

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 8

Verzug im Sachenrecht

Eine rechtssystematische und rechtsdogmatische Untersuchung
über die Anwendbarkeit der schuldrechtlichen Verzugsvorschriften
auf dingliche Ansprüche

Von

Dr. Eberhard Schwerdtner



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Eberhard Schwertner / Verzug im Sachenrecht

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 8

Verzug im Sachenrecht

Eine rechtssystematische und rechtsdogmatische Untersuchung
über die Anwendbarkeit der schuldrechtlichen Verzugsvorschriften
auf dingliche Ansprüche

Von

Dr. Eberhard Schwerdtner



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1973 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1973 bei Richard Schröter, Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3 428 02782 5

Meinen Eltern

Vorwort

Die Unterscheidung zwischen schuldrechtlichen oder — wie *Windscheid* sie nennt — obligatorischen und dinglichen Ansprüchen ist im BGB streng durchgeführt. Aus diesem Grunde hat weder die Rechtslehre noch die Praxis über die Frage, welche Vorschriften des allgemeinen Teils des Schuldrechts auf außerschuldrechtliche, insbesondere dingliche Anspruchsbeziehungen zu übertragen sind und welche nicht, volle Gewißheit erlangt. Genauere Aussagen als solche, daß bei jeder Vorschrift zu prüfen sei, ob nicht sachenrechtliche Grundsätze entgegenstehen, und daß immer die spezifische Interessenbewertung des sachenrechtlichen Verhältnisses zu beachten sei, finden sich im tonangebenden Schrifttum nicht. Wie sehr sich der vorliegende Fragenkomplex jeglichen inhaltlichen Verallgemeinerungen entzieht, beobachten wir vor allem auch an dem ausgiebig erörterten — im Rahmen dieser Untersuchung jedoch durch die Beschränkung auf die Verzugshaftung ausgeklammerten — Problem der Anwendbarkeit des § 281 BGB auf die Vindikation.

Die sich hier auftuenden Fragen sind auch ohne eine grundsätzliche Neubesinnung zum Verhältnis zwischen Sachenrecht und Schuldrecht gar nicht zu beantworten. Die Untersuchung der schuldrechtlichen und dinglichen Ansprüche wird zeigen, daß das Verhältnis zwischen beiden Anspruchsarten viel enger ist, als die herkömmliche scharfe systematische Trennung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht vermuten läßt, und daß diese Trennung für die Rechtsanwendung eher hinderlich als förderlich ist. Einen Beitrag zur Lösung dieser dogmatisch-konstruktiven Schwierigkeiten für den Bereich der Verzugshaftung zu leisten, ist Hauptaufgabe der vorliegenden Schrift.

Die Untersuchung hat im Wintersemester 1971/72 der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation vorgelegen. Sie wurde im wesentlichen im August 1971 abgeschlossen; bis etwa Februar 1972 erschienene Literatur und Rechtsprechung konnte noch in den Fußnoten berücksichtigt werden.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Fikentscher, bin ich für die Betreuung der Arbeit zu großem Dank verpflichtet. Herrn Bundesrichter a. D. Prof. Dr. Erhard Bökelmann habe ich herzlich dafür zu danken, daß er mir als seinem Assistenten großzügig die Zeit

gewährt hat, die für die vorliegende Arbeit notwendig war. Beim Lesen der Korrekturfahnen haben meine Eltern mich tatkräftig unterstützt. Dafür sei ihnen herzlich gedankt. Die Schrift ist ihnen auch gewidmet als geringes Zeichen der Anerkennung für die zahlreichen Mühen und Opfer, unter denen sie meinen Ausbildungsgang unterstützt haben. Nicht zuletzt schulde ich Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann Dank für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Bochum, im September 1972

Eberhard Schwerdtner

Inhaltsverzeichnis

Erster Abschnitt

Einführung in die Problemstellung

I. Einleitung, Problemstellung, Übersicht	17
II. Nähere Abgrenzung der Aufgabe	29
III. Die Regelung des Verzugs im Schuldrecht	33

Zweiter Abschnitt

Sachenrecht und Schuldrecht obligatorischer und dinglicher Anspruch

<i>Erster Teil: Die bisherigen Lösungsversuche und ihre Kritik</i>	35
I. Die bisherige Behandlung des Problems	35
II. Abgrenzung von Schuldrecht und Sachenrecht, von schuldrechtlichem und dinglichem Anspruch	43
1. Historischer Rückblick	44
2. Darstellung des geltenden Rechts	52
a) Begriffsinhalt von Schuldrecht und Sachenrecht sowie der dar- aus fließenden Ansprüche	58
b) Kritische Meinungen zu der scharfen Trennung von Schuld- recht und Sachenrecht	71
III. Eigene Meinung zu der scharfen Trennung von Schuldrecht und Sachenrecht und eigener Lösungsversuch der Streitfrage über die Anwendbarkeit der Verzugsvorschriften im Sachenrecht	73
 <i>Zweiter Teil: Einzeluntersuchungen</i>	 91
I. Ansprüche auf Herausgabe aus einem Recht zum Besitz (§§ 985, 1065, 1227, 2018 BGB, § 11 ErbbVO) und dem Besitz selbst (§§ 861, 1007 BGB)	91
1. Schuldnerverzug	96
2. Fristsetzung nach Verurteilung	130
3. Gläubigerverzug	152

II. Ansprüche auf Beseitigung von Störungsfolgen aus einem Recht (§§ 1004, 1027, 1065, 1090 Abs. 2, 1134 Abs. 1, 1227 BGB, § 11 ErbbVO)	155
1. Schuldnerverzug	156
2. Fristsetzung nach Verurteilung	164
3. Gläubigerverzug	165
III. Der Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB	166
1. Schuldnerverzug	169
2. Fristsetzung nach Verurteilung	173
3. Gläubigerverzug	174
IV. Das Recht zur Befriedigung aus einem Pfandgegenstand (§ 1113 Abs. 1, 1191 Abs. 1, 1199 Abs. 1 BGB)	174
1. Schuldnerverzug	175
2. Fristsetzung nach Verurteilung	181
3. Gläubigerverzug	182
V. Sonstige dingliche Ansprüche nach §§ 1047, 1051 ff. BGB	183
VI. Das Recht der dinglichen Vormerkung	184
1. Schuldnerverzug	186
2. Fristsetzung nach der Verurteilung	195
3. Gläubigerverzug	195
Schlußbetrachtung und Ergebnis	196
Literaturverzeichnis	199
Sachverzeichnis	222

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	(Österreichisches) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. 6. 1811
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Band, Seite)
a. E.	am Ende
allg. M.	allgemeine Meinung
ALR oder PrALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Band, Seite)
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht (Band, Seite)
arg.	argumentum
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Jahr, Seite)
Art., Artt.	Artikel
Bay, bay	Bayern, bayerisch
BayOBLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)
Bd.	Band
Begr.	Begründung
Beitr.	Beiträge
Bem.	Bemerkung
Bespr.	Besprechung
bestr.	bestritten
betr.	betreffend, betreffs
bez.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Band, Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BRAnwO	Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. 8. 1959
BRD	Bundesrepublik Deutschland

BritZ	Britische Besatzungszone
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
D	Digesten
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
d. h.	das heißt
d. i.	das ist
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (bis 8. 1903: Jahr, Seite; dann Jahr, Spalte)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
DOG	Deutsches Obergericht für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet, zugleich Entscheidungen des Deutschen Obergerichts für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet (Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr, Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr, Seite)
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft (Jahr, Seite)
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (Jahr, Seite)
dt., Dt.	deutsch
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr, Seite)
E	Entscheidungen
E I, II	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888 (Entwurf I); ebenso, 2. Lesung 1895 (Entwurf II)
Einl.	Einleitung
ErbbauVO	Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. 1. 1919
Erl.	Erläuterung
ESJ	Entscheidungssammlung für junge Juristen
EVRO	Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg von 1931
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht. Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Jahr, Seite)
f., ff.	folgend(e)
FN	Fußnote
Gaii Inst.	Institutionen des Gaius
GBO	Grundbuchordnung i. d. F. v. 5. 8. 1935
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949
ggf.	gegebenenfalls
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des (bis 15. 1871: preußischen) Deutschen Rechts (Band, Seite)

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)
GSZ	Großer Senat in Zivilsachen
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift Abt. A und B (Jahr A oder B Spalte)
HansRZ	Hanseatische Rechtszeitschrift für Handel, Schifffahrt und Versicherung, Kolonial- und Auslandsbeziehungen sowie für Hansestädtisches Recht (Jahr, Spalte)
HdwbdrWiss.	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsgb. von F. Stier-Somlo und A. Elster, Bd. I—VIII (1926—1937) (Stichwort)
HEZ	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlungen von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Zivilsachen (Band, Seite)
hins.	hinsichtlich
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hambg., hambg.	Hamburg, hamburgisch
HRR	Juristische Rundschau II. Bd.: Die Rechtsprechung (1. 1925—3. 1927; dann:) Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
hrsgb.	herausgegeben
i. a.	im allgemeinen
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
(IherDogJb)	s. JherDogJb
insbes.	insbesondere
Inst.	Institutionen Justinians
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
i. Zw.	im Zweifel
Jg.	Jahrgang
JherDogJb	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts (ab Folge II 1. [= 37] 1897: Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts [Band, Seite])
JurJB	Juristen-Jahrbuch (Jahr, Seite)
JR	Juristische Rundschau (I. Bd. Aufsätze 1. 1925 — 3. 1927) (Jahr, Spalte; II. Bd. s. HRR) (ab 4. 1928 Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KG	Kammergericht

KO	Konkursordnung vom 10. 2. 1877 i. d. F. v. 20. 5. 1898
Kom.	Kommission
KrVjschr.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Band, Jahr, Seite)
KStZ	Kommunale Steuer-Zeitschrift (Jahr, Seite)
LG	Landgericht (mit Ortsnamen)
lib.	librum
Lit.	Literatur
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, Leitsätze mit Entscheidungen und Anmerkungen, hrsgb. von Lindenmaier und Möhring (LM BGB § ... Nr. ...)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (bis 7. 1913: für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht) (Jahr, Spalte)
m. a. W.	mit anderen Worten
m. abl. Anm.	mit ablehnender Anmerkung
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts (Jahr, Seite)
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. z. N.	mit zahlreichen Nachweisen
m. zust. Anm.	mit zustimmender Anmerkung
N.F.	Neue Folge
NJ	Neue Justiz (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Nr.	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
o. Gr.	ohne Gründe
OLG	Oberlandesgericht (mit Ortsnamen)
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Band, Seite)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Jahr, Oberverwaltungsgericht (mit Ortsnamen))
OVG	
PosMSchr.	Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern (Jahr, Seite)
Pr., pr.	Preußen, preußisch
(PrALR)	s. ALR
RdL	Recht der Landwirtschaft (Jahr, Seite)
RdNr.	Randnummer
Recht	Das Recht (mit wechselndem Untertitel) (bis 1905 und 1925—1930, Jahr, Spalte; Entscheidungen: Jahr, Nummer)
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt (1871—1921) (Jahr, Seite)
RGBI. I	Reichsgesetzblatt, Teil I (1922—1945) (Jahr, Teil, Seite)
RGBI. II	Reichsgesetzblatt, Teil II (1922—1945) (Jahr, Teil, Seite)

RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Band, Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr, Nummer)
SBZ	Sowjetische Besatzungszone
SeuffArch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band, Nummer)
SeuffBl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Band, Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (1946 Jahr, Seite; dann Jahr, Spalte)
SoergRspr.	Soergel(s) Rechtsprechung zum BGB, EGBGB, ZPO, KO, GBO und RFG (ab 7.1906: zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht; ab 19.1918: Jahrbuch der Rechtsprechung und Rechtslehre zum gesamten ...; 20.1919: Jahrbuch des Zivilrechts; ab 33.1932: Jahrbuch des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts) (Jahr, §, Nummer)
sog.	sogenannt(e)
Sp.	Spalte
st.	ständig
StGB	Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871
str.	streitig
stRspr.	ständige Rechtsprechung
StuR	Staat und Recht, Ost-Berlin (Jahr, Seite)
u. a.	unter anderem, und andere
u. ä.	und ähnliche
umstr.	umstritten
unstr.	unstreitig
u. U.	unter Umständen
v.	vom, von
VerwArch.	Verwaltungsarchiv (Band, Seite)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WarnRspr.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist (Jahr, Nummer)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr, Seite)
Württ., württ.	Württemberg, württembergisch
z. B.	zum Beispiel
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Band, Seite)

ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Band, Seite)
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30.1.1877 i.d.F. d. Bek. v. 12.9.1950
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr, Seite)
ZSSst	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Band, Seite) (wo nichts anderes vermerkt ist, handelt es sich um deren romanistischen Teil)
z. T.	zum Teil
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZZP	Zeitschrift für (bis 52.1942: Deutschen) Zivilprozeß (Band, Seite)
z. Z.	zur Zeit

Einführung in die Problemstellung

I. Einleitung, Problemstellung, Übersicht

Eine Abhandlung, die grundsätzliche Aussagen zur Frage der Anwendbarkeit der Normen des Schuldrechts im Sachenrecht verspricht, begegnet sicher nicht nur Interesse, sondern auch Skepsis. Es handelt sich dabei um ein so wichtiges und von der Rechtsprechung so häufig angesprochenes Problem, daß man leicht geneigt sein möchte, anzunehmen, jede diesbezügliche Untersuchung beschreite ausgetretene Pfade. Ein Blick in die Entscheidungssammlungen sowie die einschlägige Lehrbuch- und Kommentarliteratur zeigt indes rasch, daß eine solche Annahme allzu optimistisch und verfehlt wäre.

Wer den Atlas der juristischen Disziplinen nach weißen Flecken mustern will, gerät bei genauerer Betrachtung des Sachenrechts recht bald auf dieses in den letzten hundert Jahren viel bereiste, aber immer noch nicht gänzlich erschlossene Feld der Lückenfüllung des Sachenrechts durch schuldrechtliche Normen. Weder hat die Rechtslehre die erwünschten allgemeinen Grundsätze entwickelt¹ noch die Praxis volle Gewißheit darüber erlangt, welche Vorschriften auf dingliche Anspruchsbeziehungen zu übertragen sind und welche nicht. Trotz der negativen Ergebnisse² hat diese in vielen Farben schillernde, zum magischen Auge des Sachenrechts gewordene Streitfrage immer wieder Juristen angelockt, das ungebärdige Roß zu besteigen, von dem niemand weiß, wohin es seinen Reiter tragen und wo es ihn schließlich abwerfen wird.

Als Beispielsfall sei eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. Januar 1968³ dargestellt:

¹ Den letzten breit angelegten Versuch (mit negativem Ergebnis) unternahm *Horstmann*, Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche, 1938.

² Diese Ansicht wird von *Köbl*, S. 84, nicht geteilt. Sie meint, daß nach den zum Teil recht lebhaften Auseinandersetzungen um Einzelfragen ein *ungefährer* Konsensus über die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 241—432 BGB auf außerschuldrechtliche Rechtsverhältnisse herrsche.

³ BGH, Urteil vom 19. Januar 1968 — V ZR 190/64 (München) —, BGHZ 49, 263 ff. = NJW 1968, 788 ff. m. krit. Anm. v. *D. Reinicke* = MDR 1968, 395 = BB 1968, 272 = LM BGB § 888 Nr. 2 m. Anm. v. *Mattern*.

Unklarheiten hinsichtlich der Verfügungsmöglichkeit im Hinblick auf die Vermögenskontrolle führten in der ersten Nachkriegszeit dazu, daß eine Firma B. ihr Grundstück zuerst an den Kläger verkaufte. Für diesen wurde eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Da die Verkäuferin den Kaufvertrag für unwirksam hielt, veräußerte sie das Grundstück später an die Beklagten, auf die es umgeschrieben wurde. Die Parteien prozessierten alsdann. Die Beklagte verlangte vom Kläger, er solle die Vormerkung löschen lassen; der Kläger, dem die Firma B. das Grundstück aufgelassen hatte, forderte von der Beklagten die Zustimmung zu seiner Eintragung in das Grundbuch. Der Kläger obsiegte. Er wurde als Eigentümer eingetragen und erhielt den Besitz des Grundstücks.

Der Kläger begehrte nunmehr von der Beklagten Ersatz seines Verzugschadens. Der Bundesgerichtshof hat die Klage abgewiesen⁴. Er hat offen gelassen, ob die Beklagte schuldhaft gehandelt habe. Selbst wenn dies der Fall gewesen sei, sei die Beklagte nicht schadensersatzpflichtig, da die Vorschriften über den Verzug (§§ 284 ff.⁵) nicht auf die Verpflichtung des vormerkungswidrig eingetragenen Eigentümers, der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer zuzustimmen (§ 888), angewandt werden könnten. Zwar bejaht der BGH in Übereinstimmung mit den Motiven⁶ in Fortführung seiner früheren Rechtsprechung, sowie in Anknüpfung an die Auffassung des Reichsgerichts „grundsätzlich die Anwendung des Schuldrechts auf dem Gebiet des Sachenrechts“⁷. Dieser Grundsatz werde jedoch dahin eingeschränkt, daß für jeden Anspruch auf dem Gebiet des Sachenrechts gesondert zu prüfen sei, ob Vorschriften des allgemeinen Teils des Schuldrechts auf ihn angewendet werden könnten. Der BGH verneint dies für den vorliegenden Fall. § 888 begründe nur, so der BGH, einen unselbständigen sachenrechtlichen Hilfsanspruch mit bloß verfahrensrechtlicher Bedeutung. Daher sei es aus jedem der Gesichtspunkte, die für die Einschränkung der Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts auf sachenrechtliche Ansprüche in Betracht kommen, gerechtfertigt, die Verzugsvorschriften des Schuldrechts auf den in § 888 normierten Zustimmungsanspruch des Vormerkungsberechtigten nicht anzuwenden.

Die vorstehende Entscheidung vermag kaum zu befriedigen. Das Unbehagen, das sie beim Leser hinterläßt, rührt weniger vom Ergebnis als von den Gründen her, mit denen sie der V. Zivilsenat versehen hat⁸.

Mit Recht hat bereits *Dietrich Reinicke*⁹ darauf hingewiesen, daß eine Schlußfolgerung wie die des Bundesgerichtshofs dem Vorwurf des Begrifflichen ausgesetzt sei und Rudimente einer überholten formali-

⁴ Ansprüche nach den §§ 987 ff. BGB und im besonderen des § 990 Abs. 2 BGB schieden als Nebenfolgen des Herausgabeanspruchs nach § 985 BGB deshalb aus, weil der Kläger in der fraglichen Zeit noch nicht Eigentümer war.

⁵ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

⁶ *Motive* Teil II S. 4 und *Motive* Teil III S. 398.

⁷ So BGHZ 49, 263 ff., 265.

⁸ Vgl. auch *Weitnauer*. DNotZ 1968, 706 ff., 708; *Baur*, ESJ — Sachenrecht — S. 42 ff., 45; *Derselbe*, Sachenrecht, § 20 IV 1 b; *Medicus*, Bürgerliches Recht, § 19 III 2 b cc, S. 180; *Palandt-Degenhart*, Anm. 4 e zu § 888; *Soergel-Siebert-Mühl*, RdNr. 7 vor § 985, die nicht nur die Gründe, sondern auch das Ergebnis kritisch würdigen.

⁹ Anmerkung zu BGHZ 49, 263 ff., in NJW 1968, 788 ff.

stischen Betrachtungsweise in sich trage. *Allein* der Umstand, daß der Anspruch aus § 888 ein dinglicher ist, vermag m. E. die Nichtanwendung schuldrechtlicher Vorschriften, hier der Verzugsregeln, nicht zu begründen¹⁰. Die Charakterisierung eines Anspruchs als dinglich oder obligatorisch erfolgt in solchen Fällen zumeist, und das ist auch in dieser Entscheidung unterschwellig spürbar, um die Anwendbarkeit oder die Nicht-Anwendbarkeit der allgemein schuldrechtlichen Normen auf diese Ansprüche zu rechtfertigen¹¹. Sie erfolgt also im Hinblick auf bestimmte rechtliche Folgen, die der dingliche Charakter haben soll. Ein derartiges Verfahren ist jedoch fragwürdig, wobei insbesondere gar nicht sicher ist, ob das BGB den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen vom „dinglichen“ oder „obligatorischen“ Charakter der Ansprüche abhängig machen will. Näher liegt vielmehr, daß der dingliche oder obligatorische Charakter im allgemeinen nicht ausreicht, um den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen zu rechtfertigen¹². Die Klassifizierung eines Anspruchs als dinglich oder obligatorisch besagt aus diesem Grunde nichts für die Anwendung schuldrechtlicher Normen¹³.

¹⁰ So auch die in FN 8 Genannten.

¹¹ Das tritt klar bei *Fröhner* (Das Recht 1920, Sp. 141) hervor, der den Anspruch des § 985 in einen Schadensersatzanspruch (ohne Verschulden) umdeutet, um den § 254 darauf anwenden zu können. Vgl. dazu die zutreffende Kritik von *Dimopoulos-Vosikis*, S. 34 ff.

¹² Ein instruktives Beispiel dafür, daß die Dinglichkeit allein kein zuverlässiges und ausreichendes Kriterium darstellt, sondern daß stets eine gesonderte Interessenabwägung durchzuführen ist, bieten die Berücksichtigung *des Mitverschuldens* (§ 254) beim Eigentumsstörungsanspruch nach § 1004 (h. M.: *Soergel-Siebert-Mühl*, RdNr. 83 zu § 1004 BGB; *Offtermatt*, S. 127 ff.; RGZ 138, 327; BGH WM 1964, 1104 ohne abschließende Stellungnahme; LG Frankenthal NJW 1955, 263 m. abl. Anm. v. *Larenz*) und die Nichtberücksichtigung bei der Vindikation. Auf welcher leichtsinnigen Weise auch immer der Eigentümer das Abhandenkommen der Sache aus seinem *eigenen Besitz* mitverursacht haben mag, ein solches Verhalten kann der Vindikation nicht etwa in Form eines „Ablösungsrechts“ vom herausgabepflichtigen Besitzer entgegengehalten werden. Der durch die §§ 932 ff./985 ff. verwirklichte Schutz des Eigentümers bei *unfreiwilligem Besitzverlust* erfährt durch § 254 — bislang — keine Einschränkung (h. M.: vgl. statt vieler *Horstmann*, S. 32 ff.; *Fröhner*, Recht 1920, Sp. 141; a. A. wohl *Westermann*, § 31 IV 2).

¹³ Aus den gleichen rechtlichen Erwägungen hat der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 25. November 1964 — V ZR 185/62 — in BGHZ 42, 374 ff., 380 die Anwendbarkeit von § 278 auf das „nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis“ abgelehnt. Dieses sei, so der Bundesgerichtshof, weder ein gesetzliches Schuldverhältnis noch ein sonstiger die Anwendbarkeit des § 278 rechtfertigender vertragsähnlicher Zustand, sondern die Rechte und Pflichten aus dieser Sonderverbindung seien dinglicher Natur. Dieses Ergebnis überzeugt aus zweierlei Gründen nicht. Auch hier vermag allein der Umstand, daß es sich um eine *sachenrechtliche* Sondervereinbarung handelt, die Nicht-Anwendbarkeit des § 278 nicht zu begründen. Im übrigen setzt § 278 auch keine vertragliche, sondern nur eine rechtliche Sondervereinbarung voraus. Vgl. dazu *Medicus*, Bürgerliches Recht, § 30 IV 1 b, S. 308 ff.