Anwendung des Leistungsstörungenrechts auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Markus Wintermann, Bonn*

*Das Verhältnis von allgemeinem Schuldrecht zum Rege-
lungskomplex des EBV ist dogmatisch seit jeher umstritten.
Umso mehr Aufmerksamkeit erhielt dann eine Entscheidung
des BGH, welcher einen Schadensersatzanspruch statt der
Herausgabe aus § 281 Abs. 1, 3 BGB i.V.m. § 985 BGB
unter bestimmten Umständen für möglich erachtet. Der
vorliegende Aufsatz soll die zugrundeliegende Verhältnis-
problematik der kollidierenden Regelungskomplexe be-
leuchten. Daneben werden sowohl die Urteilsabwägungen
des BGH, als auch alternative Lösungswege aufgezeigt.
Der vorliegende Artikel basiert auf einer Proseminararbeit,
die unter Betreuung von PD Dr. Robert Magnus entstanden
ist und mit sehr gut (16 Punkten) bewertet wurde. Thema
des Proseminars waren „Aktuelle Entwicklungen und höch-
strichterliche Entscheidungen im Zivilrecht“.*

A. Einleitung und Sachverhaltsdarstellung

Ausgangspunkt des Beitrags ist eine Entscheidung des BGH¹ vom 18. März 2016:

Die Beklagte (eine GmbH, künftig „Bekl.“) war Mitglied in einem Einkaufsring deutscher Getränkemärktebetreiber. Dieser hatte mit der C-GmbH einen sogenannten Kooperationsvertrag geschlossen, welcher beinhaltete, dass die C-GmbH in den Getränkemärkten der jeweiligen Mitglieder des Verbandes Videogeräte zu Werbezwecken aufstellen durfte. Aufgrund dessen wurden auch in dem Getränkemarkt der Bekl. insgesamt 15 Videogeräte aufgestellt. Diese sollten dabei im Eigentum der C-GmbH verbleiben. Der Kooperationsvertrag wurde zum 30.09.2011 wirksam gekündigt. Nach Behauptung der Klägerin (ebenfalls eine GmbH, künftig „Kl.“) wurden die Videogeräte im Folgenden zunächst von der C-GmbH an die Geschäftsführerin der Kl. und später dann von der Geschäftsführerin an die Klägerin selbst übereignet.

Die Kl. verlangte nunmehr Herausgabe der Videogeräte von der Bekl., was diese verweigerte. Daraufhin forderte die Kl. von der Bekl. klageweise statt der Herausgabe Schadensersatz in Höhe von 7.500 €, da sie nach eigener Behauptung die Geräte zu einem Preis von je 500 € hätte weiterveräußern können.

Der BGH hat in seinem Urteil die Entscheidung der Vorinstanz² aufgehoben und mangels Spruchreife zur Neuverhandlung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zurückverwiesen. Zentrale Fragestellung der BGH-Entscheidung war, ob der Klägerin als (hier vorausgesetzter) Vindikationsgläubigerin grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet ist, ihren Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB aufzugeben und nach Fristsetzung statt der Herausgabe Schadensersatz nach den allgemeinen Vorschriften des § 280 Abs. 1, 3 BGB i.V.m. § 281 BGB zu verlangen. Die dahinterstehende Problematik, inwieweit die Vorschrift des § 281 BGB auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis³ und damit auf § 985 BGB Anwendung finden kann, soll im Folgenden näher erörtert werden (B.). Anschließend wird die hierzu bezogene Stellung des BGH erläutert (C.) und darauffolgende Reaktionen in der Wissenschaft dargestellt (D.). Im Anschluss werden die unterschiedlichen Herangehensweisen an die Problemstellung kritisch hinterfragt (E.) und mögliche Auswirkungen der BGH-Entscheidung angesprochen (F.).

B. Vertretene Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung

Auf die aufgeworfene Frage finden sich in der Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutierte Antworten. Dabei sind grundsätzlich diejenigen Stimmen zu unterscheiden, welche eine Anwendbarkeit des § 281 BGB auf das EBV aus dogmatisch noch näher zu beleuchtenden Gründen gänzlich verneinen (B. I.) und solchen, welche eine Anwendbarkeit uneingeschränkt bejahen (B. II.). Darüber hinaus finden sich auch Ansichten, die eine beschränkte Anwendung des § 281 BGB befürworten, wobei noch einmal zu unterscheiden ist zwischen denen, die eine Einschränkung über die dem EBV zugrundeliegende Privilegierungsfunktion des redlichen, unverklagten Besitzers machen (B. III. 1.) und denjenigen, die § 281 BGB nur über die Eröffnungsnorm des § 990 Abs. 2 BGB einbeziehen wollen (B. III. 2.).

I. Keine Anwendbarkeit des § 281 BGB auf das EBV

Vertreten wird zunächst die Auffassung, dass die allgemeine schadensrechtliche Vorschrift des (§ 280 Abs. 1, 3 BGB

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms Universität Bonn.

¹ BGHZ 209, 270–278.

² OLG Karlsruhe, BeckRS 2016, 13525.

³ Im Folgenden EBV.

i.V.m.) § 281 BGB von vornherein schon nicht auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB anwendbar sei.⁴

Als eines der Hauptargumente wird vorgebracht, die schuldrechtliche Vorschrift des § 281 BGB passe grundsätzlich nicht auf den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB, der dinglicher Natur ist.⁵ Die grundsätzliche Frage in diesem Zusammenhang ist, ob das notwendige Schuldverhältnis gegeben ist, dessen es für die Erfüllung der Voraussetzungen im Rahmen des § 281 BGB bedarf. Schon diese Vorfrage wird von einigen Autoren verneint, da § 985 BGB keine Leistungspflicht für den unrechtmäßigen Besitzer statuieren. Dies wird damit begründet, dass § 985 BGB keine Erweiterung der Vermögensposition des Vindikationsgläubigers ermögliche, sondern lediglich die schon ohnehin bestehende rechtliche Lage sichern soll, indem der Besitz an einer Sache dem Eigentümer zugewiesen wird.⁶ Überwiegend wird jedoch eine Anwendbarkeit damit verneint, dass § 985 BGB mit seinem Herausgabeanspruch in erster Linie der Rechtsverwirklichung diene, indem er Eigentum und Besitz zusammenführe.⁷ Mit dieser „rein dienenden Funktion“⁸ käme eine mögliche Schadensersatzforderung nicht überein, mit der ein wirtschaftliches „Mehr“ erlangt werden solle. Zwar würde auch im Regelungssystem des EBV nach §§ 989, 990 BGB Schadensersatz gewährt, jedoch nur dann, wenn die Vindikation nicht mehr durchsetzbar oder die Sache beschädigt ist, also ein konkreter Schaden festgestellt werden kann. Im Rahmen von § 281 BGB reiche schon der bloße fruchtlose Ablauf einer Fristsetzung aus, um einen Anspruch zu begründen, ganz unabhängig von einem konkretisierbaren Schaden beim Eigentümer, was die Unterschiedlichkeit und Unverträglichkeit des § 281 BGB zum EBV unterstreiche.⁹

Weiterhin wird angeführt, § 281 Abs. 4 BGB stehe der Anwendbarkeit der Norm im Wege. Da infolge der Geltendmachung des Schadensersatzverlangens gemäß der angegebenen Vorschrift der Primäranspruch durch den sekundären Anspruch auf Schadensersatz ersetzt würde, ginge jener automatisch unter. Die nächste Konsequenz wäre, dass dem Eigentümer dann kein Herausgabeanspruch mehr zustünde. Ein Auseinanderfallen von Eigentum und § 985 BGB sei aber undenkbar und ausgeschlossen.¹⁰ Dadurch, dass der

Besitzer dem untergegangenen Herausgabeanspruch nicht mehr nachkommen muss und seinerseits dafür nun jedoch dem Gläubiger auf Ersatz des objektiven Sachwertes haftet, entstünde eine Situation, die auf eine Art „Zwangskauf“ hinausliefe.¹¹

Des Weiteren spreche auch der Regelungskomplex der §§ 987 ff. BGB gegen eine Verknüpfung von § 281 BGB und § 985 BGB. Die Regelungen über Schadensersatz im EBV zeigten, dass den Herausgabeschuldner, bevor er bösgläubig bzw. verklagt ist, allein eine sog. „Auskehrungspflicht“ und eben keine Schadensersatzpflicht treffen soll.¹² Eine Anwendung des § 281 BGB stünde diesem gesetzlichen Gedanken dann im Wege.

Schließlich sprächen auch die Regelungen des § 993 Abs. 1 BGB a. E. und § 992 BGB dagegen, da diese anderweitige, nicht in §§ 987 ff. BGB geregelte Schadensersatzansprüche nur in den dort genannten Ausnahmefällen zulassen. Hierfür wird der Wortlaut des § 993 Abs. 1 BGB a. E. angeführt: „im Übrigen“.¹³

II. Uneingeschränkte Anwendbarkeit von § 281 BGB auf § 985 BGB

Einer anderen Ansicht zufolge sind die schadensrechtlichen Vorschriften der § 280 Abs. 1, 3 i.V.m. § 281 BGB auf den Herausgabeanspruch uneingeschränkt anwendbar.¹⁴ Eine Einschränkung der Normen sei vom Gesetzgeber nicht vorgenommen worden.¹⁵ Die Möglichkeit einer Fristsetzung mit anschließender Schadensersatzforderung müsse zur effektiven Rechtsdurchsetzung durch den damit verbundenen Drohcharakter auch dem Eigentümer gegenüber dem unrechtmäßigen Besitzer offen stehen.¹⁶

III. Eingeschränkte Anwendbarkeit

Vertreten wird überdies die Auffassung, dass zwar eine grundsätzliche Anwendbarkeit der in Rede stehenden Schadensersatznormen auf § 985 BGB besteht, diese jedoch eingeschränkt werden müsse. Die jeweilige Art und Weise der Einschränkung divergiert jedoch.

1. Regelungszweck der §§ 987 ff. BGB

Der § 281 BGB fordere als Voraussetzung ein Schuldverhältnis, welches auch gesetzlicher Natur sein könne und

⁴ OLG Karlsruhe, BeckRS 2016, 13525; Erman/Ebbing, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage 2014, vor § 987 Rn. 90; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Auflage 2011, § 30 Rn. 23; Baldus, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage 2017, § 985 Rn. 150; Gursky, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2006, § 985 Rn. 82; Gursky, Jura 2004, 433 (438).

⁵ Westermann/Gursky/Eickmann, (Fn. 4), § 30 Rn. 23.

⁶ Henkel, AcP 174 (1974), 97 (128 f.); eine „Leistung“ und damit ein Schuldverhältnis ebenfalls ablehnend Weiss, JuS 2012, 965 (967), die jedoch im Ergebnis zu einer analogen Anwendung des § 281 BGB kommt.

⁷ Staudinger/Gursky, (Fn. 4), § 985 Rn. 82.

⁸ Staudinger/Gursky, (Fn. 4), § 985 Rn. 82.

⁹ Gursky, (Fn. 4), 435.

¹⁰ Stadler, in: Jauernig (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Auflage 2016, § 281 Rn. 3; Westermann/Gursky/Eickmann, (Fn. 4), § 30 Rn. 23; wohl auch Baldus, (Fn. 4), § 985 Rn. 149.

¹¹ OLG Karlsruhe, BeckRS 2016, 13525 Rn. 42. Das OLG lässt offen, ob es eine Anwendung des § 281 BGB nach einer Verurteilung zur Herausgabe für möglich hält, tendiert jedoch dazu, dies zuzulassen.

¹² Gursky, (Fn. 4), 437.

¹³ Gursky, (Fn. 4), 437.

¹⁴ Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Auflage 2015, § 7 Rn. 36; Brehm/Berger, Sachenrecht, 3. Auflage 2014, § 7 Rn. 70.

¹⁵ Vieweg/Werner, (Fn. 14), § 7 Rn. 36.

¹⁶ Brehm/Berger, (Fn. 14), § 7 Rn. 70.

damit auch das EBV erfasst sei.¹⁷ Auch der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB unterliege diesem Anwendungsbereich.

Selbst wenn die Vindikation als solche teilweise nicht als Schuldverhältnis angesehen wird,¹⁸ so wird zumindest eine analoge Anwendung befürwortet.¹⁹ Die für eine Analogie notwendige vergleichbare Interessenlage wird von manchen mit dem Argument bejaht, der dingliche Gläubiger dürfe nicht schlechter stehen als der schuldrechtliche, sodass zur Durchsetzung seiner Rechte schon deshalb eine Analogie nötig sei.²⁰ Andere begründen die Bildung einer Analogie damit, dass der Anspruch aus § 985 BGB „punktuell eine Nähe zu Schuldverhältnissen“²¹ besitzt. Darüber hinaus bestehe auch eine planwidrige Regelungslücke. Dies ergebe sich bereits aus den Motiven des BGB, denen zu entnehmen sei, dass der Gesetzgeber eine analoge Anwendung allgemeiner Vorschriften in Betracht zog.²²

Bei dieser Anwendung müsse jedoch das vom Gesetzgeber aufgestellte Wertesystem der §§ 987 ff. BGB beachtet werden. Dieses schütze den redlichen, unverklagten Besitzer, sodass auch im Rahmen des § 281 BGB eine im gleichen Umfang bestehende Haftungsbeschränkung gelten müsse. Folglich könne eine Anwendung nur dann bejaht werden, wenn der unrechtmäßige Besitzer bösgläubig oder bereits verklagt ist.²³

Der Eigentümer hat jedoch dem zum Schadensersatz verpflichteten Besitzer im Gegenzug das Eigentum an der Sache analog § 255 BGB zu übertragen.²⁴

2. Verweisung des § 990 Abs. 2 BGB

Ferner wird nach einer Auffassung eine Anwendungsmöglichkeit des allgemeinen Schuldrechts, hier in der speziellen Form des § 281 BGB, allein über die Verweisungsnorm des § 990 Abs. 2 BGB bejaht.²⁵

Demnach mache die „Freishaltungsnorm des § 990 Abs. 2 BGB“²⁶ den Weg frei, um auch Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts im Rahmen des EBV, hier insbesondere bezogen auf den Herausgabeanspruch, zur Geltung kommen zu lassen. Jedoch spricht § 990 Abs. 2 BGB nur davon, dass „eine weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs“ unberührt bleibt. Damit stellt sich die entscheidende Frage, ob auch § 281 BGB eine solche „Verzugsnorm“ darstellt und folglich von § 990 Abs. 2 BGB erfasst wird.

Dass § 280 Abs. 1, 3, § 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung und keinen Schadensersatz neben der Leistung statuieren, wie es § 280 Abs. 1, 2, § 286 BGB tun, ist für die dargestellte Meinung kein Hindernisgrund. Vielmehr zieht sie einen Vergleich mit der Vorschrift des § 286 BGB a. F. von vor der Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2002.²⁷ Die Verzugshaftung des § 286 Abs. 2 BGB a. F. erlaubte es, bei vollständigem Fortfall des Leistungsinteresses, nicht mehr den Erfüllungsanspruch, sondern einen sekundären Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Zu diesem Zeitpunkt war über § 990 Abs. 2 BGB also auch ein Anspruch erfasst, welcher trotz seines Charakters als Verzugsregelung nicht nur Schadensersatz neben, sondern gleichzeitig auch einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung (vor der Schuldrechtsmodernisierung „wegen Nichterfüllung“) darstellte.²⁸ Dass ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung nunmehr in § 281 BGB und nicht mehr in § 286 BGB gewährt wird, sei nicht so zu interpretieren, dass der Gesetzgeber die Eröffnungsnorm des § 990 Abs. 2 BGB einengen wollte, sodass allein die Tatsache, dass Schadensersatz statt der Leistung gewährt wird, der Einordnung als Verzugsnorm nicht im Wege stehe.

Ferner sei auch unschädlich, dass § 281 BGB seinem Wortlaut nach keinen Verzug voraussetze. Es sei schon praktisch gar kein Fall denkbar, bei dem die Voraussetzungen der Norm gegeben seien und sich der Anspruchsgegner aber nicht gleichzeitig auch im Verzug befände.²⁹ Denn mit dem Setzen einer Nachfrist spreche der Gläubiger immer zugleich auch eine (konkludente) Mahnung, also eine Aufforderung zur Leistung, mit aus.³⁰ Die Fälle der Entbehrlichkeit der Mahnung aus § 286 Abs. 2 BGB entsprechen den Situationen der Entbehrlichkeit einer Fristsetzung nach § 281 Abs. 2 BGB und ein Verschulden ist ebenfalls bei beiden Vorschriften Voraussetzung. Folglich sei also § 281 BGB eine sogenannte „qualifizierte Verzugshaftung“, die § 990 Abs. 2 BGB mit umfasse.³¹

Da allein § 990 Abs. 2 BGB Einfallstor für die allgemeine Vorschrift des § 281 BGB sei, könne eine Anwendung jedoch auch nur in den Fällen gelten, auf die § 990 Abs. 2 BGB Bezug nimmt. Dieser gelte jedoch aufgrund seiner systematischen Stellung allein für den bösgläubigen Besitzer (§ 990 Abs. 1 BGB).³² Dementsprechend könne auch eine Anwendung des § 281 BGB nur dann in Betracht kommen, sofern der Besitzer in Bezug auf sein mangelndes Besitzrecht, also seiner Herausgabeverpflichtung bösgläubig ist, eine Haftung des nur verklagten (wenn auch redlichen) Besitzers scheide aus.³³ Begründet wird dieses Vorgehen damit, dass der Fall der unberechtigten Besitzvorenthal-

¹⁷ Grüneberg, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Auflage 2017, § 281 Rn. 4.

¹⁸ Weiss, (Fn. 6), 967.

¹⁹ Weiss, (Fn. 6), 969.

²⁰ Fritzsche, in: BeckOK-BGB, 42. Edition 2017, § 985 Rn. 30.

²¹ Weiss, (Fn. 6), 968.

²² Mot. III, S. 398 f., 408 f.

²³ Herrler, in: Palandt (Fn. 17), § 985 Rn. 14; Schulte-Nölke, in: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage 2016, § 985 Rn. 8; so auch OLG Rostock, NJW-RR 2012, 222 (223) und OLG München, BeckRS 2015, 7260 Rn. 93.

²⁴ Herrler, (Fn. 23), § 985 Rn. 14.

²⁵ Gruber/Lösche, NJW 2007, 2815, 2817; Gebauer/Huber, ZGS 2005, 103 (106).

²⁶ Gebauer/Huber, (Fn. 25), 106.

²⁷ Gebauer/Huber, (Fn. 25), 105.

²⁸ Vgl. Gebauer/Huber, (Fn. 25), 105 mit weiteren Nachweisen.

²⁹ Gebauer/Huber, (Fn. 25), 105; dem folgend auch Gruber/Lösche, (Fn. 26), 2818.

³⁰ Canaris, JZ 2001, 499 (515).

³¹ Gruber/Lösche, (Fn. 25), 2818; Gebauer/Huber, (Fn. 25), 106; zur Einordnung als Verzugshaftung auch Gursky, (Fn. 4), 438, der jedoch i.E. eine Anwendung des § 281 BGB ablehnt, s.o.

³² Gursky, in: Staudinger (Fn. 4), § 990 Rn. 92.

³³ Gebauer/Huber, (Fn. 25), 105.

tung etwas anderes sei als die Situationen der §§ 989, 990 Abs. 1 BGB, bei denen sowohl der verklagte, als auch der bösgläubige Besitzer haftet. § 990 Abs. 2 BGB regelt dagegen die Frage, wer in dem Zeitraum, in dem beide Parteien von ihrem Besitzrecht überzeugt sind, das Risiko tragen soll, bei seiner Einschätzung falsch zu liegen. Für diese Situation werde mithin der redliche, wenn auch verklagte Besitzer geschützt und dem Eigentümer das Risiko übertragen, sodass die Rechtshängigkeit allein (ohne Bösgläubigkeit) nicht ausreichend sei, um § 281 BGB über § 990 Abs. 2 BGB zur Anwendung kommen zu lassen.³⁴

Auch nach dieser Meinung steht dem Schadensersatzverpflichteten nach § 255 BGB analog ein Anspruch auf Überweisung zu.³⁵

C. BGH-Entscheidung V ZR 89/15

Der fünfte Zivilsenat des BGH hat in seinem Urteil vom 18.03.2016 das Urteil des vorinstanzlichen OLG Karlsruhe aufgehoben. Einen Anspruch der Klägerin aus §§ 989, 990 BGB lehnte das Berufungsgericht zwar im Ergebnis ebenfalls ab, jedoch aus Sicht des BGH mit der unzutreffenden Annahme, die Beklagte sei nicht bösgläubig gewesen. Der BGH sah dies anders, verneinte jedoch einen Anspruch aus oben genannter Grundlage deswegen, weil die von der Klägerin begehrte Rechtsfolge, nämlich den objektiven Wert der Videogeräte samt entgangenem Gewinn ersetzt zu erhalten, nicht von jener gedeckt sei. Grund des Schadensersatzbegehrens war nicht, dass die Sache sich verschlechtert hatte, untergegangen war oder Unmöglichkeit der Herausgabe bestand, wie von §§ 989, 990 BGB gefordert.³⁶ Einen darüber hinaus möglichen Anspruch aus § 280 Abs. 1, 3, § 281, § 985 BGB sah das Berufungsgericht noch als nicht gegeben an (siehe oben, B. I. Fn. 4).

Der BGH stellt sich dieser Ansicht nun entgegen und schließt sich der Auffassung an, welche eine Anwendung des § 281 BGB auf § 985 BGB im Falle eines bösgläubigen oder verklagten Besitzers zulässt.

Zunächst weist der Senat darauf hin, dass er schon zuvor Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts auf dingliche Ansprüche angewandt hat, so zum Beispiel § 275 Abs. 2 BGB auf § 1004 BGB oder § 286 BGB a. F. über § 990 Abs. 2 BGB auf das EBV. Bezüglich des Herausgabeanspruches aus § 985 BGB habe er insbesondere § 283 BGB a. F. angewandt, welcher dem Eigentümer das Recht verlieh, nach rechtskräftiger Verurteilung des Besitzers zur Herausgabe von diesem Schadensersatz statt der Leistung (vormals „wegen Nichterfüllung“) zu verlangen, sollte die ihm hierzu gesetzte Frist fruchtlos ablaufen. Dieses Vorgehen konnte sich laut BGH darauf stützen, dass der Gesetzgeber aufgrund des schuldrechtsähnlichen Charakters der Herausgabeverpflichtung davon ausgegangen sei, dass auch die allgemeinen Regeln des Schuldrechts auf § 985 BGB anwendbar seien. Durch die Schuldrechtsmodernisierung

ersetzte § 281 BGB den § 283 BGB a. F.; dass sich dadurch an der bis dato gehandhabten Rechtspraxis etwas ändern sollte, sei jedoch nicht ersichtlich. Die Rechtsstellung des Gläubigers sei bis dahin für noch zu nachteilig empfunden worden und sollte sich durch die Reform zu seinen Gunsten verbessern.

Das Argument des Zwangskaufs sieht der BGH darüber hinaus nicht als durchgreifend an. Der Besitzer sei durch die Möglichkeit des Schadensersatzverlangens durch den Eigentümer „nicht gezwungen, die Sache zu erwerben“. Die Schlechterstellung des Besitzers gegenüber der früheren Gesetzeslage bestehe allein darin, dass der Eigentümer schon vor einer rechtskräftigen Verurteilung zur Herausgabe Schadensersatz nach Ablauf einer zu setzenden Frist verlangen kann, nicht jedoch in einem darauffolgenden Eigentumserwerb als solchem.

Abschließend bestehe ein größeres Bedürfnis in der Praxis, dass dem Eigentümer ein Übergang vom Herausgabeanspruch zum Schadensersatzanspruch statt der Herausgabe zukommt. Dies diene der Rechtssicherheit, insbesondere vor dem Hintergrund, dass eventuell die Sache vom Vollstreckungsorgan nicht aufgefunden werden kann. Das zur Durchsetzung seines Anspruchs wichtige Instrument des Schadensersatzverlangens muss auch dem Eigentümer zustehen, der nicht schlechter gestellt werden dürfe als ein obligatorisch Berechtigter.

Die Privilegierung des gutgläubigen bzw. unverklagten Besitzers durch die §§ 989, 990 BGB sei jedoch zu berücksichtigen, sodass auch nach § 281 BGB nur eine insoweit eingeschränkte Haftung des verschärft haftenden Besitzers in Betracht käme.

D. Reaktionen im Schrifttum

Die Literatur reagierte mit einigen Anmerkungen auf das ergangene Urteil. Kaiser beurteilt die Entscheidung aus praktischer Sicht.³⁷ Zum einen ließe sich das Risiko von erfolglosen Herausgabeverfahren vermeiden, zum anderen gäbe es auch den prozessualen Vorteil, dass das Herausgabeverlangen unter Fristbestimmung gestellt und für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs Schadensersatz gem. §§ 255, 259 ZPO verlangt werden könne. Des Weiteren liege die grundsätzlich vom Gläubiger nachzuweisende Pflichtverletzung im Rahmen des § 281 BGB in der Nichtherausgabe an sich, sodass im Gegensatz zu den §§ 989, 990 BGB gar keine Beeinträchtigung der Sache selbst vorliegen muss, was eine Beweiserleichterung darstelle. Weiterer Vorteil sei, dass nunmehr über § 281 BGB auch der reine Vorenthaltungsschaden ersatzfähig sei, welchen §§ 989, 990 BGB nicht erfassten.

Kaiser sieht in dem Urteil somit einen „wichtigen und auch richtigen Schritt“³⁸ zur Umsetzung der Schuldrechtsreform. Eine hohe praktische Bedeutsamkeit des Urteils sieht auch Keil in seiner Anmerkung.³⁹ Es schaffe die nötige Rechts-

³⁴ Gebauer/Huber, (Fn. 25), 107.

³⁵ Gebauer/Huber, (Fn. 25), 106.

³⁶ BGHZ 209, 270–278, Rn. 10.

³⁷ Kaiser, NJW 2016, 3235 ff.

³⁸ Kaiser, (Fn. 37), 3235.

³⁹ Keil, EWIR 2016, 701 f.

sicherheit. Inhaltlich wird der BGH für seine Entscheidung uneingeschränkt gelobt; die Auseinandersetzung mit dem Problem der Anwendung des § 281 BGB auf § 985 BGB erfolge unter Ausnutzung aller gegebenen Auslegungsmethoden, die Begründung sei „vorbildlich“ und überzeuge „voll und ganz“.⁴⁰

Riehm sieht in seiner Entscheidungsbesprechung das Gegenargument des Zwangskaufes nicht hinreichend entkräftet. Es wäre trotz der Argumentation des BGH so, dass dem Besitzer in der praktischen Folge das Eigentum im Austausch gegen die Zahlung des Sachwertes übertragen werde (analog § 255 BGB).⁴¹

E. Kritische Auseinandersetzung

Der BGH sticht mit seiner Entscheidung zum Problemkomplex der Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts in Form des § 281 BGB auf den Vindikationsanspruch in ein dogmatisches Wespennest. Aufgrund dessen erscheint eine im Folgenden anhand einzelner Unterasspekte gliederte Erörterung sinnvoll.

I. Allgemeines Schuldrecht vs. EBV

Als Ausgangsproblem stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis sich das EBV zum allgemeinen Schuldrecht befindet. Ausgangspunkt hierfür kann die Vorschrift des § 993 Abs. 1 BGB a. E., aber auch die Systematik der §§ 987 ff. BGB an sich sein. Diese Vorschriften sollen nach einigen Autoren wie gesehen schon dazu führen, dass anderweitige Schadensersatzansprüche als im Regelungskomplex des EBV vorgesehen sind, von vornherein ausscheiden.⁴² Nun könnte man den Wortlaut des § 993 Abs. 1 BGB a. E. („im Übrigen“) jedoch auch so interpretieren, dass er sich nur auf solche anderweitigen Schadensersatzansprüche bezieht, die von ihrem inhaltlichen Umfang bereits durch die §§ 989, 990 BGB abgedeckt sind. In Betracht kämen dabei nicht solche Ansprüche wegen Zerstörung und Beschädigung der Sache, namentlich wegen unerlaubter Handlung, da deren grundsätzliche Nichtanwendbarkeit sich u.a. schon aus dem Umkehrschluss von § 992 BGB ergibt.⁴³ Aber zum Beispiel die Vorschriften wegen Unmöglichkeit könnten in den Anwendungsbereich des § 993 BGB fallen, sodass anderweitige Ersatzmöglichkeiten wegen Unmöglichkeit der Herausgabe mit Ausnahme der §§ 989, 990 BGB ausschieden. Eine zwangsweise Sperrwirkung für alle anderen Anspruchsmöglichkeiten, namentlich solcher mit anderen Rechtsfolgen als die durch die Regelungen im EBV gewährten, ist also dem Wortlaut nach nicht zwingend gegeben.

Der BGH lässt in seinem Urteil eine nähere Auseinandersetzung mit diesem Grundsatzproblem vermissen. Das von ihm gegebene Argument des Vergleichs mit der alten

Rechtslage bezüglich § 283 BGB a. F. und dessen Anwendung auf § 985 BGB ist zwar ein historisches. Ein solches kann jedoch eine - wie oben gezeigt mögliche - gesetzlich angeknüpfte Verzahnung des allgemeinen Schuldrechts mit dem EBV nicht wirklich ersetzen, was schon aufgrund des Spannungsverhältnisses der Regelungskomplexe zueinander wünschenswert wäre.

II. Bildung einer Analogie

§ 985 BGB verkörpert keinen schuldrechtlichen, sondern einen dinglichen Anspruch.⁴⁴ Daher stellt sich die Frage einer Analogiefähigkeit, welche § 281 BGB anwendbar machen würde. Eine solche wird von der Literatur wie gesehen teilweise aufgrund vorgetragener Unterschiedlichkeit von dinglichem und obligatorischem Anspruch verneint.⁴⁵ Für die Annahme einer vergleichbaren Interessenlage lässt sich jedoch anführen, dass schon das von § 985 BGB dem Eigentümer gewährte Recht, vom unrechtmäßigen Besitzer Herausgabe der Sache verlangen zu können, also die Natur des Anspruches an sich mit ihrem dargestellten Inhalt, der eines vertraglichen Anspruches nahekommt.⁴⁶ In gewissen – praktisch vielen – Fällen decken sich vertraglicher und dinglicher Anspruch sogar, sodass sie nebeneinander in Anspruchskonkurrenz stehen, parallel anwendbar sind und sich in ihren Rechtsfolgen gleichen.⁴⁷ Die erforderliche planwidrige Regelungslücke wäre ebenfalls gegeben.⁴⁸ Der Entscheidung des BGH lässt sich eine solche explizite Auseinandersetzung mit einer Analogiefrage nicht entnehmen. Dies stellt jedoch wohl eine reine Formulierungsfrage dar. Da sich der Senat eingehend mit der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 281 BGB auf den Vindikationsanspruch beschäftigt und unter anderem deren Verhältnis unter systematischer, teleologischer und historischer Perspektive beurteilt (siehe oben unter C.), ist die Frage der Vergleichbarkeit von § 985 BGB mit einem Schuldverhältnis wie er von § 281 BGB gefordert wird der Argumentation des BGH gleichsam immanent (so auch die Frage der Regelungslücke).

III. Praktische Notwendigkeit/Zwangskauf

Verbreitetes Argument der Befürworter einer Anwendung von § 281 BGB ist das des praktischen Bedürfnisses, welches auch der BGH heranzieht (siehe oben unter C.). Ein solches ist dabei durchaus plausibel zu begründen: Kann der Eigentümer einen erwirkten Herausgabebetitel gegen den Besitzer seiner Sache faktisch nicht vollstrecken, da es dem Gerichtsvollzieher unmöglich ist, die Sache aufzufinden, möglicherweise weil der Herausgabeschuldner diese absichtlich zurückhält, stünde er vor einem Problem. Die

⁴⁰ Keil, (Fn. 39), 702.

⁴¹ Riehm, JuS 2016, 1024 (1026).

⁴² Gursky, (Fn. 4), 437.

⁴³ Raff, in: Münchener Kommentar (Fn. 4), § 992 Rn. 2.

⁴⁴ Herrler, in: Palandt (Fn. 17), § 985 Rn. 1.

⁴⁵ U.a. Gursky, in: Staudinger, (Fn. 4), Rn. 82.

⁴⁶ Weiss, (Fn. 6), 968.

⁴⁷ Baldus, (Fn. 4), § 985 Rn. 128 f.

⁴⁸ Siehe oben B.I. Fn. 22.

Durchsetzung seines Anspruches kann nicht erwirkt werden, das ihm zustehende Recht ist praktisch nutz- und wirkungslos. Dabei ist zu bedenken, dass der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB (wenn auch möglicherweise nicht allein) Rechtsverwirklichungsfunktion hat und damit dem Eigentumsrecht nach § 903 BGB dient.⁴⁹ Dieser ist wiederum Ausfluss der grundrechtlich geschützten Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG, dessen Inhalt er bestimmt.⁵⁰ Der somit auch über dem Eigentumsrecht schwebende Grundrechtsschutz wäre aber dadurch gefährdet, wenn dem Eigentümer zur Wahrung seiner Rechte nur unvollkommene Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Hätte der Eigentümer im oben genannten Beispiel keinerlei weitere Möglichkeit als Herausgabe zu verlangen, wäre sein Eigentumsrecht teilweise entwertet. Schadensersatz statt der Herausgabe zu verlangen unterstützt also nicht nur als Druckmittel die Wiedererlangung der Sache, sie hilft auch nachträglich dem grundrechtlich gebotenen Schutz des Eigentums Rechnung zu tragen, indem zumindest Ersatz für den „faktischen Untergang“ erlangt werden kann.

Auch die vom BGH vertretene Position, das Argument des Zwangskaufs als nicht durchschlagend anzusehen, überzeugt im Ergebnis. Dass der Besitzer zu einem Erwerb der Sache gezwungen würde, kann man nur für den Fall bejahen, dass er nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist die Sache herausgibt. Wenn er der Forderung des Eigentümers aber insoweit nicht nachkommt, ist er auch im Folgenden nicht schutzwürdig. Er hätte es selbst in der Hand, die Konsequenzen abzuwenden. Dass ein Erwerb des Eigentums analog § 255 BGB folgt ist dann nicht nur dogmatisch die zwangsläufige Folge, sondern auch notwendig. Der Eigentümer, dessen Herausgabeanspruch erlischt (analog § 281 Abs. 4 BGB) darf zum einen nicht doppelt bereichert werden, zum anderen hinge sonst das Eigentum quasi „in der Luft“, wenn Besitz und Eigentum nicht mehr zusammengeführt werden könnten. Der Besitzer dagegen erhält den Vorteil des Vollrechts an der Sache. Unter diesem Aspekt könnte man umgekehrt möglicherweise sogar von einem „Zwangsverkauf“ reden, da der Besitzer durch Nichtherausgabe und ein provoziertes Schadensersatzverlangen am Ende das Eigentum erhalten kann.

IV. Gesetzliche Anknüpfung/Einschränkung

Dass eine praktische Notwendigkeit wie dargelegt tatsächlich besteht und vom BGH zu Recht bejaht wurde, kann jedoch nicht allein ausreichend dafür sein, dass nun § 281 BGB ohne Weiteres auf die Vindikation angewandt wird. Vielmehr bedarf es darüber hinaus auch eines gesetzlichen Anknüpfungspunktes, um nicht bloß eine ergebnisorientierte, sondern auch rechtlich konstruktive Lösung zu bilden.⁵¹ Der BGH bildet eine solche Lösung aufgrund der Tatsache, dass die allgemeinen Regeln des Leistungsstörungenrechts

eingreifen, solange es keine abschließende Spezialregelung gibt und dem Argument, dass ein Ersatz des reinen Nutzungsausfallschadens in den §§ 989, 990 BGB nicht geregelt ist, vor dem Hintergrund des § 283 BGB a. F. und seiner Anwendung auf den § 985 BGB. Dies ist ein durchaus gangbarer Weg, jedoch lässt das Urteil in seiner Argumentation eine nähere Auseinandersetzung mit dem § 990 Abs. 2 BGB vermissen. Als eine durchaus elegante Möglichkeit erscheint es nämlich, mit dieser Verweisungsnorm und der Einordnung des § 281 BGB als sogenannte „qualifizierte Verzugsvorschrift“ dessen Anwendungsmöglichkeit auf den Vindikationsanspruch zu bejahen.⁵² Freilich stellte sich dann in der Konsequenz wie oben gesehen (B. III. 2.) das Problem, dass lediglich der bösgläubige Besitzer von einer Haftung getroffen würde, der verklagte jedoch nicht. Diese Lücke könnte über eine eventuelle Analogie unter dem vom BGH bereits erbrachten Vergleich mit der alten Rechtslage des § 283 BGB a. F. geschlossen werden. Der BGH hat sich hier für einen anderen Weg entschieden und sich bereits festgelegt, obwohl es ihm in diesem Fall auch möglich gewesen wäre, nur für den Fall der hier einzig in Betracht kommenden Bösgläubigkeit des Besitzers zu entscheiden und eine Erweiterung auf die Rechtshängigkeit offen zu lassen.

F. Folgen

Die Entscheidung des BGH bzgl. der Möglichkeit, Schadensersatz statt der Herausgabe gegen den verklagten bzw. bösgläubigen Besitzer geltend zu machen, klärt eine seit der Schuldrechtsmodernisierung schwelende Rechtsfrage für die Praxis.

Der BGH hat auch auf andere dingliche Ansprüche bereits Vorschriften aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht angewandt (u.a. § 275 BGB auf § 1004 BGB).⁵³ Abzuwarten ist, ob sich diese Praxis noch ausweiten wird. Insbesondere relevant könnten dabei die Komplexe des Besitzschutzes (§ 861 BGB) und der Pfandrechte (§§ 1204 ff. BGB) sein.⁵⁴ Dass der BGH mit seiner durch das besprochene Urteil dargelegten Rechtsauffassung den Anwendungsbereich des Leistungsstörungenrechts auch auf diese Regelungskomplexe ausweitet, kann nicht präziser vorhergesagt werden. Die vorgenommene und schwerpunktmäßig historische Argumentation mit der alten Gesetzeslage ist insoweit nicht ohne Weiteres übertragbar. Dementsprechend offen bleibt die weitere Entwicklung.

⁴⁹ Fritzsche, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage 2012, § 985 Rn. 30.

⁵⁰ Kingreen/Poscher, Grundrechte, 32. Auflage 2016, Rn. 1000.

⁵¹ So ähnlich auch Weiss, (Fn. 6), 968.

⁵² Wie die oben dargestellte, teilweise vertretene Ansicht, vergleiche Fn. 25 ff.

⁵³ BGH, NJW 2008, 3122 Rn. 18 ff.

⁵⁴ Beachte § 1227 BGB, welcher auf die Ansprüche des Eigentümers verweist.