

BGH, Urteil vom 23.03.2023, V ZR 67/22 = [juris](#)byhemmer

1 Kein Anspruch auf Schadensersatz statt der Störungsbeseitigung!

+++ Eigentumsbeeinträchtigung +++ Störungsbeseitigungsanspruch +++ Fristsetzung +++ Schadensersatz statt der Leistung +++ Voraussetzungen der Analogie +++ §§ 280, 281, 1004 BGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt): A und B sind Eigentümer benachbarter Grundstücke. Auf dem Grundstück des B steht unweit der gemeinsamen Grundstücksgrenze eine 150 Jahre alte Pappel.

Die Wurzeln der Pappel sind in das Grundstück des A hineingewachsen und haben dort einen Wurzelaustritt gebildet. Dadurch wurden in der Garageneinfahrt des A Pflastersteine angehoben. A forderte B unter Fristsetzung auf, die Pappel zu fällen bzw. die eingedrungenen Wurzeln zu beseitigen und Vorsorge gegen künftige Beeinträchtigungen, etwa durch den Einbau einer Wurzelsperre, zu treffen. Dies lehnte B ab.

Ein von A eingeholtes Sachverständigengutachten kommt zum Ergebnis, dass bei grenznah gepflanzten Pappeln eine Wurzelsperre eingebaut werden könnte. Die Kosten für die Entfernung der Wurzeln und der Reparatur des Pflasters werden auf 2.000,- € netto (= 2.380,- € brutto) beziffert.

Frage 1: Kann A von B Störungsbeseitigung verlangen?

Frage 2: Kann A von B die Kosten der Störungsbeseitigung auf Gutachterbasis abrechnen?

Frage 3: Kann A von B die Kosten der Störungsbeseitigung verlangen, wenn er diese tatsächlich selbst aus eigennütziger Motivation vorgenommen hat?

A) Sounds

Die Vorschrift des § 281 BGB ist auf die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche des Eigentümers aus § 1004 I BGB weder direkt noch analog anwendbar.

B) Problemaufriss

Im Mittelpunkt des Falles steht die seit Jahren in Literatur und instanzgerichtlicher Rechtsprechung umstrittene Frage, ob die Vorschrift des § 281 BGB auf den dinglichen Anspruch aus § 1004 I BGB auf Störungsbeseitigung analog angewendet werden kann.

Anlässlich dieser Entscheidung wird zunächst in einem ausführlichen Problemaufriss die Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften des 2. Buches (Schuldrecht) im Sachenrecht dargestellt.

Für die Anwendbarkeit der §§ 241 ff. BGB muss zwischen dinglichen Ansprüchen und Ansprüchen aus gesetzlichen Schuldverhältnissen unterschieden werden.¹

I. Schuldrecht-AT ist auf schuldrechtliche Ansprüche im Sachenrecht anwendbar

Gesetzessystematisch beziehen sich die Regelungen des Allgemeinen Schuldrechts zunächst einmal auf die Schuldverhältnisse, die im 2. Buch geregelt sind.

Es gibt jedoch auch im Sachenrecht und den anderen Büchern im BGB eine ganze Reihe **gesetzlicher Schuldverhältnisse**, die nicht aus schuldrechtlichen Tatbeständen resultieren.

So ist beispielsweise das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV) nach §§ 987 ff. BGB (EBV) ein derartiges gesetzliches Schuldverhältnis.

Zu den im Sachenrecht geregelten gesetzlichen Schuldverhältnissen gehören aber auch das Schuldverhältnis zwischen dem Finder und dem Verlierer nach §§ 965 ff. BGB, zwischen dem Eigentümer des herrschenden und dem des dienenden Grundstücks nach § 1020 BGB, zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher nach §§ 1030 ff. BGB (vor allem die §§ 1041 ff. BGB) sowie zwischen dem Eigentümer und dem Pfandgläubiger nach §§ 1215 ff. BGB.

¹ MüKo/Baldus, BGB, 9. Aufl. 2023, Vorbemerkung vor § 985, Rn. 64.

Auf diese gesetzlichen Schuldverhältnisse sind die Bestimmungen des Schuldrecht-AT anwendbar.²

Anmerkung: Im Familienrecht sind die Unterhaltspflicht (etwa nach §§ 1360 f., 1569, 1601 ff. BGB) und die Pflicht zum Zugewinnausgleich (§ 1378 BGB) schuldrechtliche Ansprüche.

Im Erbrecht handelt es sich beim Erbschaftsbesitzerverhältnis (§§ 2018 ff. BGB) um ein dem EBV nachempfundenes gesetzliches Schuldverhältnis. Auch das Vermächtnis begründet ein auf einseitiger Willenserklärung des Erblassers beruhendes gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Bedachten und dem Beschwerten (§§ 2174, 2147 BGB). Gleiches gilt für den Pflichtteilsanspruch (§§ 2303 ff. BGB).

Des Weiteren gibt es gesetzliche Schuldverhältnisse, deren Entstehungsgrund im BGB-AT liegt, so etwa die falsus procurator-Haftung nach § 179 BGB und die Haftung des Anfechtenden nach § 122 BGB.

Auch hier sind die Bestimmungen des 2. Buchs unstreitig anwendbar.

II. Problem: Ist SchuldR-AT auch auf „dingliche Ansprüche“ anwendbar?

Die Frage der Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf dingliche Ansprüche beschäftigt die Rechtswissenschaft und Rechtspraxis bereits seit den Beratungen über den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches.³ Weitgehend unstreitig ist die Erkenntnis, dass der sog. **dingliche Anspruch kein Schuldverhältnis** i.S.d. §§ 241 ff. BGB darstellt.

hemmer-Methode: Unter einem dinglichen Anspruch (z.B. § 985 BGB bzw. § 894 BGB) versteht man einen Anspruch, der aufgrund eines dinglichen Rechts besteht und auf die Herstellung des dem Inhalt des dinglichen Rechts entsprechenden Zustandes gerichtet ist.⁴

Es handelt sich also um einen Anspruch, durch den der Zugriff auf die Sache aus dem dinglichen Recht (z.B. Eigentum) realisiert wird.

Vereinzelt wird für dingliche Ansprüche auf die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts verwiesen.

So haftet ein hypotheckenbelastetes Grundstück gem. § 1146 BGB für die Verzugszinsen.

Außerdem sind die Vorschriften zum Schuldnerverzug auf den dinglichen Anspruch aus § 985 BGB anwendbar, wenn der Besitzer hinsichtlich seines fehlenden Besitzrechts bösgläubig war, **§ 990 II BGB**. § 990 II BGB begründet gegenüber § 989 BGB in zweifacher Hinsicht eine weitergehende Haftung. Der bösgläubige unrechtmäßige Besitzer haftet nach **§§ 990 II, 280 I, II, 286 BGB** zum einen nicht nur für Schäden, die durch Verschlechterung, Untergang oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe entstehen, sondern auch für reine Vermögensschäden oder den Vorenthaltungsschaden. Außerdem begründen **§§ 990 II, 287 S. 2 BGB** für die Schäden i.S.d. § 989 BGB eine verschuldensunabhängige Haftung!

hemmer-Methode: § 990 II BGB bezieht sich aufgrund seiner systematischen Stellung eindeutig nur auf den bösgläubigen Besitzer.

Im Umkehrschluss hierzu gerät also der verklagte, aber gutgläubige unrechtmäßige Besitzer, der trotz Mahnung die Sache nicht nach § 985 BGB herausgibt, **nicht (!)** in Schuldnerverzug. **§ 990 II BGB** lässt sich also als „Freishaltungsnorm“ charakterisieren, die nur ausnahmsweise die Anwendung der Regelungen über den Verzug gestattet.⁵

Fehlt es an einer Verweisung im Gesetz auf die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts, so können die Vorschriften der §§ 241 ff. BGB auf dingliche Ansprüche richtigerweise **nur im Wege einer Analogie** angewendet werden.⁶

Anmerkung: Unter **Analogie** versteht man die Übertragung der für einen Tatbestand im Gesetz vorgesehenen Regel auf einen nicht im Gesetz geregelten Tatbestand. Eine **Analogie** setzt nach gesicherter Rechtsauffassung voraus, dass

➤ für einen bestimmten Sachverhalt keine Rechtsnorm existiert (**Regelungslücke**),

➤ eine andere Norm aber einen vergleichbaren Regelungsgehalt hat (**vergleichbare Interessenlage**) und

➤ das Fehlen einer passenden Norm vom Gesetzgeber schlicht übersehen wurde (**Planwidrigkeit der Regelungslücke**).⁷

Die Interessenlage ist vergleichbar, wenn Sinn und Zweck des gesetzlich geregelten Falles auf den nicht normierten Fall passen.

² MüKo/Ernst, BGB, 9. Aufl. 2022, Einleitung v. § 241 BGB, Rn. 4.

³ MüKo/Ernst, Einleitung v. § 241 BGB, Rn. 5; Croon-Gestefeld, ZfPW 2022, 285 f. m.w.N.

⁴ Das BGB selbst verwendet den Ausdruck „dinglicher Anspruch“ lediglich in § 198 BGB und nennt dafür in § 197 I Nr. 2 BGB „Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten“.

⁵ Gebauer/Huber, ZGS 2005, 103 (105).

⁶ MüKo/Baldus, Vorbemerkung vor § 985, Rn. 64.

⁷ Vgl. BGHZ 105, 140 (143) BGH, NJW 2003, 1932, (1933); BGH, NJW 2003, 2601 (2603) = jurisbyhemmer.

Hier ist für Sie in der Klausur der Einstieg in die Argumentation.

Die Planwidrigkeit einer Regelungslücke lässt sich oftmals nur durch einen Blick in die Begründung des Gesetzes feststellen. Da es aus der Sicht des Betroffenen nicht vom Zufall abhängen darf, ob eine einschlägige Norm vorhanden ist oder nicht, müssen Sie sich fragen, ob es vom Gesetzgeber widersprüchlich war, diesen Fall nicht geregelt zu haben. Ist diese Frage zu bejahen, müssen Sie die Planwidrigkeit der Regelungslücke bejahen.

Zwar weisen dingliche und schuldrechtliche Ansprüche ihrem Rechtscharakter nach Unterschiede auf. So hat der dingliche Anspruch im Gegensatz zum schuldrechtlichen seinen Grund nicht in einer Beziehung des Berechtigten zu einem bestimmten Verpflichteten, sondern in einem Recht unmittelbarer Herrschaft über eine Sache. Er ist mit dem dinglichen Recht insofern untrennbar verbunden, als er die Verwirklichung des diesem Recht entsprechenden Zustandes gegenüber demjenigen ermöglicht, der den gegenteiligen Zustand aufrechterhält.

hemmer-Methode: Ein dinglicher Anspruch ist aus diesem Grund auch nicht selbständig übertragbar.⁸

Diese Besonderheit des dinglichen Anspruchs schließt aber die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Regelungen auf dingliche Ansprüche nicht generell aus. Der historische Gesetzgeber ging davon aus, dass die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts auch für dingliche Ansprüche gelten, wenn diese einen obligationsähnlichen Charakter aufweisen, weil sie sich gegen eine bestimmte Person richten und von dieser eine Leistung verlangen.⁹ Von der Aufnahme einer Bestimmung über die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts wurde jedoch mit der Begründung abgesehen, dass es sich „mehr um eine der weiteren Prüfung und Begrenzung durch die Wissenschaft zu überlassende Rechtswahrheit als um einen positiven Rechtssatz“ handle.¹⁰

Es ist daher für jeden dinglichen Anspruch gesondert zu prüfen, ob die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts auf ihn angewendet werden können. Eine Anwendung kommt nur dann in Betracht, wenn nicht die besondere Natur des dinglichen Anspruchs oder besondere sachenrechtliche Vorschriften eine abweichende Behandlung erfordern.

⁸ BGH, NJW, 1973, 703 ff. = jurisbyhemmer.

⁹ Vgl. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich („Motive“), Band II S. 4 und Band III S. 398.

¹⁰ Vgl. Motive III S. 399.

Nach diesem Maßstab haben der BGH und die h.L. die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften aus dem allgemeinen Schuldrecht auf dingliche Ansprüche bejaht.

1. Analoge Anwendung der §§ 293 ff. BGB auf § 985 BGB

Nach h.L. sind die Vorschriften über den Gläubigerverzug nach §§ 293 ff. BGB auf den Anspruch nach § 985 BGB anwendbar.¹¹

Von den Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs passen zwar die §§ 300 II, 301 BGB für die Vindikation nicht. Dagegen sind die übrigen Normen analog anwendbar:

- ⇒ So haftet der Besitzer analog §§ 300 I, 302 BGB nicht für leichte Fahrlässigkeit und für nicht gezogene Nutzungen.
- ⇒ Analog § 303 BGB besteht bei Immobilien ein Recht zur Besitzaufgabe ohne Haftung nach §§ 989 ff. BGB.
- ⇒ Außerdem besteht analog § 304 BGB ein Anspruch auf Ersatz bestimmter Aufwendungen unabhängig von §§ 994 ff. BGB.¹²

2. Analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 BGB auf § 985 BGB

Mit den beiden Urteilen vom 18.03.2016¹³ und 09.11.2017¹⁴ hat der BGH entschieden, dass auf den dinglichen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB die Vorschriften zum Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 I BGB analog anwendbar sind.¹⁵

Anmerkung: Bei Unmöglichkeit der Herausgabe scheidet eine analoge Anwendung von §§ 280 I, III, 283 BGB mangels Regelungslücke aus, da hierfür § 989 BGB eine Regelung enthält. Auch § 285 BGB ist nach absolut h.M.¹⁶ auf den Anspruch aus § 285 BGB nicht anwendbar, wenn dem Besitzer die Herausgabe nach § 985 BGB unmöglich geworden ist, da §§ 989, 990 BGB eine abschließende Regelung bilden.

¹¹ Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Auflage 2023, § 985, Rn. 12. MüKo/Baldus, § 985, Rn. 180.

¹³ BGH, Life&LAW 11/2016, 747 ff. = NJW 2016, 3235 ff. = jurisbyhemmer.

¹⁴ BGH, Life&LAW 05/2018, 303 ff. = NJW 2018, 786 ff. = jurisbyhemmer.

¹⁵ A.A. Kohler, NZM 2014, 729 (738); Gursky, Jura 2004, 433 ff.

¹⁶ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Auflage 2021, Rn. 448; Grüneberg/Herrler, § 985, Rn. 13; Grüneberg/Grüneberg, § 285, Rn. 4.

Die Wertung des EBV, wonach nur der verklagte bzw. bösgläubige Besitzer auf Schadensersatz haften soll und dies auch nur bei verschuldeter Unmöglichkeit, liefe durch die Anwendung des § 285 BGB leer, da § 285 BGB weder Verschulden noch Bösgläubigkeit bzw. Rechtshängigkeit voraussetzt.

a) Begründung des BGH

Beim dinglichen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB besteht für die analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 I BGB ein praktisches Bedürfnis. Der Eigentümer hat wie ein obligatorischer Herausgabegläubiger, insbesondere bei Ungewissheit über die Erfolgsaussichten der Vollstreckung des Herausgabeanspruchs, ein Interesse an der Möglichkeit eines rechtssicheren Übergangs zum Schadensersatz.

Allerdings darf die Anwendung der §§ 280, 281 BGB auf den dinglichen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB nicht dazu führen, dass die verschärften Haftungsvoraussetzungen der §§ 989, 990 BGB mit ihrer Privilegierung des gutgläubigen, unverklagten Besitzers unterlaufen werden. Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Herausgabe analog §§ 280 I, III, 281 BGB kann daher nur im Falle der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs oder der Bösgläubigkeit des Besitzers gewährt werden.¹⁷

Der Eigentümer einer Sache kann daher, wenn der bösgläubige oder verklagte Besitzer seine Herausgabepflicht nach § 985 BGB trotz Fristsetzung nicht erfüllt, nach §§ 280 I, III, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

b) Nach Teilen der Literatur muss Wertung des § 990 II BGB beachtet werden

Teilweise wird in der Lit. die Ansicht vertreten, dass die §§ 280 I, III, 281 BGB analog § 990 II BGB **nur auf den bösgläubigen** Besitzer angewendet werden können.¹⁸

Die Vorschriften des Schuldnerverzugs kommen auf den Anspruch aus § 985 BGB auch nur unter der Voraussetzung des § 990 II BGB, also nur für den bösgläubigen Besitzer, zur Anwendung.

Zwar ist das Vorliegen von Schuldnerverzug keine Tatbestandsvoraussetzung des § 281 BGB. Es ist jedoch kein Fall denkbar, in dem der Tatbestand des § 281 I BGB ohne Schuldnerverzug vorliegt, da die Fristsetzung stets als Minus zugleich eine

Mahnung i.S.d. § 286 I BGB enthält. Wenn das Verzugsrecht nur auf den bösgläubigen Besitzer anwendbar ist, sei es nicht überzeugend, die Haftung aus §§ 280 I, III, 281 BGB auf den verklagten, aber gutgläubigen Besitzer anzuwenden.

c) Stellungnahme

Für den BGH sprechen hingegen die praktischen Erwägungen. Wären die §§ 280 I, III, 281 BGB auf den verklagten Besitzer nicht anwendbar, so könnte der Eigentümer bei einer bloßen Herausgabeverweigerung des zur Herausgabe verurteilten Besitzers mit gleichzeitiger Unauffindbarkeit der Sache für den Gerichtsvollzieher nicht Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Bei fehlgeschlagener Vollstreckung des Herausgabebetitels bliebe ihm nur ein neuer, nunmehr auf die §§ 989, 990 BGB gestützter (Schadensersatz-)Prozess.

Eine Klage mit dem Antrag, den Beklagten unter der Bedingung der Unmöglichkeit oder Unauffindbarkeit der Sache zur Zahlung von Schadensersatz zu verurteilen, wäre – da es sich um eine außerprozessuale Bedingung handelt – wegen der Bedingungsfeindlichkeit von Prozesshandlungen unzulässig.

Die analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 BGB ab Rechtshängigkeit des Anspruchs aus § 985 BGB ermöglicht es dem Eigentümer hingegen, seine Klage auf Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 281 I BGB für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der von dem Gericht zur Erfüllung des Herausgabeanspruchs gesetzten Frist (§ 255 ZPO) unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO bereits zusammen mit der Herausgabeklage zu erheben.

Mit der Klage auf künftige Leistung nach § 259 ZPO kann ein Gläubiger bei Gefährdung seines Anspruchs diesen gerichtlich geltend machen, auch wenn er mangels Eintritts einer aufschiebenden Bedingung noch nicht fällig ist.¹⁹

Der Eigentümer kann daher beantragen,

- den Beklagten zur Herausgabe der Sache zu verurteilen (= Anspruch aus § 985 BGB),
- dem Beklagten eine Frist von z.B. drei Wochen ab Rechtskraft zur Herausgabe der Sache zu setzen (= Fristsetzung analog § 281 I S. 1 BGB),
- und den Beklagten zu verurteilen, nach fruchtlosem Ablauf der Frist Schadensersatz statt der Leistung i.H.v. xy,- € zu zahlen (= Schadensersatz statt der Herausgabe analog § 281 I BGB).

¹⁷ Nach a.A. sind die Vorschriften der §§ 280 I, III, 281 BGB auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB ohne Einschränkungen analog anzuwenden (Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 7, VI. Rn. 36).

¹⁸ Gruber/Lösche, NJW 2007, 2815 (2817 f.).

¹⁹ Die Gefährdung wird nach der Rechtsprechung bereits dann bejaht, wenn ein zur Herausgabe verpflichteter Schuldner die Sache nicht herausgibt und damit den Kläger zur Erhebung einer Klage „nötigt“; vgl. BGH, NJW-RR 2006, 1485 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Klausur-Tipp: Sollte der unrechtmäßige Besitzer tatsächlich bösgläubig sein, können Sie die Kritik am BGH im Hinblick auf die Wertung des § 990 II BGB darstellen. Anschließend können Sie diese von Ihnen diskutierte Frage im Ergebnis mit dem folgenden Hinweis dahinstehen lassen:

„Ob § 281 BGB auch auf den verklagten, aber gutgläubigen Besitzer anzuwenden ist, kann hier im Ergebnis dahinstehen, da B jedenfalls bösgläubig war. Damit kommen die §§ 280 I, III, 281 BGB auf jeden Fall zur Anwendung.“

d) Rechtsfolge

Wenn der Eigentümer Schadensersatz statt der Leistung verlangt, kann der Besitzer seine Verpflichtung aus § 985 BGB nicht mehr durch die Herausgabe der Sache erfüllen, weil der Herausgabeanspruch gem. § 281 IV BGB erloschen ist.

Dies führt aber nicht zum dauerhaften Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz, da der unrechtmäßige Besitzer im Gegenzug analog § 255 BGB die Übereignung verlangen kann.²⁰

Diesen Gegenanspruch analog § 255 BGB kann der unrechtmäßige Besitzer dem Anspruch des Eigentümers auf Schadensersatz statt der Herausgabe über die Einrede des Zurückbehaltungsrechts nach §§ 273, 274 BGB entgegenhalten.

3. Analoge Anwendung der §§ 280 I, II, 286 BGB auf § 894 BGB

Nach h.L.²¹ und Teilen der Rechtsprechung²² ist auf den Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB das Verzugsrecht anwendbar.

Dies gilt wegen der vergleichbaren Interessenlage zu § 985 BGB aber in analoger Anwendung des § 990 II BGB nur dann, wenn der zur Grundbuchberichtigung zustimmungsverpflichtete Schuldner bösgläubig ist.

4. Analoge Anwendung der §§ 280 I, II, 286 BGB auf § 888 I BGB

Nach Ansicht des BGH²³ sind die Vorschriften zum Schuldnerzug (§§ 280, 286 BGB) auch auf den Zustimmungsanspruch nach § 888 I BGB analog anzuwenden.

Ist der vormerkungswidrig Eingetragene mit der Erfüllung des Zustimmungsanspruchs nach § 888 I

BGB in Verzug, so schuldet er nach §§ 280 I, II, 286 BGB und § 288 BGB den Ersatz des Verzögerungsschadens (im konkreten Fall ging es um den Ersatz von Rechtsanwaltskosten).

Der BGH zieht als Vergleich den Anspruch aus § 985 BGB heran, auf welchen über § 990 II BGB das Verzugsrecht ebenfalls anwendbar ist. Zwischen § 888 BGB und § 985 BGB bestehe kein Unterschied, der es rechtfertigen würde, die Vorschriften über die Haftung des Schuldners für den Verzögerungsschaden nur auf die zuletzt genannten Ansprüche, nicht aber auf § 888 I BGB anzuwenden.

Anmerkung: Diese Argumentation des BGH wäre überzeugend, wenn er entsprechend der von ihm auch zitierten Vorschrift des § 990 II BGB die Anwendbarkeit des Verzugsrechts auf den Anspruch aus § 888 I BGB von der Bösgläubigkeit des Schuldners abhängig machen würde.

Dies hat der BGH aber in diesem Urteil nicht gefordert.

Wenn beim Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB eine analoge Anwendung der §§ 280 I, II, 286 BGB in Analogie zu § 990 II BGB nur dann bejaht wird, wenn der Zustimmungsschuldner bösgläubig ist, muss dies beim Hilfsanspruch des § 888 I BGB auch gefordert werden. Die Bösgläubigkeit wird aber aufgrund der vorherigen Einsicht des Grundbuchs regelmäßig zu bejahen sein.

5. Analoge Anwendung der §§ 254, 275 II BGB und §§ 280 I, II, 286 BGB auf § 1004 I BGB

a) Analoge Anwendung des § 275 II BGB

Bzgl. des Anspruchs auf Störungsbeseitigung nach § 1004 I S. 1 BGB – und hier nähern wir uns der Urteilsbesprechung – hat der BGH entschieden, dass bei unverhältnismäßig hohen Kosten für die Störungsbeseitigung dem Schuldner die Einrede des § 275 II BGB zusteht.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH vor der Schuldrechtsreform ergab sich eine derartige Einrede aus § 251 II S. 1 BGB, worin der Grundsatz der Unzumutbarkeit zum Ausdruck kommt. Diese liegt vor, wenn die Aufwendungen in keiner Relation zu dem Nachteil des Beeinträchtigten stehen.²⁴

²⁰ Grüneberg/Herrler, § 985 BGB, Rn. 14.

²¹ Grüneberg/Herrler, § 894 BGB, Rn. 10 a.E.; MüKo/Schäfer, 9. Auflage 2023, § 894 BGB, Rn. 48.

²² OLG Saarbrücken, OLGZ 1987, 221 ff. = jurisbyhemmer.

²³ BGH, Life&LAW 06/2016, 373 ff. = NJW 2016, 2104 ff. = jurisbyhemmer.

²⁴ BGHZ 143, 1 (6) = NJW 2000, 512 (514) = jurisbyhemmer; BGH, NJW-RR 2010, 315 ff. = jurisbyhemmer; kritisch MüKo/Raff, § 1004, Rn. 242.

Mit Wirkung zum 01.01.2002 wurde mit § 275 II BGB ein spezieller Tatbestand eingefügt, der eine Einrede gegen einen Leistungsanspruch gewährt, sodass nicht mehr „hilfsweise“ auf den Gedanken des § 251 II S. 1 BGB zurückgegriffen werden muss. Nach Ansicht des BGH findet § 275 II BGB auf alle Leistungsansprüche Anwendung. Ausweislich der Gesetzesbegründung gilt dies auch für solche Leistungsansprüche, die ihren Ursprung nicht in einem Vertragsverhältnis haben, sondern auf gesetzlicher Verpflichtung beruhen.

Auf den dinglichen Störungsbeseitigungsanspruch aus § 1004 I S. 1 BGB ist § 275 II BGB nach der Ansicht des BGH daher analog anwendbar.²⁵

b) Analoge Anwendung des § 254 BGB und der Grundsätze der Vorteilsanrechnung

Wenn ein Teil der Störung zu Lasten des Anspruchstellers selbst, ein anderer Teil aber zu Lasten des Anspruchsgegners geht, greift der BGH auf den Rechtsgedanken des § 254 I BGB zurück, der auch im Rahmen des § 1004 BGB Anwendung finden kann.²⁶

Obwohl der Beseitigungsanspruch nach § 1004 I BGB eine andere Funktion hat als Schadensersatzansprüche, hat er nach Ansicht des BGH „teilweise schadensersatzende Wirkung“ und kann daher nicht weiter gehen als § 823 BGB.

Die analoge Anwendung des § 254 BGB führt dann zu einer Beteiligung des Anspruchstellers an den Kosten für die Störungsbeseitigung.²⁷

Nach Ansicht des BGH ist es zudem folgerichtig, auch die **Grundsätze über den Abzug „neu für alt“ (Fallgruppe der Vorteilsausgleichung)** auf den Störungsbeseitigungsanspruch anzuwenden.²⁸ So wie der Geschädigte durch Leistung von Schadensersatz nicht besser gestellt werden soll, als wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre, so soll auch derjenige, dessen Eigentum (nur) beeinträchtigt wird, durch die Beseitigung der Störung keinen Vorteil erlangen. Dies ginge über das Pflichtenprogramm der Störungsbeseitigung hinaus.

Anmerkung: Der Abzug „neu für alt“ gilt auch für Ansprüche, die dem Eigentümer zustehen, wenn er die Störung und ihre Folgen selbst beseitigt. Ist schon der Beseitigungsanspruch durch einen Abzug „neu für alt“ beschränkt, so versteht es sich von selbst, dass dies auch für Ansprüche gilt, die dem Beeinträchtigten zustehen, wenn er die Störung und ihre Folgen selbst beseitigt, da der Folgeanspruch nicht weiter reichen kann als der primäre Störungsbeseitigungsanspruch.

c) Analoge Anwendung der §§ 280 I, II, 286 BGB

Befindet sich der Schuldner mit der Erfüllung des Störungsbeseitigungsanspruchs im Verzug, so haftet er nach Ansicht des BGH gemäß §§ 280 I, II, 286 BGB für dadurch verursachte Schäden.²⁹

Begründet hat der BGH seine Ansicht nicht. Der einzige Satz hierzu in dem Urteil lautet in Rz. 14: „Wegen der unberechtigten Weigerung, die Container samt Inhalt abzuholen, hat die Bekl. der Kl. die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ... zu erstatten (§§ 280 I, II, 286 BGB).“

Auch hier kann man den BGH kritisieren, dass er sich zur Frage der analogen Anwendung des § 990 II BGB nicht äußert. Überzeugend wäre es, Verzugsrecht nur anzuwenden, wenn der Beseitigungsschuldner bösgläubig war.

6. Analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 BGB auf § 1004 I BGB

In der nun folgenden Urteilsbesprechung klärt der BGH erstmals die Frage, ob der Eigentümer nach §§ 280 I, III, 281 BGB analog Schadensersatz statt der Störungsbeseitigung nach § 1004 I S. 1 BGB verlangen kann. Anders als bei § 985 BGB lehnt der BGH die analoge Anwendung des § 281 BGB auf den dinglichen Anspruch aus § 1004 I BGB ab.

C) Lösung Frage 1:

Fraglich ist, ob A von B Störungsbeseitigung verlangen kann.

I. Anspruch aus § 1004 I S. 1 BGB

Dem A könnte gegen B ein Störungsbeseitigungsanspruch nach § 1004 I S. 1 BGB zustehen.

²⁵ BGH, **Life&LAW 09/2008, 589 ff.** = NJW 2008, 3122 ff. = **jurisbyhemmer**; BGH, **Life&LAW 09/2010, 588 ff.** = NJW 2010, 2341 ff. = **jurisbyhemmer**; Grüneberg/Grüneberg, § 275 BGB, Rn. 3 sowie Grüneberg/Herrler, § 1004, Rn. 47.

²⁶ Vgl. BGH, NJW 1995, 395 ff. = **jurisbyhemmer**; MüKo/Raff, § 1004, Rn. 249 ff.

²⁷ BGH, NJW 1997, 2234 (2235) = **jurisbyhemmer**.

²⁸ BGH, NJW 2012, 1080 ff. = **jurisbyhemmer**.

²⁹ BGH, NJW-RR 2021, 671 f. = **jurisbyhemmer**.

1. Voraussetzungen des § 1004 I S. 1 BGB

a) Eigentumsbeeinträchtigung

Das Grundstückseigentum des A wurde durch die Wurzeln tatsächlich beeinträchtigt.

b) Störereigenschaft des B

Fraglich ist, ob B als Störer anzusehen ist.

Die Störereigenschaft folgt nicht allein aus dem Eigentum oder Besitz an dem Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht. Handlungs- bzw. Zustandsstörer ist nach Ansicht des BGH derjenige, auf dessen Willen der beeinträchtigende Zustand zurückgeht und von dessen Willen die Beseitigung abhängt.³⁰

Danach ist B vorliegend Zustandsstörer, da er laut Sachverständigengutachten eine Wurzelsperre bzgl. der grenznah eingepflanzten Pappel hätte einbauen und dadurch die Beeinträchtigungen verhindern können.

c) Keine Duldungspflicht, § 1004 II BGB

Die Störung war auch rechtswidrig, weil für eine Duldungspflicht nach §§ 1004 II, 906 ff. BGB nichts ersichtlich ist.

d) Keine Einrede der Unzumutbarkeit analog § 275 II BGB

Der Aufwand für die Störungsbeseitigung in Höhe von 2.000,- € ist angesichts des Ausmaßes der Störung auf keinen Fall unzumutbar, sodass der Störungsbeseitigungsanspruch auch nicht analog § 275 II BGB von B verweigert werden kann (vgl. dazu den Problemaufriss).

Zwischenergebnis: Der Tatbestand des § 1004 I S. 1 BGB ist damit dem Grunde nach gegeben, sodass dem A gegen B ein Anspruch auf Störungsbeseitigung zusteht.

2. Reichweite des Begriffes Beseitigung

Fraglich ist allerdings, ob A von B nicht nur die Entfernung der unter dem Pflaster befindlichen Wurzeln, sondern auch die hierfür erforderliche Aufnahme der Pflastersteine und deren anschließende Wiederverlegung verlangen kann.

Die Grenzziehung zwischen dem negatorischen *Beseitigungsanspruch* nach § 1004 I S. 1 BGB und dem deliktsrechtlichen *Schadensersatzanspruch* nach §§ 823 I, 249 I BGB ist problematisch, weil der Anspruch auf Beseitigung zumindest teilweise

dieselbe wiederherstellende Wirkung hat wie der Schadensersatzanspruch.

Es muss aber in jedem Fall der Gefahr begegnet werden, dass das auf dem *Verschuldensgrundsatz* aufbauende Schadensersatzrecht durch eine verschuldensunabhängige Haftung auf Beseitigung unterlaufen wird.

Nach zutreffender Ansicht schuldet der Störer nach § 1004 I S. 1 BGB als Beseitigung nur den *actus contrarius* seiner störenden Tätigkeit; diese muss er rückgängig oder für die Zukunft *wirkungslos* machen. Dagegen braucht er nicht die Behinderungen oder Beschädigungen zu beseitigen, die sich aus dem störenden Eingriff als *weitere Folge* ergeben.³¹

Im „Tennisplatz-Wurzel-Fall“³² hat der BGH bereits entschieden, dass der Störer nicht nur die Wurzeln beseitigen muss, sondern als sog. „unentrinnbare Folgebeeinträchtigung“ auch den Sand und das Erdreich ausgraben sowie den dadurch beschädigten Tennisplatz wiederherstellen muss.

Bei letzterem handle es sich um die Beseitigung der Eigentumsbeeinträchtigung, die durch die Störungsbeseitigung entstanden ist.

In der Literatur wurde diese Entscheidung kritisiert, weil die Wiederherstellung des Tennisplatzes als Naturalrestitution nur über §§ 823, 249 I BGB verlangt werden könne. Da es aber nicht der Zweck des § 1004 BGB sei, dass die Wurzeln beseitigt werden und der Platz als „Kraterlandschaft“ hinterlassen wird, bestünde ein Aufopferungsanspruch aus §§ 867 S. 2, 962 S. 3, 1005 BGB analog.³³

Der BGH ging in einer Folgeentscheidung auf die an ihm geäußerte Kritik ein, blieb aber bei seiner Lösung über § 1004 I S. 1 BGB, weil man sich ja schließlich über das Ergebnis einig sei.³⁴

B muss daher als Störer die Beeinträchtigungen beseitigen, die zwangsläufig durch die Beseitigung der primären Störung hervorgerufen werden.

³¹ BGH, NJW 1996, 845 (846); BGH, NJW 1997, 2234 ff.; BGH, NJW-RR 2003, 953 (954); **BGH, Life&LAW 07/2005, 444 ff.**

³² BGH, NJW 1997, 2234 ff. = [jurisbyhemmer](#) (hier ging es ebenfalls um Wurzeln einer Pappel).

³³ *Vollkommer*, NJW 1999, 3539.

³⁴ **Zitat aus BGH, Life&LAW 07/2005, 444 ff. = NJW 2005, 1366 (1368) = jurisbyhemmer:**

„Um eine derartige Entwertung des negatorischen Beseitigungsanspruchs zu vermeiden, sprechen sich auch Vertreter eines engen Beeinträchtigungsbegriffs für eine verschuldensunabhängige Verpflichtung des Störers zum Ersatz von Begleitschäden der Störungsbeseitigung aus. Zwar stützen sie diese Verpflichtung nicht auf § 1004 I S. 1 BGB, sondern auf die analoge Anwendung der §§ 867 S. 2, 962 S. 3, 1005 BGB, ohne jedoch hierdurch zu abweichenden Ergebnissen zu gelangen.“

³⁰ Vgl. zuletzt BGH, **Life&LAW 02/2020, 92 ff.** („Birkenfall“) = NJW 2020, 607 ff. = [jurisbyhemmer](#).

3. Ergebnis

Daher steht dem A nach § 1004 I S. 1 BGB gegen B nicht nur ein Anspruch auf Entfernung der unter dem Pflaster befindlichen Wurzeln zu, sondern auch auf die hierfür erforderliche Aufnahme der Pflastersteine und deren anschließende Wiederverlegung.

II. Anspruch aus § 862 I S. 1 BGB

A steht auch ein **Anspruch aus § 862 I S. 1 BGB** wegen Störung des unmittelbaren Besitzes durch verbotene Eigenmacht (§ 858 I BGB) zu.

D) Lösung Frage 2:

Fraglich ist, ob dem A gegen B ein Anspruch auf Ersatz der hypothetischen Kosten für die Störungsbeseitigung auf Gutachterbasis zusteht.

I. Mangels Störungsbeseitigung kein Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670 BGB bzw. aus §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II Alt. 1 BGB

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann der Eigentümer, der eine Beeinträchtigung seines Eigentums selbst beseitigt hat, von dem nach § 1004 I S. 1 BGB an sich hierzu verpflichteten Störer Ersatz der zu der Störungsbeseitigung erforderlichen Aufwendungen verlangen.

Bei Vorliegen des für die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) nach § 677 BGB erforderlichen Fremdgeschäftsführungswillens (vgl. § 687 I BGB) steht dem Eigentümer ein Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683 S. 1, 670 BGB bzw. nach §§ 684 S. 1, 818 BGB zu.³⁵

Wenn sich die Voraussetzungen einer GoA nicht feststellen lassen, ist der Störer rechtsgrundlos von seiner Beseitigungspflicht frei geworden und deshalb ungerechtfertigt bereichert, sodass ein Anspruch auf Wertersatz nach §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II Alt. 1 BGB besteht.³⁶

A hat die Unebenheit des Pflasters aber bislang nicht beseitigt, sodass Ansprüche aus GoA oder aus Bereicherungsrecht ausscheiden.

II. Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 I BGB

Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 I BGB scheidet jedenfalls an einer schuldhaften Eigentumsverletzung, weil B die 150 Jahre alte Pappel nicht eingepflanzt hat.

Anhaltspunkte für ein schuldhaftes Unterlassen bzgl. des Einbaus einer Wurzelsperre lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

III. Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch analog § 906 II S. 2 BGB

In Betracht kommen könnte ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch in Geld analog § 906 II S. 2 BGB. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH³⁷ wird ein Ausgleichsanspruch analog § 906 II S. 2 BGB, bejaht, wenn

- von einem Grundstück eine rechtswidrige und unzumutbare Einwirkung auf ein anderes Grundstück ausgeht³⁸,
- ein nach § 1004 I S. 2 BGB bzw. nach § 862 I S. 2 BGB bestehender Unterlassungsanspruch aus rechtlichen bzw. tatsächlichen Gründen nicht durchgesetzt werden kann (sog. „faktischer Duldungszwang“),
- die Beeinträchtigung einen Bezug zur Nutzung des störenden Grundstücks aufweist und
- eine vergleichbare Interessenlage mit dem Sinn und Zweck des § 906 II S. 2 BGB die Analogie rechtfertigt und
- der Eigentümer für die Beeinträchtigungen keinen anderweitigen Ersatz erlangen kann.

Im vorliegenden Fall steht dem A gegen B zwar ein Anspruch aus § 1004 S. 1 BGB zu (vgl. Frage 1).

A ist aber an der Durchsetzung dieses Anspruchs weder tatsächlich noch rechtlich gehindert, sodass die Voraussetzungen für den nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch analog § 906 II S. 2 BGB nicht vorliegen.

³⁵ BGH, NJW 1990, 2058 ff. = [jurisbyhemmer](#).

³⁶ BGH, NJW 1973, 703 ff.; BGH, NJW 2004, 603 ff.; BGH, NJW 2005, 1366 (1367) = [jurisbyhemmer](#).

³⁷ Vgl. dazu BGH, [Life&LAW 12/2019, 807 ff.](#) = NJW 2020, 607 ff.; [BGH, Life&LAW 09/2018, 595 ff.](#) = NJW 2018, 1542 ff.; [BGH, Life&LAW 01/2012, 1 ff.](#) = NJW 2011, 3294 ff.; [BGH, Life&LAW 01/2010, 1 ff.](#) = NJW 2009, 3787 ff. = [jurisbyhemmer](#).

³⁸ **Wichtig:** Der Ausgleichsanspruch analog § 906 II S. 2 BGB ist anders als der unmittelbar auf § 906 II S. 2 BGB gestützte Anspruch nicht auf feinstoffliche unwägbar Einwirkungen (Imponderabilien) beschränkt, sondern erfasst auch Grobimmissionen wie das Eindringen einer Feuerwerksrakete oder eine Brandausbreitung vom Nachbargrundstück.

IV. Kein Anspruch aus § 1004 I BGB

Ein Anspruch auf Kostenvorschuss ergibt sich auch nicht aus § 1004 I S. 1 BGB selbst. Dieser Anspruch ist aufgrund des Wortlauts des § 1004 I S. 1 BGB nur auf Störungsbeseitigung gerichtet.

Die Zahlung eines Kostenvorschusses lässt sich hieraus nicht ableiten, da das BGB nur in Ausnahmefällen Vorschussansprüche gewährt, wie etwa im Werkvertragsrecht (§ 637 BGB) oder im Auftragsrecht (§ 669 BGB).³⁹

V. Anspruch auf Schadensersatz statt der Störungsbeseitigung analog §§ 280 I, III, 281 I S. 1 BGB

In Betracht kommt aber ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Störungsbeseitigung nach §§ 280 I, III, 281 I S. 1 BGB analog, weil eine von A gesetzte angemessene Frist zur Beseitigung der Eigentumsbeeinträchtigung nach § 1004 I S. 1 BGB erfolglos verstrichen ist.

1. Vorliegen eines Schuldverhältnisses

Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 I S. 1 BGB ist ein dinglicher Anspruch.

Ein dinglicher Anspruch stellt aber nach nahezu allgemeiner Meinung kein Schuldverhältnis i.S.d. §§ 241 ff., 280 BGB dar (vgl. den Problemaufriss).

2. Analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 BGB auf den dinglichen Anspruch aus § 1004 I S. 1 BGB?

Fraglich ist aber, ob die §§ 280 I, III, 281 I S. 1 BGB auf den dinglichen Beseitigungsanspruch aus § 1004 I S. 1 BGB analog angewendet werden können.

Die Frage, inwieweit die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts, insbesondere die des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, auch auf dingliche Ansprüche Anwendung finden, beschäftigt die Rechtswissenschaft und Rechtspraxis bereits seit den Beratungen über den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches (vgl. den Problemaufriss).

Die analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 BGB auf § 1004 I BGB ist in der Rechtsprechung und Literatur umstritten.

a) Nach e.A. sind §§ 280 I, III, 281 BGB analog anwendbar

In Rechtsprechung⁴⁰ und Literatur⁴¹ wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass § 281 BGB auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 I S. 1 BGB analog anwendbar sei.

Anderenfalls müsste der Eigentümer, der die Störungsbeseitigung nicht vorfinanzieren könne, einen Titel auf Störungsbeseitigung erwirken, um sodann im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 887 II ZPO einen Vorschuss zu erlangen.

Mit der analogen Anwendung des § 281 BGB könne er sich hingegen wahlweise dafür entscheiden, die Beeinträchtigung hinzunehmen und eine Entschädigung zu erhalten. Zudem sei der Anspruch, anders als derjenige aus §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II BGB, nicht auf die Ersparnis beim Schuldner beschränkt. Auch könne nur so ein Gleichlauf mit dem Herausgabeanspruch aus § 985 BGB hergestellt werden, auf den § 281 BGB anwendbar sei. Schließlich sei eine Schlechterstellung des dinglichen gegenüber dem persönlichen Gläubiger nicht gerechtfertigt.

b) Nach a.A. sind die §§ 280 I, III, 281 BGB auf § 1004 BGB nicht analog anzuwenden

aa) Die Gegenansicht lehnt die analoge Anwendung des § 281 BGB auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 I S. 1 BGB ab.⁴²

Die Störungsbeseitigung sei keine Leistung i.S.d. § 281 I S. 1 BGB, mit der der Eigentümer sein Vermögen i.S.e. positiven Leistungsinteresses mehren wolle. Für eine analoge Anwendung fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke. Die Kosten einer Selbstvornahme könne der Eigentümer nach §§ 683 S. 1, 670 BGB bzw. §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II BGB erstattet verlangen. Für eine bleibende Beeinträchtigung werde er analog § 906 II S. 2 BGB entschädigt. Auch die Rechtsfolge des § 281 IV BGB passe nicht, da das Erlöschen des Leistungsanspruchs nicht eintreten könne. Solange die Beeinträchtigung fortbestehe, könne der Beseitigungsanspruch nicht erlöschen bzw. entstehe sofort wieder neu.

³⁹ NJW 1989, 2541 ff. = [jurisbyhemmer](#); BeckOK BGB/Fritzsche, 65. Ed. 1.2.2023, BGB, § 1004 Rn. 84.

⁴⁰ OLG Karlsruhe, NJW 2012, 1520 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁴¹ BeckOGK/Riehm, BGB, § 275 Rn. 36, § 280 Rn. 60, 67 f.; BeckOK BGB/Fritzsche, 65. Ed. 1.2.2023, BGB, § 1004 Rn. 82, 84 f.; jurisPK-BGB/Seichter, 10. Auflage 2023, § 281 Rn. 8; Grüneberg/Herrler, § 1004 Rn. 48; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 189; Herresthal/Riehm, NJW 2005, 1457 Fn. 70.

⁴² MüKoBGB/Raff, § 1004 Rn. 259 ff., 283; Staudinger/Olzen, BGB, Einleitung zu §§ 241 ff. Rn. 20; Staudinger/Gursky, BGB, § 1004 Rn. 159, 168 f.; Soergel/Münch, BGB, 13. Aufl., § 1004 Rn. 321; Croon-Gestefeld, ZfPW 2022, 285 (303 ff.); Katzenstein, AcP 206 [2006], 96 (104 f.); Lett, JuS 2005, 871 (874).

An etwaige schuldrechtliche Vereinbarungen sei ein Rechtsnachfolger nicht gebunden.

bb) Vereinzelt wird angenommen, dass eine analoge Anwendung von § 281 BGB auf § 1004 I S. 1 BGB zumindest dann in Betracht komme, wenn der Eigentümer die Beeinträchtigung selbst beseitigt oder im Gegenzug für die Schadensersatzzahlung eine Duldungspflicht mit dinglicher Wirkung begründet. In beiden Fällen bestehe kein Konflikt mit § 281 IV BGB. Werde die Beeinträchtigung beseitigt, entfalle bereits deswegen die Beseitigungspflicht und damit auch die Gefahr einer erneuten Inanspruchnahme durch einen Rechtsnachfolger. Bestehe für eine fortdauernde Beeinträchtigung eine dinglich gesicherte Duldungspflicht, sei hieran auch ein Rechtsnachfolger gebunden.⁴³

c) BGH lehnt analoge Anwendung der §§ 280 I, III, 281 I S. 1 BGB ab

Der BGH hat bislang noch nicht geklärt, ob § 281 BGB auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 I S. 1 BGB analog werden kann. Er hat es für zweifelhaft gehalten, aber bislang ausdrücklich offen gelassen.⁴⁴

Mit diesem Urteil lehnt der BGH die analoge Anwendung des § 281 I BGB nun ausdrücklich ab.

Wie bereits ausführlich im Problemaufriss erläutert, ergeben sich aus dem Beseitigungsanspruch nach § 1004 I S. 1 BGB Leistungspflichten des Schuldners, auf welche die Regelungen der §§ 254, 275 II, 280 I, II, 286 BGB zur Anwendung kommen können.

Eine analoge Anwendung von § 281 BGB auf den Beseitigungsanspruch des Eigentümers aus § 1004 I S. 1 BGB kommt hingegen nach der dinglichen Natur dieses Anspruchs und seiner sachenrechtlichen Zielrichtung nicht in Betracht.

Dies gilt zunächst für den Fall, dass der Eigentümer – **wie in Frage 2** – die Beeinträchtigung seines Eigentums nicht nach Fristsetzung gegenüber dem Störer selbst beseitigt hat, sondern entweder bereit ist, die Beeinträchtigung im Sinne eines „dulde und liquidiere“ hinzunehmen, oder aber den Schadensersatz wie einen Vorschuss dazu verwenden will, die Beeinträchtigung selbst zu beseitigen.

aa) Fiktiver Schadensersatz statt der Leistung mit Zweck des § 1004 I BGB unvereinbar

Eine Schadensersatzzahlung, die unabhängig von der Beseitigung der Beeinträchtigung geleistet wird und über deren Verwendung der Eigentümer frei entscheiden kann, wäre mit dem Zweck des Beseitigungsanspruchs nicht vereinbar. Dieser hat lediglich zum Ziel, den dem Eigentumsrecht entsprechenden Zustand wiederherzustellen (sog. Rechtsverwirklichungsfunktion).

Er dient also nur der Verteidigung eines bereits vorhandenen Vermögensgegenstandes (sog. Integritätsinteresse), während mit einem schuldrechtlichen Anspruch das Vermögen des Gläubigers zu Lasten des Vermögens des Schuldners gemehrt werden soll (sog. Leistungsinteresse).

Der Beseitigungsanspruch umfasst nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zwar nicht nur die Beseitigung der Störungsursache im engeren Sinne, sondern auch die Beseitigung der dabei zwangsläufig eintretenden weiteren Eigentumsbeeinträchtigungen – wie hier die Wiederverlegung der Pflastersteine nach Entfernung der Wurzeln (s.o.). Dass er dadurch dem Umfang nach einer Verpflichtung zum Schadensersatz angenähert ist und ihm teilweise schadensersatzende Wirkung zukommt, ändert aber nichts daran, dass sich das BGB mit dem Beseitigungsanspruch grds. gegen das Prinzip „dulde und liquidiere“ entschieden hat.

Eine Zahlung, die unabhängig von der Beseitigung der Beeinträchtigung geleistet wird, wäre hiermit nicht vereinbar, da nicht gewährleistet wäre, dass der dem Eigentumsrecht entsprechende Zustand tatsächlich wiederhergestellt wird.

bb) Rechtsfolge des § 281 IV BGB widerspricht dem Zweck des Beseitigungsanspruchs

Insbesondere stünde der in § 281 IV BGB vorgesehene Ausschluss des Leistungsanspruchs mit dem Zweck des Beseitigungsanspruchs in Widerspruch. Der Beseitigungsanspruch müsste nach dieser Regelung auch dann erlöschen, wenn die Beeinträchtigung – wie hier – tatsächlich noch fortbesteht. Dies ist aber nicht möglich, da der Beseitigungsanspruch aus § 1004 I S. 1 BGB bei fortbestehender Beeinträchtigung sofort wieder neu entstände.

Selbst wenn er, was dogmatisch schon nicht zu begründen wäre, in der Person des derzeitigen Eigentümers mit dessen Schadensersatzverlangen dauerhaft erlösche, entstände er jedenfalls in der Person eines Einzelrechtsnachfolgers sofort wieder neu.

⁴³ BeckOGK/Spohnheimer, BGB, § 1004 Rn. 55; Staudinger/Thole, BGB, § 1004 Rn. 419; Bezenberger, JZ 2005, 373 (375 ff.).

⁴⁴ BGH, NJW-RR 2021, 1166 ff.; BGH, NJW-RR 2022, 349 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Dieser könnte den Störer ungeachtet des von diesem bereits an den Voreigentümer geleisteten Schadensersatzes erneut auf Beseitigung in Anspruch nehmen.

Vor einer solchen doppelten Inanspruchnahme kann der Störer – anders als der Schuldner eines Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB – auch nicht effektiv geschützt werden. Selbst wenn im Verhältnis zwischen Störer und ursprünglichem Eigentümer mit dem Schadensersatzverlangen eine Duldungspflicht begründet würde, hätte diese rein schuldrechtlichen Charakter und der Rechtsnachfolger wäre hieran nicht gebunden.⁴⁵

cc) Praktisches Bedürfnis fehlt

Zudem gibt es bei dem Beseitigungsanspruch aus § 1004 I S. 1 BGB – anders als bei dem Herausgabeanspruch aus § 985 BGB – kein dringendes praktisches Bedürfnis für die (analoge) Anwendung des § 281 BGB. Das Kosteninteresse des Eigentümers ist auch ohne die Anwendung von § 281 BGB hinreichend geschützt.

Fehlen ihm die finanziellen Mittel, um die Beeinträchtigung selbst zu beseitigen, kann er den Störer – notfalls unter Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe – gerichtlich auf Beseitigung in Anspruch nehmen und im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 887 II ZPO einen Vorschuss verlangen.

dd) Wahlrecht des Störers bzgl. Beseitigung würde beeinträchtigt

Schließlich würde durch die Anwendung des § 281 BGB das Recht des Schuldners, zwischen verschiedenen Beseitigungsmöglichkeiten zu wählen⁴⁶, beeinträchtigt. Es würde nicht erst im Rahmen der Zwangsvollstreckung eines Titels über die Beseitigung der Beeinträchtigung, sondern bereits nach erfolglosem Ablauf der gesetzten Frist und Äußerung des Schadensersatzverlangens durch den Eigentümer entfallen.

Auch wäre unklar, nach welcher der wahlweise zur Verfügung stehenden Beseitigungsmaßnahmen der Schadensersatz zu berechnen wäre.

Anmerkung: Dieses Argument ist äußerst dürftig. Im werkvertraglichen Mängelrecht hat auch der Schuldner das Wahlrecht, wie er den Mangel beseitigt.

Dennoch gestattet sowohl das Gesetz in §§ 634 Nr. 3, 637 BGB als auch der BGH über den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Besteller.

ee) Schlechterstellung gegenüber schuldrechtlichem Gläubiger ist hinzunehmen

Dass der Gläubiger des dinglichen Anspruchs aus § 1004 I S. 1 BGB mit der Nichtanwendung des § 281 BGB schlechter steht als ein schuldrechtlicher Gläubiger, ändert an diesem Ergebnis nichts.

Es gibt keinen Grundsatz des Inhalts, dass der dingliche Gläubiger stets dem schuldrechtlichen Gläubiger (mindestens) gleichzustellen sei; der dingliche Gläubiger steht anders als der schuldrechtliche Gläubiger und nicht notwendig ebenso gut oder besser.

VI. Endergebnis zu Frage 2:

A steht gegen B kein Anspruch auf Ersatz der hypothetischen Kosten für die Störungsbeseitigung auf Gutachterbasis zu.

E) Lösung Frage 3:

Fraglich ist, ob A gegen B ein Anspruch auf Ersatz der tatsächlichen Kosten für die von ihm selbst vorgenommene Störungsbeseitigung zusteht.

I. Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670 BGB

Die Beseitigung der Störung stellt eine Geschäftsführung i.S.d. § 677 BGB dar, weil hierunter jede Maßnahme fallen kann, die Gegenseite eines Auftrags, Dienstvertrags oder Werkvertrags sein kann. Dies erfolgte auch ohne Auftrag der B-GmbH.

Außerdem müsste es sich für A um ein fremdes Geschäft gehandelt haben. Dies war der Fall, da B nach § 1004 I S. 1 BGB zur Störungsbeseitigung verpflichtet war. Dass A mit der Beseitigung auch eigennützige Interessen verfolgt hat, steht der Annahme einer GoA nicht entgegen. Es handelt sich dabei um einen Fall des anerkannten sog. „auch-fremden-Geschäfts“.

Wie sich aus § 677 BGB („für einen anderen“) und im Umkehrschluss aus § 687 I BGB ergibt, müsste A mit Fremdgeschäftswilligen gehandelt haben.

⁴⁵ BGH, NZM 2008, 418 ff. = jurisbyhemmer.

⁴⁶ BGH, NZM 2021, 282 ff. = jurisbyhemmer.

Hier hat A aber aus eigennützigen Motiven die Störungsbeseitigung vorgenommen, sodass der vom BGH beim fremden und auch-fremden Geschäft vermutete Fremdgeschäftsführungswille widerlegt ist.

Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus §§ 683 S. 1, 670 BGB kommt daher nicht in Betracht.

II. Anspruch aus § 812 I S. 1, Alt. 2 i.V.m. § 818 II Alt. 1 BGB

B hat mangels Leistungswillens des A auf dessen Kosten die Befreiung von der Beseitigungspflicht aus § 1004 I S. 1 BGB erlangt, ohne dass hierfür ein Rechtsgrund vorgelegen hat.

B ist deshalb ungerechtfertigt bereichert, sodass ein Anspruch auf Wertersatz nach §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II Alt. 1 BGB besteht (s.o.).⁴⁷

A kann daher von B Ersatz des objektiven Werts der Störungsbeseitigung verlangen, der nach dem Gutachten 2.000,- € netto, also 2.380,- € brutto beträgt.

III. Anspruch auf Schadensersatz statt der Störungsbeseitigung analog §§ 280 I, III, 281 I S. 1 BGB

Fraglich ist, ob daneben auch noch ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 BGB analog in Betracht kommt.

Nach Ansicht des BGH findet § 281 I BGB auf den Anspruch aus § 1004 I S. 1 BGB aber auch dann keine Anwendung, wenn der Eigentümer die Beeinträchtigung – **wie in Frage 3** – selbst beseitigt (sog. Selbstvornahme).

1. Zwar kein Konflikt mit § 281 IV BGB

Zwar bestünde insoweit kein Konflikt mit dem in § 281 IV BGB geregelten Erlöschen des Erfüllungsanspruchs.

Der Anspruch aus § 1004 I S. 1 BGB ist nämlich bereits mit der Beseitigung der Beeinträchtigung durch den Eigentümer entfallen.

Auch wäre es nicht schwierig, den erloschenen Anspruch von neu entstehenden Ansprüchen abzugrenzen.

2. Aber: Kein Bedürfnis wegen Bestehens anderer Ansprüche

In diesem Fall besteht aber erst recht kein Bedürfnis für die Anwendung des § 281 BGB, weil der Eigentümer, der eine Beeinträchtigung seines Eigentums selbst beseitigt hat, von dem nach § 1004 S. 1 BGB an sich hierzu verpflichteten Störer aus GoA (§§ 683 S. 1, 670 BGB bzw. §§ 684 S. 1, 818 BGB) oder – wie hier – aus §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II BGB den Ersatz der zu der Störungsbeseitigung erforderlichen Aufwendungen verlangen kann.

Bei letzterem Anspruch entsteht im Regelfall keine größere Schutzlücke auf Rechtsfolgenseite, da der nach § 818 II Alt. 1 BGB geschuldete Wertersatz objektiv zu bestimmen ist und sich der Schuldner nur ausnahmsweise auf den Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 III BGB berufen können.

Wenn der Eigentümer keinen Primärrechtsschutz erlangen kann, steht ihm ggfs. analog § 906 II S. 2 BGB eine Entschädigung zu (s.o.).

3. Systematische Gründe

Gegen die Anwendung von § 281 BGB im Fall der Selbstvornahme sprechen zudem systematische Gründe.

Die Regelung ist nämlich darauf angelegt, dass der Eigentümer zwischen Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch wählen kann. Erst mit dem Zugang des Schadensersatzverlangens ist der Anspruch auf die Primärleistung nach § 281 IV BGB ausgeschlossen (sog. elektive Konkurrenz).⁴⁸

Ein solches Wahlrecht kann der Eigentümer aber nach Beseitigung der Beeinträchtigung nicht haben, denn die Ansprüche können nicht gleichzeitig bestehen: Bevor der Eigentümer die Beeinträchtigung beseitigt hat, hat er keinen Schadensersatzanspruch, und mit der Beseitigung der Beeinträchtigung entfällt sein Erfüllungsanspruch.

IV. Endergebnis

A kann von B nach §§ 812 I S. 1 Alt. 2, 818 II BGB Ersatz der zur Störungsbeseitigung erforderlichen Aufwendungen verlangen. Daneben kommt ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 I S. 1 BGB nicht in Betracht.

⁴⁷ BGH, NJW 1973, 703 ff.; BGH, NJW 2004, 603 ff.; BGH, NJW 2005, 1366 (1367) = [jurisbyhemmer](#).

⁴⁸ Vgl. dazu Tyroller, Darf der Käufer eine angebotene mangelhafte Sache zurückweisen?, [Life&LAW 09/2005, 641 \(647\)](#); BGH, [Life&LAW 06/2006, 367 ff.](#) = NJW 2006, 1198 ff. = [jurisbyhemmer](#).

F) Kommentar

(mty). Der BGH hat sich mit der Begründung der analogen Anwendbarkeit der Vorschriften aus dem allgemeinen Schuldrecht auf dingliche Ansprüche viel Mühe gemacht. Dies war in der Vergangenheit nicht immer so.⁴⁹

Über das Ergebnis lässt sich natürlich streiten. Manche Argumente des BGH sind keinesfalls zwingend. Zwar passt bei einer noch nicht vorgenommenen Störungsbeseitigung (**Frage 2**) die Rechtsfolge des § 281 IV BGB nicht, da – solange eine Beeinträchtigung fortbesteht – der Beseitigungsanspruch gar nicht erlöschen kann, weil er sofort wieder neu entsteht. An etwaige schuldrechtliche Vereinbarungen ist ein Rechtsnachfolger nicht gebunden. Dem könnte man jedoch dadurch begegnen, dass im Gegenzug für die Schadensersatzzahlung eine Duldungspflicht mit dinglicher Wirkung begründet wird.

Auch bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Herausgabe nach §§ 280 I, III, 281 I S. 1, 985 BGB wird analog § 255 BGB ein Anspruch auf Übereignung der Sache nach zutreffender Ansicht bejaht.

Überzeugend ist das Ergebnis dennoch, weil es – anders als bei § 985 BGB – an einem praktischen bzw. prozessualen Bedürfnis fehlt. Der Eigentümer kann bei einer Klage auf Störungsbeseitigung aus dem Urteil im Wege der Zwangsvollstreckung nicht nur beantragen, dass er ermächtigt wird, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen, § 887 I ZPO.

Er kann vielmehr auch nach § 887 II ZPO beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, die durch die Vornahme der Handlung entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Nachforderung, wenn die Vornahme der Handlung einen größeren Kostenaufwand verursacht.

Bei der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einer Sache besteht diese Möglichkeit hingegen nicht (vgl. § 887 III ZPO).

Hat der Eigentümer im Wege der Selbstvornahme die Störungsbeseitigung tatsächlich vorgenommen (**Frage 3**), so besteht bereits ein Anspruch auf Ersatz der Kosten aus GoA oder Bereicherungsrecht, sodass es bereits an einer für die Analogie nötigen Regelungslücke fehlt.

Das Urteil des BGH verdient daher Zustimmung!

Anmerkung: Der BGH hat zudem entschieden, dass auf den Anspruch aus § 1004 I S. 2 BGB auf Unterlassung künftiger Eigentumsbeeinträchtigungen (hier: Verhinderung des Herüberwachsens von Wurzeln durch Einbringen einer Wurzelsperre) die Vorschrift des § 281 BGB keine Anwendung findet. An dem auf Unterlassung einer künftigen Beeinträchtigung gerichteten Anspruch wird zudem besonders deutlich, dass der Mechanismus des § 281 IV BGB, der den Anspruch auf die Leistung mit dem Schadensersatzverlangen entfallen lässt, von vornherein nicht greifen kann; denn der Anspruch auf Unterlassung entstünde, etwa bei einer fortdauernden Immission oder – wie hier – bei ständig nachwachsenden Wurzeln, immer wieder neu.

G) Wiederholungsfrage

- **Warum ist die Vorschrift des § 281 BGB auf den Anspruch aus § 1004 I BGB weder direkt noch analog anwendbar?**

Eine direkte Anwendung scheidet aus, weil § 1004 I BGB ein dinglicher Anspruch ist.

Eine analoge Anwendung scheidet bei der noch nicht vorgenommenen Störungsbeseitigung an der fehlenden Vergleichbarkeit der Interessenlage. Insbesondere passt die Rechtsfolge des § 281 IV BGB nicht, da – solange eine Beeinträchtigung fortbesteht – der Beseitigungsanspruch gar nicht erlöschen kann, weil er sofort wieder neu entsteht. Außerdem besteht wegen der Möglichkeit in § 887 II ZPO auch überhaupt kein praktisches Bedürfnis für die Analogie.

Wurde die Störungsbeseitigung tatsächlich im Wege der Selbstvornahme vorgenommen, fehlt es an der für die Analogie nötigen Regelungslücke, weil bereits ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für die vorgenommene Störungsbeseitigung aus GoA oder Bereicherungsrecht besteht.

H) Zur Vertiefung

Zur analogen Anwendung der §§ 280 I, III, 281 I BGB auf den Anspruch aus § 985 BGB

- BGH, Life&LAW 11/2016, 747 ff.
- BGH, Life&LAW 05/2018, 303 ff.

Zum Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 I BGB

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht-AT, 14. Auflage 2023, Rn. 346 ff.

⁴⁹ Vgl. bspw. das Urteil zur Anwendbarkeit der §§ 280 I, II, 286 BGB auf den Anspruch aus § 888 I BGB, BGH, Life&LAW 06/2016, 373 ff. = NJW 2016, 2104 ff. = juris-byhemmer.