

*** Anwendung des Leistungsstörungsrechts auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis**

BGB §§ 280 I, III, 281, 985

Der Eigentümer einer Sache kann, wenn der bösgläubige oder verklagte Besitzer seine Herausgabepflicht nach § 985 BGB nicht erfüllt, unter den Voraussetzungen der §§ 280 I und III, 281 I und II BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

BGH, Urteil vom 18.3.2016 – V ZR 89/15

Zum Sachverhalt

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. 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 iHv 7500 Euro und behauptet, sie hätte die Videogerätesysteme im Jahr 2013 für 500 Euro je Gerätesystem veräußern können.

Die Klage ist in den Vorinstanzen (*LG Heidelberg*, Urt. v. 3.9.2014 – 4 O 35/14, BeckRS 2016, 13526; *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 18.3.2015 – 7 U 189/14, BeckRS 2016, 13525) erfolglos geblieben. Die vom *OLG* zugelassene Revision der Kl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das BerGer.

Aus den Gründen

[6] II. 1. Im Ergebnis zu Recht verneint das BerGer. allerdings einen Schadensersatzanspruch der Kl. aus §§ 989, 990 I BGB.

[7] a) Die hierfür gegebene Begründung, die Bekl. sei nicht bösgläubig iSd § 990 I 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. *BGHZ* 32, 76 [92 f.] = NJW 1960, 1105; *Staudinger/Gursky*, BGB, Neubearb. 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

BGH: * Anwendung des Leistungsstörungsrechts auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (NJW 3236 2016, 3235) ▲ ▼

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 beeinflusster Denker der Überzeugung hiervon nicht verschließen würde (vgl. *Senat*, *BGHZ* 26, 256 [259 f.] = NJW 1958, 668; *BGHZ* 184, 358 = NJW 2010, 2664 Rn. 12).

[9] Von Letzterem ist hier auszugehen. Nach den Feststellungen des BerGer. wusste die Bekl. im Zeitpunkt der behaupteten Schadensentstehung von der Kündigung des Kooperationsvertrags, 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 I 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 in Folge 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 II BGB ergibt, nicht allein auf der Vorenthaltung als solcher beruhen (vgl. *Erman/Ebbing*, BGB, 14. Aufl., § 989 Rn. 16; *MüKoBGB/Baldus*, § 989 Rn. 19; *RGRK/Pikart*, § 989 Rn. 16; *Staudinger/Gursky*, § 989 Rn. 24; *Soergel/Stadler*, BGB, 13. Aufl., § 989 Rn. 17). Hier geht es aber um einen Vorenthaltungsschaden. Denn nach den Feststellungen des BerGer. sind die Videogerätesysteme nach wie vor im Besitz der Bekl. und können herausgegeben werden.

[11] 2. Entgegen der Auffassung des BerGer. ist ein Schadensersatzanspruch der Kl. aus §§ 280 I und III, 281 iVm § 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 I und III, 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*, § 985 Rn. 83 ff.; *Staudinger/Gursky*, § 985 Rn. 82; *Schanbacher* in NK-BGB, § 985 Rn. 47; *Jauernig/Stadler*, BGB, 16. Aufl., § 281 Rn. 2; *Wilhelm*, Sachenrecht, 4. Aufl., Rn. 1188; *Katzenstein*, AcP 206 [2006], 96; *Westermann/Gursky/Eickmann*, § 30 Rn. 23; *Erman/Ebbing*, Vorb. zu §§ 987–993 Rn. 90; *Soergel/Stadler*, § 985 Rn. 18, 24; wohl auch *Dauner-Lieb* in NK-BGB, 2. Aufl., § 281 Rn. 8; *Kohler*, NZM 2014, 729 [738]; *Gursky*, Jura 2004, 433).

[14] bb) Nach einer weiteren Ansicht sind die Vorschriften der §§ 280 I und III, 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 Herausgabeanspruch 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*, NJOZ 2015, 1044; Urt. v. 23.4.2008 – 15 U 5245/07, BeckRS 2008, 09857; *OLG Rostock*, NJW-RR 2012, 222 [223]; BeckOK BGB/*Fritzsche*, 37. Ed., § 985 Rn. 30; *Palandt/Bassenge*, BGB, 75. Aufl., § 985 Rn. 14; *Schulte-Nölke* in HK-BGB, 8. Aufl., § 985 Rn. 6; *Soergel/Benicke/Hellwig*, § 281 Rn. 29 f.; *Staudinger/Schwarze*, § 281 Rn. B 5; BeckOK BGB/*Unberath*, § 281 Rn. 8; *Palandt/Grüneberg*, § 281 Rn. 4; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl., § 11 Rn. 45; *Heinrichs*, FS Derleder, 2005, 87 [93 f.]; *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 416 f.; *Weiss*, JuS 2012, 965 [967]; über § 990 II BGB zulässig: *Gruber/Lösche*, NJW 2007, 2815 [2817 f.]; *Gebauer/Huber*, ZGS 2005, 103; *Wieling*, Sachenrecht, 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 verklagte Besitzer seine Herausgabepflicht nach § 985 BGB nicht erfüllt, unter den

Voraussetzungen der §§ 280 I und III, 281 I und II 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 II BGB berufen (*Senat*, NJW 2008, 3122 = NZM 2008, 863 Rn. 18 ff.; NJW 2008, 3123 = NZM 2008, 861 Rn. 19; NJW-RR 2010, 3154 = NJW-RR 2010, 315 Rn. 22; Beschl. v. 14.11.2013 – V ZR 302/12, BeckRS 2013, 21947). Die Haftung des Schuldners für einen Verzögerungsschadens aus §§ 280 I und II, 286 BGB gilt auch für den Anspruch auf Herausgabe einer schuldhaft überbauten Grundstücksteilfläche (§ 990 II iVm § 286 BGB aF; *Senat*, BGHZ 156, 170 [171 f.] = NJW 2003, 3621) und für den Zustimmungsanspruch gegen den vormerkungswidrig Eingetragenen nach § 888 BGB (*Senat*, NJW 2016, 2104 = 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 I und III, 281 BGB bestehen kann, hat der *Senat* dagegen offen gelassen (NJW 2016, 2104 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. BGHZ 53, 29 [32 ff.] = NJW 1970, 241; BGH, WM 1982, 749 [750] = BeckRS 1982, 31075847; NJW 1999, 954; vgl. im Übrigen die Nachweise bei *Staudinger/Gursky*, § 985 Rn. 80). Diese Meinung konnte sich auf die Motive zu dem Entwurf eines BGB stützen, in denen davon ausgegangen wurde, dass die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts, insbesondere diejenigen über die Folgen der Nichterfüllung, auf den Eigen

BGH: * Anwendung des Leistungsstörungenrechts auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (NJW 3237 2016, 3235) 

tumsherausgabeanspruch anwendbar seien. Die Herausgabepflicht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer habe nämlich einen obligationsähnlichen Charakter (vgl. Prot. I 4158, abgedruckt in *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des BGB, Sachenrecht I, 764; Motive III, 397, 398, abgedruckt in *Mugdan*, Materialien, III, 221).

[19] cc) Anhaltspunkte dafür, dass mit der Einführung der §§ 280, 281 BGB, die an die Stelle von § 283 BGB aF getreten sind (vgl. BT-Drs. 14/6040, 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-Drs. 14/6040, 137 und 140 r. Sp.).

[20] dd) Der Anwendung der §§ 280, 281 BGB auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB steht, anders als das BGH 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 IV und V sowie § 255 BGB im Gegenzug zu Eigentum zu erwerben (vgl. dazu BeckOK BGB/Fritzsche, § 985 Rn. 30; Palandt/Bassenge, §

985 Rn. 14; *Gruber/Lösche*, NJW 2007, 2815 Fn. 40; *Gebauer/Huber*, ZGS 2005, 103 [106] sowie *OLG Brandenburg*, NJOZ 2013, 1253 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-Drs. 14/6040, 138 f.). Sie entspricht zudem dem Ziel der Schuldrechtsmodernisierung, dem Gläubiger durch Streichung des § 283 BGB aF und Einfügung der §§ 280, 281 BGB eine einfachere und kostengünstigere Möglichkeit zu geben, von der Leistungspflicht zum Schadensersatz überzugehen (s. soeben zu II 2 b 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*, § 281 Rn. 30; *Riehm*, 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*, § 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-Drs. 14/7052, 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*, § 985 Rn. 30; aA *Staudinger/Gursky*, § 985 Rn. 83). Überdies muss ihm – wie es bisher auch für § 283 BGB aF anerkannt war (vgl. hierzu *BGHZ* 53, 29 [32 ff.] = NJW 1970, 241; NJW 1999, 954 [955]; NJW-RR 2005, 1518) – möglich bleiben, seine Klage auf Schadensersatz gem. §§ 280 I und III, 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, unverklagten Besitzers unterlaufen werden. Deren Wertungen sind vielmehr einschränkend zu berücksichtigen, so dass Schadensersatz gem. §§ 280 I und III, 281 BGB nur im Fall der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs oder der Bösgläubigkeit des Besitzers gewährt werden kann (so auch *Palandt/Bassenge*, § 985 Rn. 14; *BeckOK BGB/Fritzsche*, § 985 Rn. 30; *Schulte-Nölke* in HK-BGB, § 985 Rn. 6; *Staudinger/Schwarze*, § 281 Rn. B 5; *BeckOK BGB/Unberath*, § 281 Rn. 8; *Palandt/Grüneberg*, § 281 Rn. 4; *Baur/Stürner*, § 11 Rn. 42 und 45; *Heinrichs*, FS Derleder, 87 [93 f.]).

[25] III. 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 I, 563 I 1 ZPO). Für die neue Verhandlung weist der *Senat* auf Folgendes hin:

[26] 1. a) Die bislang getroffenen Feststellungen tragen nicht die Annahme, dass die Geschäftsführerin der Kl. persönlich in einem ersten Erwerbsvorgang das Eigentum an den Geräten von der C-GmbH erworben hat.

[27] aa) Noch zutreffend nimmt das BerGer. allerdings an, eine dingliche Einigung ergebe sich aus den zum Zwecke der weiteren Konkretisierung der Kaufobjekte von der C-GmbH erstellten und an die Geschäftsführerin der Kl. übergebenen Bestandslisten. In der Aufnahme und Übergabe der Bestandslisten

läge nicht nur die dingliche Einigung nach § 929 BGB, sondern zugleich die Abtretung des aus dem gekündigten Kooperationsvertrag resultierenden Herausgabeanspruchs gegen die jeweiligen Besitzer (§ 931 BGB). Zwar genügt in aller Regel die bloße Übersendung von Unterlagen, die keine Traditionspapiere sind, den Erfordernissen des § 931 BGB nicht. Eine Abtretung des Herausgabeanspruchs ist vielmehr nur dann anzunehmen, wenn zusätzliche, nach außen hin deutlich in Erscheinung tretende Umstände auf einen Abtretungswillen der Parteien schließen lassen (vgl. *BGH*, NJW 1971, 1608 [1609]). In der Aufnahme der Videogerätesysteme in die Standortliste, dem Anbringen der Initialen der Geschäftsführerin der Kl. und der Übergabe der Liste lägen indessen hinreichende nach außen in Erscheinung getretene Umstände, die den Willen der Parteien erkennen ließen, einen Abtretungsvertrag zu schließen.

BGH: * Anwendung des Leistungsstörungsrechts auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (NJW 3238 2016, 3235) ▲ ▼

[28] bb) Die Bekl. rügt jedoch zu Recht, dass die Annahme des BerGer., eine solche Katalogisierung der streitgegenständlichen Geräte und ihre Zuordnung zu der Geschäftsführerin der Kl. hätten stattgefunden, substanzlos im Raum steht (§ 286 ZPO). Das BerGer. leitet seine Überzeugung maßgeblich aus dem Schreiben des Insolvenzverwalters der C-GmbH vom 26.1.2012 ab, in welchem dieser erklärt, dass eine Bestandsliste gefertigt worden sei, in der die an die Geschäftsführerin der Kl. veräußerten Geräte durch Beifügung ihrer Initialen zugeordnet worden seien. Dabei hat es sich jedoch nicht mit dem Schreiben des Insolvenzverwalters der C-GmbH vom 18.12.2011 auseinandergesetzt, in dem dieser erklärt, ihm sei nicht bekannt, wer im einzelnen Eigentümer der Geräte sei und er könne dies anhand der ihm bisher vorliegenden Unterlagen auch nicht feststellen.

[29] Das BerGer. wird weiter zu berücksichtigen haben, dass die Bekl. bestritten hat, dass die von der Kl. vorgelegte Excel-Tabelle einen Auszug aus der betreffenden Bestandsliste darstellt und dass die streitgegenständlichen 15 Videogerätesysteme in dieser Tabelle nicht zu identifizieren sein dürften.

[30] b) Die bisherigen Feststellungen rechtfertigen auch nicht die Annahme, die Geschäftsführerin der Kl. habe das Eigentum an den Videogerätesystemen in einem zweiten Erwerbsvorgang auf die Kl. übertragen.

[31] aa) Das BerGer. nimmt an, in der Vereinbarung vom 15.7.2012 nebst Zusatzvereinbarung vom 19.12.2012 liege die dingliche Einigung und zugleich die nach § 931 BGB erforderliche Abtretung des Herausgabeanspruchs. Dabei handelt es sich jedoch um Insichgeschäfte, weil die Geschäftsführerin der Kl. für sich und zudem für die Kl. gehandelt hat (§ 181 BGB, § 35 III GmbHG). Feststellungen dazu, ob die Geschäftsführerin der Kl. dazu durch Satzung (vgl. *BGHZ* 87, 59 [60] = NJW 1983, 1676; *BGH*, NJW 2000, 664 = VersR 2001, 193 [194]) oder eine Gestattung durch die Gesellschafterversammlung (vgl. *BGH*, NJW-RR 1994, 291 [292 f.]) ermächtigt war, hat das BerGer. nicht getroffen. Darauf kommt es aber an.

[32] (1) Das Insichgeschäft wäre nicht nach § 181 Hs. 2 BGB zulässig. Denn eine Erfüllung im Sinne dieser Vorschrift ist nur möglich, wenn bereits eine Verbindlichkeit besteht, die fällig und einredefrei ist. Daran fehlt es, wenn der zwischen der Kl. und ihrer Geschäftsführerin geschlossene Kaufvertrag seinerseits ein unwirksames Insichgeschäft wäre (§ 181 BGB, § 35 III GmbHG).

[33] (2) In der durch die Geschäftsführerin der Kl. in deren Namen eingereichten Klage oder in ihrem vorgerichtlichen Herausgabeverlangen könnte keine Genehmigung der unter Verstoß gegen § 181 BGB geschlossenen Rechtsgeschäfte liegen (§§ 177, 184 BGB; vgl. dazu *BGHZ* 65, 123 [125 f.] = NJW 1976, 104; *BGH*, NJW-RR 1994, 291 [292]). Die Gestattung des Selbstkontrahierens ist ein Rechtsgeschäft und untersteht wie jedes andere Rechtsgeschäft selbst dem Verbot des § 181 BGB. Deshalb kann sich ein Vertreter die Erlaubnis zum Selbstkontrahieren nicht namens des Vertretenen selbst erteilen (vgl. *BGHZ* 33, 189 [191] = NJW 1960, 2285; *BGHZ* 58, 115 [118] = NJW 1972, 623).

[34] bb) Soweit das BerGer. meint, die Übereignung genüge dem sachenrechtlichen

Bestimmtheitsgrundsatz, weil die Videogerätesysteme laut einer als Anlage zu der Vereinbarung vom 15.7.2012 beigefügten Liste erworben worden seien, hat es unberücksichtigt gelassen, dass seitens der Bekl. bestritten worden ist, dass diese Liste Gegenstand der Vereinbarung gewesen ist.

[35] 2. Sollte das BerGer. wiederum zu dem Ergebnis gelangen, dass die Kl. Eigentümerin der Videogerätesysteme geworden ist, stünde das von der Bekl. beanspruchte Zurückbehaltungsrecht der Annahme einer Vindikationslage nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht entgegen. Zwar kann ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 I BGB ein Recht zum Besitz iSd § 986 I BGB begründen (*BGHZ* 149, 326 [333] = *NJW* 2002, 1050 mwN). In dem als übergangen gerügten Sachvortrag erster Instanz hat die Bekl. aber nicht dargelegt, dass ihr ein Zurückbehaltungsrecht zusteht. Sie hat sich lediglich auf ein Pfändungspfandrecht der EKR berufen und dazu vorgetragen, diese habe die C-GmbH wegen nicht gezahlter Provisionen auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch genommen und ein Versäumnisurteil erwirkt. Hieraus folgt aber kein Zurückbehaltungsrecht der Bekl., weil sie nicht Titelgläubigerin ist.

[36] 3. Ferner werden – auf der Grundlage des gegebenenfalls noch zu ergänzenden Sachvortrags der Parteien – die weiteren Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I und III, 281 BGB zu prüfen sein.

[37] a) Der Anspruch aus §§ 280 I und III, 281 BGB setzt voraus, dass die Kl. erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (§ 281 I BGB) oder eine Fristsetzung ausnahmsweise entbehrlich war (§ 281 II BGB). An das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung iSd § 281 II BGB, auf die sich die Revision beruft, sind strenge Anforderungen zu stellen. Eine Erfüllungsverweigerung ist nicht schon deshalb endgültig, weil der Schuldner seine Leistungspflicht bestreitet. Die Weigerung muss als das letzte Wort des Schuldners aufzufassen sein, so dass ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Fristsetzung umstimmen lässt (vgl. *BGH*, *NJW* 2006, 1195 [1197] = *NZV* 2006, 245; *BGHZ* 200, 133 [134] = *NJW* 2014, 1521). In der Revisionsbegründung verweist die Kl. hierzu auf ein Schreiben der Bekl. vom 4.11.2013, in dem diese die Weigerung der Herausgabe der Videosystemgeräte damit begründet, es sei „weiterhin unklar und nicht erwiesen“, dass die Geräte der Kl. gehörten. Ob diese Erklärung den Charakter einer endgültigen Erfüllungsverweigerung hat, hat das BerGer. im Rahmen der ihm obliegenden tatrichterlichen Würdigung zu prüfen.

[38] b) Das für den Anspruch aus §§ 280 I und III, 281 BGB erforderliche Verschulden wird zwar vermutet (§ 280 I 2 BGB). Es kann aber fehlen, wenn die Bekl. sich in einer nicht zu vertretenden Ungewissheit darüber befunden hat, dass die Kl. Eigentümerin der Videogerätesysteme ist. Das hängt entscheidend davon ab, ob die Bekl. nach einer mit verkehrsüblicher Sorgfalt vorgenommenen Prüfung (§ 276 I und II BGB) begründete Zweifel an der Eigentümerstellung der Kl. haben konnte.

[39] 4. Entsprechendes gilt für einen Anspruch aus §§ 990 II, 280 I und II, 286 BGB. Er kommt jedenfalls teilweise – nämlich in Höhe der Differenz zwischen dem objektiven Sachwert der Videogerätesysteme und dem nach dem Vortrag der Kl. erzielbaren Kaufpreis – in Betracht. Denn nach §§ 990 II, 280 I und II, 286 BGB ist derjenige Schaden zu ersetzen, der während und infolge des Verzugs entstanden ist. Dies schließt den Vorenthaltungsschaden und damit einen durch die verzögerte Herausgabe entgangenen Gewinn ein (vgl. *BGH*, *NJW-RR* 2005, 1328 [1329f.] = *NZM* 2005, 665; *Staudinger/Gursky*, § 990 Rn. 98; *Soergel/Stadler*, § 990 Rn. 27).

BGH: * Anwendung des Leistungsstörungsrechts auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (*NJW* 3239 2016, 3235) 

Anmerkung

1. An dieser Entscheidung verblüfft weniger das Ergebnis als die Tatsache, dass es seit der großen Schuldrechtsreform von 2002 ganze 14 Jahre gebraucht hat, bis der *BGH* das Verhältnis zwischen einer

zentralen Vorschrift des (gar nicht mehr so) neuen Schuldrechts, § 281 BGB, und der Hauptnorm des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, § 985 BGB, klärt. Das hohe Gericht aus Nordbaden argumentiert zunächst systematisch, historisch und teleologisch, also in Richtung der Wissenschaft und kommt dann ab Rn. 23 seines Urteils endlich zu den Fragen, die den Praktiker interessieren. Gibt es praktische Bedürfnisse für eine Anwendung der §§ 280, 281 BGB auf den vindikatorischen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB? In der Tat.

2. Zwei Aspekte erwähnt der *Senat* selbst: Zum einen hat der dingliche Herausgabegläubiger nicht weniger als der obligatorische ein berechtigtes Interesse, bei unsicherer Vollstreckungsaussicht im Hinblick auf seinen Herausgabeanspruch nach Maßgabe der §§ 280, 281 BGB bequem auf Schadensersatz übergehen zu können. Unnötige und aufwändige Herausgabevollstreckungsversuche lassen sich hiermit – sicherlich auch zur Freude der Gerichtsvollzieher – sparen. Zum anderen – und dieses Argument sticht besonders – muss auch dem dinglichen Gläubiger die Möglichkeit offenstehen, im Wege der §§ 255, 259 ZPO (beim AG, § 510 b ZPO) erstens Herausgabe, zweitens eine Fristbestimmung im Urteil und drittens Schadensersatz für den Fall des erfolglosen Fristablaufs in einer Klage zu verlangen, also quasi beide „Fliegen“ (Herausgabe und Schadensersatz) prozessual mit einer „Klappe“ zu schlagen. Dieses auch „Ersatzverurteilung“ (*OLG Frankfurt a.M.*, Hinweisbeschl. v. 29.10.2012 – 18 U 24/12, BeckRS 2013, 01674) genannte prozessökonomische Stilmittel wäre auf §§ 989, 990 BGB unanwendbar, da § 255 ZPO einen fristgebundenen Sekundäranspruch wie § 281 BGB voraussetzt, was auf §§ 989, 990 BGB nicht zutrifft.

3. Was macht darüber hinaus für den Zivilrechtspraktiker den Charme der Rechtsansicht aus, die mit der vorliegenden Entscheidung nun den Segen aus Karlsruhe empfangen hat? Denkt man – wie in der Praxis üblich – zunächst an den Beweis, so bringt die Anwendung der §§ 280, 281 BGB für den dinglichen Gläubiger nur geringen Vorteil, ist doch die entsprechende Anwendung der für ihn günstigen Vermutungsregel für das Verschulden aus § 280 I 2 BGB auch im Rahmen der §§ 989, 990 BGB anerkannt (BeckOK BGB/*Fritzsche*, 2016, § 989 Rn. 20 mwN). Das Nichtverschulden muss also hier wie dort der Besitzer darlegen und beweisen. Der Beweisvorteil für den Gläubiger beschränkt sich unter dem Regime von §§ 280, 281 BGB also darauf, dass die von ihm zu beweisende Pflichtverletzung iSd § 281 I 1 BGB bereits in der zu befürchtenden Nichtherausgabe trotz Fristablauf liegt und nach dem Schicksal der herauszugebenden Sache selber – anders als bei §§ 989, 990 BGB – gar nicht mehr geforscht werden muss. Es kommt dem Gläubiger aber auf dem Lösungsweg des *BGH* noch ein anderer praktischer Vorteil zu Gute, da „Schadensersatz“ iSd §§ 280, 281 BGB mehr bedeutet, als bei §§ 989, 990 BGB. Während über §§ 280, 281 BGB auch der reine Vorenthaltungsschaden liquidiert werden kann, um den es in der vorliegenden Sache ging, erfassen die §§ 989, 990 BGB nur Schäden, die die Sache unmittelbar betreffen, wie Abnutzungsschäden oder Wertverluste durch Beschädigung und Untergang. Dies hat der *Senat* unter Verweis auf § 990 II BGB bei Rn. 10 ebenfalls zu Recht betont.

4. Das hier beleuchtete Urteil schafft Klarheit zwischen dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht und geht damit nach 14 Jahren noch einen wichtigen und auch richtigen Schritt bei der praktischen Umsetzung der großen Schuldrechtsreform.

Richter am LG Jan Kaiser, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth), Freiburg i. Br.