

HILMAR ODEMER

Schadenersatz statt der  
Leistung im Anspruchssystem  
des Eigentümer-Besitzer-  
Verhältnisses

*Studien zum Privatrecht*

87

---

Mohr Siebeck

# Studien zum Privatrecht

Band 87





Hilmar Odemer

# Schadenersatz statt der Leistung im Anspruchssystem des Eigentümer-Besitzer- Verhältnisses

Eine Untersuchung zur Anwendbarkeit  
der §§ 281, 282 BGB auf den vindikatorischen  
Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB

Mohr Siebeck

*Hilmar Odemer*, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaft an der Justus-Liebig-Universität Gießen; Juristischer Vorbereitungsdienst am OLG Frankfurt am Main mit Stationen u. a. in Atlanta (USA) und New York City (USA); wissenschaftliche Mitarbeit an der EBS Law School Wiesbaden und Lehrtätigkeit an der Goethe-Universität Frankfurt am Main; derzeit Wissenschaftlicher Angestellter an der Freien Universität Berlin.  
orcid.org/0000-0003-3722-8167

ISBN 978-3-16-158240-0 / eISBN 978-3-16-158241-7

DOI 10.1628/978-3-16-158241-7

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

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

© 2019 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 Times gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Für Franziska



## Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 fertiggestellt und sodann von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld als Dissertation angenommen. Entstanden ist sie jedoch während meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Freien Universität Berlin, wo ich das große Glück hatte, meinen Doktorvater, Herrn Professor Dr. Martin Schwab, kennenzulernen. Natürlich gebührt ihm der erste Dank. Er hat mich nicht nur zu diesem Thema inspiriert, sondern stand mir auch nach seinem Wechsel nach Bielefeld jederzeit mit Rat und Tat zur Seite. Professor Schwab wird mir fachlich wie menschlich stets ein Vorbild sein.

Bedanken möchte ich mich zudem bei Herrn Professor Dr. Frank Weiler für die so bemerkenswert rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Ich weiß sehr wohl, dass dies keine Selbstverständlichkeit ist.

Ebenso verbunden bin ich Herrn Professor Dr. Nils Schaks, Freund, ehemaliger Kollege und zurzeit Juniorprofessor für das Öffentliche Recht an der Universität Mannheim. Er hat die erste Leseversion des Dissertationsmanuskripts korrekturgelesen und mich mit seiner positiven Rückmeldung zur alsbaldigen Einreichung der Arbeit ermutigt.

Für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses danke ich zudem der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung.

Darüber hinaus danke ich meinen Eltern Edith und Rolf Odemer, die mir ein finanziell sorgenfreies Studium ermöglicht, zeit meines Lebens zu mir gestanden, in jeder Lage in mich vertraut und mich stets liebevoll unterstützt haben. Ich bin unendlich dankbar, Euch zu haben!

Ein ganz besonderer Dank gebührt meiner Frau Franziska Odemer. Mit ihr habe ich nicht nur unzählige schöne Augenblicke erleben dürfen, sondern auch einen sehr schweren Lebensabschnitt gemeinsam überstanden. Sie war es zudem, die das besonders mühevollle Erstkorrekturlesen auf sich nahm und mich in Phasen des Zweifels ermutigte. Vor allem aber hat sie mir das Wertvollste geschenkt, das man sich nur vorstellen kann – unsere Kinder Hilla und Franz. Aus Liebe und Dankbarkeit widme ich ihr dieses Buch.

Berlin, im August 2019

Hilmar Odemer



# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	VII
Einführung . . . . .	1
A. Grundsätzliches zur Anwendung schuldrechtlicher Vorschriften auf die Vindikationslage . . . . .	3
I. Vindikationslage als Schuldverhältnis . . . . .	3
II. Schuldrechtliche Leistung und § 985 . . . . .	5
III. § 985 als erfüllbarer Anspruch im Sinne von § 362 . . . . .	8
B. Der Übergang vom vindikatorischen Herausgabeanspruch zum Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 . . . . .	11
I. Die Haftungsprivilegierung des Besitzers im Eigentümer- Besitzer-Verhältnis . . . . .	11
II. Sachenrechtliche Besonderheiten . . . . .	41
III. Die Systematik von Restitution und Verantwortlichkeit im Rahmen der §§ 989, 990 . . . . .	73
IV. Die potentiell verbleibenden Anwendungsbereiche des § 281 . . . . .	93
C. Erforderlichkeit der Anwendung des § 281 auf § 985 unter Abwägung der bisherigen Untersuchungsergebnisse? Zugleich: Schadensersatz statt der Vindikation gemäß § 282? . . . . .	97
I. Ungewissheit im Hinblick auf das Herausgabeunvermögen im Sinne von § 989 . . . . .	98
II. Unstreitiger Besitz und rechtswidriges Verhalten des Besitzers: Ein Fall des § 282? . . . . .	110
III. Ausgleichsansprüche . . . . .	134
IV. Vorteile des Weges über § 282 und abschließende Überlegungen . . . . .	137
V. Wesentliches Ergebnis zu C. . . . .	149
VI. Schematische Darstellung der Voraussetzungen einer Substituierung der Vindikation gemäß § 282 . . . . .	151

Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse	153
Anhang . . . . .	163
Literaturverzeichnis . . . . .	165
Sachverzeichnis . . . . .	173

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Einführung . . . . .	1
A. Grundsätzliches zur Anwendung schuldrechtlicher Vorschriften auf die Vindikationslage . . . . .	3
I. Vindikationslage als Schuldverhältnis . . . . .	3
II. Schuldrechtliche Leistung und § 985 . . . . .	5
III. § 985 als erfüllbarer Anspruch im Sinne von § 362 . . . . .	8
B. Der Übergang vom vindikatorischen Herausgabeanspruch zum Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 . . . . .	11
I. Die Haftungsprivilegierung des Besitzers im Eigentümer- Besitzer-Verhältnis . . . . .	11
1. Die Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung . . . . .	12
a) Die dem § 281 entsprechenden Regelungen im früheren Schuldrecht . . . . .	13
aa) Schadensersatz nach Fristsetzung, §§ 283, 326 a.F. . . . .	13
bb) Schadensersatz wegen Verzugs, § 286 Abs. 2 a.F. . . . .	14
cc) Schematische Gegenüberstellung der relevanten Vorschriften . . . . .	14
b) Der Übergang von § 985 zum Schadensersatz im früheren Recht . . . . .	15
2. Übertragbarkeit der zum alten Recht entwickelten Grundsätze auf § 281? . . . . .	16
3. Anwendbarkeit des § 281 auf den unredlichen Besitzer gemäß § 990 Abs. 2? . . . . .	17
a) § 281 als „weitergehende Haftung“ im Sinne von § 990 Abs. 2? . . . . .	17

aa)	Bestimmung der „weitergehenden Haftung“ nach Schadenskategorien? . . . . .	17
(1)	Die Schadenskategorien des § 989 . . . . .	18
(2)	Der ersatzfähige Schaden gemäß § 281 im Rahmen einer Vindikationslage . . . . .	19
bb)	„Weitergehende Haftung“ als Ausdehnung der Leistungsstörungsszenarien . . . . .	20
b)	§ 281 als Haftung „wegen Verzugs“ im Sinne von § 990 Abs. 2? . . . . .	21
aa)	§ 281 als „qualifizierte“ Verzugshaftung? . . . . .	21
(1)	Systematische Stellung der §§ 281, 286–288 . . . . .	22
(2)	Argumentum ex § 287 S. 2 . . . . .	23
(3)	Keine zwangsläufige Verzugsbegründung durch Fristsetzung . . . . .	24
(4)	Schadensersatz nach Fristablauf ist keine Sanktion für den Verzug . . . . .	25
bb)	Teleologische Extension des § 990 Abs. 2? . . . . .	26
(1)	Planwidrige Regelungslücke durch Streichung des § 286 Abs. 2 a. F. . . . .	26
(2)	Keine vergleichbare Interessenlage . . . . .	27
c)	§ 990 Abs. 2 als Rechtsgrundverweisung auf § 281? . . . . .	28
d)	Fiktive Herausgabeunmöglichkeit? . . . . .	29
aa)	Unmöglichkeitfiktion als in Betracht kommendes Instrument? . . . . .	29
(1)	Fristablauf . . . . .	30
(2)	Schadensersatzverlangen . . . . .	31
bb)	Systemwidrige Verbindung von § 989 und § 990 Abs. 2 . . . . .	31
e)	Zwischenergebnis und Kurzstellungnahme . . . . .	32
4.	Praktische Bedeutungslosigkeit der Frage nach der Substituierbarkeit des § 985 wegen der Option des § 818 Abs. 4? . . . . .	33
a)	Ausgangsüberlegung . . . . .	33
b)	§§ 818 Abs. 4, 281 im Rahmen einer Vindikationslage . . . . .	34
aa)	Zur Anwendbarkeit des § 283 a. F. im Bereicherungsrecht . . . . .	34
bb)	Übertragbarkeit auf § 281 . . . . .	34
5.	Das Urteil des BGH vom 18.3.2016 . . . . .	35
a)	Die wesentlichen Argumente des BGH . . . . .	35
b)	Erste Kritik . . . . .	36
aa)	Vorstellungen des Gesetzgebers . . . . .	36
bb)	Gleichstellung des dinglichen Gläubigers . . . . .	38

(1) Kein Grundsatz der Besserstellung des dinglichen Gläubigers . . . . .	38
(2) Keine Aushöhlung des normativen Rechts mithilfe von Billigkeitsargumenten . . . . .	40
II. Sachenrechtliche Besonderheiten . . . . .	41
1. Der rechtliche Charakter des vindikatorischen Herausgabeanspruchs . . . . .	42
a) Unselbstständigkeit der Vindikation . . . . .	42
aa) Ausgangsüberlegung . . . . .	42
bb) Stellungnahme . . . . .	42
b) Pekuniäre Wertlosigkeit der Vindikation . . . . .	43
aa) Ausgangsüberlegung . . . . .	43
bb) Stellungnahme . . . . .	44
(1) Kein Nachweis der Vermögensrelevanz des Anspruchs aus § 985 anhand der §§ 989 f. . . . .	45
(2) § 906 Abs. 2 S. 2 als Indiz für die Werthaltigkeit negatorischer Ansprüche . . . . .	45
(3) Erforderlichkeit einer Gesamtbetrachtung zur wertmäßigen Bestimmung der zu surrogierenden Leistung gemäß § 281 . . . . .	46
2. Die Vindikation als Verkörperung des Eigentums . . . . .	48
a) Unzulässige Trennung des § 985 vom Stammrecht gemäß § 281 Abs. 4 . . . . .	48
b) Keine gesetzlich vorgesehenen Fälle einer Vindikationsabspaltung . . . . .	49
aa) § 931 . . . . .	49
bb) § 185 Abs. 1 . . . . .	50
c) Reduktion der Wirkung des § 281 Abs. 4 . . . . .	50
d) § 197 Abs. 1 Nr. 2 als Beleg für die Zulässigkeit des dauerhaften Auseinanderfallens von Eigentum und Besitz? . . . . .	50
aa) Kein entsprechender Willensentschluss des Gesetzgebers bei § 281 Abs. 4 . . . . .	51
bb) Grundsätzliche rechtspolitische Bedenken gegen § 197 Abs. 1 Nr. 2 . . . . .	51
cc) Keine vergleichbare Interessenlage . . . . .	52
3. Überkompensation des Eigentümers durch Fortgeltung der dinglichen Rechtslage . . . . .	53
a) Wiedererlangung des Besitzes und Wiederaufleben des § 985 bei Drittbesitz . . . . .	53
aa) Besitzübertragung auf Dritte . . . . .	54

bb) Sachverlust und Ansprüche des Eigentümers aus Fundrecht . . . . .	55
cc) Bereicherungsansprüche des Schuldners gegen den wieder in Besitz der Sache gelangenden Eigentümer?	55
b) Unerlaubte Handlungen Dritter . . . . .	56
aa) Ansprüche des Eigentümers . . . . .	56
bb) Eigene Anspruchsberechtigung des Besitzers? . . . . .	58
c) Unterlassungsansprüche . . . . .	59
d) Herausgabe des Übererlöses nach § 816 . . . . .	60
4. Lösungsansätze . . . . .	61
a) Beschränkung der Rechtsfolgenanordnung des § 281 . . . . .	61
aa) Vorenthaltungsschaden . . . . .	61
bb) Wert der „Besitzauskehr“ . . . . .	62
(1) Anknüpfung an den kapitalisierten Nutzungswert . . . . .	63
(2) Kosten der Besitzerlangung . . . . .	63
b) Unmittelbare Auswirkungen des Schadensersatzverlangens auf die dingliche Rechtslage . . . . .	64
aa) Konkludente Dereliktion . . . . .	65
bb) Konkludente Übereignung . . . . .	65
cc) Untauglichkeit bei Grundstücken . . . . .	66
c) Schadensersatz nur Zug um Zug gegen Übereignung der Sache analog § 255 . . . . .	66
aa) Vergleichbarkeit der Interessenlagen . . . . .	67
(1) Schwierige Erreichbarkeit der Sache wegen Unkenntnis des unmittelbaren Besitzers als Rechtfertigung des § 255 . . . . .	67
(2) Kenntnis des unmittelbaren Besitzers als Regelfall des § 985 . . . . .	68
(3) Vorteilsausgleichung und schadensrechtliches Bereicherungsverbot als gemeinsame Anknüpfung . . . . .	68
bb) § 255 als dogmatische Begründung einer Übereignungspflicht . . . . .	69
(1) „Abtretung“ als faktische Übereignungspflicht wegen Unselbstständigkeit des § 985? . . . . .	69
(2) Unbilligkeit eines generellen Übereignungszwangs gemäß § 255 . . . . .	70
(3) Zumutbarkeit einer Übereignungspflicht im Regelfall des § 281 . . . . .	71
5. Zwischenergebnis und Kurzstellungnahme . . . . .	72

III. Die Systematik von Restitution und Verantwortlichkeit im Rahmen der §§ 989, 990 . . . . .	73
1. Schadensersatz statt der ganzen Leistung gemäß § 281 Abs. 1 S. 2 . . . . .	74
2. Die Haftung des mittelbaren Besitzers alternativ gemäß § 989 Var. 3 oder § 281 . . . . .	76
a) Ausgangsüberlegung . . . . .	76
b) Kein Zurücktreten des § 281 . . . . .	78
3. Die Geltendmachung des § 281 als alleiniges schadensbegründendes Ereignis . . . . .	79
a) Die unterschiedliche Bedeutung des Merkmals „Schaden“ als Ausgangsproblem . . . . .	79
aa) Schaden als bloße Rechtsfolgenanordnung des § 281 . . . . .	79
bb) Schaden als anspruchsbegründendes und -beschränkendes Element der §§ 989, 990 . . . . .	80
cc) Kurzstellungnahme . . . . .	81
b) Die jederzeitige Möglichkeit eines „Zwangskaufs“ im Rahmen einer Vindikationslage als Folge des § 281 . . . . .	81
aa) Entgegenstehende Funktion des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses . . . . .	82
(1) Kein Zwang zur Herausgabe während des Prozesses . . . . .	82
(2) Wahrung der Eigentumsverhältnisse durch Vorrang der Sachherausgabe . . . . .	83
bb) Erhöhtes Missbrauchspotential bei Verwertungsinteresse des Eigentümers . . . . .	84
cc) Zusätzliche Unbilligkeiten bei Fremdbesitz und Kauf unter Eigentumsvorbehalt . . . . .	85
dd) Das Beurkundungserfordernis aus § 311b Abs. 1 S. 1 bei Grundstücken . . . . .	86
ee) Zur Bewertung der Kontroverse durch Reformgesetzgeber und BGH . . . . .	86
(1) Die gesetzgeberischen Vorstellungen zum „Zwangskauf“ . . . . .	87
(2) Die vom BGH angedeutete Abwendungsmöglichkeit durch Herausgabe . . . . .	88
ff) Lösungsansätze und weitere Überlegungen . . . . .	88
(1) Ausschluss des § 281 bei höherwertigen Sachen gemäß § 242? . . . . .	88
(2) § 571 Abs. 1 S. 2 analog? . . . . .	89

(3) Hinweispflicht analog § 254 Abs. 2 bei höherwertigen Sachen? . . . . .	90
(4) Keine zu erwartende zurückhaltende Anwendung des § 281 wegen Insolvenzrisikos des Besitzers . . . . .	91
4. Faktische Zufallshaftung des redlichen Besitzers . . . . .	91
5. Zwischenergebnis . . . . .	92
IV. Die potentiell verbleibenden Anwendungsbereiche des § 281 . . . . .	93
1. (Rechtskräftige) Herausgabeverurteilung? . . . . .	94
2. Besitzerlangung durch verbotene Eigenmacht oder Straftat im Sinne des § 992? . . . . .	95
3. Schuldhafte Vollstreckungsvereitelung . . . . .	95
a) Deliktische Besitzvorenthaltung . . . . .	95
b) Vom Schuldner zu vertretende Unauffindbarkeit der Sache . . . . .	96
C. Erforderlichkeit der Anwendung des § 281 auf § 985 unter Abwägung der bisherigen Untersuchungsergebnisse? Zugleich: Schadensersatz statt der Vindikation gemäß § 282? . . . . .	97
I. Ungewissheit im Hinblick auf das Herausgabeunvermögen im Sinne von § 989 . . . . .	98
1. Ausgangsüberlegung und Überblick . . . . .	98
a) Bestreiten des Besitzes durch den Schuldner . . . . .	98
b) Behauptung der Unauffindbarkeit der Sache . . . . .	98
2. Günstigere Beweissituation als Argument für § 281? . . . . .	99
a) Kein Anscheinsbeweis im Rahmen des § 989 . . . . .	100
b) Beweislastverteilung nach Kenntnissphären im Rahmen des § 989 . . . . .	100
3. Die Absicherung der Herausgabevollstreckung als Argument für § 281? . . . . .	102
a) Verurteilung zur Herausgabe gemäß § 985 sowie Schadensersatz nach § 989 auch ohne Beweisaufnahme . . . . .	102
b) Schadensersatz gemäß § 989 als zulässige innerprozessuale Bedingung . . . . .	104
c) Verfahrensrechtliche Bedenken im Hinblick auf § 281, §§ 255, 259 ZPO . . . . .	105
aa) Möglichkeit einer Exkulpation des Schuldners nach Rechtskraft des Urteils . . . . .	105
bb) Rechtsschutzinteresse des Gläubigers im Hinblick auf § 259 ZPO . . . . .	106
4. Stellungnahme und Zwischenergebnis . . . . .	108

5. Zwangsvollstreckung . . . . .	109
II. Unstreitiger Besitz und rechtswidriges Verhalten des Besitzers:	
Ein Fall des § 282? . . . . .	110
1. Anwendbarkeit des § 282 auf den nicht herausgebenden Besitzer . . . . .	111
a) Überwiegen des Integritätsinteresses . . . . .	112
b) Historische Wurzeln des § 282 . . . . .	113
c) Unanwendbarkeit des § 281 . . . . .	114
2. Unzumutbarkeit des Festhaltens an § 985 wegen vollendeter Vollstreckungsvereitelung . . . . .	114
3. Antrag auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 282 bereits im Herausgabeprozess (unechter Hilfsantrag)? . . . . .	116
a) Prozessuale Zulässigkeit nach dem Rechtsgedanken des § 259 ZPO . . . . .	117
b) Hinreichende Gewissheit der Schadensersatzpflicht im Zeitpunkt der Verurteilung? . . . . .	118
aa) Feststellung einer späteren Unzumutbarkeit bereits im Erkenntnisverfahren? . . . . .	118
bb) Zumutbarkeit einer „offenen Verurteilung“ für den Schuldner . . . . .	120
cc) § 726 ZPO als Beleg für die Möglichkeit einer Verurteilung bei noch nicht vollständiger Anspruchsverwirklichung . . . . .	121
c) Zwangsvollstreckung . . . . .	121
4. Umstellung auf § 282 schon vor oder während des Vindikationsprozesses? . . . . .	122
a) Drohende Vollstreckungsvereitelung . . . . .	123
aa) Qualität der drohenden Vollstreckungsvereitelung: „Beiseiteschaffen“ im Sinne von § 288 StGB oder arglistige Täuschung . . . . .	123
bb) Zusätzliches Erfordernis: „Bevorstehen“ der Zwangsvollstreckung . . . . .	124
(1) Vindikationsklage oder Einstweilige Verfügung . . . . .	125
(2) Eintritt des Verzugs gemäß §§ 990 Abs. 2, 286 . . . . .	125
cc) Anforderungen an die Unzumutbarkeit bei drohender Vollstreckungsvereitelung . . . . .	127
(1) Vertrauensverlust in die Herausgabebereitschaft des Besitzers und Zweifel an den Erfolgsaussichten einer Herausgabevollstreckung . . . . .	127

(2) Positive Kenntnis des Besitzers vom Mangel seines Besitzrechts . . . . .	128
b) Besitzerlangung durch verbotene Eigenmacht oder Straftat	130
aa) Vorfrage: Deliktische Besitzerlangung als Neben- pflichtverletzung im Sinne des § 282? . . . . .	130
bb) Unzumutbarkeit gemäß § 282 bei verbotener Eigenmacht oder Straftat . . . . .	131
(1) Rechtswidrige Besitzerlangung trotz positiver Kenntnis . . . . .	131
(2) Fahrlässige Tatbegehung und nachträglich eintretende positive Kenntnis . . . . .	132
c) Zwischenergebnis . . . . .	133
III. Ausgleichsansprüche . . . . .	134
1. § 255 analog . . . . .	134
2. Rechte des Eigentümers bei Wiedererreichbarkeit der Sache .	135
a) § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 . . . . .	135
b) Wahlrecht gemäß § 242 . . . . .	136
c) Verjährung . . . . .	137
IV. Vorteile des Weges über § 282 und abschließende Überlegungen	137
1. Keine willkürliche Umgehung der rechtstechnischen Schutzmechanismen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses .	138
2. Kein Widerspruch zu den Wertungen des § 990 Abs. 2 . . . . .	138
a) Die beschränkte Haftung des Besitzers wegen Verzögerung der Herausgabe . . . . .	138
b) Keine Bedenken während der Schwebelage . . . . .	139
3. Kein „Ausschluss“ des § 985 durch Geltendmachung des § 282 . . . . .	139
a) Keine analoge Anwendung des § 281 Abs. 4 auf § 282 . . . .	139
b) Keine teleologische Reduktion des § 281 Abs. 4 im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis . . . . .	141
c) Keine schematische Übertragung der Bestimmungen des § 281 auf § 282 . . . . .	144
aa) Beispiel 1: Teilleistung . . . . .	144
bb) Beispiel 2: Abmahnerfordernis . . . . .	145
4. Angemessene Beachtung der Wertungen des Art. 14 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG . . . . .	145
a) Ausgangsüberlegung . . . . .	145
b) Übergang auf § 282 als bewusste Ultima-Ratio- Entscheidung . . . . .	147
c) Kein Konflikt mit § 311b Abs. 1 . . . . .	147

5. Zwangsvollstreckung . . . . .	147
a) Formulierung des Schadensersatzantrags . . . . .	148
b) Bedingte Angebotserklärung gemäß § 756 Abs. 1 ZPO . . . . .	149
V. Wesentliches Ergebnis zu C. . . . .	149
VI. Schematische Darstellung der Voraussetzungen einer Substituierung der Vindikation gemäß § 282 . . . . .	151
 Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse	153
I. Keine Anwendbarkeit des § 281 auf die Vindikation . . . . .	153
II. Geltung des § 989 auch bei bestrittenem Besitz oder behaupteter Unauffindbarkeit der Sache durch Beweislastverteilung nach „Kenntnisphären“ . . . . .	156
III. Im Übrigen: § 282 . . . . .	157
 Anhang . . . . .	163
§ 283 a. F. (Fristsetzung nach Verurteilung) . . . . .	163
§ 286 a. F. (Verzugsschaden) . . . . .	163
§ 326 a. F. (Verzug; Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung) . . . . .	163
 Literaturverzeichnis . . . . .	165
 Sachverzeichnis . . . . .	173



## Einführung

Die Frage, ob Normen des allgemeinen Schuldrechts, die sich systematisch zunächst auf die Regelungen des zweiten Buches des BGB<sup>1</sup> beziehen, grundsätzlich auch auf sachenrechtliche Bestimmungen zur Anwendung gebracht werden können, ist vielschichtig und wird seit jeher kontrovers diskutiert.<sup>2</sup>

Auf den ersten Blick scheinen einem solchen Vorgehen bereits die Grundsätze der Abstraktion und Trennung von Schuld- und Sachenrecht entgegenzustehen, die das deutsche Zivilrecht prägen und äußerlich durch die Fassung zweier gesonderter Bücher zutage treten. Andererseits wurden diese zentralen Prinzipien selbst von den Verfassern des BGB nicht konsequent eingehalten und umgesetzt. Vielmehr finden sich in beiden Regelungskomplexen Bestimmungen, die strenggenommen dem jeweils anderen Rechtsgebiet zuzuordnen sind. So existieren im dritten Buch des BGB Vorschriften, die zwar einen sachenrechtlichen Ursprung haben, letztlich aber vom Eigentum losgelöst und damit obligatorischer Natur sind, wie beispielsweise die für die nachfolgende Untersuchung maßgeblichen Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§§ 987 ff.).<sup>3</sup> Umgekehrt bewirkt etwa die im zweiten Buch normierte Abtretung gemäß § 398 gewissermaßen eine „Verdinglichung“ relativer Rechte, weil hiernach die Person des Forderungsgläubigers ohne Beteiligung des Schuldners durch Verfügung ausgewechselt werden kann.<sup>4</sup> Die Bestimmung des § 566 geht sogar noch darüber hinaus, indem sie dem Mietrecht bei Grundstücken und (Wohn-)Räumen (§ 578) insgesamt eine absolute Wirkung verleiht, weil der Erwerber einer Immobilie mit Ei-

---

<sup>1</sup> Paragraphen ohne Bezeichnung des Gesetzes sind stets solche des BGB.

<sup>2</sup> Nur beispielhaft zu nennen sind: *Stälin*, Über die dinglichen Ansprüche des B.G.B. hinsichtlich der Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse auf dieselben (1902); *Falk*, Die Übertragung der schuldrechtlichen Regeln auf die rei vindicatio (1928); *Plath*, Die Ergänzung der Ansprüche aus dem Eigentum (§§ 985 ff. BGB) durch Anwendung schuldrechtlicher Bestimmungen (1929); *Horstmann*, Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche (1938); *Schwerdtner*, Verzug im Sachenrecht (1973); *Becker*, Schadensersatz nach Fristsetzung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (2012).

<sup>3</sup> Zur schuldrechtlichen Natur der §§ 987 ff. ausführlich: *Pinger*, 137 ff., insbes. 181; vgl. zudem *Soergel/Stadler*, 13. Aufl. 2006, § 987 Rn. 3.

<sup>4</sup> Vgl. *MüKo/Roth/Kieninger*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 398 Rn. 1 f.

gentumsübergang kraft Gesetzes in bestehende Mietverträge eintritt, wodurch die obligatorischen Bestimmungen der §§ 535 ff. letztlich gegenüber jedermann Wirkung entfalten.<sup>5</sup> Das Mietrecht ist zudem paradigmatisch dafür, dass dingliche durch schuldrechtliche Anspruchsbeziehungen beeinflusst werden können. So gewährt ein bestehendes Mietverhältnis ein Recht zum Besitz, das den Anspruch des Eigentümers aus § 985 auszuschließen vermag (§ 986). Umgekehrt kann der Eigentümer wieder vindizieren, sobald er den das Besitzrecht vermittelnden Vertrag nach den Regeln der §§ 573 ff. wirksam durch Kündigung beendet.<sup>6</sup>

Die gegenseitige Durchdringung beider Regelungskomplexe lässt durchaus den Schluss zu, dass das Sachenrecht grundsätzlich für schuldrechtliche Institute zugänglich ist und umgekehrt. Ob und – bejahendenfalls – inwieweit die Bestimmungen der §§ 241–432 auch zur Ergänzung dinglicher Ansprüche herangezogen werden können, ist damit indes noch nicht geklärt.

Die nachfolgende Untersuchung beschränkt sich auf die in diesem Zusammenhang praktisch bedeutsame Frage, ob der Eigentümer von seinem vindikatorischen Herausgabeanspruch auf einen Schadensersatz statt der Leistung mittels der Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts übergehen kann. Dabei soll zunächst in gebotener Kürze beantwortet werden, ob nicht bereits die dingliche Natur des § 985 ganz grundsätzlich einer Heranziehung der auf Schuldverhältnisse ausgerichteten Normen des zweiten Buches des BGB entgegensteht (sogleich, A.). Auf Einzelfragen, die sich konkret hinsichtlich der Anwendbarkeit der schadensersatzrechtlichen Regelungen der §§ 280 ff. auf die Vindikationslage stellen, wird hingegen an jeweils betroffener Stelle einzugehen sein (B. und C.).

---

<sup>5</sup> *Wieling*, GS Sonnenschein, 2003, 201, 211 ff., 216 ff.; *Westermann/H.P. Westermann*, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 12; vgl. zudem *Canaris*, FS Flume Bd. I, 371 ff.

<sup>6</sup> Vgl. *Westermann/H.P. Westermann*, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 8 (zur Leihe).

## A. Grundsätzliches zur Anwendung schuldrechtlicher Vorschriften auf die Vindikationslage

### I. Vindikationslage als Schuldverhältnis

Von Teilen der Literatur<sup>1</sup> wird die Anwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts auf die Vindikationslage schon ganz grundsätzlich abgelehnt, weil der unrechtmäßige Besitzer dem Eigentümer jedenfalls im obligationsrechtlichen Sinne nichts *schulde*. Ersterer sei nämlich jederzeit in der Lage, den Anspruch aus § 985 durch Aufgabe des Besitzes zu Fall zu bringen,<sup>2</sup> weshalb bereits das für ein Schuldverhältnis charakteristische „rechtliche Band“ (*iuris vinculum*) fehle, wodurch der Schuldner an den Gläubiger gebunden wird und von dem er sich nur durch Erfüllung befreien kann.<sup>3</sup> Hinzukomme, dass die relevante Rechtsbeziehung des Eigentümers gerade nicht (auch) zum Besitzer selbst, sondern ausschließlich zum Vindikationsgegenstand bestehe,<sup>4</sup> was unter der Prämisse, dass die Sache im Rahmen des § 985 lediglich in demjenigen Zustand herauszugeben ist, in dem sie sich aktuell befindet,<sup>5</sup> dazu führe, dass Letzterer nicht einmal zum ordnungsgemäßen Umgang mit der Sache angehalten werden könne. Auch dies spreche gegen die Existenz eines Schuldverhältnisses, das gerade durch die Wechselbeziehung zwischen Verhaltenssteuerung, Schuld und Haftung gekennzeichnet ist.<sup>6</sup>

Richtigerweise wird die Entstehung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses jedoch bereits mit dem Eintritt der Vindikationslage zu bejahen sein.<sup>7</sup> Zwar be-

---

<sup>1</sup> Henckel, AcP 174 (1974), 97, 131; Picker, FG BGH 2000, 693, 694 ff.

<sup>2</sup> Zu diesen Eigenheiten des § 985: B. II. 1., 2.

<sup>3</sup> Allg. zum *iuris vinculum*: MüKo/Bachmann, BGB, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 3.

<sup>4</sup> Picker, FG BGH 2000, 693, 694 f.

<sup>5</sup> H. M., BGHZ 148, 252, 255 = NJW 2001, 2966; Soergel/Stadler, 13. Aufl. 2006, § 985 Rn. 21; Staudinger/Gursky (2012), § 985 Rn. 60; MüKo/Baldus, BGB, 7. Aufl. 2017, § 985 Rn. 78; Palandt/Herrler, 77. Aufl. 2018, § 985 Rn. 8; zu dieser Besonderheit des § 985 vgl. zudem A. II. 1.

<sup>6</sup> Henckel, AcP 174 (1974), 97, 131; Picker, FG BGH 2000, 693, 694 ff.

<sup>7</sup> Ebenso: Soergel/Stadler, 13. Aufl. 2006, § 985 Rn. 2, Vor § 987, dort Fn. 6; BeckOGK/Spohnheimer, BGB, 1.7.2018, § 985 Rn. 20.2.

zweckt § 985 in erster Linie die Verwirklichung des Eigentums;<sup>8</sup> erreicht wird dies indes gerade durch die Verpflichtung des Besitzers, dem Vindikanten den unmittelbaren Besitz an der Sache durch „Herausgabe“ zu verschaffen.<sup>9</sup> Die Festlegung, was der Schuldner zu tun hat, um dem Recht des Gläubigers zu entsprechen, gehört jedoch gerade zum Wesen des Schuldverhältnisses.<sup>10</sup>

Die hiergegen ins Feld geführte jederzeitige Abwendungsmöglichkeit des vindikatorischen Herausgabeanspruchs durch Besitzaufgabe vermag hieran nichts zu ändern. Ungeachtet der Tatsache, dass dieser Umstand in rechtsdogmatischer Hinsicht schon ganz grundsätzlich nicht geeignet erscheint, Rückschlüsse auf die Eigenschaft „Schuldverhältnis“ zu ziehen,<sup>11</sup> so ist doch insbesondere auch der obligatorische Herausgabeschuldner regelmäßig im Stande, sich von seiner Leistungspflicht zu befreien, indem er die – wenn auch im Einzelfall schwieriger zu erfüllenden – Voraussetzungen des § 275 herbeiführt. Obgleich der Eintritt der Unmöglichkeit nicht auch (zwingend) das Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge hat, wohingegen der Besitzverlust im Rahmen des § 985 die Vindikationslage grundsätzlich vollständig beseitigt, besteht doch praktisch insoweit kein relevanter Unterschied, als im Falle der unverschuldeten Unmöglichkeit mangels Eingreifens der §§ 280, 283 auch die persönliche Rechtsbeziehung endet,<sup>12</sup> während umgekehrt der unrechtmäßige Besitzer bei schuldhafter Herbeiführung des Unvermögens Schadensersatz zu leisten hat, wenn und soweit eine der Haftungsverhärfungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses gemäß §§ 989, 990 eingreift.<sup>13</sup>

An letzteres anknüpfend erweist sich sodann auch die Behauptung, eine durch die bloße Vindikationslage begründete schuldrechtliche Sonderverbindung sei schon deshalb abzulehnen, weil der Anspruchsgegner aufgrund seiner beschränkten Auskehrungspflicht aus § 985<sup>14</sup> einen ordnungsgemäßen Umgang mit der Sache nicht schulde,<sup>15</sup> als wenig stichhaltig. Denn sofern die Voraussetzungen der §§ 987 ff. vorliegen, hat auch der unrechtmäßige Besitzer zumindest mittelbar den herauszugebenden Gegenstand vor Verschlechterung, Untergang oder sonstigem Verlust zu bewahren (§ 989) und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu nutzen (§ 987 Abs. 2).<sup>16</sup> Der Vindikation kommt mithin

<sup>8</sup> Soergel/*Stadler*, 13. Aufl. 2006, § 985 Rn. 2.

<sup>9</sup> Statt vieler: BGH, NJW-RR 2004, 570, 571.

<sup>10</sup> Soergel/*Stadler*, 13. Aufl. 2006, § 985 Rn. 2, Vor § 987, dort Fn. 6; MüKo/*Ernst*, BGB, 7. Aufl. 2016, Einleitung zu Band 2, Rn. 9; BeckOGK/*Spohnheimer*, BGB, 1.7.2018, § 985 Rn. 20.2.

<sup>11</sup> So auch BeckOGK/*Spohnheimer*, BGB, 1.7.2018, § 985 Rn. 20.2.

<sup>12</sup> Vgl. nur MüKo/*Ernst*, BGB, 7. Aufl. 2016, § 275 Rn. 69.

<sup>13</sup> So z. B. auch *Schwerdtner*, 134.

<sup>14</sup> Zur Herausgabe der Sache lediglich im gegenwärtig vorhandenen Zustand.

<sup>15</sup> So insbes. *Henckel*, AcP 174 (1974), 97, 131; *Picker*, FG BGH 2000, 693, 694.

<sup>16</sup> BeckOGK/*Spohnheimer*, BGB, 1.7.2018, § 985 Rn. 20.2.

durchaus eine für das Schuldverhältnis typische verhaltenssteuernde Funktion zu.<sup>17</sup> Darüber hinaus kann der Eigentümer seinen Anspruch aus § 985 mittels Klage und Zwangsvollstreckung (§§ 883, 885 ZPO) erzwingen. Auch hierin verwirklicht sich eine zur Schuld hinzutretende und für das Bestehen einer Obligation ebenfalls typische Haftung.<sup>18</sup> Die aus § 985 abgeleitete Herausgabepflicht begründet mithin eine Schuld, die aus der Verletzung des Eigentums durch die Vorenthaltung der Sache folgt und jedenfalls insoweit gleich einer Forderung relativen Charakter hat, als sie sich gegen den jeweiligen Besitzer richtet.<sup>19</sup>

Selbst wenn man jedoch all dies außer Acht lassen wollte, so muss der Vindikation doch zumindest ein obligationsähnlicher Charakter zukommen, der es zu rechtfertigen vermag, jedenfalls die Vorschriften über Leistungsstörungen entsprechend zur Anwendung zu bringen, weil sich der aus § 985 folgende Anspruch gegen eine bestimmte Person richtet und den Eigentümer in die Lage versetzt, mit der „Herausgabe“ eine konkrete Leistung zu fordern.<sup>20</sup>

## II. Schuldrechtliche Leistung und § 985

Demgegenüber wird von einigen Vertretern des Schrifttums gerade bestritten, dass der unrechtmäßige Besitzer im Rahmen des § 985 verpflichtet ist, dem Eigentümer etwas zu *leisten*. Dingliche und schuldrechtliche Ansprüche seien vielmehr sowohl im Hinblick auf die jeweilige Rechtsfolgenanordnung als auch des Anspruchsinhalts derart verschieden, dass einer aufgrund sachenrechtlicher Befugnis vorgenommenen Handlung jedenfalls nicht die Eigenschaft einer Leistung im schuldrechtlichen Sinne zugesprochen werden könne.<sup>21</sup> So richteten sich dingliche Ansprüche des Eigentümers allein auf die Beibehaltung oder (Wieder-)Herstellung des rechtmäßigen Zustands im Sinne von § 903 sowie auf Vermeidung einer von diesem ausgeübten „Eigenmacht“.<sup>22</sup> Der dinglich Verpflichtete müsse sich daher – im negatorischen Sinne – lediglich aus dem fremden Rechtskreis zurückziehen, während bei Forderungen typischerweise die Aufstockung des Vermögens auf Seiten des Gläubigers im Vordergrund stehe.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> Allgemein zu dieser Funktion als eines der maßgeblichen Elemente eines Schuldverhältnisses: MüKo/Ernst, BGB, 7. Aufl. 2016, Einleitung zu Band 2, Rn. 9.

<sup>18</sup> Vgl. BeckOK/Sutschet, BGB, 47. Ed. 1.8.2018, § 241 Rn. 16 f.

<sup>19</sup> Falk, 9 f.; Pinger, 187; Soergel/Stadler, 13. Aufl. 2006, § 985 Rn. 2; Baur/Stürner, § 11 Rn. 43; BeckOGK/Spohnheimer, BGB, 1.7.2018, § 985 Rn. 20.2.

<sup>20</sup> So schon der historische Gesetzgeber, vgl. Mugdan III, 222.

<sup>21</sup> Henckel, AcP 174 (1974), 97, 128 f.; Picker, 158; Katzenstein, AcP 206 (2006), 96, 101 ff.

<sup>22</sup> Picker, 158; ders., FS Bydliński, 269, 288; Katzenstein, AcP 206 (2006), 96, 101 ff.

<sup>23</sup> Henckel, AcP 174 (1974), 97, 131; Picker, FG BGH 2000, 693, 723; Katzenstein, AcP

Dies überzeugt schon deshalb nicht, weil sich auch schuldrechtliche Ansprüche identifizieren lassen, die nicht auf die Mehrung des Gläubigervermögens zielen, sondern ebenfalls nur den rechtmäßigen Zustand aufrechtzuerhalten bzw. widerherzustellen bezwecken. Zu nennen sind in erster Linie obligatorische Herausgabeansprüche wie etwa § 546,<sup>24</sup> aber auch schuldrechtliche Ansprüche auf Unterlassung,<sup>25</sup> Auskunft und Rechnungslegung. Zwischen der Herausgabepflicht des unrechtmäßigen Besitzers aus § 985 und derjenigen des Mieters aus § 546 besteht insbesondere kein derart gravierender Unterschied, der es zu rechtfertigen vermag, die im Rahmen der Vindikation geschuldete „Verschaffung des unmittelbaren Besitzes“<sup>26</sup> dem wesentlichen Inhalt nach nicht auch als Leistungspflicht anzusehen.<sup>27</sup> Schließlich erhält derjenige Eigentümer, der zugleich Vermieter ist, unstrittig eine Leistung im Sinne von § 241, wenn der Mieter auf Grundlage des § 546 den an der unversehrten Sache vorhandenen Besitz<sup>28</sup> herausgibt.<sup>29</sup> Es wäre dogmatisch nicht zu rechtfertigen, die Natur ein und derselben Handlung unterschiedlich zu bewerten, je nachdem, auf welcher materiellen Anspruchsgrundlage diese beruht.<sup>30</sup>

Auch aus semantischen Gründen erscheint es vorzugswürdig, die aus der Vindikation folgende Pflicht nicht bloß als auf den Rückzug aus dem Rechtskreis des Eigentümers und damit auf ein Unterlassen (des weiteren Besitzens) beschränkt anzusehen, sondern eben als Obligation zur „Herausgabe“ und damit – über die bloße Duldung der Wegnahme hinaus – zur Vornahme einer gewissen positiven Tätigkeit.<sup>31</sup> Dass dem so sein muss, verdeutlicht nicht zuletzt ein Vergleich mit den §§ 867, 1005, die es dem Verpflichteten lediglich auferlegen, dem Berechtigten die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu „gestatten“, woraus zu folgern ist, dass der zur „Herausgabe“ verpflichtete Besitzer gerade mehr schuldet,

---

206 (2006), 96, 103 ff.; zu den Konsequenzen, die hieraus insbes. im Hinblick auf § 281 gezogen werden: B. II. 1. b).

<sup>24</sup> Zu den freilich dennoch vorhandenen Unterschieden zwischen § 985 und § 546: B. I. 5. b) bb) (1).

<sup>25</sup> Z. B. vertragl. Wettbewerbsverbot, s. hierzu: B. II. 1. b) bb) (3).

<sup>26</sup> BGH, NJW-RR 2004, 570, 571; NJW-RR 2015, 433 (Rn. 16).

<sup>27</sup> So schon der historische Gesetzgeber, vgl. Mugdan III, 222.

<sup>28</sup> Die Pflicht aus § 546 geht freilich dann über § 985 hinaus, wenn sich die Sache nicht mehr im Besitz des Mieters befindet oder zwischenzeitlich mit erheblichen Einrichtungen versehen wurde, weil der Schuldner dann – anders als i. R. d. § 985 – (verschuldensunabhängig) die Rückverschaffung bzw. die Versetzung der Sache in den vertragsgemäßen Zustand schuldet, vgl. nur BGH, NZM 2002, 913; NZM 2011, 75; NJW-RR 2015, 433 sowie: B. I. 5. b) bb) (1).

<sup>29</sup> Lange, JZ 1964, 640, 641; Gursky, JURA 2004, 433, 434; Becker, 84.

<sup>30</sup> Ebenso: OLG Stuttgart, OLGZ 25, 205; Lange, JZ 1964, 640, 641; Gursky, JURA 2004, 433, 434; Wilhelm Sachenrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 1186 ff.; Becker, 84.

<sup>31</sup> So bereits die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers, vgl. Mugdan III, 221 f. („gewissen positiven Tätigkeit“).

nämlich die „Auskehrung“ der Sache im jeweils aktuellen Zustand.<sup>32</sup> Dieser Pflicht genügt er, indem er die Sache zur Abholung am jeweiligen Belegenheitsort bereitstellt<sup>33</sup> und den Eigentümer hierüber entsprechend in Kenntnis setzt.<sup>34</sup>

Selbst wenn man indes die Richtigkeit der zuvor dargelegten Gegenauffassung unterstellt, wonach der unrechtmäßige Besitzer über den Rückzug aus der fremden Rechtssphäre hinaus dem Eigentümer gegenüber nichts schuldet, so vermag allein dies an der Natur der aus § 985 resultierenden Herausgabepflicht im Ergebnis nichts zu ändern. Denn gemäß § 241 Abs. 1 S. 2 kann eine Leistung im schuldrechtlichen Sinne ausdrücklich auch in einem Unterlassen bestehen. Hinzukommt, dass das BGB einen einheitlichen Leistungsbegriff gerade nicht vorsieht und mangels Zweckmäßigkeit auch nicht vorsehen kann, weil einem solchen ganz unterschiedliche Bedeutung zukommt, je nachdem, in welchem Zusammenhang er im Gesetz Verwendung findet. Obgleich gerade die bedeutenden erfüllungs- und bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffe gewisse Parallelen aufweisen, insbesondere weil die ungerechtfertigte Vermögensmehrung gemäß § 812 meist deshalb geschieht, um einen vermeintlich existierenden Anspruch zu befriedigen,<sup>35</sup> so dient die Bestimmung der Leistung bei § 362 doch in erster Linie dazu, festzustellen, ob und inwieweit ein bestehendes Schuldverhältnis zum Erlöschen gebracht worden ist.<sup>36</sup> Im Rahmen der §§ 812 ff. sollen hingegen durch das Merkmal der Leistung zuvorderst die Parteien des Rückabwicklungsverhältnisses ermittelt<sup>37</sup> sowie die Fälle der Leistungs- von denjenigen der Nichtleistungskondition abgegrenzt werden.<sup>38</sup>

Für das Bereicherungsrecht kommt noch die Besonderheit hinzu, dass allein die Bestimmung eines Zwecks maßgeblich ist, weshalb jede Hingabe von Vermögenswerten schlicht *zur Leistung erhoben* werden kann, indem ihr ein solcher zugeschrieben wird.<sup>39</sup> Im bereicherungsrechtlichen Sinne sind mithin auch Leis-

---

<sup>32</sup> H. M., BGH, NJW-RR 2015, 433 (Rn. 16); Soergel/Stadler, 13. Aufl. 2006, § 985 Rn. 20; Staudinger/Gursky (2012), § 985 Rn. 60; MüKo/Baldus, 7. Aufl. 2017, BGB, § 985 Rn. 78 ff.; Becker, 77 ff.; noch weitergehend: *Schwerdtner*, 137 (bewegliche Sache sind zu „übergeben“, Grundstücke „zu räumen“).

<sup>33</sup> BGHZ 104, 304, 306 = NJW 1988, 3264 (Abholung, „dort, wo sie sich befinden“); differenzierend: NK/Schwab, BGB, 3. Aufl. 2016, § 269 Rn. 53 (Redlichkeit: Belegenheitsort; Bösgläubigkeit: ursprünglicher Ort).

<sup>34</sup> Vgl. nur BGH, NJW-RR 2015, 433 (Rn. 16); MüKo/Baldus, 7. Aufl. 2017, BGB, § 985 Rn. 78 ff. (immanenter Informations- und Auskunftsanspruch).

<sup>35</sup> Vgl. MüKo/Schwab, BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 53.

<sup>36</sup> Vgl. nur BGH, NJW 2007, 3488 (Rn. 17) (m. Anm. Lorenz); MüKo/Fetzer, BGB, 7. Aufl. 2016, § 362 Rn. 2; Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 362 Rn. 1.

<sup>37</sup> MüKo/Schwab, BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 52 („Bestimmung des richtigen Bereicherungsgläubigers“).

<sup>38</sup> Soergel/Schmidt-Kessel/Hadding, 13. Aufl. 2011, § 812 Rn. 6.

<sup>39</sup> Soergel/Schmidt-Kessel/Hadding, 13. Aufl. 2011, § 812 Rn. 6; MüKo/Schwab, BGB,

tungen denkbar, die nicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit vorgenommen werden, sondern gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 gänzlich andere Ziele verfolgen.<sup>40</sup> Eine im Rahmen des § 362 vorgenommene Zweckvorgabe dient hingegen allenfalls dazu, festzulegen, *welche Schuld* bei mehreren Forderungsbeziehungen durch die Zuwendung als bewirkt anzusehen ist.<sup>41</sup> Die von einem Teil der Literatur<sup>42</sup> vertretene Auffassung, wonach immer dann, wenn eine bereicherungsrechtliche Leistungsbeziehung vorliegt, auch eine Leistung im Sinne von § 362 gegeben sein soll und umgekehrt, vermag daher im Ergebnis nicht zu überzeugen.<sup>43</sup>

Mangels Einheitlichkeit erscheint der Leistungsbegriff mithin nicht geeignet, eine Aussage zur Anwendbarkeit schuldrechtlicher Vorschriften auf § 985 zu treffen.

### III. § 985 als erfüllbarer Anspruch im Sinne von § 362

Zusätzlich zu den bisher aufgezeigten Überlegungen wird vertreten, § 985 folge auch deshalb nicht den Regeln des Schuldrechts, weil der vindikatorische Herausgabeanspruch nicht nach den Vorgaben des § 362 erfüllt werden könne.<sup>44</sup> Der bereits dargelegte Umstand, dass die Berechtigung des Eigentümers aus § 985 mangels fortwährender Tatbestandsmäßigkeit schon durch den Verlust des Besitzes auf Seiten des Schuldners entfalle, zeige, dass insbesondere die Regel des § 362 Abs. 2, wonach der Gläubiger einen Dritten ermächtigen kann, die Leistung mit Erfüllungswirkung anzunehmen, ins Leere gehe. Denn die Herausgabe an einen Dritten führe in der Person des bisherigen Besitzers auch ohne entsprechende Ermächtigung des Eigentümers zum Erlöschen des Anspruchs aus § 985.<sup>45</sup>

---

7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 47; zur Frage, ob es sich bei der Herausgabe gem. § 985 um eine Leistung handelt, vgl. zudem ausführlich: *Becker*, 72 ff., 77 ff.

<sup>40</sup> *Beispiele*: Verwendungen auf ein fremdes Grundstück in der berechtigten Erwartung eines späteren Eigentumserwerbs desselben infolge Erbeinsetzung (BGH, FamRZ 2013, 1030 m. Anm. *Schwab*) oder sog. unbenannte Zuwendungen in Paarbeziehungen (hierzu etwa *Schwab*, FamRZ 2010, 1701, 1703).

<sup>41</sup> BGH, NJW 2007, 3488 (Rn. 17) (m. Anm. *Lorenz*); NJW 2014, 547 (Rn. 21); Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 362 Rn. 1, 7 (Tilgungsbestimmung bei § 362 nur ausnahmsweise erforderlich); differenzierter, aber im Erg. wohl ebenso: MüKo/*Schwab*, BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 53.

<sup>42</sup> *Thomale*, 163 ff.

<sup>43</sup> Wie hier: MüKo/*Schwab*, BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 53, 448 (zwar ist jede Erfüllungsleistung stets auch Bereicherungsleistung, nicht hingegen ist jede Bereicherungsleistung zwingend Erfüllungsleistung).

<sup>44</sup> *Henckel*, AcP 174 (1974), 128 f.

<sup>45</sup> *Henckel*, AcP 174 (1974), 128 f.

Obgleich die Erwägungen zu § 362 Abs. 2 durchaus zutreffen, so ändert dies doch jedenfalls nichts an der Tatsache, dass derjenige Besitzer, der den Vindikationsgegenstand ordnungsgemäß an den Eigentümer herausgibt, seine aus § 985 resultierende Pflicht im Sinne von § 362 Abs. 1 erfüllt.<sup>46</sup> Denn schließlich führt Ersterer den von ihm geschuldeten Leistungserfolg herbei, wenn er Letzterem den unmittelbaren Besitz an der Sache verschafft. Hinzu kommt, dass der Bestimmung des § 362 Abs. 2 jedenfalls insoweit selbst im Rahmen einer Vindikationslage eigenständige Bedeutung zukommt, als die Herausgabe an einen gemäß § 185 Abs. 1 ermächtigten Dritten eine Schadensersatzhaftung des Schuldners nach §§ 989, 990 zu verhindern vermag.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> So auch Staudinger/*Gursky* (2012), § 985 Rn. 5.

<sup>47</sup> Staudinger/*Gursky* (2012), § 985 Rn. 5; BeckOGK/*Spohnheimer*, BGB, 1.7.2018, § 985 Rn. 28.1.



## Sachverzeichnis

- Abhandenkommen (s. Besitzverlust)
- Ablehnungsandrohung 13 f., 29, 36, 64, 90, 143
- Äquivalenzinteresse 112
- Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz (s. Trennung von Stammrecht und Vindikation)
- Auskehrung 4, 7, 39, 42, 50, 62, 110, 112, 141
- Bedingung
- Innerprozessuale 104, 157,
  - Schadensersatzantrag 107
  - Übereignungserklärung 66
  - Zwangsvollstreckung 149
- Beiseitschaffen (s. Vollstreckungsvereitelung, drohende)
- Bereicherungsverbot, schadensrechtliches 68, 134 ff.
- Besitz
- ~auskehr (s. Auskehrung)
  - Bestrittener 98 ff., 156 f.
  - ~fortdauervermutung 98, 118, 156
  - ~kondiktion 33 ff.
  - Mittelbarer 11 f., 15 f., 65, 76 ff., 92 ff
  - ~recht 54, 58 f., 72 (s. auch Nutzungsrecht / ~befugnis)
  - ~verlust 4, 8, 55, 67, 70, 76, 98 f., 109, 134, 149, 150, 156
  - ~verschaffung
  - – Pflicht zur (Besitzverschaffung) 6, 12, 38, 62 f.
  - – durch verbotene Eigenmacht oder Straftat 95, 130 ff., 147, 151, 160 f.
  - ~weitergabe / ~übertragung (s. mittelbarer Besitz)
  - ~wiedererlangung 53 ff., 109, 135 f.
- Beweislast
- Allgemein (§ 989 BGB und § 281 BGB) 98 ff.
  - nach Kenntnissphären (§ 989 BGB) 100 ff.
  - Unzumutbarkeit (§ 282 BGB) 115, 126, 132
- Billigkeit 40, 72 f., 89 f., 94 ff., 97, 129
- Bösgläubigkeit 11, 15 ff., 51 f., 62, 78, 83, 91 ff., 115, 126, 128 ff., 150, 154 ff., 160 f.
- Causa (s. Rechtsgrund)
- Delikt 51, 57 ff., 95, 130 ff., 150, 160 f.
- Besitzverschaffung mittels (Delikt) (s. Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder Straftat)
- Dereliktion 64 f.
- Elektive Konkurrenz 15, 79 (s. auch Wahlrecht)
- Eventualantrag /~klage (unecht)
- § 281 BGB 105 ff.
  - § 989 BGB 102 ff., 109, 135 ff., 156 f.
  - § 282 BGB 116 ff., 148 f., 158 f.
- Fiktion der Unmöglichkeit / des Unvermögens 13, 29 ff., 75, 155
- Gebrauchsbefugnis (s. Nutzungsrecht, obligatorisches)
- Gerichtsvollzieher 68, 102 ff., 109 f., 118 ff., 147 ff., 157, 159
- Gewinn
- Entgangener 20, 46 f., 75, 82
  - Übererlös 60
- Grundstück 1, 7, 8, 39, 45, 53, 66, 69, 72, 86, 89, 146, 147

- Gutgläubigkeit 12, 16, 32, 52, 62, 74, 78, 83 ff., 88, 91 ff., 109, 139, 141, 153, 155, 161
- Haftung  
 – Vermögens~ 5 ff., 17, 20 ff., 43 ff., 79 ff., 95, 112, 153  
 – Verzugs~/Verzögerungs~ (s. Verzug)  
 – Weitergehende 17 ff., 126, 155  
 – wegen Zufalls 21, 23 f., 74, 91 ff., 139, 141, 154
- Herausgabe  
 – als Leistung 5 ff., 8 f., 43 ff.  
 – ~unvermögen 4, 21, 29 f., 33, 76 f., 98 ff., 119, 121, 155, 157  
 – ~vollstreckung 35, 71, 96, 98, 101 f., 108, 109, 110, 115 f., 118 ff., 122 ff., 136, 139, 147, 149 f., 151, 156, 158, 160 f.
- Hilfsantrag, unechter (s. Eventualantrag)
- Ius nudum 48, 50, 140 f.
- Integritätsinteresse 112, 158
- Kompensation (§ 251 BGB) 18 ff., 33, 45, 53, 56 f., 73 ff., 112, 120, 159
- Kenntnisphären (s. Beweislast nach Kenntnisphären)
- Klausel (s. Vollstreckungsklausel)
- Leistungs~  
 – ~interesse 19, 113, 144, 158  
 – – Fortfall des 14, 26, 144  
 – ~kondition 7 f., 55 ff., 70, 135 f., 147  
 – ~störungsrecht 2, 5, 12 f., 26, 29, 31, 35, 37, 74, 82, 83, 94, 129  
 – ~treuepflicht (s. Verhaltenspflicht)
- Loyalitätspflicht (s. Verhaltenspflicht)
- Naturalrestitution 18, 57, 73 f., 76, 80 f., 92
- Nebenpflicht (s. Verhaltenspflicht)
- Nudum ius (s. ius nudum)
- Nutzungsrecht, obligatorisches 58 f., 63, 65, 91 (s. auch Besitzrecht)
- Recht  
 – Sonstiges (Recht) gemäß § 823 Abs. 1 BGB 58 f.  
 – zum Besitz (s. Besitzrecht)
- Rechtsgrund 33 f., 47, 55 f., 61, 120, 136
- Rechtsgrundverweisung 28, 33
- Redlichkeit (s. Gutgläubigkeit)
- Sach~  
 – ~einheit 74, 92  
 – ~gesamtheiten 74 f., 92  
 – ~verschlechterung / ~zerstörung / ~beschädigung 4, 18, 21, 23, 39, 42, 45  
 – ~weitergabe 12, 15 f., 54 f., 76 (s. auch mittelbarer Besitz)
- Schaden  
 – gem. § 989 BGB 18 f., 20, 74, 76 f., 78, 80 f., 92 f., 102 f., 120, 156 f., 159,  
 – gem. § 281 BGB 19, 33, 47, 56 f., 59, 61 ff., 74 f., 77 ff., 79 f., 81, 92 f., 138, 155  
 – gem. § 282 BGB 110, 120, 122, 129, 135, 138 f., 150, 159  
 – gem. § 990 Abs. 2, 286 BGB 20 f., 25 f., 28, 45, 61, 62, 80 f., 82, 83, 156, 160  
 – Substanz~ (s. Schaden gem. §§ 989, 281, 282)  
 – Verzögerungs~/ Begleit~ (s. Schaden gem. §§ 990 Abs. 2, 286)  
 – Vorenthaltungs~ (s. Schaden gem. §§ 990 Abs. 2, 286 BGB sowie 20)
- Schadens~  
 – ~kategorie / ~rubrik 18 ff., 32 (s. auch Schaden)  
 – ~minderungsobliegenheit 78, 90
- Schuldnerverzug (s. Verzug des Schuldners)
- Schuldverhältnis 2, 3 ff., 14, 37, 41, 47, 89, 111, 130 f., 140, 141, 142, 146, 151, 160
- Abwicklungs~ 140  
 – Deliktisches 130 f., 160  
 – Rückgewähr~ 37, 89  
 – Vindikation (s. Vindikation – Schuldverhältnis)
- Straftat (s. Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder Straftat)
- Substanzwert (s. Schaden gem. §§ 989, 281, 282)
- Täuschung, arglistige 123 f., 127, 133, 151, 159
- Teilleistung 74 ff., 92, 144
- Trennung von Stammrecht und Vindikation 48 ff., 61, 73, 139

- Treuepflicht (s. Verhaltenspflicht)
- Übereignung
- Grundstücks~ 66
  - Konkudente 65 f.
  - Pflicht zur 35, 47, 66 ff., 75, 84, 92, 134 f., 138 f., 146, 147 ff., 151, 161
  - Rück~ 55, 135 f.
- Übererlös (s. Gewinn)
- Überkompensation 53 ff., 73, 136
- Unauffindbarkeit der Sache 96, 98 f., 108, 110, 117, 119 f., 134, 136, 147, 149 f., 156, 161
- Unredlichkeit (s. Bösgläubigkeit)
- Unvermögen (s. Herausgabeunvermögen)
- Unzumutbarkeit des Festhaltens an der Leistung gem. § 282 BGB 114 ff., 127 ff., 131 ff., 138, 143, 144, 145, 147, 150, 151, 158, 159, 160, 161
- Anforderungen bei vollendete Vollstreckungsvereitelung 114 ff.
  - Anforderungen bei drohender Vollstreckungsvereitelung 127 ff.
  - Anforderungen bei verbotener Eigenmacht oder Straftat 131 ff.
- Venire contra factum proprium (s. Verhalten, widersprüchliches)
- Verbotene Eigenmacht (s. Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder Straftat)
- Verhalten, widersprüchliches 71, 139, 141, 143, 160
- Verhaltenspflicht 110 ff., 123, 127, 130, 133, 138, 140, 143, 145, 147, 151, 158 f., 160, 161
- Verjährung
- der Vindikation 50 ff., 73
  - der Kondiktion i. R. d. § 282 BGB 137
- Verkehrswert (s. Schaden gem. §§ 989, 281, 282)
- Vertrauensverlust 113, 115, 123, 127, 131, 133, 143, 151, 158
- Verurteilung, „offene“ 120 f.
- Verzögerung der Herausgabe (s. Verzug des Schuldners)
- Verzug
- des Gläubigers / Annahme~ 39, 148
  - des Schuldners 13 ff., 21 ff., 34, 81 f., 91, 100, 103, 125 ff., 138 f., 148, 150 f., 154, 159 ff.
  - Qualifizierter 21 ff.
- Vindikation
- Abtretbarkeit 49
  - Ausschluss (s. Trennung von Stammrecht und Vindikation)
  - Schuldverhältnis 3 ff., 41, 111, 151
  - Unselbständigkeit 42 f., 69, 140
  - Negatorische Natur 5 ff., 43 ff.
  - Werthaltigkeit 43 ff.
- Vorteilsausgleichung (s. Bereicherungsverbot, schadensrechtliches)
- Vollstreckungs~
- ~abwehrklage 103, 106, 118, 121, 159
  - ~klausel 109 f., 121 f.
  - – Qualifizierte bzw. titelergänzende 109 f., 121 f.
  - ~vereitelung
  - – Vollendete 115 ff., 147, 151, 158
  - – Drohende 123 ff., 133, 147, 151, 159
- Wahlrecht 42 f., 58, 67, 91, 136, 145
- Wieder~
- ~beschaffungspflicht 18, 74, 76, 78, 80, 92 (s. auch Schaden gem. § 989)
  - ~erlangung der Sache 53 ff.
  - ~erreichbarkeit der Sache 135 ff.
- Zufallshaftung (s. Haftung wegen Zufalls)
- Zurückbehaltungsrecht 39, 54, 161
- Zwangskauf 51, 81 ff., 156
- Zwangsvollstreckung 5, 18, 95, 102 ff., 107, 109 f., 110, 114 ff., 116 ff., 147 ff., 151, 157 ff. (s. auch Herausgabevollstreckung)
- Drohende (Zwangsvollstreckung) / Objektives Bevorstehen der (Zwangsvollstreckung) 123 ff., 151, 159