

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 562

Anspruch, Rechtsverletzung und Gegenwärtigkeit

Eine Untersuchung ausgehend von
den Funktionszusammenhängen unserer Rechtsordnung
hin zu den Einzelfragen der Beschaffenheit
dinglicher Ansprüche

Von

Stephan Janich



Duncker & Humblot · Berlin

STEPHAN JANICH

Anspruch, Rechtsverletzung und Gegenwartigkeit

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 562

Anspruch, Rechtsverletzung und Gegenwärtigkeit

Eine Untersuchung ausgehend von
den Funktionszusammenhängen unserer Rechtsordnung
hin zu den Einzelfragen der Beschaffenheit
dinglicher Ansprüche

Von

Stephan Janich



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-18931-1 (Print)
ISBN 978-3-428-58931-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie entstand in den Jahren 2017 bis 2022 in meiner Zeit in München.

Ich danke vor allem meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Stephan Lorenz. Zu Dank verpflichtet bin ich auch dem Zweitgutachter Herrn Professor Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge). Beide haben mit großer Bereitschaft die von mir gedanklich eingeschlagenen Pfade verfolgt. Ebenso danke ich Herrn Professor Dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxford), für die angeregte Diskussion während der mündlichen Doktorprüfung.

Für unverbrüchliche Freundschaft, unablässigen Zuspruch und steten fachlichen Austausch danke ich Frau Dr. Valerie Blettenberg. Ihr und meiner Schwester Astrid habe ich auch für die Durchsicht des Manuskripts zu danken.

Mein größter Dank gilt meinen Eltern und meinen beiden Geschwistern, denen diese Arbeit auch gewidmet ist.

Es bleibt, den Kollegen meiner Generation in Anlehnung an die auch heute noch lesenswerten Worte Friedrich Carl von Savignys (System des heutigen römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840, S. XI) die stets kritische Überprüfung des überkommenen Stoffes unserer Disziplin anzuempfehlen.

Düsseldorf, im April 2023

Stephan Andreas Janich

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	13
I. Einleitung und Problemaufriss	13
II. Gang der Darstellung	14
B. Der Anspruchsbegriff	16
I. Die Entwicklung des Anspruchsbegriffs im 19. Jahrhundert	16
II. Der kodifizierte Anspruchsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches	47
C. Substanzrecht, Rechtsverwirklichung und das Zusammenspiel beider mit der Zeit	78
I. Der Begriff der Rechtsverletzung	78
II. Der Ausschluss der Rechtsverletzung durch Gegenrechte	87
III. Die zukünftige Rechtsverletzung	94
IV. Rechtstheoretische Parallele: Zweiteilung der Rechtssätze nach Reinach und Larenz	95
D. Die Rechtsverwirklichungsansprüche des Eigentums	99
I. Grundsätzliches	99
II. Anwendbarkeit der Normen des Schuldrechts auf dingliche Ansprüche im Allgemeinen	101
III. Der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB	103
IV. Der Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB	167
V. Weitere Ansprüche	211
E. Ausblick: Rechtszuweisung und Verwirklichung bei weiteren Ansprüchen	215
F. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	218
I. Kapitel B.	218
II. Kapitel C.	222
III. Kapitel D.	225
Literaturverzeichnis	236
Stichwortverzeichnis	251

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
I. Einleitung und Problemaufriss	13
II. Gang der Darstellung	14
B. Der Anspruchsbegriff	16
I. Die Entwicklung des Anspruchsbegriffs im 19. Jahrhundert	16
1. Die actio des römischen Rechts	16
2. Die Unterordnung der actio unter das Recht	17
3. Die Rechtsverletzung als Bindeglied zwischen actio und Recht vor Savigny	17
4. Friedrich Carl von Savigny	18
5. Bernhard Windscheid	21
6. Die Rechtsverletzung in den Lehren Savignys und Windscheids	22
7. Andere Stimmen des 19. Jahrhunderts	29
a) Wetzell	29
b) Lenz	29
c) Vangerow	30
d) Arndts	32
e) Puchta	32
f) Demelius	33
g) Muther	35
h) Keller	36
i) Unger	36
j) Holzschuher	38
k) G. Neuner	38
l) Thon	39
m) Wendt	40
n) Fischer	40
o) Hölder	41
p) Förster/Eccius	42
q) Regelsberger	42
r) Baron	43
s) Dernburg	43
8. Andere umstrittene Aspekte des Anspruchsbegriffs von Windscheid	44
a) Die Notwendigkeit eines über den Anspruch hinausreichenden Klage- rechts	44

b) Der „Anspruch gegen alle“	45
9. Zwischenergebnis	46
II. Der kodifizierte Anspruchsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches	47
1. Kodifikation auf Basis des Anspruchsbegriffs von Windscheid	47
2. Die herrschend vorgenommene Gleichsetzung von Anspruch und Forderung	48
3. Der Anspruch als Bündel funktional verschiedener Elemente	49
4. Rimmelspacher	49
5. Neumann	53
6. Nunner-Krautgasser	54
7. J. Schmidt	55
8. Picker	55
9. Costede	58
10. Hoffmann	59
a) Zuweisungen als Grundpfeiler der deutschen Rechtsordnung	59
b) Alternative Privatrechtskonzepte	60
c) Die Rechtszuweisung allgemein im Privatrecht	65
d) Forderung und Anspruch als Substanz- und Schutzrecht	67
e) Die Rechtsverletzung in diesem Kontext	69
f) Stellungnahme	70
11. Abweichende Konzeptionen	70
a) Abweichende Konzepte der Vertreter anderer Privatrechtskonzeptionen	71
b) Kritik der herrschenden Meinung am Beispiel Wellers	71
aa) Rezeption von Windscheids Lehre	72
bb) Verpflichtung des Schuldners ab Fälligkeit entspricht § 271 BGB	73
cc) Kein Gleichlauf mit den Ergebnissen des common law	75
c) Schlussfolgerungen auch für abweichende Konzeptionen relevant	76
C. Substanzrecht, Rechtsverwirklichung und das Zusammenspiel beider mit der Zeit	78
I. Der Begriff der Rechtsverletzung	78
1. Die rechtsverwirklichenden Schutzmittel	78
2. Die Rechtsverletzung	79
3. Das Substanzrecht	83
4. Die Feststellbarkeit eines Anspruchsverpflichteten als wesentliches Element der Rechtsverletzung	84
5. Die Rechtsverletzung bei rechtsfortsetzenden Schutzrechten	87
II. Der Ausschluss der Rechtsverletzung durch Gegenrechte	87
III. Die zukünftige Rechtsverletzung	94
IV. Rechtstheoretische Parallele: Zweiteilung der Rechtssätze nach Reinach und Larenz	95
D. Die Rechtsverwirklichungsansprüche des Eigentums	99
I. Grundsätzliches	99

II. Anwendbarkeit der Normen des Schuldrechts auf dingliche Ansprüche im Allgemeinen	101
III. Der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB	103
1. Anspruchsvoraussetzungen	103
2. Erfüllung, § 362 Abs. 1 BGB	104
3. Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB	105
4. Erlass, § 397 BGB	106
5. Abtretung, §§ 398 ff. BGB	106
6. Aufrechnung, §§ 387 ff. BGB	109
7. Anspruchswegfall bei Zwangsvollstreckung	112
a) Die Erfüllungslehre in der Zwangsvollstreckung	113
b) Die Begründung des Bundesgerichtshofs der Entscheidung V ZR 115/13	119
c) Stellungnahme zur Entscheidung	121
d) Keine Unbilligkeit der prozessualen Konsequenzen	126
e) Keine Unbilligkeit der materiellrechtlichen Folgen	132
aa) Aufrechnungsmöglichkeiten des Schuldners	132
bb) Vor der Zwangsvollstreckung ausgeübte Einreden oder bestehende Einwendungen des Beklagten	133
cc) Nicht ausgeübte Einreden des Beklagten	134
dd) Das Entstehen von Einwendungen nach der Zwangsvollstreckung	135
f) Fortbestehen des Anspruchs aus § 985 BGB bei fortbestehendem Besitz	136
g) Fazit	137
8. Parallele schuldrechtliche Herausgabeansprüche und § 985 BGB	138
9. Rechtsnatur des § 986 BGB als Einrede oder Einwendung	147
10. Zurückbehaltungsrecht als Recht zum Besitz i. S. d. § 986 BGB	149
11. Verhältnis zur Drittwiderspruchsklage	151
12. Vindikationsanspruch des Hinterlegers in der Verwahrung	152
13. Ausschluss des Vindikationsanspruchs durch § 241a BGB	153
14. Ort der Herausgabe	156
15. Fragen der schuldrechtlichen Begleitverhältnisse des § 985 BGB	157
a) Vindikationslage beim „Nicht-so“ berechtigten Besitzer	157
b) Schuldnerverzug, § 990 Abs. 2 BGB	158
c) Gläubigerverzug, §§ 293 ff. BGB	158
d) Verantwortlichkeit für Dritte, § 278 BGB	159
16. Ausblick auf weitere Problemlagen	159
a) Schadensersatz statt der Leistung, § 281 BGB	159
b) Ausschluss der Vindikation durch § 817 S. 2 BGB	163
c) Treu und Glauben, § 242 BGB	165
IV. Der Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB	167
1. Grundsätzlicher Streitstand	168
2. Modus Operandi	169
3. Aufrechterhaltungs- und Wiederbenutzbarkeitstheorie der Rechtsprechung	169

4. Haftung für adäquate Kausalität (R. Schmidt)	171
5. Beeinträchtigungszurechnung aufgrund Eigentums (Pleyer)	172
6. Actus-contrarius-Lehre und Anlagenhaftung (Fritz Baur)	173
a) Anlagenhaftung	173
b) Actus-contrarius-Lehre	175
c) Rezeption und Erweiterungen	176
7. Rechtsusurpationstheorie (Picker)	177
a) Grundsätzliche Konzeption	177
b) Fallgruppen der Beeinträchtigung	181
c) Inhalt und Natur als Zweckregelung	189
d) Modifikationen nachfolgender Autoren	190
8. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB als Folgenbeseitigungsanspruch (Hohloch)	191
9. Gefährdungshaftung als Zufallsprodukt des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB (Kohl)	192
10. Kausalhaftungslehre (Herrmann)	193
11. Lehre von der Verkehrspflichtverletzung (G. Wagner)	197
12. Die Duldung der Beseitigung durch den Gestörten als Minus	198
13. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Ansätze	199
14. Einordnung des § 1004 BGB als Vorfrage	200
15. Folgerungen aus dem Konzept des Privatrechts für die negatorische Haftung	202
a) Bestimmung der rechtsverwirklichenden Funktion des § 1004 BGB	202
b) Offenlegung einer behaupteten rechtsfortsetzenden Funktion des § 1004 BGB	204
c) Natur der rechtsfortsetzenden Komponente	206
d) Schlussfolgerungen für einzelne Probleme der negatorischen Haftung	206
V. Weitere Ansprüche	211
1. Der Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB	211
2. Der Anspruch aus § 1005 BGB	213
3. Der Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB	213
E. Ausblick: Rechtszuweisung und Verwirklichung bei weiteren Ansprüchen	215
F. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	218
I. Kapitel B.	218
II. Kapitel C.	222
III. Kapitel D.	225
Literaturverzeichnis	236
Stichwortverzeichnis	251

A. Einleitung

I. Einleitung und Problemaufriss

Die Rechtsfigur des Anspruchs ist eines der Fundamente der Dogmatik unseres Bürgerlichen Rechts. Als zentrale „Scheuklappe“ der Rechtsanwendung dient dieser Begriff dazu, den Rechtsstoff zu gliedern und einen Weg zur Lösung des jeweiligen Streitfalles zu weisen. Auch in der Wissenschaft ist er Anknüpfungspunkt vielfacher Systematisierungen. Dieser gewichtigen Stellung entspricht es, dass der Dreischritt „Anspruch entstanden, Anspruch untergegangen, Anspruch durchsetzbar“ als elementares Denkmuster einer jeden zivilrechtlichen Falllösung präsentiert wird.

Umso mehr erstaunt es daher, dass insbesondere bei dem Herausgabeanspruch aus § 985 BGB, dem „simpelsten Anspruch des ganzen BGB“¹, anders verfahren wird. Hier wird auf den geschilderten Dreiklang weitestgehend verzichtet. Verbreitet wird lediglich gefragt, ob der Anspruchsteller Eigentümer und der Anspruchsgegner Besitzer ohne Besitzrecht ist. Fällt hingegen bestehender Besitz oder das vorherige Eigentum weg, so wird der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB abgelehnt, ohne hierfür eine Norm als Untergangstatbestand heranzuziehen. Als Systembruch gegenüber sonstigen Ansprüchen wird dies nicht empfunden.

Gleiches gilt auch für den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB. Wenn hier in der Literatur geäußert wird, bei Unmöglichkeit der Beseitigung „besteht kein entsprechender Anspruch; für diese logisch zwingende Feststellung muss man nicht auf § 275 Abs. 1 BGB zurückgreifen“², so mag dies auf den ersten Blick plausibel wirken. Aber das identische Argument könnte man auch dem auf eine unmögliche Leistung gerichteten schuldrechtlichen Anspruch entgegenhalten. Die Abschaffung von § 275 Abs. 1 BGB aus diesem Grund hat aber soweit ersichtlich bis heute niemand gefordert.

Dies deutet auf einen „blinden Fleck“ des im Allgemeinen sehr scharfen dogmatischen Blicks der deutschen Rechtswissenschaft hin. Wenn das verbreitete Vorgehen richtig ist, bei den dinglichen Ansprüchen ohne Ansehung des geschilderten Dreiklangs und ohne Ansehung eines Untergangstatbestandes nur darauf zu schauen, ob die Voraussetzungen dieses Anspruchs im Zeitpunkt der Geltendmachung vorliegen, so stellt sich die Frage, ob der dingliche Anspruch als solcher nicht insgesamt „vergangenheitsblind“ ist. Vielmehr ließe dann ein unbefangener Blick auf den dinglichen Anspruch und seine Funktion vermuten, dass es um einen ausschließlich

¹ So das geflügelte Wort von *Wilhelm*, zuletzt *ders.*, Sachenrecht, Rn. 1194.

² Staudinger-Eckpfeiler/*Klinck*, U. Rn. 215.

in der Gegenwart stattfindenden Abgleich von Rechtslage und gegenwärtiger Lage gehen muss.

Handelt es sich vielleicht, um in Bildern zu sprechen, bei dem dinglichen Anspruch um das Resultat, welches man erhält, wenn man jeweils eine Photographie der Rechtslage und der tatsächlichen Lage übereinanderlegt? Es wird erkennbar, wo etwas fehlt, wo deswegen ein auf Korrektur gerichteter Anspruch besteht. Aber die Historie hinter den Bildern, die doch dem Fragemuster „Anspruch entstanden, Anspruch untergegangen“ logisch notwendig innewohnt, bleibt dem Betrachter verborgen.

Wenn das so sein sollte und hier der Ursprung für die bei dinglichen Ansprüchen intuitiv anders gewählten Fragestellungen liegt, so stellt sich anknüpfend die Frage, was die Folgen einer solchen Beschaffenheit für die Systematisierung und die Ausgestaltung des Tatbestands der dinglichen Ansprüche sind. Es liegt der Verdacht nahe, dass eine solche möglicherweise bestehende Vergangenheitsblindheit insbesondere bei der Übertragung schuldrechtlicher Bestimmungen auf dingliche Ansprüche nicht immer die gebotene Beachtung findet.

Es erscheint also lohnenswert, um die Brücke zum Titel dieser Abhandlung zu schlagen, zu untersuchen, wie der Anspruchsbegriff allgemein beschaffen ist, um zu ermitteln, ob es bei den dinglichen Ansprüchen lediglich zu einem solchen „Abgleich“ kommt, wie er oben bildhaft umschrieben ist. Weiter stellt sich die Frage, wie ein solcher Vergleich der „Fotos“ beschaffen ist, um dem Sprachbild weiter treu zu bleiben, wobei man die Divergenz der Fotos durchaus als „Rechtsverletzung“, als Abweichung des tatsächlichen Seins vom rechtlichen Seinsollen verstehen kann. Dabei muss letztlich auch geklärt werden, ob ein solcher Vergleich die Historie, die uns etwa im Schuldrecht als so lebensnotwendig zur Erfassung der Phänomene erscheint, ausblendet und nur Gegenwärtiges betrachtet. Mit der Frage nach Anspruch, Rechtsverletzung und Gegenwärtigkeit ist der vorliegende Untersuchungsauftrag also trefflich umschrieben.

II. Gang der Darstellung

Ausgangspunkt einer solchen Untersuchung muss der Anspruchsbegriff selbst sein. Erst wenn geklärt ist, was sich hinter diesem Zentralbegriff unserer Rechtsordnung verbirgt, kann man sinnvoll Fragen nach den sogenannten „dinglichen“ Ansprüchen und ihrer Kontur stellen. Der Anspruchsbegriff wiederum ist nicht zu verstehen ohne seine historische Verankerung im Recht des 19. Jahrhunderts. Bei der Begriffsschöpfung durch Bernhard Windscheid in der Mitte des 19. Jahrhunderts vor dem Hintergrund der seinerzeit vertretenen Lehren muss eine Untersuchung des Rechtsinstituts deswegen ansetzen (siehe Kapitel B.I.). Ist das historische Fundament geklärt, so muss die dogmatische Gestalt des Anspruchs, die dieser im geltenden Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches erhalten hat, herausgearbeitet werden (siehe Kapitel B.II.).

Ist der Anspruchsbegriff als solcher geklärt und im Rahmen dessen ermittelt, ob für den „dinglichen“ Anspruch – oder gar für den Anspruch generell – eine Rechtsverletzung notwendige Voraussetzung ist, so kann die Kontur dieser Rechtsverletzung untersucht werden und wie sich diese zu zeitlichen Abläufen verhält. Mit anderen Worten kann also gefragt werden, ob die Rechtsverletzung stets eine gegenwärtige sein muss (siehe Kapitel C.).

Anschließend kann sich die Untersuchung schließlich der Kontur der „dinglichen“ Ansprüche selbst widmen, wobei der Fokus im Wesentlichen auf die beiden Ansprüche aus § 985 BGB und § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zu legen sein wird (siehe Kapitel D.). Hierbei wird bei § 985 BGB ein Blick auf eine Auswahl der zahlreichen streitigen Einzelfragen zum Herausgabeanspruch aus Eigentum zu werfen sein. Bei § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB muss eine Auseinandersetzung mit der grundlegend umstrittenen dogmatischen Funktion der Norm erfolgen. In beiden Fällen soll Ziel sein, aufgrund der gewonnenen ganzheitlichen Perspektive für konkrete Einzelfragen der Rechtsanwendung neue Lösungen vorzuschlagen oder durch einen neuen Blick auf umstrittene Aspekte einen Beitrag zur jeweiligen Lösung liefern zu können.

Leitfaden der Betrachtung soll stets ein funktionaler Blick auf das Einzelproblem vor dem Hintergrund seiner Verankerung im grundsätzlichen Rechtsinstitut des Anspruchs sein. Angestrebtes Ziel der Untersuchung ist es, durch eine Argumentationskette vom Funktionsganzen zum Einzelstreitstand einen logischen roten Faden herzustellen, der bei den jeweiligen dinglichen Ansprüchen durch seine ganzheitliche Betrachtung einen Mehrwert liefert.