richtige erscheint<sup>194</sup>. Ständiger Begleiter ist zudem die Gefahr der Unterkomplexität, also verfremdender Vereinfachung<sup>195</sup>. Wenn schließlich Vorsicht geboten ist, dass durch die (übertriebene) Suche nach Gemeinsamkeiten sachliche Unterschiede nicht verwischt werden<sup>196</sup>, hat sich aber durchaus gezeigt, dass die Suche nach *Allgemeinen Zivilrechtslehren* vielversprechend sein kann. Es wird nicht nur Komplexität reduziert<sup>197</sup>, sondern auch ein Blick für übergreifende Zusammenhänge geschaffen. Allgemeine Lehren bringen Orientierung und ermöglichen so eine bessere Reflexion des geltenden Rechts<sup>198</sup>. Statt eine verquere Einzelnorm zu diskutieren, kann über allgemeinere Lehren die „Reflexionsdistanz“<sup>199</sup> gewonnen werden. Erst dadurch wird letztlich Interdisziplinarität ermöglicht, zumindest erleichtert. Auf diese Weise lassen sich (beispielsweise bei der Haftung im Internet) rechtspolitische Debatten zugleich besser bewerten oder die Funktion von Rechtsregeln deutlicher analysieren. Klar ist: Verallgemeinerungen können ein fruchtbarer Baustein einer *Allgemeinen Zivilrechtslehre* sein.

---

<sup>194</sup> Vgl. mit Blick auf die Prozessgrundsätze F. Hofmann, ZZP 126 (2013), 83, 108 f.

<sup>195</sup> Bei den unterschiedlichen Haftungskonzepten im Rahmen der Intermediärhaftung bestehen bei den vielen Parallelen gleichwohl Unterschiede, vgl. Ohly, JZ 2019, 251, 255.

<sup>196</sup> Hoeren, MMR-Aktuell 2017, 393122.

<sup>197</sup> Lobinger/Piekenbrock/Stoffels (Hrsg.) (Fn. 35), V.

<sup>198</sup> Vgl. dazu Grünberger/Jansen (Fn. 2), 3.

<sup>199</sup> Grünberger/Jansen (Fn. 2), 4.

