

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

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 Zweitgutachens. 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