

Entscheidung | Zivil- und Zivilprozessrecht

## Zwangskauf nach Vindikation

BGH, Urt. v. 18. 3. 2016 – V ZR 89/15

<https://doi.org/10.1515/juru-2017-0035>;

### BGB § 280 Abs. 1, Abs. 3, § 281, § 985

**Der Eigentümer einer Sache kann, wenn der bösgläubige oder verkl. Besitzer seine Herausgabepflicht nach § 985 BGB nicht erfüllt, unter den Voraussetzungen der § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 Abs. 1 u. 2 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.**

BGH, Urt. v. 18. 3. 2016 – V ZR 89/15

**1** Die Bekl. betreibt Getränkemärkte. Sie beteiligte sich an dem Einkaufsring der deutschen Getränkemärkte (nachfolgend: EKR), der mit der mittlerweile insolventen C. GmbH einen Kooperationsvertrag geschlossen hatte. Die C. GmbH erhielt die exklusiven Vermarktungsrechte für digitale TV-Werbung und durfte in den Getränkemärkten der Mitglieder des EKR Videogerätesysteme aufstellen, die in ihrem Eigentum verbleiben sollten. Nach der Präambel des Kooperationsvertrags wurden die teilnehmenden Mitglieder des EKR aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet. Sie sollten Provisionen für die Werbeeinnahmen erhalten.

**2** Auf der Grundlage dieses Kooperationsvertrags, der zum 30. 9. 2011 beendet wurde, stellte die C. GmbH 15 Videogerätesysteme in den Getränkemärkten der Bekl. auf. Gestützt auf die Behauptung, die C. GmbH habe die Videogerätesysteme zunächst an die Geschäftsführerin der Kl. verkauft und übereignet und diese habe sie anschließend an die Kl. weiterveräußert, forderte die Kl. deren Herausgabe. Nachdem die Bekl. dies verweigert hat, verlangt die

Kl. Schadensersatz in Höhe von 7.500 € und behauptet, sie hätte die Videogerätesysteme im Jahr 2013 für 500 € je Gerätesystem veräußern können. Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihren Klageantrag weiter. Die Bekl. beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

### I.

**3** Das Berufungsgericht nimmt an, die Kl. sei Eigentümerin der Videogerätesysteme geworden und die Bekl. habe kein Recht zum Besitz. Ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 989, 990 BGB scheitere jedoch an der fehlenden Kenntnis der Bekl. von dem Mangel ihres Besitzrechts. Zum Zeitpunkt der behaupteten Schadenseinstellung habe sie zwar von der Kündigung des Kooperationsvertrages gewusst, allerdings hätten ihr nicht die nötigen Unterlagen für die Beurteilung des Eigentums der Kl. vorgelegen.

**4** Ein Schadensersatzanspruch auf der Grundlage der §§ 280, 281 BGB bestehe nicht. Zwar stelle die unterbliebene Herausgabe der Videosysteme eine Verletzung der Herausgabepflicht aus § 985 BGB dar. Allerdings seien die allgemeinen Vorschriften des Leistungsstörungenrechts auf diese Pflichtverletzung nicht anwendbar, da es ansonsten zu einem durch den Gesetzgeber nicht gewollten »Zwangskauf« käme; der Schadenersatzanspruch trete nach § 281 Abs. 4 BGB an die Stelle des primären Herausgabeanspruchs und der Besitzer könne die Übertragung des

Eigentums an sich verlangen. Eine solche Möglichkeit kollidiert mit den Wertungen der in den §§ 987 ff. BGB enthaltenen speziellen Regelungen für Besitzer; diese verdrängen einen Anspruch aus § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB jedenfalls bis zur rechtskräftigen Verurteilung zur Herausgabe.

## II.

5 Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

### Aus den Gründen

6 1. Im Ergebnis zu Recht verneint das Berufungsgericht allerdings einen Schadensersatzanspruch der Kl. aus § 989, § 990 Abs. 1 BGB.

7 a) Die hierfür gegebene Begründung, die Bekl. sei nicht bösgläubig im Sinne des § 990 Abs. 1 S. 2 BGB gewesen, weil sie nicht habe beurteilen können, ob die Geräte im Eigentum der Kl. stünden, ist jedoch nicht tragfähig.

8 Bezugspunkt des bösen Glaubens ist nach dem Wortlaut des Gesetzes das fehlende eigene Recht zum Besitz (vgl. BGH, Urt. v. 25. 2. 1960 – II ZR 125/58, BGHZ 32, 76, 92 ff.; Staudinger/Gursky, BGB [2013], § 990 Rn. 10 ff.; MüKoBGB/Baldus, 6. Aufl., § 990 Rn. 3; RGRK/Pikart, BGB, 12. Aufl., § 990 Rn. 13; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl., § 31 Rn. 6). Erforderlich, aber auch ausreichend ist die positive Kenntnis des Besitzers von seiner fehlenden Besitzberechtigung. Sie ist als erlangt anzusehen, wenn ihm entweder die Rechte des Eigentümers durch liquide Beweise dargetan werden oder wenn er über den Mangel seines Besitzrechts in einer Weise aufgeklärt wird, dass sich ein redlicher und vom Gedanken an den eigenen Vorteil nicht beeinflusst Denkender der Überzeugung hiervon nicht verschließen würde (vgl. Senat, Urt. v. 22. 1. 1958 – V ZR 27/57, BGHZ 26, 256, 259 f.; Urt. v. 5. 3. 2010 – V ZR 106/09, BGHZ 184, 358 Rn. 12).

9 Von Letzterem ist hier auszugehen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wusste die Bekl. im Zeitpunkt der behaupteten Schadensentstehung von der Kündigung des Kooperationsvertrages, aus dem sie ihr Besitzrecht ableitete. Da die Wirksamkeit der Kündigung zu keiner Zeit in Frage stand, hatte sie von ihrer fehlenden Besitzberechtigung positive Kenntnis.

10 b) Ein Anspruch aus § 989, § 990 Abs. 1 BGB besteht aber deshalb nicht, weil die Kl. den Ausgleich eines Vermögensnachteils verlangt, der von diesen Vorschriften nicht erfasst ist. Hiernach ist der Besitzer dem Eigentümer

nämlich nur für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, dass infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann. Der Schaden darf, wie sich mittelbar aus § 990 Abs. 2 BGB ergibt, nicht allein auf der Vorenthaltung als solcher beruhen (vgl. Erman/Ebbing, BGB, 14. Aufl., § 989 Rn. 16; MüKoBGB/Baldus, 6. Aufl., § 989 Rn. 19; RGRK/Pikart, BGB, 12. Aufl., § 989 Rn. 16; Staudinger/Gursky, BGB [2013], § 989 Rn. 24; Soergel/Stadler, BGB, 13. Aufl., § 989 Rn. 17). Hier geht es aber um einen Vorenthaltungsschaden. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Videogerätesysteme nach wie vor im Besitz der Bekl. und können herausgegeben werden.

11 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist ein Schadensersatzanspruch der Kl. aus § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB i. V. m. § 985 BGB dagegen nicht ausgeschlossen.

12 a) Ob die genannten Vorschriften aus dem allgemeinen Recht der Leistungsstörung auf den Herausgabeanspruch des § 985 BGB anwendbar sind, ist allerdings umstritten.

13 aa) In Teilen der Literatur wird eine Anwendbarkeit aus grundsätzlichen Erwägungen verneint. Der vindikatorische Herausgabeanspruch habe eine andere Funktion als schuldrechtliche Ansprüche. Er diene der Rechtsverwirklichung nur, soweit er Eigentum und Besitz zusammenführe. In Verbindung mit § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB diene er dagegen der Verwertung der Sache; dies sei mit seinem Zweck nicht vereinbar. Das Eigentum könne nicht wie ein sonstiger Erfüllungsanspruch zu Gunsten der Wahl von Schadensersatz wegfallen. Eine Anwendung der §§ 280, 281 BGB gefährde zudem den durch die Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses intendierten Schutz des redlichen Besitzers (vgl. MüKoBGB/Baldus, 6. Aufl., § 985 Rn. 83 ff.; Staudinger/Gursky, BGB [2013], § 985 Rn. 82; NK-BGB/Schanbacher, 4. Aufl., § 985 Rn. 47; Jauernig/Stadler, BGB, 16. Aufl., § 281 Rn. 2; Wilhelm, Sachenrecht, 4. Aufl., Rn. 1188; Katzenstein, AcP 206 [2006], 96 ff.; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl., § 30 Rn. 23; Erman/Ebbing, BGB, 14. Aufl., Vorb. zu §§ 987–993 Rn. 90; Soergel/Stadler, BGB, 13. Aufl., § 985 Rn. 18, 24; wohl auch NK-BGB/Dauner-Lieb, 2. Aufl., § 281 Rn. 8; Kohler, NZM 2014, 729, 738; Gursky, Jura 2004, 433 ff.).

14 bb) Nach einer weiteren Ansicht sind die Vorschriften der § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB ohne Einschränkungen anzuwenden (vgl. Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl., § 7, VI. Rn. 36; Brehm/Berger, Sachenrecht, 3. Aufl., § 7 Rn. 70 aE).

15 cc) Die wohl überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur geht von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der §§ 280, 281 BGB auf den Herausgabe-

anspruch des § 985 BGB aus. Einschränkend seien allerdings die gesetzgeberischen Wertungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§§ 987 ff. BGB) zu beachten, weshalb ein Eigentümer über die genannten Vorschriften nur gegenüber einem verschärft haftenden Besitzer vorgehen dürfe (vgl. OLG München, Urt. v. 28. 1. 2015 – 20 U 2910/14, juris Rn. 110; OLG München, Urt. v. 23. 4. 2008 – 15 U 5245/07, juris Rn. 12; OLG Rostock, NJW-RR 2012, 222, 223; BeckOK BGB/Fritzsche, 37. Edition, § 985 Rn. 30; Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 985 Rn. 14; HK-BGB/Schulte-Nölke, BGB, 8. Aufl., § 985 Rn. 6; Soergel/Benicke/Hellwig, BGB, 13. Aufl., § 281 Rn. 29 f.; Staudinger/Schwarze, BGB [2014], § 281 Rn. B 5; BeckOK BGB/Unberath, 37. Edition, § 281 Rn. 8; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 281 Rn. 4; Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl., § 11 Rn. 45; Heinrichs, FS Derleder [2005], 87, 93 f.; Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 416 f.; Weiss, JuS 2012, 965, 967; über § 990 Abs. 2 BGB zulässig: Gruber/Lösche, NJW 2007, 2815, 2817 f.; Gebauer/Huber, ZGS 2005, 103 ff.; Wieling, Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., § 12 I 2 e).

**16 b)** Die zuletzt genannte Ansicht verdient den Vorzug. Der Eigentümer einer Sache kann, wenn der bösgläubige oder verkl. Besitzer seine Herausgabepflicht nach § 985 BGB nicht erfüllt, unter den Voraussetzungen der § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 Abs. 1 u. 2 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

**17 aa)** Der Senat hat wiederholt Vorschriften aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht auf die Verletzung von Pflichten angewandt, die sich aus dinglichen Ansprüchen ergeben. Der Schuldner eines Anspruchs aus § 1004 BGB kann sich beispielsweise auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 275 Abs. 2 BGB berufen (Senat, Urt. v. 30. 5. 2008 – V ZR 184/07, NJW 2008, 3122 Rn. 18 ff.; v. 18. 7. 2008 – V ZR 171/07, NJW 2008, 3123 Rn. 19; v. 23. 10. 2009 – V ZR 141/08, NJW-RR 2010, 3154 Rn. 22; Beschl. v. 14. 11. 2013 – V ZR 302/12, juris). Die Haftung des Schuldners für einen Verzögerungsschadens aus § 280 Abs. 1 u. 2, § 286 BGB gilt auch für den Anspruch auf Herausgabe einer schuldhaft überbauten Grundstücksteilfläche (§ 990 Abs. 2 i. V. m. § 286 BGB aF; Senat, Urt. v. 19. 9. 2003 – V ZR 360/02, BGHZ 156, 170, 171 f.) und für den Zustimmungsanspruch gegen den vormerkungswidrig Eingetragenen nach § 888 BGB (Senat, Urt. v. 4. 12. 2015 – V ZR 202/14, ZfIR 2016, 185 Rn. 11 ff.). Ob bei Verzögerung der Leistung gegen den vormerkungswidrig Eingetragenen auch ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB bestehen kann, hat der Senat dagegen offen gelassen (Urt. v. 4. 12. 2015 – V ZR 202/14, a. a. O., Rn. 13).

**18 bb)** Auf den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB hat der BGH – in Übereinstimmung mit der nahezu einhelligen

Auffassung in der Literatur – die Vorschrift des § 283 BGB in der Fassung vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. 1. 2002 angewandt; sie gab dem Gläubiger die Möglichkeit, dem Schuldner nach rechtskräftiger Verurteilung zur Herausgabe der Sache eine angemessene Leistungsfrist mit Ablehnungsandrohung zu setzen und nach Fristablauf (nur noch) Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (vgl. BGH, Urt. v. 29. 10. 1969 – VIII ZR 202/67, BGHZ 53, 29, 32 ff.; Urt. v. 12. 5. 1982 – VIII ZR 132/81, WM 1982, 749, 750; Urt. v. 14. 12. 1998 – II ZR 330/97, NJW 1999, 954 f.; vgl. im Übrigen die Nachweise bei Staudinger/Gursky, BGB [2013], § 985 Rn. 80). Diese Meinung konnte sich auf die Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs stützen, in denen davon ausgegangen wurde, dass die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts, insbesondere diejenigen über die Folgen der Nichterfüllung, auf den Eigentums-herausgabeanspruch anwendbar seien. Die Herausgabepflicht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer habe nämlich einen obligationsähnlichen Charakter (vgl. Prot. I S. 4158, abgedruckt in Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, Sachenrecht I, S. 764; Motive III, S. 397, 398, abgedruckt in Mugdan, Materialien, Bd. 3, S. 221).

**19 cc)** Anhaltspunkte dafür, dass mit der Einführung der §§ 280, 281 BGB, die an die Stelle von § 283 BGB a. F. getreten sind (vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 137), ein Übergang vom Herausgabeanspruch nach § 985 BGB zum Schadensersatz mittels der Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nicht mehr möglich sein soll, finden sich in den Gesetzgebungsmaterialien nicht. Hiergegen spricht vielmehr, dass mit der Einfügung von § 281 BGB die Gläubigerrechte gerade gestärkt werden sollten; die bis dahin gültige Gesetzeslage wurde als unübersichtlich, umständlich und für den Gläubiger als zu ungünstig empfunden (vgl. etwa BT-Drucks. 14/6040 S. 137 u. S. 140 r. Sp.).

**20 dd)** Der Anwendung der §§ 280, 281 BGB auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB steht, anders als das Berufungsgericht meint, nicht entgegen, dass es auf eine Art »Zwangskauf« hinausliefe, wenn der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung anstelle der Herausgabe der Sache verlangen könnte.

**21** Der Schuldner wird rechtlich nicht gezwungen, die Sache zu erwerben. Gibt er sie nach einer – für einen Anspruch aus §§ 280, 281 BGB grundsätzlich erforderlichen – Fristsetzung nicht freiwillig heraus, läuft er allerdings Gefahr, dass der Gläubiger schon vor einer rechtskräftigen Entscheidung über den Anspruch aus § 985 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangt; er kann seine Verpflichtung aus § 985 BGB dann nicht mehr durch die Herausgabe der Sache erfüllen. Hierin, nicht dagegen in

der dann gegebenen Möglichkeit, die Sache nach dem Rechtsgedanken von § 281 Abs. 4 u. 5 sowie § 255 BGB im Gegenzug zu Eigentum zu erwerben (vgl. dazu BeckOK BGB/Fritzsche, 37. Edition, § 985 Rn. 30; Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 985 Rn. 14; Gruber/Lösche, NJW 2007, 2815 Fn. 40; Gebauer/Huber, ZGS 2005, 103, 106 sowie Brandenburgisches OLG, Urt. v. 24. 10. 2012 – 3 U 106/11, juris Rn. 25 ff. für einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch), besteht im Vergleich zur früheren Rechtslage die Verschlechterung der Rechtsstellung des Schuldners.

**22** Für schuldrechtliche Rückgewähransprüche hat der Gesetzgeber diese Folge indessen gesehen, sich aber dennoch dafür entschieden, dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, zum Schadensersatz überzugehen, und zwar unabhängig davon, ob er das Interesse an der Rückgewähr der Sache verloren hat (vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 138 f.). Sie entspricht zudem dem Ziel der Schuldrechtsmodernisierung, dem Gläubiger durch Streichung des § 283 BGB a. F. und Einfügung der §§ 280, 281 eine einfachere und kostengünstigere Möglichkeit zu geben, von der Leistungspflicht zum Schadensersatz überzugehen (siehe soeben zu cc).

**23** ee) Auch bei einem dinglichen Herausgabeanspruch besteht hierfür ein praktisches Bedürfnis. Der Eigentümer hat gleichermaßen wie ein obligatorischer Herausgabegläubiger, insbesondere bei Ungewissheit über die Erfolgsaussichten der Vollstreckung des Herausgabeanspruchs, ein Interesse an der Möglichkeit eines rechtssicheren Übergangs zum Schadensersatz (vgl. Soergel/Benicke/Hellwig, BGB, 13. Aufl., § 281 Rn. 30; Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 416 f.). Diesen könnte der Eigentümer andernfalls, von dem Tatbestand des § 992 BGB abgesehen, bei einer bloßen Herausgabeverweigerung mit gleichzeitiger Unauffindbarkeit der Sache für den Gerichtsvollzieher nicht verlangen. Bei fehlgeschlagener Vollstreckung des Herausgabebetitels bliebe ihm nur ein neuer, nunmehr auf die §§ 989, 990 BGB gestützter (Schadensersatz-) Prozess (vgl. Soergel/Stadler, BGB, 13. Aufl., § 985 Rn. 18). Dies widerspräche den Vorstellungen des Gesetzgebers. Danach soll der Gläubiger nach Setzung einer angemessenen Frist zur Erbringung der Leistung sicher sein, bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen Schadensersatz statt der Leistung verlangen zu können (vgl. BT-Drucks. 14/7052 S. 183). Dieses für die Anspruchsdurchsetzung wichtige Instrument muss auch dem Vindikationsgläubiger zur Verfügung stehen; der dingliche Gläubiger ist bei seiner Rechtsverfolgung nicht schlechter zu stellen als der schuldrechtliche (vgl. BeckOK BGB/Fritzsche, 37. Edition, § 985 Rn. 30; aA Staudinger/Gursky, BGB [2013], § 985 Rn. 83). Überdies muss ihm – wie es bisher auch für § 283 BGB a. F. anerkannt war (vgl. hierzu BGH, Urt. v.

29. 10. 1969 – VIII ZR 202/67, BGHZ 53, 29, 32 ff.; Urt. v. 14. 12. 1998 – II ZR 330/97, NJW 1999, 954, 955; Urt. v. 20. 6. 2005 – II ZR 366/03, NJW-RR 2005, 1518) – möglich bleiben, seine Klage auf Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der von dem Gericht zur Erfüllung des Herausgabeanspruchs gesetzten Frist unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO bereits zusammen mit der Herausgabeklage zu erheben (§ 255 ZPO).

**24** ff) Allerdings darf die Anwendung der §§ 280, 281 BGB auf den vindikatorischen Herausgabeanspruch nicht dazu führen, dass die verschärften Haftungsvoraussetzungen der §§ 989, 990 BGB mit ihrer Privilegierung des gutgläubigen, unverkl. Besitzers unterlaufen werden. Deren Wertungen sind vielmehr einschränkend zu berücksichtigen, so dass Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB nur im Falle der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs oder der Bösgläubigkeit des Besitzers gewährt werden kann (so auch Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl., § 985 Rn. 14; BeckOK BGB/Fritzsche, 37. Edition, § 985 Rn. 30; HK-BGB/Schulte-Nölke, BGB, 8. Aufl., § 985 Rn. 6; Staudinger/Schwarze, BGB [2014], § 281 Rn. B 5; BeckOK BGB/Unberath, 37. Edition, § 281 Rn. 8; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 281 Rn. 4; Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl., § 11 Rn. 42 u. 45; Heinrichs, FS Derleder [2005], 87, 93 f.).

### III.

**25** Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif und daher unter Aufhebung des Berufungsurteils zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 S. 1 ZPO). Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin: (wird ausgeführt)

## Anmerkung

1. Vindikationsrecht ist Sachenrecht, Vindikationsfolgenrecht ist (trotz der Stellung der §§ 987 bis 1003 BGB in Buch 3) Schuldrecht. Mit dieser Unterscheidung bewältigt die BGB-Dogmatik die inneren Grenzen des Anspruchs aus § 985 BGB, der als dinglicher eben nicht mehr leisten kann und muss, als Sachzugriff zu verschaffen: da, wo die Sache ist, und auf die Sache, so wie sie ist. Diese Funktionsgrenzen des dinglichen Anspruchs werden bisweilen als unbefriedigend empfunden. Die Alternative kann aber nicht sein, sie zu überspielen. Denn damit legt man die Axt an die Trennung von Schuldrecht und Sa-

chenrecht.<sup>1</sup> Das zeigt exemplarisch die hier zu besprechende Entscheidung des Fünften Zivilsenats, der ansonsten in den letzten Jahren immer wieder demonstriert hat, dass Dogmatik am Ende auch praktisch mehr leistet als »Billigkeitsjurisprudenz«.

2. Gestritten wurde um das Eigentum an Videogerätesystemen, die zu Werbezwecken in Getränkemärkten aufgestellt worden waren, wobei die aufstellende Firma das Eigentum behalten sollte. Die Klägerin hatte von dieser Firma später Eigentum erworben, verlangte zunächst Herausgabe von der beklagten Getränkemarktbetreiberin und später, auf die Weigerung der bis zum Urteilszeitpunkt weiterhin besitzenden Beklagten hin, Schadensersatz. Gegen die teilweise sehr sorgfältig begründeten Vorinstanzen (Landgericht Heidelberg<sup>2</sup> und Oberlandesgericht Karlsruhe<sup>3</sup>) gibt der BGH diesen Schadensersatz, und zwar aus §§ 280 I, III, 281, 985 BGB. Nur das wird im Folgenden näher zu besprechen sein (das Revisionsurteil enthält ansonsten ausführliche Vorgaben an das Berufungsgericht für das weitere Verfahren, Rn. 25–39). Das Berufungsgericht hatte einen Anspruch aus §§ 989, 990 I BGB für prinzipiell denkbar gehalten, aber eine Kenntnis der Beklagten vom Mangel ihres Besitzrechts verneint. Hingegen hatte es – um das Ergebnis vorwegzunehmen: zu Recht – § 281 BGB für aus systematischen und teleologischen Gründen unanwendbar gehalten: Die EBV-Vorschriften seien spezieller, einen »Zwangskauf« der Sache gegen Schadensersatz (vgl. § 281 IV BGB) habe der Gesetzgeber nicht gewollt.

3. Der V. ZS lässt den Anspruch aus §§ 989, 990 I 2 BGB nicht am Fehlen der Kenntnis vom Besitzrecht scheitern, für die im Anschluss an die ständige Rspr. ein evidentes Kennenmüssen als hinreichend angesehen wird.<sup>4</sup> Gleichwohl half die Vorschrift nicht, weil sie einen bloßen Vorenthaltungsschaden nicht erfasst; Schadensersatz wegen Verzugs nach §§ 990 Abs. 2, 286 BGB half offenbar auch nicht weiter, ebensowenig ein Anspruch aus § 992 BGB. Zentral war also die Frage zu entscheiden, ob der Kläger in Fällen wie diesem darauf verzichten kann, dem Beklagten

den Gerichtsvollzieher zu schicken; eine durchaus praktische Frage, liegt doch die Annahme nahe, dass die Videogeräte mittlerweile von der technischen Entwicklung überholt waren und dadurch das Interesse an ihrer physischen Rückgabe entfallen war. Interessanterweise hatte die Klägerin zur Begründung ihrer Schadensersatzforderung behauptet, im Jahre 2013 hätte sie 500 € pro Gerät bekommen können; man wird also annehmen dürfen, dass die Geräte im Zeitpunkt der Revisionsentscheidung im Wesentlichen Schrottwert hatten. Das OLG trifft also den entscheidenden Punkt, wo es sich fragt, ob hier nicht in Wahrheit ein Zwangskauf intendiert sei.

4. Der Senat skizziert zunächst die Diskussion in Rspr. und Lit. und kommt zu der Einschätzung, herrschend und auch richtig sei die Ansicht, § 281 BGB könne zwar nicht uneingeschränkt, wohl aber unter Beachtung der Wertungen des EBV Anwendung finden, was bedeute, dass nur gegen einen verschärft haftenden Besitzer der Anspruch bestehe (Rn. 11–16). Damit schließt er eine Lücke in der höchstrichterlichen Judikatur (vgl. Rn. 17), allerdings gegen die Meinung (u. a.) nahezu aller Großkommentare zu § 985 BGB, die sich – wie zutreffend referiert wird, Rn. 13 – auf die Annahme eines prinzipiellen Funktionsunterschiedes zwischen dinglichen und schuldrechtlichen Ansprüchen stützen. Die Begründung hierfür wurzelt zum ersten in den Diskussionen um das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz: § 283 BGB a. F. hatte den Übergang zum Schadensersatzanspruch ermöglicht; Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber hieran etwas zu Lasten des Gläubigers habe ändern wollen, gebe es nicht (Rn. 18 f.). Nun ist nicht zu bestreiten, dass der Senat über unmittelbare Kenntnis verfügt, was die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers angeht. Wohl aber muss gefragt werden, ob dessen generische (und subjektive) Vorstellung, die Position des Gläubigers klären und stärken zu sollen (vgl. Rn. 19), das objektive System der gesetzlichen Ansprüche schlagen kann.<sup>5</sup> Das sieht, zum zweiten, selbstverständlich auch der Senat und weist daher die These des OLG, der Sache nach finde hier ein Zwangskauf statt, zurück (Rn. 20–23): Zwar könne der Schuldner nach dem Rechtsgedanken der §§ 281 Abs. 4, 5, 255 BGB (Rn. 21 – in der Tat ist hier allenfalls mit dem Rechtsgedanken zu argumentieren) Eigentum erwerben. Darauf komme es aber nicht an, denn entscheidend sei, dass der Beklagte bei Übergang

<sup>1</sup> Was offen nur von wenigen getan wird, etwa von *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht*, Tübingen 2006, mit krit. Bspr. *Brehm*, AcP 207 (2007), 268–275.

<sup>2</sup> LG Heidelberg, Urt. v. 3. 9. 2014 – 4 O 35/14, BeckRS 2016, 13526.

<sup>3</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 18. 3. 2015 – 7 U 189/14, BeckRS 2016, 13525.

<sup>4</sup> Vgl. Rn. 8 und aus der Lit. *MüKo/Raff*, 7. Aufl. München 2016, § 990 Rn. 3 f. Der BGH spricht sowohl mit Blick auf § 990 Abs. 1 S. 1 BGB als auch mit Blick auf § 990 Abs. 1 S. 2 BGB von »Bösgläubigkeit«. Dies kritisiert *Staahe*, LMK 2016, 381492, mit deutlichen Worten. Es ist allerdings nicht unüblich, die Bösgläubigkeit als Oberbegriff zu verwenden, unter die dann auch die sog. *mala fides superveniens* zu fassen ist. *Staahe* will stattdessen die Redlichkeit als Oberbegriff verwendet sehen.

<sup>5</sup> Grundsätzlich zum Methodenproblem einerseits *Holger Fleischer*, Hrsg., *Mysterium »Gesetzesmaterialien«*. Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013; andererseits *Christian Baldus* / *Frank Theisen* / *Friederike Vogel*, Hrsg., »Gesetzgeber« und Rechtsanwendung. Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen, Tübingen 2013.

des Klägers auf Schadensersatz statt der Leistung »seine Verpflichtung aus § 985 BGB dann nicht mehr durch die Herausgabe der Sache erfüllen« könne (Rn. 21). Der dingliche Gläubiger, so das auch hier (Rn. 23) angeführte Standardargument, dürfe in der Rechtsverfolgung nicht schlechter stehen als der schuldrechtliche; das aber sei der Fall, wenn man ihn auf Herausgabevollstreckung und einen neuen Schadensersatzprozess (gestützt auf §§ 989 f. BGB) verweise.

5. Ferner bemüht sich der Senat, weitere Fälle, in denen Schuldrecht auf dingliche Ansprüche übertragen wird, zu systematisieren, um so die Entscheidung weiter zu unterfüttern (Rn. 17). So nennt er eigene Entscheidungen, in denen § 275 BGB auf § 1004 BGB und § 286 BGB (a. F.) auf §§ 990 und 888 BGB angewendet worden seien. Dabei ist der Verweis auf die Anwendung von § 286 auf § 990 BGB nicht ganz überzeugend, weil § 990 Abs. 2 BGB insoweit einen Verweis enthält. Die Anwendung von § 286 auf § 888 BGB ließe sich möglicherweise ebenfalls dogmatisch über § 990 Abs. 2 BGB analog begründen, das ist allerdings umstritten<sup>6</sup>. Allein die Anwendung von Schuldrecht auf § 1004 BGB ist ein »echter« Parallellfall zu der Anwendung von § 281 auf §§ 985 ff. BGB. Und ob man aus einem solchen Sonderfall ein System basteln sollte, ist zweifelhaft, zumal man auch anders denken könnte. Man könnte auf § 1004 BGB auch (ausschließlich) die Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (analog) anwenden, was sachnäher wäre.<sup>7</sup>

6. Die dogmatische Schaltstelle liegt in der Tat bei der Rechtsfolge von § 985 BGB: Wenn man meint, dass § 985 BGB einen anderen Inhalt haben könne als den, die Sache herauszugeben, dann kann man sich auch vorstellen, dass der Vindikationsanspruch anders als durch Herausgabe erfüllt werden könne. Dann hat man nämlich die Dinglichkeit des Anspruchs im Kern aufgegeben. So kommt man unweigerlich und, wie zu zeigen sein wird, ohne Not in einen Graubereich zum Schuldrecht, in dem klare Linien nicht mehr zu ziehen sind. Unklar ist vor allem die Rede davon, dass der dingliche Gläubiger nicht »schlechter« stehen dürfe als der schuldrechtliche: Er steht anders, und er steht deswegen anders, weil der dingliche Anspruch andere Vor- und Nachteile hat als der schuldrechtliche. So ist er richtiger Ansicht nach nicht mit allerlei Unsicherheiten aus Billigkeitserwägungen belastet, die im Schuldrecht ihren Platz haben, bekannt und beherrschbar sind, im Sachenrecht hingegen die Klarheit der Güterzuordnung

gefährden würden; dafür unterliegt er eben den inneren Grenzen bloßer Sachverfolgung.

7. Das sieht der Senat selbstverständlich anders, und in gewisser Weise konsequent, weil er in gewissem Umfang auch die Billigkeitseinschränkungen annimmt. Überzeugen kann dies gleichwohl nicht: nicht nur aus systematischen und teleologischen Erwägungen nicht, sondern auch deswegen nicht, weil die Schutzwürdigkeit der Klägerin nicht erkennbar ist. Die Klägerin lebt davon, Geräte aufzustellen, deren Wert mit der Zeit und vor allem der technischen Entwicklung sinkt. Gegen dieses Risiko kann und muss sie sich schuldvertraglich schützen, indem sie Vertragspartner auswählt und Konditionen aushandelt. Wenn sie in der hier gegebenen Situation nicht in die Geräte vollstreckt und die Zeit ökonomisch ihr Werk tut, dann ist es nicht die Aufgabe des Sachenrechts, dieses Problem zu lösen. Das Buch 3 des BGB sieht in Gestalt der §§ 989 f. einen spezifischen schuldrechtlichen Mechanismus vor, dessen Voraussetzungen die Klägerin hätte herbeiführen können. Wenn sie das nicht getan hat, ist nicht einzusehen, warum das Sachenrecht zu ihren Gunsten denaturiert werden soll.

8. Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis sieht in den §§ 987 bis 1003 BGB ein sorgfältig austariertes System von Ersatzansprüchen des Eigentümers wie des Besitzers vor. Es ist das allein geltende Vindikationsfolgenrecht. Soweit der Eigentümer wegen der Begrenzungen in §§ 990, 989 BGB keinen Schadensersatz geltend machen kann, ist das hinzunehmen. § 990 Abs. 2 und § 992 BGB sind die einzigen vom Gesetz vorgesehenen Weiterungen gegenüber den in § 989 BGB genannten Schadensarten.<sup>8</sup> Allerdings hat der Eigentümer neben dem – begrenzten – Schadensersatzanspruch noch solchen auf Nutzungersatz nach §§ 990, 987 BGB. § 987 BGB sieht nicht nur Ersatz für tatsächlich gezogene Nutzungen, sondern auch für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen vor. Diese Fragen waren offenbar weder Verfahrensgegenstand noch wurden sie zu Argumentationszwecken herangezogen. Dabei hätte der Klägerin hier – systemkonform – ein Stück weit geholfen werden können. Sowohl ein weites Verständnis des Begriffs der Nutzungen, § 100 BGB (wegen der Vindikation: Sachnutzungen), in § 987 Abs. 1 BGB<sup>9</sup> als auch die durch § 987 Abs. 2 BGB vom Besitzer verlangte ordnungsgemäße Bewirtschaftung der Sache<sup>10</sup> geben hier Interpretationsspielräume (innerhalb des Systems).

<sup>6</sup> Ablehnend MüKo/Kohler, § 888, Rn. 21 m. w. N. auch zur Gegenansicht.

<sup>7</sup> Grdl. hierzu Kümmerle (jetzt: Kirchgeßner), JR 2013, 47 ff., ferner MüKo/Baldus, § 1004, Rn. 233 f.

<sup>8</sup> Vgl. etwa Staudinger(2013)/Gursky, § 989, Rn. 4.

<sup>9</sup> Siehe hierzu MüKo/Raff, § 987, Rn. 18 ff.

<sup>10</sup> Siehe nur MüKo/Raff, § 987, Rn. 34 m. w. N.

9. Der Einbruch des § 281 BGB in das Recht der Vindikation und ihrer Nebenansprüche ist nichts anderes als eine Analogie *contra legem*. Denn eine planwidrige Regelungslücke bestand nicht. So wird nun ermöglicht, dass über die in §§ 990, 989 BGB normierten Rechtsfolgen hinaus ein weiterer Schadensposten liquidiert wird, und zwar *ohne* die Einschränkungen der §§ 987 ff. BGB, die mehrfach differenzieren. Um den überschießenden Anwendungsbereich der analogen Anwendung von § 281 BGB auf §§ 987 ff. wieder einzufangen, musste der BGH im Anschluss an einen Teil der Lehre judizieren (Rn. 24), »dass Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB nur im Falle der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs oder der Bösgläubigkeit des Besitzers gewährt werden kann«. Es tut dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis aber nicht gut, wenn man ihm weitere Ansprüche unterlegt und unterordnet. Es sind solche Operationen an den §§ 987 ff. BGB, die der Handhabbarkeit dieser im Grundsatz sehr brauchbaren Normen schaden.<sup>11</sup>

10. Dogmengeschichtliches Postscriptum: Die Dinglichkeit des Vindikationsanspruchs stammt aus Rom, dort prozessual realisiert. Die *actio in rem* ist dadurch gekenn-

zeichnet, dass nur Sachherausgabe verfolgt werden kann. Aber – und hier kann das BGB konsequenter sein als sein Vorbild, weil wir heute eine Einzelzwangsvollstreckung haben – in Rom konnte nur in Geld verurteilt und vollstreckt werden; Herausgabe wurde lediglich indirekt erzwungen, namentlich durch abschreckend hohe Wertbestimmung für die Sache. Erstattete der Beklagte den (derart großzügig geschätzten) Wert, so sollte er die Sache behalten können, und man suchte eine Konstruktion für das Ergebnis in dem Satz *si lis fuerit aestimata, similis est venditioni* (Ulp. 16 ed. D. 6.2.7.1; vgl. Ulp. 75 ed. D. 41.4.3; Iul. 19 dig. D. 25.2.22pr.): Zwangskauf, nach anderen Zwangsvergleich. Solche Kaufähnlichkeit liegt auch im BGH-Fall vor. Wir aber geben heute dem Gläubiger eine Vollstreckungsmöglichkeit (und dass Vollstreckungen bisweilen schleppend verlaufen, ist kein Grund, das materielle Recht zu beschädigen). Für einen Zwangskauf, in Rom systemkonformer Notbehelf angesichts begrenzter Leistungsfähigkeit des Verfahrensrechts, ist spätestens seit 1900 kein Grund mehr ersichtlich. Deswegen lag das OLG richtig.

---

**Professor Dr. Christian Baldus:** Heidelberg und **Dr. Thomas Raff:** Notarassessor, Kandel

---

<sup>11</sup> Vgl. zur Leistungsfähigkeit der Normen MüKo/Raff, Vor §§ 987 ff., Rn. 35 ff.