

## Repetitorium ZR

Michael Stürner

# Leistungserschwerungen bei negatorischen Ansprüchen

DOI 10.1515/jura-2015-0018

*Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob der aus § 1004 BGB zur Beseitigung Verpflichtete dem Anspruch den Einwand der übermäßigen Leistungserschwerung entgegenhalten kann. Die Rechtsprechung bejaht dies unter Anwendung von § 275 Abs. 2 BGB. In der Literatur wird verschiedentlich Kritik an diesem Ansatz geäußert.*

## I. Problemstellung

Der negatorische Anspruch aus § 1004 BGB berechtigt den Eigentümer zur Abwehr aller Störungen, die sein absolutes Recht beeinträchtigen. Eine Schranke besteht für diesen Anspruch nach § 1004 Abs. 2 BGB insbesondere dann, wenn dem Eigentümer eine Duldungspflicht gegenüber der Störung auferlegt ist. Diese kann sich zum einen aus Gesetz ergeben, etwa unter dem Gesichtspunkt von Notstand und Notwehr, §§ 227–229 BGB, aus Nachbarrecht, §§ 904–906 BGB, oder aus dem richterrechtlich entwickelten nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis; sie kann aber auch aus Rechtsgeschäft resultieren, etwa bei Vermietung oder Verpachtung einer Sache, oder aus dinglichem Recht wie einer Dienstbarkeit.

Oftmals liegen jedoch Umstände, die den Eigentümer zur Duldung der Störung verpflichten, nicht vor. In manchen Fällen kann die Beseitigung der Störung für den Störer mit hohen Kosten verbunden sein. Es fragt sich daher, ob er dem Beseitigungsanspruch des Eigentümers den zur Beendigung der Störung erforderlichen Aufwand im Einzelfall entgegenhalten kann. Aus § 1004 BGB ergibt sich dies nicht: Die *actio negatoria* zielt allein auf die Beseitigung der Störung ab; eine Abwägung zwischen den Interessen des Eigentümers an der Beseitigung und denen des Störers findet wegen des absoluten Charakters des

Eigentumsschutzes im Rahmen des negatorischen Anspruchs nicht statt. Indessen hat die Schuldrechtsmodernisierung mit § 275 Abs. 2 BGB eine Norm geschaffen, die dem Schuldner bei unverhältnismäßigem Leistungsaufwand ein Leistungsverweigerungsrecht gibt. Gegenstand dieses Beitrags ist die Frage, ob diese Norm auch dem Störer gegenüber dem Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB eine Einrede gibt<sup>1</sup>.

## II. Die Position in Rechtsprechung und Literatur

Die Rechtsprechung des BGH zur hier behandelten Frage lässt sich in zwei große zeitliche Abschnitte unterteilen. Die Schuldrechtsmodernisierung des Jahres 2001 markiert eine Zäsur, die weniger vom Ergebnis her, wohl aber dogmatisch von Bedeutung ist.

### 1. Ausgangslage: § 251 Abs. 2 BGB als allgemeiner Rechtsgedanke

Charakteristisch für die ältere Rechtsprechung des BGH ist die Anwendung der schadensrechtlichen Vorschrift des § 251 Abs. 2 BGB auf Beseitigungsansprüche. In den relevanten Entscheidungen ging es zunächst um deliktische Beseitigungsansprüche, die nach § 249 BGB auf Naturalrestitution gerichtet sind<sup>2</sup>. Erst später wurde § 251 Abs. 2 BGB auch auf den negatorischen Anspruch aus § 1004 BGB angewandt<sup>3</sup>, ohne jedoch hinreichend auf die Unterschiede zwischen beiden Anspruchsgrundlagen einzugehen. In der Folge bestätigte der BGH die bisherige Rechtsprechung, dass der in § 251 Abs. 2 BGB enthaltene Rechtsgedanke gegen jedweden Beseitigungsanspruch ins Felde geführt werden könne, sei er nun auf §§ 823, 249

**Michael Stürner:** Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Konstanz, Richter am OLG Karlsruhe sowie Mitherausgeber dieser Zeitschrift.

<sup>1</sup> Siehe bereits *M. Stürner*, in: FS v. Brünneck, 2011, S. 360.

<sup>2</sup> BGH NJW 1970, 1180.

<sup>3</sup> BGHZ 62, 388.

BGB, auf die *actio quasi-negatoria* aus §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB oder auf § 1004 BGB gestützt<sup>4</sup>.

Die Literatur stimmte dieser Rechtsprechung nur teilweise zu<sup>5</sup>. Soweit die Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB kritisiert wurde, sollte jedoch immerhin »im Extremfall« über § 242 BGB geholfen werden<sup>6</sup>. Daraus folgt dogmatisch freilich kein großer Unterschied, ist doch § 251 Abs. 2 BGB als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu sehen<sup>7</sup>. Bedeutsam ist jedoch die unterschiedliche Eingriffsschwelle: Während im Rahmen des § 251 Abs. 2 BGB die (schlichte) Unverhältnismäßigkeit genügt, sind für das Vorliegen von Rechtsmissbrauch deutlich höhere Anforderungen gegeben.

## 2. Schuldrechtsmodernisierung: § 275

### Abs. 2 BGB als speziellere Einwendung

Die Schuldrechtsmodernisierung hat § 251 Abs. 2 BGB nicht verändert. Sie hat jedoch mit § 275 Abs. 2 BGB eine neue Vorschrift eingeführt, die als Grenze von Leistungspflichten fungiert. Die seit 2002 ergangene Rechtsprechung zur Beschränkung des negatorischen Anspruchs hat sich denn auch nicht mehr auf den in § 251 Abs. 2 BGB enthaltenen Rechtsgedanken gestützt, sondern § 275 Abs. 2 BGB herangezogen. Zuerst hatte das OLG Düsseldorf in einer Entscheidung vom 19. 1. 2007<sup>8</sup> diesen Ansatz vertreten. Dogmatisch stützt es diese Beschränkung des an sich gegebenen Beseitigungsanspruchs aus § 1004 BGB auf den § 275 Abs. 2 BGB zu entnehmenden allgemeinen Rechtsgedanken, der auch auf den Anspruch aus § 1004 BGB anzuwenden sei<sup>9</sup>.

4 BGH WM 1977, 536; BGH WM 1979, 644, 647; BGH WM 1979, 783, 784; BayObLG NJW-RR 1990, 1168, 1169 (allerdings unter Hinweis auf § 242 BGB); BGHZ 143, 1, 6 m. w. N.

5 Befürwortend etwa Mühl, AcP 176 (1976), 396, 401; Erman/Hefermehl, 10. Aufl. 2000, § 1004 Rn. 24; Bamberger/Roth/Grüneberg, 1. Aufl. 2003, § 251 Rn. 2; MüKo-BGB/Oetker, 5. Aufl. 2006, § 251 Rn. 37, jeweils m. w. N.; kritisch vor allem Picker, AcP 176 (1976), 28, 53ff.; ders., in: FS Hermann Lange, 1992, S. 625; Staudinger/Gursky (2006), § 1004 Rn. 156; Staudinger/Schiemann (2005), § 251 Rn. 31; Soergel/Münch, BGB, 13. Aufl. 2007, § 1004 Rn. 312.

6 So Staudinger/Gursky (2006), § 1004 Rn. 156 m. w. N.; ähnlich Soergel/Münch (Fn. 5), § 1004 Rn. 312; Picker, AcP 176 (1976), 28, 63ff. Siehe dazu noch unten III. 4.

7 So ausdrücklich auch etwa die erwähnte Entscheidung BGH NJW 1970, 1180, 1181.

8 OLG Düsseldorf NJW-RR 2007, 1024.

9 OLG Düsseldorf NJW-RR 2007, 1024, 1025 Ähnlich bereits, allerdings ohne ausdrückliche Bezugnahme auf § 275 Abs. 2 BGB, in Bezug auf den urheberrechtlichen Beseitigungsanspruch LG Berlin ZUM 2007, 424, 430 (Berliner Hauptbahnhof). Vgl. auch die ausdrückliche

Dieser Entscheidung des OLG Düsseldorf ist der BGH in mehreren Entscheidungen beigetreten<sup>10</sup>. Leitentscheidung ist dabei ein Urteil vom 30. 5. 2008<sup>11</sup>. Der Beklagte hatte im Jahre 1973 einen Teil seines Grundstücks für 20 Jahre mit Option auf Verlängerung an den Eigentümer des Nachbargrundstücks (Stammgrundstück) vermietet, der dieses zum Betrieb eines Supermarktes benutzte. Ein Teil dieses Gebäudes stand dabei auf dem Grundstück des Beklagten. Das Stammgrundstück wurde später geteilt; die als Supermarktgrundstück genutzten Einheiten wurden verkauft, wobei der neue Eigentümer in den Mietvertrag mit dem Beklagten eintrat. 1998 verkaufte der neue Eigentümer seine Einheiten dann an die Kläger, ohne zunächst auf den Überbau und den mit dem Beklagten bestehenden Mietvertrag hinzuweisen. Nachdem die Kläger einen Eintritt in den mit dem Beklagten bestehenden Mietvertrag ablehnten, kündigte dieser den Vertrag vorsorglich und erhob Herausgabe(wider)klage in Bezug auf den für den Überbau genutzten Teil des Grundstücks. Dieser Klage war in einem zuvor ergangenen Parallelverfahren stattgegeben worden<sup>12</sup>. Nunmehr begehrte der Beklagte in einem zweiten Verfahren (widerklagend) Räumung des Grundstücks durch Beseitigung des Überbaus. Die Kosten hierfür würden bei etwa € 90.000,- liegen; demgegenüber würde das Grundstück der Kläger durch die Beseitigung eine Wertsteigerung in Höhe von € 20.000,- erfahren.

Der BGH rief zunächst in Erinnerung, dass nach der bisherigen Rechtsprechung die Beseitigung nach dem in § 251 Abs. 2 BGB enthaltenen Rechtsgedanken verweigert werden könne, wenn sie »mit Aufwendungen verbunden ist, die in keiner vertretbaren Relation zu dem Nachteil des Beeinträchtigten stehen«<sup>13</sup>. Der Rückgriff hierauf sei aber nunmehr überflüssig, da sich eine mögliche Einrede des Verpflichteten nunmehr allein aus § 275 Abs. 2 BGB ergebe, der auf alle Leistungspflichten anwendbar sei, egal welchen Ursprungs. Als Beleg diente neben einigen Literaturzitate<sup>14</sup> und der bereits erwähnten Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>15</sup> insbesondere die Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz<sup>16</sup>, die auf die

Regelung in § 98 Abs. 3 UrhG zum Vernichtungsanspruch bei Urheberrechtsverletzung.

10 BGH NJW 2008, 3122, 3123; ebenso BGH NJW 2008, 3123, 3125; BGH NZM 2010, 174, 175 sowie BGH NJW 2010, 2341.

11 BGH NJW 2008, 3122, dazu etwa Gsell, LMK 2008, 266937; Kolbe, NJW 2008, 3618.

12 BGHZ 157, 301.

13 BGH NJW 2008, 3122, 3123 unter Verweis auf BGHZ 143, 1, 6.

14 Angeführt wurde insb. MüKo-BGB/Ernst, 5. Aufl. 2007, § 275 Rn. 11–15.

15 NJW-RR 2007, 1024, 1025.

16 BT-Drs. 14/6040, S. 130.

Entscheidung BGHZ 62, 388<sup>17</sup> ausdrücklich Bezug nimmt und die darin entschiedene Fallkonstellation nunmehr von § 275 Abs. 2 BGB erfasst wissen will<sup>18</sup>.

Bemerkenswert ist, dass nach dem Verständnis des BGH das Vertretenmüssen offenbar vor den anderen in § 275 Abs. 2 BGB genannten Abwägungsfaktoren zu prüfen sein soll, dessen Vorliegen scheint eine Abwägung offenbar sogar entbehrlich werden zu lassen. Für eine solche Sichtweise spricht zwar die gesonderte Erwähnung des Vertretenmüssens in § 275 Abs. 2 S. 2 BGB. Dieses Kriterium ist aber nach der gesetzlichen Systematik nur einer derjenigen Faktoren, anhand derer die vom Schuldner zu unternehmenden Anstrengungen zur Überwindung des Leistungshindernisses zu bemessen sind<sup>19</sup>. Auch die sonstige zu § 275 Abs. 2 BGB ergangene Rechtsprechung geht von einer Abwägung aller Umstände im Einzelfall aus<sup>20</sup>. Damit wäre es im vorliegenden Fall jedenfalls nicht ausreichend gewesen, lediglich die für den Abbruch aufzuwendenden € 90.000,- auf Schuldnerseite der durch die Beseitigung für den Gläubiger entstehenden Wertsteigerung in Höhe von € 20.000,- gegenüberzustellen: Der bloße Vergleich monetärer Größen genügt dem Erfordernis der im Rahmen des § 275 Abs. 2 BGB vorzunehmenden Abwägung nicht<sup>21</sup>.

In einer Entscheidung vom 18. 7. 2008 wiederholte der BGH dann die Grundaussagen aus dem referierten Urteil vom 30. 5. 2008<sup>22</sup>. Es gebe einen allgemeinen Rechtssatz, wonach »die Geltendmachung von Ansprüchen auf Beseitigung – unabhängig von ihrer Rechtsgrundlage – unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit begrenzt ist«<sup>23</sup>. In einer Entscheidung vom 23. 10. 2009 stützte sich der BGH erneut auf die bisherige Rechtsprechung<sup>24</sup>; einen Anlass, auf die hieran im Schrifttum geäußerte Kritik<sup>25</sup> ein-

zugehen, sah der Senat nicht<sup>26</sup>. Auch in einem weiteren Urteil vom 21. 5. 2010 bestätigte der BGH lediglich die zuvor ergangene Rechtsprechung<sup>27</sup>.

### III. Mögliche dogmatische Einwände

Vereinzelt wird ganz allgemein für eine Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts auf den dinglichen Beseitigungsanspruch eingetreten<sup>28</sup>. Diese Ansicht dürfte indessen zu weit gehen, da sie die sachenrechtlichen Besonderheiten nicht immer hinreichend zu berücksichtigen vermag<sup>29</sup>. Anders liegen die Dinge bei § 275 Abs. 2 BGB: Diese Norm ist ebenso wie § 251 Abs. 2 BGB eine Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsgedankens, der wiederum im gesamten BGB Geltung beanspruchen kann.

Diese dogmatische Einordnung ergibt sich bereits aus der amtlichen Überschrift zu § 275 BGB, die »Ausschluss der Leistungspflicht« lautet und nicht etwa »Unmöglichkeit«<sup>30</sup>. Die Norm umklammert verschiedene Gegenrechte des Schuldners gegen seine Inanspruchnahme, die unterschiedliche Rechtfertigungen haben: § 275 Abs. 1 BGB beruht auf der römisch-rechtlichen Parömie *impossibilium nulla est obligatio*<sup>31</sup> und bringt zum Ausdruck, dass niemand zu einer objektiv oder subjektiv unmöglichen Leistung verpflichtet werden kann. Im Unterschied dazu betrifft § 275 Abs. 2 BGB den Fall, dass die Leistung – wenn auch mit erheblichem Aufwand – möglich ist, es aber aus Sicht der Rechtsordnung missbräuchlich wäre, wenn der Gläubiger den Schuldner unter diesen Umständen zur Leistung zwingen könnte<sup>32</sup>. Dem Schuldner soll in den

<sup>17</sup> Dazu bereits oben Text bei Fn. 3.

<sup>18</sup> Genauso BGH NJW 2008, 3123, 3124f. sowie BGH NZM 2010, 174, 175; dem zustimmend etwa Palandt/Bassenge, BGB, 74. Aufl. 2015, § 1004 Rn. 47; Jauernig/Berger, BGB, 15. Aufl. 2014, § 1004 Rn. 6; NomosKommentar-BGB/Keukenschrijver, 3. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 90. Dafür bereits zuvor u. a. Canaris, JZ 2004, 214, 224 Fn. 109.

<sup>19</sup> Eine ausführliche Abwägung findet sich etwa in der Entscheidung OLGR Stuttgart 2009, 802 (unter II. 3.); siehe auch die Entscheidung OLG Brandenburg, 21. 10. 2010, 5 U 103/09 (juris) (unter II. 3. c).

<sup>20</sup> Vgl. etwa BGHZ 163, 234, 245ff.

<sup>21</sup> Näher dazu M. Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 176ff.

<sup>22</sup> BGH NJW 2008, 3123. Ebenso auch OLG Hamm, 18. 12. 2008, 5 U 104/08 (juris); OLGR Stuttgart 2009, 802 (unter II. 3.); OLG Brandenburg, 21. 10. 2010, 5 U 103/09 (juris).

<sup>23</sup> BGH NJW 2008, 3123, 3124.

<sup>24</sup> BGH NZM 2010, 174, 175. Kritisch dazu Katzenstein, JZ 2010, 633, 634ff.

<sup>25</sup> Vgl. Gsell, LMK 2008, 266937; Kolbe, NJW 2008, 3618; Korth, ZJS 2008, 647. Bereits zuvor war es insb. Picker, der für eine streng

eigentumsbezogene Auslegung des negatorischen Anspruchs plädiert hatte. Siehe Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 162f.; ders., AcP 176 (1976), 28, 53ff.; ders., in: FS Lange (Fn. 5), S. 625, 660ff. sowie ders., in: FS Bydlinksi, 2002, S. 269. Dazu näher sogleich unten III.

<sup>26</sup> So ausdrücklich BGH NZM 2010, 174, 175.

<sup>27</sup> NJW 2010, 2341. Ebenso für den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch BayVGH NJOZ 2013, 227, 228.

<sup>28</sup> So Bezzemberger, JZ 2005, 373, 375ff.

<sup>29</sup> In diesem Sinne wohl auch Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 12 Rn. 21.

<sup>30</sup> Unzutreffend daher BGH NJW 2009, 1660, 1662. Wie hier auch Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 277ff. mit ökonomischer Begründung.

<sup>31</sup> Cels. D. 50, 17, 185.

<sup>32</sup> Ebenso U. Huber, in: FS Schlechtriem, 2003, S. 521, 558; ähnlich im Ansatz Unberath (Fn. 30), S. 275ff. Genauso zum alten Recht bereits U. Huber, Leistungsstörungen I, 1999, § 4 III 4 (S. 119f.). Dies ist indessen nicht ganz unumstritten. Teilweise wird der Tatbestand der

Fällen des § 275 Abs. 2 BGB gerade die Erbringung der Leistung mit überobligationsmäßiger Anstrengung ermöglicht werden. Vorzugswürdig ist daher eine dogmatische Einordnung der Norm als Ausprägung des Rechtsmissbrauchsgedankens<sup>33</sup>. Dennoch wird in der Literatur grundsätzliche Kritik gegen die Judikatur des BGH vorgetragen<sup>34</sup>.

## 1. Parallele Schutzrichtung von § 985 BGB und § 1004 BGB

§ 1004 BGB dient wie § 985 BGB dem Schutz des Eigentums. Der Anspruch ist ein Auffangtatbestand für all diejenigen Störungen des Eigentums, die nicht in seinem Entzug liegen. Jeder dem Inhalt des Eigentums widersprechende Zustand, der keine vollständige Entziehung des Eigentums bedeutet, ist eine Eigentumsbeeinträchtigung<sup>35</sup>. An dieser Parallele setzt die Kritik an: Nachdem § 275 BGB nicht auf die Vindikation anwendbar sei, sondern mit dem Besitzverlust auch der Anspruch aus § 985 BGB automatisch entfalle, und der Anspruch aus § 1004 BGB eine reine Ergänzung zu § 985 BGB sei, bedeutete es einen Wertungswiderspruch, § 275 BGB auf den Beseitigungsanspruch anzuwenden<sup>36</sup>.

Diese Parallelität zu Ende gedacht, müsste der Beseitigungsanspruch dann entfallen, wenn die Störereigenschaft nicht mehr besteht. Eine Dereliktion des Grundstücks etwa, von dem die abzuwehrende Störung ausgeht, würde die Störereigenschaft beseitigen und den Beseitigungsanspruch entfallen lassen. Diese Konsequenz ziehen

---

Leistungserschwerung als bloßer Unterfall der Unmöglichkeit angesehen. Siehe die Nachweise bei *M. Stürner* (Fn. 21), S. 185 ff.

**33** So auch etliche Stimmen im Schrifttum, vgl. etwa *Greiner*, *Ideelle Unzumutbarkeit*, 2004, S. 367 f.; *Fehre*, *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung*, 2005, S. 81; *Kolbe*, *NJW* 2008, 3618, 3619; i.E. auch *MüKo-BGB/Ernst*, 6. Aufl. 2012, § 275 Rn. 70 f.; ebenso im Grundsatz wohl *NK-BGB/Dauner-Lieb*, 2. Aufl. 2012, § 275 Rn. 39.

**34** Zusammenfassend *Korth*, *ZJS* 2008, 647; *Katzenstein*, *JZ* 2010, 633.

**35** Vgl. aus jüngerer Zeit *BGH NJW* 2007, 432, 433; *BGH NJW* 2005, 1366, 1367.

**36** *Korth*, *ZJS* 2008, 647, 654. Gleichwohl wird § 275 Abs. 1 BGB jedoch verbreitet auf den Beseitigungsanspruch angewendet, vgl. *OLG Hamm*, 18. 12. 2008, 5 U 104/08 (juris) (unter III. 3.). Beachte aber das nachfolgende Urteil des BGH *NJW* 2010, 2341 (dieser Punkt war allerdings nicht revisionserheblich). Auch nach *Soergel/Münch* (Fn. 5), § 1004 Rn. 311 ist der Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB im Falle »evidenter« physischer Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen (dies sei aber »dogmatisch unsauber«). Im Ergebnis ist anerkannt, dass – unabhängig von der Anwendbarkeit des § 275 Abs. 1 BGB – ein Anspruch auf Beseitigung dann nicht bestehen kann, wenn diese unmöglich ist, vgl. *NK-BGB/Keukenschrijver* (Fn. 18), § 1004 Rn. 85; *BeckOK-BGB/Fritzsche*, 32. Ed. (Stand 1. 8. 2014), § 1004 Rn. 70.

in der Tat die Vertreter der sog. Usurpationstheorie, die auf *Picker* zurückgeht<sup>37</sup>. Danach ist der Beseitigungsanspruch nur auf den Rückzug des Störers aus dem fremden Rechtskreis gerichtet. Dadurch gelingt eine trennscharfe Abgrenzung des negatorischen Beseitigungsanspruchs vom verschuldensabhängigen Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB<sup>38</sup>. Gleichwohl überzeugt diese sehr enge Ansicht nicht. Das Eigentumsrecht ist nur unzureichend geschützt, wenn man den bloßen Rückzug des Störers genügen ließe<sup>39</sup>. Mindestens gehört zum negatorischen Anspruch auch der *actus contrarius*, d. h. die Beendigung der störenden Tätigkeit sowie die Beseitigung der Störung<sup>40</sup>. Die Rechtsprechung geht sogar noch einen Schritt weiter, wenn sie dem Eigentümer einen (verschuldensunabhängigen!) Anspruch auf Wiederherstellung eines Zustandes zugesteht, in dem die Sache wie vor der Störung benutzbar ist<sup>41</sup>.

Bei dieser Sichtweise erscheint es nicht zwingend, dass der Vindikationsanspruch und der negatorische Beseitigungsanspruch in jeder Hinsicht parallel laufen: Wird der Besitz vom Vindikationsgegner aufgegeben, so entfällt zwar in der Tat der Anspruch auf Herausgabe der Sache. In diesem Fall kann der Eigentümer jedoch die Sache wieder an sich nehmen und die Störung auf diese Weise beseitigen. Anders beim Anspruch aus § 1004 BGB: Hier ist die Dereliktion der Sache, von der die Störung ausgeht, nicht geeignet, die Störung des Eigentums zu beseitigen. Überdies hat der Gesetzgeber für die Vindikation mit den §§ 987 ff. BGB Spezialvorschriften geschaffen, die einen Rückgriff auf allgemeine Regelungen weitgehend entbehrlich werden lassen. Bei § 1004 BGB fehlen solche Normen hingegen. Der Beseitigungsanspruch ist als Komplementär- und Auffangvorschrift konzipiert für alle diejenigen Beeinträchtigungen des Eigentums, die nicht in dessen Entziehung bestehen. Die Anwendbarkeit des § 275 Abs. 2 BGB auf den Beseitigungsanspruch ist also selbst dann nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn man der Ansicht ist, dass die Norm bei der Vindikation nicht greift.

Ob letzteres tatsächlich zutrifft, ob also der Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB wegen § 275 Abs. 2 BGB

---

**37** *Picker*, *Beseitigungsanspruch* (Fn. 25), S. 147, 157 und öfter (s. die Nachweise oben Fn. 25); *Wilhelm*, *Sachenrecht*, 4. Aufl. 2010, Rn. 1379 ff.; s. auch *Gursky*, *JZ* 1996, 683, 684 f.; *Lobinger*, *JuS* 1997, 981; zusammenfassend *Gursky*, in: *FS Olaf Werner*, 2009, S. 444, 445 ff. mit umfangreichen Nachweisen sowie *Katzenstein*, *AcP* 211 (2011), 58, 74 ff. und *Gsell*, *ZJS* 2014, 423.

**38** Dazu sogleich unten 3.

**39** *BGH NJW* 2007, 2182.

**40** Dazu grundlegend *Baur*, *AcP* 160 (1961), 465, 487 ff.

**41** S. dazu aus neuerer Zeit *BGH NJW* 2005, 1366, 1367 m. w. N.; *BGH NJW* 2007, 2182.



ausgeschlossen sein kann, muss daher an dieser Stelle nicht abschließend geklärt werden. Keinesfalls kann dies jedoch mit dem Hinweis darauf verneint werden, dass ein Ausschluss des Anspruchs bereits dann gegeben sei, wenn der Anspruchsgegner den Besitz verliere, sodass § 275 BGB keine Rolle spielen könne<sup>42</sup>. Richtigerweise ist zwischen dem Unmöglichkeitstatbestand des § 275 Abs. 1 BGB und der Einrede der übermäßigen Leistungerschwerung aus § 275 Abs. 2 BGB zu differenzieren. Erstere Vorschrift hat in Bezug auf § 985 BGB in der Tat keine Bedeutung, da das Tatbestandsmerkmal des Besitzes von vornherein dann nicht gegeben ist, wenn der Herausgabeanspruch unmöglich wäre<sup>43</sup>; letztere wiederum ist wie gesehen eine Ausprägung des Rechtsmissbrauchsverbots und hat als solche einen generellen Geltungsanspruch.

## 2. Systematik

Weiter wird angeführt, § 275 Abs. 2 BGB sei seiner Stellung im allgemeinen Schuldrecht nach nur auf schuldrechtliche Ansprüche anwendbar. Selbst wenn man die Norm auch außerhalb des Schuldrechts anwenden wollte, so greife die Einrede nur bei Leistungsansprüchen. § 1004 BGB sei aber kein Leistungsanspruch, da er nicht auf Vermögensaufstockung gerichtet sei, sondern ausschließlich auf Beseitigung<sup>44</sup>.

Dieses Argument hängt unmittelbar mit dem zuvor angeführten zusammen. Sieht man den Beseitigungsanspruch ausschließlich darauf gerichtet, die Rechtsusurpation zu beenden, sich also aus dem Rechtskreis des Eigentümers zurückzuziehen, dann erscheint es konsequent, § 1004 BGB nicht als Leistungsanspruch zu sehen. Allerdings beruht dieser Zusammenhang auf einem sehr engen Leistungsverständnis. Das BGB kennt keinen einheitlichen Leistungsbegriff<sup>45</sup>. Es gibt Leistungen, die für den Gläubiger keinen Vermögenswert haben, also nicht zu einer Vermögensaufstockung führen. Entscheidend ist für das Vorliegen einer Leistung, dass der Begünstigte durch die (Leistungs-)Handlung irgendeinen Vorteil erlangt; dieser muss nicht notwendig in einer Vermögensverschiebung hin zum Anspruchsinhaber bestehen. Mit

Leistung kann die Leistungshandlung wie ebenso auch der Leistungserfolg gemeint sein. Die Beseitigung einer Eigentumsbeeinträchtigung gem. § 1004 BGB kann demnach als Leistung des Störers angesehen werden<sup>46</sup>, sodass der Anwendbarkeit des § 275 Abs. 2 BGB auch dieser Umstand nicht entgegen gehalten werden kann.

Ein Vorrang bzw. eine Sperrwirkung von § 912 BGB, die einen Rückgriff auf § 275 Abs. 2 BGB ausschließen würde, besteht nach der Rechtsprechung des BGH nicht. Beide Normen betreffen unterschiedliche Regelungsgegenstände: Während § 912 BGB die Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs betrifft, und auch hier nur für den Spezialfall des Überbaus eine Duldungspflicht statuiert, regelt § 275 Abs. 2 BGB die Rechtsfolgen für die Leistungspflicht<sup>47</sup>.

Schließlich zeigt die Regelung des § 906 Abs. 2 BGB, dass der Eigentumsschutz nicht grenzenlos besteht, sondern dass der Eigentümer auch wesentliche Beeinträchtigungen zu dulden hat, die nicht durch zumutbare Maßnahmen verhindert werden können. Die wirtschaftlichen Interessen des Störers können im Rahmen dieses Tatbestandes durchaus gegen das Eigentumsrecht in Stellung gebracht werden. Eine vergleichbare Interessenlage ergibt sich in Bezug auf die Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB auf den allgemeinen Beseitigungsanspruch<sup>48</sup>.

## 3. Funktionale Unterschiede zwischen Schadensersatz- und Beseitigungsanspruch

Der BGH hat im Grundsatzurteil vom 30. 5. 2008<sup>49</sup> die Anwendung von § 275 Abs. 2 BGB ausdrücklich als Fortführung der früheren Judikatur verstanden wissen wollen, die eine Grenze des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 BGB insbesondere aus dem Rechtsgedanken des § 251 Abs. 2 BGB abgeleitet hat. Zur Abstützung berief sich der BGH auf ein bereits in der Entscheidung vom 21. 12. 1973<sup>50</sup> angeführtes Wertungsargument, dass nämlich der verschuldensunabhängige Beseitigungsanspruch nicht wei-

<sup>42</sup> Zusammenfassend und mit Nachweisen *Korth*, ZJS 2008, 647, 654.

<sup>43</sup> Für Anwendung des § 275 Abs. 1 auf § 985 BGB allerdings NK-BGB/*Schanbacher* (Fn. 18), § 985 Rn. 47; ähnlich wohl auch OLG Stuttgart MDR 2010, 261 (wenn auch ohne Trennung zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Herausgabeanspruch).

<sup>44</sup> *Korth*, ZJS 2008, 647, 653f.

<sup>45</sup> Vgl. etwa *Jauernig/Mansel* (Fn. 18), § 241 Rn. 7.

<sup>46</sup> *Bezenberger*, JZ 2005, 275, 276; vgl. auch *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, Rn. 436.

<sup>47</sup> So BGH NJW 2008, 3123, 3125. Aus Sicht des Eigentümers kommt freilich auch die Duldungspflicht einer Einschränkung des Beseitigungsanspruchs gleich, sodass die Duldungspflicht aus dieser Perspektive im Ergebnis ebenfalls auf die Rechtsfolgen des Beseitigungsanspruchs gerichtet ist.

<sup>48</sup> S. auch *Habersack*, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 7. Aufl. 2012, Rn. 133.

<sup>49</sup> NJW 2008, 3122; dazu oben II. 2.

<sup>50</sup> WM 1974, 572; dazu oben II. 1.

ter gehen könne als der auf Verschulden beruhende Schadensersatzanspruch<sup>51</sup>. Dieses Argument findet sich bereits in einem Beitrag aus dem Jahr 1904 bei *von Tuhr*<sup>52</sup>. Dort zieht *von Tuhr* die Parallele zwischen dem negatorischen Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB, dem vertraglichen Beseitigungsanspruch und dem auf Naturalrestitution gerichteten, deliktischen Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 BGB. Während die letzteren beiden wenigstens im Grundsatz über § 251 BGB, über § 633 BGB, wenigstens aber über § 242 BGB im Falle des unverhältnismäßigen Leistungsaufwandes eine Begrenzung hätten, fehle eine solche Regelung beim Anspruch aus § 1004 BGB. *Von Tuhr* zieht folgende Schlussfolgerung<sup>53</sup>:

»Bei dieser Lage des Gesetzes wird man sich der Einsicht nicht verschließen können, daß die mildernden Bestimmungen der § 251 und 633 nicht als Rechtsfolge des Verschuldens resp. als Charakteristikum des Werkvertrages aufzufassen sind, sondern als notwendiges moderamen der Herstellungspflicht, welches überall anzuwenden ist, wo die Herstellung erzwungen werden kann, insbesondere aber da, wo die Verpflichtung des Beklagten sich in der Herstellung erschöpft: bei den dinglichen Klagen.«

In dieser Passage steckt der Kern der Begründung der referierten Rechtsprechung des BGH. Sieht man mit der Regierungsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz § 275 Abs. 2 BGB als diejenige Vorschrift, die den bereits in den §§ 251 Abs. 2, 633 Abs. 2, 651 c Abs. 2 S. 2 BGB a.F. verkörperten Rechtsgedanken positiviert<sup>54</sup>, so scheint es folgerichtig, die überkommene Begründung auch für das neue Recht heranzuziehen.

Daran wird freilich kritisiert, die Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB auf § 1004 BGB sei geeignet, die strikte Trennung zwischen dem verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch aus §§ 823, 249 BGB und dem negatorischen Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB zu verwischen. Wenn § 251 Abs. 2 BGB für den Schadensersatzanspruch als Grenze des in § 249 Abs. 1 BGB postulierten Grundsatzes der Naturalrestitution fungiere, weil er dem Schuldner das Recht gebe, den Gläubiger stattdessen in Geld zu entschädigen, so treffe dies auf § 275 Abs. 2 BGB gerade nicht zu: Daraus folge ein Leistungs-

verweigerungsrecht und nicht lediglich eine Ersetzungsbefugnis<sup>55</sup>.

Auch diese Kritik beruht wiederum auf einem Verständnis des § 1004 BGB als reine Abwehr einer Rechtsurruption. Danach ist jegliches Verschulden, wie es bei § 275 Abs. 2 BGB im Rahmen der Abwägung eine Rolle spielt, ein Fremdkörper im rein objektiven Beseitigungsanspruch. Daran ist richtig, dass die Konzeption der Rechtsprechung, die zunehmend auch Sekundärfolgen der Eigentumsbeeinträchtigung vom negatorischen Beseitigungsanspruch umfasst ansieht, den verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch wegen Eigentumsverletzung entgegen der gesetzgeberischen Systematik zu verdrängen geeignet ist<sup>56</sup>. Dies spricht jedoch nicht grundsätzlich gegen eine Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB. Bei dieser Norm geht es um eine Abwägung der Interessen beider Parteien; das Verschulden in Bezug auf das »Leistungshindernis« wird von § 275 Abs. 2 S. 2 BGB lediglich als einer von mehreren Abwägungsgesichtspunkten angesehen. Auch wird man sich kaum einer Berücksichtigung des Gedankens des Mitverschuldens (§ 254 BGB) verschließen können, wenn der Eigentümer die Störung etwa durch unterlassene Abwehr zumindest mitverantwortet hat<sup>57</sup>.

Was die funktionale Parallele zwischen § 251 Abs. 2 BGB für den Umfang des Schadensersatzanspruchs und § 275 Abs. 2 BGB für den Leistungsanspruch angeht, so trägt diese durchaus: Wenn § 251 Abs. 2 BGB die Naturalrestitution ausschließt und dem Schuldner stattdessen die Möglichkeit gibt, den Gläubiger in Geld zu entschädigen, so bildet § 275 Abs. 2 BGB eine Grenze für den Primäranspruch, postuliert aber über § 275 Abs. 4 BGB einen – nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB allerdings verschuldensabhängigen – Schadensersatzanspruch.

#### 4. Grenze des Beseitigungsanspruchs nur bei Unzumutbarkeit?

Bemerkenswert ist schließlich, dass auch die Gegner der Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB auf § 1004 BGB eine Einschränkung »in ganz außergewöhnlichen Fällen« für denkbar halten<sup>58</sup>. Als Rechtsgrundlage hierfür wird teil-

51 WM 1974, 572, 573: »Freilich kann der auf lediglich objektiver Rechtswidrigkeit beruhende Beseitigungsanspruch (actio quasi negatoria) nicht weiter gehen als der auf vorwerfbarer Verletzung des Schutzgesetzes beruhende Schadensersatzanspruch.«

52 Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 46 (1904), 39, 54ff.

53 Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 46 (1904), 39, 56f.

54 BT-Drs. 14/6040, S. 130.

55 Korth, ZJS 2008, 647, 654ff.

56 Kritisch auch etwa *Baur/Stürner* (Fn. 29), § 12 Rn. 20.

57 BGH NJW 2006, 3628, 3630 m. w. N.; BGHZ 135, 235, 239ff. (kritisch dazu etwa *H. Roth*, JZ 1998, 94).

58 *Picker*, AcP 176 (1976), 28, 63ff.; *ders.*, in: FS Lange (Fn. 5), S. 625, 693; ebenso *Staudinger/Gursky* (2013), § 1004 Rn. 156; *Soergel/Münch* (Fn. 5), § 1004 Rn. 312; *Korth*, ZJS 2008, 647, 658. Auch hierzu ablehnend jedoch *MüKo-BGB/Baldus*, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 243.

weise § 242 BGB genannt<sup>59</sup>. Die Schwelle für das Eingreifen des Rechtsmissbrauchsverbots soll unterhalb des Schikaneverbots aus § 226 BGB liegen<sup>60</sup>. Die Legitimation für die darin liegende Beschränkung der Eigentümerrechte liegt offenbar darin, dass durch die Beseitigungspflicht des Störers ihrerseits eine Beeinträchtigung des Eigentumsrechts des Störers erfolgen würde<sup>61</sup>. In diesem Falle steht Eigentum gegen Eigentum. Ist diese Kollision aus Sicht des Störers nicht hinzunehmen (hierbei bleibt unklar, um welche Fälle es sich handeln soll), so müsse der Beseitigungsanspruch zurücktreten; an seine Stelle trete eine Kompensationspflicht des Störers analog §§ 912ff., 917 BGB<sup>62</sup>.

Wenn damit der Sache nach nicht anders als nach § 275 Abs. 2 BGB eine Einschränkung der Eigentümerrechte bei Vorliegen des Rechtsmissbrauchs befürwortet wird, so liegt dem wohl die Einschätzung zugrunde, dass § 275 Abs. 2 BGB bereits unterhalb der Schwelle des Rechtsmissbrauchs greife und daher anders als § 242 BGB geeignet sei, den Eigentumsschutz zu verwässern<sup>63</sup>. Diese Sorge ist allerdings unbegründet. Denn zum einen handelt es sich bei § 275 Abs. 2 BGB wie gesehen um eine Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots, so dass die Norm systematisch eher bei § 242 BGB anzusiedeln ist als beim Unmöglichkeitstatbestand des § 275 Abs. 1 BGB. Dies rechtfertigt seine Heranziehung auch auf den negatorischen Beseitigungsanspruch. Zum anderen zeigt das Erfordernis eines groben Missverhältnisses in § 275 Abs. 2 BGB, dass die Anwendung der Norm auf wenige Ausnahmefälle beschränkt sein soll. Die Rechtfertigung für diese hohe Eingriffsschwelle ergibt sich bei rechtsgeschäftlichen Leistungspflichten aus dem Grundsatz der Vertragsbindung (§ 241 Abs. 1 BGB). Im Falle des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 BGB ist es der überragende Stellenwert des Eigentums, der eine Durchsetzung der Eigentümerrechte bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs erlaubt – aber eben nicht darüber.

<sup>59</sup> Soergel/*Münch* (Fn. 5), § 1004 Rn. 312 (Rechtsmissbrauchsverbot); PWW/*Englert*, BGB, 9. Aufl. 2014, § 1004 Rn. 6 (§§ 251 Abs. 2, 242 BGB).

<sup>60</sup> So *Korth*, ZJS 2008, 647, 658; anders wohl Soergel/*Münch* (Fn. 5), § 1004 Rn. 312, der die Eingriffsschwelle gleich hoch sieht.

<sup>61</sup> Dieser Konflikt kann im Falle eines Überbaus entstehen; nach der Rechtsprechung des BGH bildet der hinübergebaute Gebäudeteil in Abweichung von der Regel des § 94 Abs. 1 S. 1 BGB nach § 93 BGB einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks, von dem aus der Überbau erfolgt ist, vgl. BGH NJW 2002, 54; BGHZ 102, 311, 314.

<sup>62</sup> *Picker*, AcP 176 (1976), 28, 66ff.; *ders.*, FS Lange (Fn. 5), S. 625, 695f.; Staudinger/*Gursky* (2013), § 1004 Rn. 156; dem folgend *Korth*, ZJS 2008, 647, 658.

<sup>63</sup> So wohl Soergel/*Münch* (Fn. 5), § 1004 Rn. 312.

Wenn der Rechtsmissbrauchstatbestand dann als erfüllt angesehen wird, wenn die Beseitigungspflicht des Störers in eine »nicht hinnehmbare Inanspruchnahme [seines] Eigentumsrechts«<sup>64</sup> führen würde, so steht dahinter eine Kollision zweier Rechtsgüter, nämlich der jeweiligen Eigentumspositionen von Anspruchsinhaber und Störer. Solche Rechtsgüterkollisionen können mangels gesetzlicher Konfliktregelung nur durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgelöst werden<sup>65</sup>. Nichts anderes ist aber die Abwägung, die in § 275 Abs. 2 BGB vorzunehmen ist<sup>66</sup>.

## IV. Ausgleichspflicht für Rechtsverlust

Die eigentlich entscheidende Frage ist daher – jenseits aller dogmatischer Bedenken der Vertreter der Usurpationstheorie – eine andere: Inwieweit erhält der Eigentümer, dessen Beseitigungsanspruch nach Erhebung der Einrede aus § 275 Abs. 2 BGB gesperrt ist, eine Entschädigung für den hierdurch verursachten Rechtsverlust? Würde man ihm eine solche Entschädigung verweigern, so hätte er den Rechtsverlust dauerhaft zu dulden; man könnte von einer faktischen Enteignung sprechen<sup>67</sup>. Dass der zur Duldung verpflichtete Eigentümer eine Entschädigung für seinen Rechtsverlust erhalten muss, erscheint auch angesichts der Wertung der §§ 906 Abs. 2 S. 2, 912 Abs. 2, 917 Abs. 2 BGB nicht zweifelhaft<sup>68</sup>. Streiten kann man allein über die dogmatische Herleitung der Entschädigungspflicht.

In der Literatur werden verschiedene Möglichkeiten diskutiert, die Interessen des Eigentümers angemessen zu berücksichtigen. *Gursky* stützt den Ausgleichsanspruch auf eine Gesamtanalogie zu den genannten Normen des Nachbarrechts<sup>69</sup>. *Medicus* hat vorgeschlagen, über das in § 275 Abs. 2 BGB genannte Gebot von Treu und Glauben zu einem Aufopferungsanspruch zu kommen<sup>70</sup>. Für *Canaris*

<sup>64</sup> So *Korth*, ZJS 2008, 647, 658.

<sup>65</sup> Näher *M. Stürner* (Fn. 21), S. 330ff.

<sup>66</sup> Dazu *M. Stürner* (Fn. 21), S. 336.

<sup>67</sup> *Gsell*, LMK 2008, 266937.

<sup>68</sup> So im Ergebnis auch *Kolbe*, NJW 2008, 3618, 3620.

<sup>69</sup> Staudinger/*Gursky* (2013), § 1004 Rn. 156; ebenso *Gsell*, LMK 2008, 266937; PWW/*Englert* (Fn. 59), § 1004 Rn. 6. Zu den Grenzen der Analogiefähigkeit des Ausgleichsanspruchs nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB BGH NJW 2010, 3158.

<sup>70</sup> MüKo-BGB/*Medicus*, 4. Aufl. 2004, § 1004 Rn. 80.

folgt die Entschädigungspflicht aus einer analogen Anwendung des § 251 Abs. 1 BGB<sup>71</sup>.

Hält man – wie hier vertreten – die Einrede des § 275 Abs. 2 BGB auf den Beseitigungsanspruch für anwendbar, dann liegt es nahe, auch die Entschädigungspflicht dort zu verorten. Die Erhebung der Einrede des § 275 Abs. 2 BGB enthebt den Schuldner nicht vollständig von seiner Leistungspflicht. Sie befreit ihn lediglich von der Primärleistungspflicht. Diese entfällt; der Schuldner hat jedoch nach §§ 275 Abs. 4, 280 ff. BGB Schadensersatz zu leisten. Dieser systematisch konsequente Weg setzt jedoch ein Verschulden voraus. Das wiederum widerspricht der Rechtsnatur

des Entschädigungsanspruchs bei Eigentumsverlust<sup>72</sup>. Nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird das Verschulden zwar vermutet. Der Störer könnte diese Vermutung jedoch widerlegen und seine Entschädigungspflicht so umgehen<sup>73</sup>. Die bloße Möglichkeit der Entlastung widerspricht dem Eigentümerschutz. Angezeigt ist daher eine teleologische Reduktion des Verschuldenserfordernisses. Hierfür streitet die Wertung der bereits genannten §§ 906 Abs. 2 S. 2, 912 Abs. 2, 917 Abs. 2 BGB<sup>74</sup>. Im Ergebnis besteht damit eine verschuldensunabhängige Ausgleichspflicht des Störers. Diese ist nicht zu verwechseln mit einem möglichen (und weitergehenden) Schadensersatzanspruch aus Delikt, der nur bei Verschulden des Schädigers gegeben ist.

---

<sup>71</sup> *Canaris*, JZ 2004, 214, 224 Fn. 109 im Anschluss an die bereits zuvor in *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 86 VI 2a eingenommene Position. Ähnlich auch die Ansicht, nach der sich der Störer durch eine Ausgleichszahlung in Geld analog §§ 251 Abs. 2, 242 BGB von der Beseitigungspflicht aus § 1004 Abs. 1 BGB befreien könne, vgl. *Erman/Ebbing*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 1004 Rn. 100 m.N.

---

<sup>72</sup> *Korth*, ZJS 2008, 647, 656 f.; *Gsell*, LMK 2008, 266937.

<sup>73</sup> Ablehnend daher *BeckOK-BGB/Fritzsche* (Fn. 36), § 1004 Rn. 72, der allenfalls eine Analogie zu § 906 Abs. 2 S. 2 BGB in Betracht zieht.

<sup>74</sup> Zustimmend *NK-BGB/Keukenschrijver* (Fn. 18), § 1004 Rn. 90.