

# 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 Drittbefitz . . . . .	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. Schuldhaftige 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

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	XIX
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