

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Beschränkung der negatorischen Beseitigungshaftung

Die in § 275 Abs. 2 BGB bestimmte Einrede kann auch gegen einen Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB erhoben werden. (Amtlicher Leitsatz)

BGB §§ 1004 Abs. 1, 275 Abs. 2

BGH, Urt. v. 30.5.2008 – V ZR 184/07 (OLG Bremen, LG Bremen)¹

Mit § 275 Abs. 2 BGB hat das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts eine umstrittene Regelung in das Unmöglichkeitensrecht integriert.² Der bisherige dogmatische Kontext des Unmöglichkeitensrechts war geprägt durch die Konturierung der Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten.³ Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 30.5.2008 nunmehr entschieden, dass § 275 Abs. 2 BGB auch auf den negatorischen Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB Anwendung findet. Die Begrenzung der Verteidigungsmacht des Eigentümers über § 275 Abs. 2 BGB berührt die Grundlagen der negatorischen Beseitigungshaftung.

I. Die Entscheidung des BGH

B errichtete auf seinem Grundstück (Stammgrundstück) ein einstöckiges, als Supermarkt nutzbares Gebäude. In den Bau einbezogen war eine mehr als 42 qm große Teilfläche des Grundstücks des Beklagten. Zu diesem Zweck hatte der Beklagte dem B die Teilfläche mit Vertrag vom 11. Januar 1973 für die Dauer von 20 Jahren mit Verlängerungsoption vermietet. B teilte das Stammgrundstück nach dem Wohnungseigentumsgesetz. Die als Supermarkt genutzten Teileigentumseinheiten veräußerte er an Z, der an seiner Stelle in den Mietvertrag mit dem Beklagten eintrat. 1998 veräußerte Z die Teileigentumseinheiten an die Kläger. Den Überbau und den Mietvertrag mit dem Beklagten offenbarte er nicht. Die Kläger zahlten zunächst für Z, lehnten einen Eintritt in den Mietvertrag aber ab. Der Beklagte kündigte daraufhin vorsorglich den Mietvertrag. Das Eigentum an dem Grundstück übertrug er unter dem Vorbehalt eines Nießbrauchs seinen Kindern.

¹ NJW 2008, 3122. Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de>.

² Vgl. nur U. Huber, in: Schwenzler/Hager (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, 2003, S. 521 (556 ff.); Lobinger, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 58 ff.; 74 ff.; 119 ff.; 256 ff.; Picker, JZ 2003, 1035 ff.; Schmidt-Recla, in: Kern u. a. (Hrsg.), Humaniora, Medizin - Recht - Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, 2006, S. 641 ff.; Bernhard, Jura 2006, 801 ff. m. weit. Nachw.; zur Verteidigung des § 275 Abs. 2 BGB s. nur Canaris, JZ 2004, 214 ff. m. weit. Nachw.

³ F. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, 1853, S. 1 ff.; Schermaier, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2007, vor §§ 275 Rn. 56 ff.; Lobinger (Fn. 2), S. 168.

Im Vorprozess hatte der Beklagte bereits die Verurteilung der Kläger zur Herausgabe der überbauten Teilfläche erreicht. Mit seiner Widerklage begehrt der Beklagte nunmehr die Beseitigung des Überbaus. Die Kläger, die nach ihrer Verurteilung zur Herausgabe in einem Schreiben an den Beklagten den negatorischen Beseitigungsanspruch „anerkannt“ hatten, wenden u. a. ein, dass die Beseitigungskosten in Höhe von 90.000 Euro die von ihnen veranschlagten Kosten von 25.000 Euro weit überschritten und außer Verhältnis zu dem mit 19.360 Euro bewerteten Beseitigungsinteresse des Beklagten stünden.

Der Bundesgerichtshof wertet das Schreiben der Kläger als deklaratorisches Anerkenntnis der Verpflichtung zum Abriss des Überbaus.⁴ Das Anerkenntnis des Beseitigungsanspruchs schließt aber die Einwendung der Unzumutbarkeit der Beseitigungspflicht nicht aus. Die Kläger hätten im Zeitpunkt der Abgabe des Anerkenntnisses auch nicht annähernd mit einem Beseitigungsaufwand in Höhe von 90.000 Euro gerechnet. Die Begrenzung des Beseitigungsanspruchs durch den Einwand der Unzumutbarkeit habe mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 275 Abs. 2 BGB seine gesetzliche Regelung erfahren.⁵ Der in der früheren Rechtsprechung entwickelte Rückgriff auf den in § 251 Abs. 2 S. 1 BGB enthaltenen Grundsatz der Unzumutbarkeit zur Beschränkung des negatorischen Beseitigungsanspruchs habe sich damit erübrigt. Es entspreche dem Willen des Gesetzgebers, § 275 Abs. 2 BGB auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB anzuwenden. Aufgrund der nach § 275 Abs. 2 S. 2 BGB gebotenen Wertung des Verhaltens der Kläger sei der Tatbestand der Einrede im konkreten Fall aber nicht begründet. Daher seien die Kläger zum Abriss des Überbaus verpflichtet.⁶

II. Fundierung des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Bundesgerichtshof prüft in seiner Entscheidung die Voraussetzungen für das Bestehen des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB iVm. § 1065 BGB aufgrund des deklaratorischen Schuldanerkenntnisses der Kläger nicht. Dieses Vorgehen ist kritikwürdig, weil sich das Anerkenntnis in der Auslegung des Bundesgerichtshofs auf die Beseitigung des Überbaus mit einem angenommenen Kostenaufwand von knapp 25.000 Euro beschränkte. Wenn das vertragliche Schuldanerkenntnis nur den Abbruch des überbauten Gebäudes mit diesem Kostenaufwand umfasste, so war auch nur insoweit das Bestehen des Beseitigungsanspruchs außer Zweifel gestellt. Soweit man im Rahmen eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses überhaupt die Auftrennung zwischen dem Grund und der Grenze des negatorischen Be-

⁴ BGH NJW 2008, 3122.

⁵ BGH NJW 2008, 3122 (3123).

⁶ BGH NJW 2008, 3122 (3123). Das OLG Bremen (Urt. v. 12.09.2007 – 1 U 29/07, unveröffentlicht) hatte als Vorinstanz den Klägern gestützt auf § 242 BGB den Einwand des Rechtsmissbrauchs gegen die Erhebung des Beseitigungsanspruchs infolge der Unverhältnismäßigkeit der Beseitigungskosten zugebilligt.

seitigungsanspruchs zulässt⁷, hätte dem Anerkenntnis im Wege der Auslegung positiv entnommen werden müssen, dass der Tatbestand des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB der Ungewissheit entzogen sein sollte. Insbesondere hätte geklärt werden müssen, ob die rechtsgeschäftliche Feststellung des negatorischen Tatbestandes gerade auch für den Fall gelten sollte, dass der Beseitigungsaufwand wesentlich höher war als die kalkulierten 25.000 Euro.

Die in der Entscheidung aufgeworfene Rechtsfrage nach der Grenze des Beseitigungsanspruchs ist ohne die Klärung seines Tatbestandes nicht zu beantworten. Aus diesem Grunde soll hier unter Ausklammerung des Anerkenntnisses zunächst untersucht werden, ob der negatorische Beseitigungsanspruch nach dem Gesetz gegeben war.

1. Der negatorische Beeinträchtigungstatbestand

a) § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB als Kausalhaftung

Der Tatbestand der Beeinträchtigung des Nießbrauchsrechts gem. § 1065 BGB entspricht in seiner Struktur dem Tatbestand der Beeinträchtigung des Eigentums nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Rechtsprechung und die ihr folgende herrschende Meinung verstehen unter der Eigentumsbeeinträchtigung jeden dem Inhalt des Eigentums (§ 903 BGB) widersprechenden Zustand.⁸ In der Konkretisierung dieses Obersatzes wird die Beeinträchtigung auf den fortdauernden Sachzustand bezogen, der dem Herrschaftswillen des Eigentümers nicht entspricht.⁹ So wird eine Eigentumsbeeinträchtigung bejaht, wenn gegen den Willen des Eigentümers fremde Stoffe auf sein Grundstück gelangen. Für unbeachtlich wird gehalten, dass der Grundstückseigentümer infolge der Ver-

bindung des übertretenden Stoffes mit dem Grundstück nach § 946 BGB Eigentum an der „störenden“ Sache erwirbt.¹⁰

Die Störereigenschaft wird auf den dem Herrschaftswillen des Eigentümers widersprechenden Zustand der Sache ausgerichtet. Als Handlungsstörer haftet derjenige, der die „Eigentumsbeeinträchtigung“ durch sein Verhalten adäquat verursacht hat.¹¹ Als Zustandsstörer ist derjenige beseitigungspflichtig, durch dessen maßgebenden Willen der beeinträchtigende Zustand aufrechterhalten wird.¹² Hiernach ist § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB als eine Kausalhaftung für auf die Sache bezogene Beeinträchtigungen formiert.¹³

b) Faktische Inanspruchnahme fremder Rechtsmacht

Das herrschende Verständnis des Beseitigungsanspruchs als einer Kausalhaftung grenzt den negatorischen Tatbestand der Rechtsbeeinträchtigung nicht streng von dem durch den Sachzustand vermittelten Schaden des Eigentümers ab. Dies hat zur Folge, dass der negatorische Beseitigungsanspruch von dem deliktischen Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB seiner Ordnungsfunktion nach nicht mehr zu unterscheiden ist. Diese Trennung ist aber vorzunehmen, weil die Haftung auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB verschuldensabhängig ausgestaltet ist und damit in einem markanten Gegensatz zu dem Tatbestand des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB steht.¹⁴

Der negatorische Tatbestand der Rechtsbeeinträchtigung ist als die faktische Anmaßung einer dem Eigentümer exklusiv zugewiesenen Rechtsmacht zu präzisieren. Als Störer haftet nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB auf Beseitigung, wer das Recht des Eigentümers durch sein Verhalten oder den Zustand seiner Sachen ohne Befugnis in Anspruch nimmt.¹⁵

⁷ Nach der herrschenden Meinung sind die Parteien eines Anerkenntnisvertrages in Bezug auf den Gegenstand der vertraglichen Feststellung weitgehend frei. Demnach können insbesondere auch nur einzelne Elemente des Rechtsverhältnisses der Ungewissheit entzogen werden, vgl. nur *Wagner*, Prozessverträge, 1998, S. 616 ff.; *Pagenstecher*, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, 1905, S. 134 ff.; *Rümelin*, AcP 97 (1905), 211 (298 f.); *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 61 II 1 c (S. 32). Sehr strittig ist, ob und unter welchen Voraussetzungen auch Rechtszuständigkeiten wie die eigentumsrechtliche Zuordnung einer Sache Gegenstand des Feststellungsvertrags sein können, vgl. nur *Wagner*, aaO., S. 618 ff. m. weit. Nachw.

⁸ Vgl. nur BGH NJW 2007, 432 m. weit. Nachw.; BGH NJW 2005, 1366 (1367); *Fritzsche*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 01.10.2007, § 1004 Rn. 34 u. 36; *Berger*, in: Brehm/Berger, Sachenrecht, 2. Aufl. 2006, § 7.1; vgl. auch *Medicus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 1004 Rn. 24 f.

⁹ S. nur BGH NJW 2005, 1366 (1367); BGH NJW 1996, 845 (846); *Berger* (Fn. 8), § 7.11; *Fritzsche* (Fn. 8), § 1004 Rn. 35 u. 37; *Medicus* (Fn. 8), § 1004 Rn. 24 u. 28; *Ebbing*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 1004 Rn. 13; *Jauernig*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2007, § 1004 Rn. 4; *Lettl*, JuS 2005, 871 f.

¹⁰ BGH NJW 2005, 1366 (1367) m. weit. Nachw.; *Fritzsche* (Fn. 8), § 1004 Rn. 35; *Jauernig* (Fn. 9), § 1004 Rn. 20; *Lettl*, JuS 2005, 871 (873 f.).

¹¹ BGH NJW 2007, 432 m. weit. Nachw.; *Jauernig* (Fn. 9), § 1004 Rn. 16.

¹² BGH NJW 2007, 2182 (2183) m. weit. Nachw.; *Jauernig* (Fn. 9), § 1004 Rn. 17.

¹³ Vgl. die Charakterisierung der h.M. bei *Lettl*, JuS 2005, 871 (872); *Neuner*, JuS 2005, 385 (387); *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2006, § 1004 Rn. 7; *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 1374.

¹⁴ *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 18 ff.; *ders.*, in: Lange/Nörr/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 315 (322, 333 ff.); *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 6; *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1376 f.; *Buchholz/Radke*, Jura 1997, 454 (459 f.); *Lobinger*, JuS 1997, 981 (982); *Neuner*, JuS 2005, 385 (388).

¹⁵ *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 82 ff., 129; *ders.*, AcP 176 (1976), 28 (50); *ders.*, in: Medicus/Mertens/Nörr/Zöllner (Hrsg.), Festschrift für Hermann Lange, 1992, S. 625 (657); *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 17; *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1380; *Lobinger*, JuS 1997, 981 (982); *Buchholz/Radke*, Jura 1997, 454 (459 f.); *Katzenstein*, ZGS

Durch diese Bestimmung des negatorischen Tatbestandes wird nicht nur die durch das Gesetz vorgegebene Unterscheidung zwischen Rechtsbeeinträchtigung und Schaden und damit die Abgrenzung der negatorischen Beseitigungshaftung zum verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch nach §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB realisiert. Aufgedeckt ist damit auch die gegenüber der Schadensersatzhaftung kategorial andersartige Funktion der negatorischen Beseitigungshaftung. Der negatorische Beseitigungsanspruch gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB schützt die rechtliche Integrität des Eigentums. Die negatorische Beseitigungshaftung wird ausgelöst durch einen Zustand, der dem Inhalt des Eigentumsrechts widerspricht, weil der Störer sich eine Position anmaßt, die nicht ihm, sondern dem Eigentümer zugewiesen ist. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB ist mithin darauf ausgerichtet, durch die Zurückdrängung des Störers in seinen Rechtskreis den Zustand wiederherzustellen, der dem Inhalt des Eigentums entspricht.¹⁶ Der negatorische Tatbestand besteht hiernach in der Überlagerung zweier Rechtskreise und ist folglich immer dann gegeben, wenn der Eigentümer in die Rechte des Störers eingreifen müsste, um die ihm zugeordnete, rechtliche Herrschaftsmacht wieder ausüben zu können.¹⁷ Der negatorische Beseitigungsanspruch ist auf die Beendigung der Rechtsusurpation durch den Störer gerichtet. Sobald der Störer sich in seinen Rechtskreis zurückzieht, entfällt folglich der negatorische Störungstatbestand unabhängig von dem tatsächlichen Zustand der dem Eigentümer zugeordneten Sache.¹⁸ Die Eigentumsbeeinträchtigung ist mithin von dem durch den Sachzustand vermittelten Schaden scharf zu trennen. Wenn der Bundesgerichtshof diesem Verständnis des negatorischen Beeinträchtigungstatbestandes in einer jüngeren Entscheidung entgegenhält, der deliktische Schadensersatzanspruch gewähre gerade wegen des Verschuldens Erfordernisses keine dem negatorischen Beseitigungsanspruch gleichwertigen Eigentumsschutz, der Beeinträchtigungstatbestand sei daher weiter zu fassen¹⁹, setzt sich das Gericht über den im BGB positivierten Verschuldensgrundsatz für die schadensersatzrechtliche Haftung offen hinweg.

2005, 424 (426); *Kahl*, LM § 1004 BGB Nr. 217 Bl. 662 f.; weit. Nachw. bei *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 4.

¹⁶ *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 49 ff.; *ders.*, in: Lange/Nörr/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 340; *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 10; *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1379 ff.; *Buchholz/Radke*, Jura 1997, 454 (459 f.); *Lobinger*, JuS 1997, 981 (983).

¹⁷ *Picker*, in: Lange/Nörr/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 335; *Lobinger*, JuS 1997, 981 (982 f.); *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1380; *Buchholz/Radke*, Jura 1997, S. 454 (460); *Katzenstein*, ZGS 2005, 424 (428).

¹⁸ *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 157; *ders.* (Fn. 17), S. 331 f.; *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 4 u. 20; *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1385; *Lobinger*, JuS 1997, 981 (983); *Buchholz/Radke*, Jura 1997, 454 (461); *Katzenstein*, ZGS 2005, 424 (426 f.).

¹⁹ BGH NJW 2005, 1366 (1367).

2. Beeinträchtigung des Rechts des Nießbrauchers im konkreten Fall

a) Faktische Inanspruchnahme des Nießbrauchs

Nach der hier vertretenen Auffassung ist für den Tatbestand des § 1065 BGB mithin entscheidend, ob die Kläger durch den Überbau das Nießbrauchrecht ohne Befugnis in Anspruch nehmen. Hierfür sind notwendigerweise die Eigentumsverhältnisse am Überbau zu klären. Denn die Kläger stören das Nutzungsrecht an der überbauten Teilfläche nur, wenn ihnen das Eigentum am Überbau zugeordnet ist.

aa) Eigentumsverhältnisse am Überbau

Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass das auf dem Stammgrundstück errichtete Gebäude gem. §§ 94 Abs. 1, 946 BGB in das Eigentum am Stammgrundstück fällt. Für die Eigentumszuweisung am Überbau kommt es sodann darauf an, ob die Gebäudeeinheit über §§ 93, 94 Abs. 2 BGB geschützt wird oder die Bodenakzession gem. §§ 94 Abs. 1, 946 BGB eintritt, der Überbau also in das Eigentum am überbauten Grundstück fällt. In dem hier gegebenen Fall der mietvertraglichen Erlaubnis zur Errichtung des Überbaus ergibt sich die eigentumsrechtliche Zuordnung nach der ganz herrschenden Meinung aus dem Schutz der Gebäudeeinheit nach §§ 93, 94 Abs. 2 BGB.²⁰ Im Vorprozess hatte der Bundesgerichtshof die Nichtanwendung der §§ 94 Abs. 1, 946 BGB mit einer entsprechenden Anwendung des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB und der parallelen Eigentumszuweisung in den Fällen des nach § 912 BGB entschuldigten Überbaus begründet. Die dinglichen Wirkungen folgten aus dem rechtsgeschäftlichen Willen der Beteiligten und dem auch in § 912 BGB zum Ausdruck kommenden Schutz der Gebäudeeinheit, der Wertvernichtungen vermeide.²¹

Der herrschenden Meinung ist im Ergebnis zu folgen. Entscheidend für die Bestimmung der Eigentumsverhältnisse am Überbau ist jedoch richtigerweise nicht der rechtsgeschäftliche Tatbestand der mietvertraglichen Gestattung des Überbaus. Die entsprechende Anwendung des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB ist nicht überzeugend, da die Norm gerade auf dingliche Rechte an Grundstücken zugeschnitten ist, die aufgrund des Eintragungserfordernisses in das Grundbuch nachprüfbar sind.²² Die sachenrechtliche Zuordnung des Eigentums am Überbau ergibt sich aus dem in §§ 93, 94 Abs. 2 BGB realisierten Schutz der Gebäudeeinheit. Die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit prägt als maßgeblicher Bestimmungsfaktor auch die Eigentumsverhältnisse gem.

²⁰ BGHZ 62, 141 (145 f.); 157, 301 (304); *Fritzsche* (Fn. 8), § 912 Rn. 27; *Jauernig* (Fn. 9), § 912 Rn. 1; *Roth*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2002, § 912 Rn. 71; *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 67. Aufl. 2008, § 912 Rn. 2.

²¹ BGHZ 157, 301 (304).

²² Zum Anwendungsbereich des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB s. nur *Fritzsche* (Fn. 8), Stand: 01.02.2007, § 95 Rn. 12; *Jauernig* (Fn. 9), § 95 Rn. 3; *Holch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 95 Rn. 21.

§ 947 Abs. 2 BGB. §§ 93, 94 Abs. 2 BGB ist somit Vorrang gegenüber § 94 Abs. 1 BGB einzuräumen.²³

Somit war ursprünglich B das Eigentum am Überbau zugeordnet. Mit der Teilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz begründete B Teileigentum (§§ 8, 2, 1 Abs. 3 WEG). Zu dem Teileigentum gehört das Gemeinschaftseigentum am Überbau.²⁴ Das Teileigentum wurde sodann gem. §§ 873, 925 BGB auf Z und von Z auf die Kläger übertragen. Im Zeitpunkt der Bestellung des Nießbrauchs zugunsten des Beklagten gehörte der Überbau somit nicht zum Eigentum an dem belasteten Grundstück, sondern war Teileigentum der Kläger. Das durch den Nießbrauch vermittelte Nutzungsrecht bezog sich mithin allein auf die überbaute Teilfläche, nicht aber auch auf den Überbau.

bb) Kläger als Störer

Mit dem ihnen eigentumsrechtlich zugewiesenen Überbau dringen die Kläger in den Rechtskreis des Inhabers des Nießbrauchs ein und maßen sich faktisch dessen Nutzungsrecht an der überbauten Teilfläche an. Die faktische Inanspruchnahme des Nießbrauchs des Beklagten ist infolge des Nichteintritts der Kläger in den Mietvertrag ohne Befugnis. Die Kläger stören das dingliche Nutzungsrecht an der Teilfläche, da der Beklagte sein Herrschaftsrecht nur durch Eingriff in das Teileigentum am Überbau wieder erlangen könnte.

b) Beeinträchtigungshaftung nach Maßgabe der Rechtsprechung

Aus Sicht der Rechtsprechung und der ihr folgenden herrschenden Meinung ist die eigentumsrechtliche Zuordnung des Überbaus für den Beeinträchtigungstatbestand gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB demgegenüber grundsätzlich irrelevant.²⁵ Es kommt alleine darauf an, ob der Überbau dem Willen des Eigentümers des überbauten Grundstücks widerspricht, sich insoweit als eine „Beeinträchtigung“ darstellt, und keine gesetzliche oder vertragliche Duldungspflicht besteht. Für eine Beeinträchtigung des Nießbrauchs als Abspaltung aus dem Eigentumsrecht kann damit im Grundsatz nichts anderes gelten. Allerdings muss auch die herrschende Meinung in diesem Fall berücksichtigen, dass der Nießbrauch an dem Grundstück bestellt wurde, als der Überbau bereits errichtet war. Als Abspaltung aus dem Eigentum wird der Inhalt des Nießbrauchs, der Gegenstand des Nutzungsrecht also, durch die Eigentumsverhältnisse am Überbau geprägt.²⁶

²³ S. Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1127.

²⁴ Armbrüster, in: Bärman, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl. 2008, § 1 Rn. 58 f.; Zimmer, in: Jennißen, WEG, 2008, § 1 Rn. 29 f.

²⁵ BGHZ 23, 61 (63); 40, 18 (22); Fritzsche (Fn. 8), § 912 Rn. 29 f.; Roth (Fn. 20), § 912 Rn. 74; vgl. auch Ebbing (Fn. 9), § 1004 Rn. 16.

²⁶ Wenn bei der nach Errichtung des Überbaus erfolgenden Bestellung des Nießbrauchs die Eigentumsverhältnisse relevant sind, dürfte der Fall einer Errichtung des Überbaus auf einem Grundstück, an dem ein Nießbrauch besteht, allerdings

Da die Kläger den Überbau nicht errichtet hatten, scheiden sie als Handlungsstörer aus. Eine die Beseitigungshaftung auslösende Zustandsverantwortlichkeit ist nach der herrschenden Meinung in der derjenigen Person begründet, die den beeinträchtigenden Zustand durch seinen maßgebenden Willen aufrechterhält.²⁷ Die Rechtsprechung hätte sich in diesem Fall wohl darauf gestützt, dass die Kläger als Eigentümer des Überbaus den Eintritt in den Mietvertrag verweigerten, der die Beeinträchtigung des Nießbrauchs legitimiert hätte. Insoweit wäre die Beeinträchtigung des Nießbrauchs den Klägern „zuzurechnen“ gewesen. Auch die herrschende Meinung würde hier somit zu einer Beeinträchtigung des Nießbrauchs gem. § 1065 BGB gelangen.

3. Kein Anspruchsausschluss nach § 1004 Abs. 2 BGB

Gem. §§ 1065, 1004 Abs. 2 BGB ist der Anspruch auf Beseitigung ausgeschlossen, wenn der Nießbraucher zur Duldung der Rechtsbeeinträchtigung verpflichtet ist. Aufgrund des Nichteintritts der Kläger in den Mietvertrag war eine vertragliche Duldungspflicht nicht gegeben. In Betracht zu ziehen war hier aber eine Duldungspflicht des Nießbrauchers infolge einer Anwendung des § 912 Abs. 1 BGB zugunsten der Kläger. Die Kläger könnten sich als Rechtsnachfolger in das Eigentum am Stammgrundstück auf die gesetzliche Duldungspflicht aus § 912 Abs. 1 BGB berufen, wenn der vertraglich gestattete Überbau dem entschuldigten Überbau gleichzustellen ist. Der Bundesgerichtshof hatte im Jahre 1983 diese Rechtsfrage bejaht und § 912 BGB in der Rechtsbeziehung der jeweiligen Sonderrechtsnachfolger der früheren Grundstückseigentümer angewandt.²⁸

In dem Vorprozess zu der hier zu besprechenden Entscheidung hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung in Ansehung der zeitlich befristeten Gestattung zum Überbau modifiziert. Durch die befristete Gestattung habe sich der Eigentümer des überbauten Grundstücks die Befugnis vorbehalten, mit dem Ende des Mietvertrags von seiner Eigentumsbefugnis wieder in vollem Umfang Gebrauch zu machen. In die vertragliche Vereinbarung dürfe nicht über die subsidiäre Anwendung des § 912 Abs. 1 BGB, der eine gesetzliche Rentenpflicht gem. § 912 Abs. 2 BGB nach sich

nicht anders entschieden werden. Denn § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB knüpft allein an die gegenwärtige Rechtsbeeinträchtigung an. Damit ist maßgebend der gegenwärtige Inhalt des Nießbrauchs und mithin die Frage, wer Eigentümer des Überbaus geworden ist. Wenn der Überbau in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks fällt, ist das durch den Nießbrauch vermittelte Nutzungsrecht hierauf bezogen. Eine Rechtsbeeinträchtigung ist nicht mehr gegeben. Ein in der Vergangenheit liegender Rechtseingriff ist irrelevant und wird nur von § 823 Abs. 1 BGB erfasst.

²⁷ BGH NJW 2007, 432 m. weit Nachw.; Fritzsche (Fn. 8), § 1004 Rn. 20; Jauernig (Fn. 9), § 1004 Rn. 17; Bassenge (Fn. 20), § 1004 Rn. 17.

²⁸ BGH NJW 1983, 1112 (1113); bestätigt durch BGH NJW-RR 1989, 1039 (1040); vgl. hierzu Roth (Fn. 20), § 912 Rn. 69.

zöge, eingegriffen werden.²⁹ Der Rechtsnachfolger in das Stammgrundstück könne sich nicht auf eine bestandskräftige Duldungspflicht aus § 912 Abs. 1 BGB berufen.

Diese Argumentation des BGH ist zweifelhaft. Es steht außer Frage, dass vertraglich eine Abbruchverpflichtung für den Fall des Endes der schuldrechtlichen Gestattung des Überbaus vereinbart werden kann. Diese Vereinbarung wirkt aber nur zwischen den Vertragsparteien. Die Rechtsfolge des § 912 Abs. 1 BGB kann durch eine Vereinbarung zu Lasten des Rechtsnachfolgers in das Eigentum am Stammgrundstück nicht abbedungen werden. Zu stellen ist mithin allein die Frage, ob der gestattete Überbau dem gutgläubigen Überbau nach dem Gesetz gleichsteht. Nur wenn man diese, allein an § 912 Abs. 1 BGB zu messende, objektiv-rechtliche Frage verneint, ist eine gesetzliche Duldungspflicht nicht gegeben und der Ausschlussstatbestand des § 1004 Abs. 1 BGB somit nicht erfüllt.

III. Inhalt des negatorischen Beseitigungsanspruchs

1. Aufgabe der rechtsusurpierenden Position durch den Störer

Nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB iVm. § 1065 BGB kann der Inhaber des Nießbrauchs von dem Störer die Beseitigung der Rechtsbeeinträchtigung verlangen. Der negatorische Beseitigungsanspruch verpflichtet den Störer nach richtiger Auffassung zur Aufgabe seiner rechtsusurpierenden Stellung. Der Eigentumsfreiheitsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB ist auf die Zurückdrängung des Störers in seinen eigenen Rechtskreis gerichtet. Die Beseitigungsverpflichtung des Störers, die durch den negatorischen Tatbestand ausgelöst wird, soll die rechtliche Integrität des gestörten Rechts wiederherstellen.³⁰ Über die Art und Weise der Beendigung der Inanspruchnahme des fremden Rechts und mithin der Beseitigung der Störung entscheidet aber allein der Störer. Die dem Störer auferlegte Beseitigungslast ist gerade auch seinem Interesse zu dienen bestimmt. Der Störer soll seinen Rückzugsweg allein bestimmen.³¹

a) Überführung des Überbaus in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks

Die Frage nach der Zumutbarkeit der Kosten des Abbruchs des Überbaus war nur zu stellen, wenn die faktische Beseitigung des Überbaus die einzige Möglichkeit darstellte, die befugnislose Inanspruchnahme des Nießbrauchs zu beenden. Dies war jedoch nicht der Fall. Der Tatbestand der Störung des Nießbrauchs durch den Überbau entfällt, wenn die Kläger den Überbau in den Bestandteilsverband am überbauten Grundstück überführen, ihre Eigentumsposition am Überbau mithin verlieren und damit der Rechtskreis der Kläger den

Rechtskreis des Beklagten nicht mehr überlagert. Der Bundesgerichtshof hatte in dem Vorprozess den Weg zur *rechtsgeschäftlichen* Überführung des Überbaus in den Bestandteilsverband am überbauten Grundstück gewiesen. Hierfür komme die Belastung des Stammgrundstücks mit einer Dienstbarkeit in Betracht, die die Ausübung des Überbaurechts ausschließe (§ 1018 Alt. 3 BGB).³² Ein weiterer Weg bestünde in einem der Begründung des Eigentums am Überbau gegenläufigen Geschäft. Hierbei müsse mit der erforderlichen Einigung über die Beendigung des Überbaurechts die Beseitigung der Gebäudeeinheit einhergehen, die den Überbau zum Bestandteil des Stammgrundstücks mache. Dies könne durch den baulichen Abschluss des Überbaus von dem übrigen Grundstück erfolgen.³³

Es ist hier nicht der Ort, auf die Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Überführung des Überbaus in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks einzugehen.³⁴ Zu unterstellen ist, dass der Eigentümer des überbauten Grundstücks den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Überbaus nicht wollte. Ein rechtsgeschäftliches Angebot der Kläger auf Übertragung des Eigentums am Überbau ist zur Beendigung der Rechtsusurpation jedenfalls nicht ausreichend, weil hierdurch die rechtliche Zuordnung des Überbaus und damit der Tatbestand der Störung nicht beendet wird.³⁵

Die Kläger hatten aber die Möglichkeit, unabhängig von einer rechtsgeschäftlichen Einigung den Überbau in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks einzugliedern und damit auch die befugnislose Inanspruchnahme des Nießbrauchs zu beenden. Wenn der Schutz der Gebäudeeinheit gem. §§ 93, 94 Abs. 2 BGB die Bodenakzession nach § 94 Abs. 1 BGB ursprünglich verhinderte, so war zur Veränderung der eigentumsrechtlichen Lage die Gebäudeeinheit aufzulösen. Die Beseitigung der Gebäudeeinheit hätte durch den baulichen Abschluss des Überbaus von dem Stammgrundstück erfolgen können. In dem Gebäudeteil, der den Überbau konstituierte, wurde ein Getränkelager betrieben. Durch die Auftrennung der Gebäudeeinheit im Wege des baulichen Abschlusses des Getränkelagers vom Supermarkt im übrigen wäre die Gebäudeeinheit mit dem BGH aufgelöst worden.³⁶ Mit der Aufhebung der Gebäudeeinheit verlieren die §§ 93, 94 Abs. 2 BGB den Gegenstand der eigentumsrechtlichen Zuordnung. Es kommt zur Bodenakzession gem. § 94 Abs. 1 BGB. Die zusätzliche Aufgabe einer etwaigen Sondereigentumsposition an dem als Getränkelager genutzten Raum gem. § 4 Abs. 1 WEG ist zur Sicherstellung der Bodenakzession gem. § 94 Abs. 1 BGB nicht erforderlich, da durch die Abtrennung des Überbaus von dem Gebäude im

²⁹ BGHZ 157, 301 (308 f).

³⁰ *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 157; *ders.* (Fn. 17), S. 341 f.; *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 136; *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1380 ff.

³¹ *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 165 ff.; *Lobinger*, JuS 1997, 981 (983); *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1390.

³² BGHZ 157, 301 (306); vgl. bereits BGH LM BGB § 912 Nr. 9.

³³ BGHZ 157, 301 (306).

³⁴ Kritisch zu den vom BGH gewiesenen Möglichkeiten etwa *Grzizowicz*, EWiR 2004, 595 (596); *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1125 m. Fn. 1908.

³⁵ S. zum Erfordernis der vollständigen Aufgabe der rechtlichen Beziehung zu der störenden Sache *Picker* (Fn. 31), S. 114.

³⁶ Vgl. BGHZ 157, 301 (306 f.).

übrigen ein etwaiges Sondereigentum an dem als Getränke- lager genutzten Raum ebenfalls seinen Gegenstand verliert. Der baulich abgetrennte Raum ist nicht mehr dem Gebäude, das zum Teileigentum gehört, zuzuordnen (vgl. § 1 Abs. 3 WEG). Der bauliche Abschluss des Überbaus von dem Stammgrundstück war den Klägern auch möglich. Aus dem Tatbestand des Urteils ist nicht zu entnehmen, dass dritte Miteigentümer existierten, die dem baulichen Abschluss hätten widersprechen können.³⁷

Durch die Auflösung der Gebäudeeinheit mit der Folge der Überführung des Überbaus in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks gem. § 94 Abs. 1 BGB wird das Nießbrauchrecht im Rechtssinne nicht mehr gestört, weil die Kläger die rechtliche Beziehung zu der störenden Sache verloren, sie sich mithin in ihren eigenen Rechtskreis zurückgezogen haben.³⁸

Das vom BGH zusätzlich zur Trennung der Gebäudeeinheit aufgestellte Erfordernis der rechtsgeschäftlichen Einigung über die Beendigung des Überbaurechts konnte – unabhängig von der sachlichen Richtigkeit dieses Kriteriums – in diesem Fall schon deshalb keine Bedeutung erlangen, weil zugunsten der Kläger zu keinem Zeitpunkt ein Überbaurecht bestand. Das Erfordernis der Einigung über die Beendigung des Überbaurechts war hier ohne Gegenstand. Die Kläger hatten den Eintritt in den Mietvertrag abgelehnt.

b) Andersartigkeit des Inhalts der negatorischen Haftung gegenüber der Restitution

Die Überführung des Überbaus in den Bestandteilsverband des überbauten Grundstücks als Beendigung der Rechtsusurpation ist nicht durch das im Kontext der Dereliktion vorgebrachte Argument zu versperren, der Störer dürfe sich seiner aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB folgenden Kostenbelastung nicht entziehen.³⁹ Es wird verkannt, dass die Kostenlast konkret

³⁷ Der Bundesgerichtshof nahm aufgrund des deklaratorischen Anerkenntnisses der Kläger an, dass sie sich in Bezug auf den Abbruch des Überbaus zur Einholung der Zustimmung etwaiger weiterer Miteigentümer verpflichtet hatten, vgl. BGH NJW 2008, 3122.

³⁸ Eine andere Frage ist, ob die Auftrennung der Gebäudeeinheit mit der Folge der Bodenakzession einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 989, 990 BGB bzw. § 823 Abs. 1 BGB auslöst. Dies ist hier zu verneinen. Der bauliche Abschluss des Überbaus bedeutet gegenüber dem bis dahin bestehenden Eingriff keine neue oder intensivere Schädigung. Die Aufgabe des Eigentums und die damit einhergehende Beendigung der Beseitigungspflicht begründen als solche mangels erneuter Schadenszufügung keine Schadensersatzhaftung, s. auch *Picker* (Fn. 17), S. 339.

³⁹ So aber die gegen die Möglichkeit der Dereliktion als ein Weg zur Beendigung der negatorischen Beseitigungshaftung BGH NJW 2007, 2182 (2183); BGH NJW 2005, 1366 (1367); *Medicus* (Fn. 8), § 1004 Rn. 28; *Münch*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2006, § 1004 Rn. 186; *Larenz/Canaris* (Fn. 7), § 86 V 2 (S. 696); vgl. auch *Neuner*, JuS 2005, 385 (388 f.).

immer nur gebunden ist an die Entscheidung des Störers über die Art und Weise der Beendigung der Rechtsusurpation. Weil die Kostenbelastung der Entscheidung über den Weg zur Aufgabe der rechtsusurpierenden Stellung immer nachfolgt, theoretisch immer von einer Mehrheit von Auswahlmöglichkeiten auszugehen ist, kann nicht über die gleichsam akzessorische Kostenbelastung das Auswahlermessen des Störers eingeschränkt werden. Der Gestörte hat nach der gesetzlichen Regelung des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB gerade kein Recht, das Verfahren der Beendigung der befugnislosen Inanspruchnahme seiner Rechtsmacht zu bestimmen.⁴⁰ Der gesetzliche Übergang des Eigentums am Überbau durch die Aufhebung der Gebäudeeinheit ist in der gesetzlichen Ordnung des BGB gem. §§ 93, 94 BGB selbst angelegt.

c) Zwischenergebnis

Die Kläger waren nicht auf die Möglichkeit des Abbruchs des Überbaus beschränkt, um die Beendigung der befugnislosen Inanspruchnahme des Nießbrauchs gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zu beenden. Die Frage nach der Unzumutbarkeit der Abbruchkosten im Rahmen der negatorischen Beseitigungshaftung stellte sich gar nicht, da die Kläger über die weitaus kostengünstigere Möglichkeit verfügten, die Gebäudeeinheit durch baulichen Abschluss des Überbaus von dem Stammgrundstück aufzulösen.⁴¹

⁴⁰ *Picker* (Fn. 31), S. 170; *ders.* (Fn. 17), S. 342.

⁴¹ Auch eine Rückbauverpflichtung der Kläger aus § 546 Abs. 2 BGB war nicht begründet. Die Funktion des § 546 Abs. 2 BGB besteht darin, die Herausgabebeziehung des Vermieters, der nicht Eigentümer ist, zu sichern, vgl. nur *Ehlert*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 01.04.2007, § 546 Rn. 2; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 67. Aufl. 2008, § 546 Rn. 17. Vor diesem Hintergrund ist entgegen der ganz herrschenden Meinung der Inhalt des Anspruchs aus § 546 Abs. 2 BGB mit dem Inhalt des vindikatorischen Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB zu parallelisieren, s. auch OLG Hamburg, MDR 2000, 1372. Wie der Bundesgerichtshof im Vorprozess entschieden hatte, waren die Kläger in Bezug auf die Herausgabe der überbauten Teilfläche nicht auf den Abriss des Anbaus beschränkt. Zur Herausgabe des Besitzes hielt es der Bundesgerichtshof für ausreichend, den baulichen Abschluss des Getränke- lagers vom Supermarkt im übrigen herbeizuführen, gegebenenfalls mit Eröffnung eines Zutritts von dem Grundstück des Beklagten aus, BGHZ 157, 301 (306 f). In strikter Orientierung an § 985 BGB konnte sich daher aus § 546 Abs. 2 BGB keine Verpflichtung der Kläger zum Abriss des Überbaus ergeben. Auch wenn man § 546 Abs. 2 BGB mit der herrschenden Meinung als einen gesetzlichen Schuldbeitritt einordnet, s. nur RGZ 136, 33; BGHZ 79, 232 (235); *Heintzmann*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2007, § 546 Rn. 11; *Rolfs*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2006, § 546 Rn. 61, und damit von § 985 BGB entkoppelt, ist in diesem Fall eine Rückbauverpflichtung der Kläger nicht gegeben. Nach dem Tatbestand des § 546 Abs. 2 BGB kommt es darauf an, dass der Mieter dem Dritten den

2. Faktische Beseitigungspflicht als Folge der Kausalhaftung

Der Bundesgerichtshof geht in seiner Entscheidung mit Selbstverständlichkeit davon aus, dass das Anerkenntnis des Beseitigungsanspruchs durch die Kläger auf die vertragliche Feststellung der Verpflichtung gerichtet sei, den Überbau abzureißen. Das Anerkenntnis der Kläger bezog sich indes allein auf das Bestehen des Beseitigungsanspruchs, nicht aber auf die Art und Weise der Beseitigung der Rechtsbeeinträchtigung. Dem Anerkenntnis war ein rechtsgeschäftlicher Wille zur Feststellung der Verpflichtung zum Abbruch des Überbaus nicht zu entnehmen. Der Bundesgerichtshof legt in seiner Entscheidung das eigene Verständnis von dem Inhalt der negatorischen Beseitigungshaftung gem. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zugrunde und schreibt dieses dem rechtsgeschäftlichen Willen der Kläger zu. Nach der Rechtsprechung und der ihr folgenden herrschenden Meinung ist der negatorische Beseitigungsanspruch auf die faktische Beseitigung der Störungsquelle gerichtet.⁴² Danach ist die negatorische Beseitigungspflicht auf die teilweise Wiederherstellung des ursprünglichen Sachzustands in Natur und damit auf Restitution gem. § 249 Abs. 1 BGB gerichtet. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB fungiert als ein um das Verschuldenserfordernis gekürzter Schadensersatzanspruch eingeschränkter Inhalts. Die nicht vorgenommene Abgrenzung zwischen Rechtsbeeinträchtigung und Schaden setzt sich in der Rechtsfolge des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB fort.

IV. Opfergrenze des negatorischen Beseitigungsanspruchs

Wenn auch die Kläger aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB keine Verpflichtung zum Abbruch des Überbaus traf, ist nunmehr auf die allgemeine Frage nach der Anwendbarkeit des § 275 Abs. 2 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch einzugehen.

1. Gründe des BGH

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mit § 275 Abs. 2 BGB die Grenze des negatorischen Beseitigungsanspruchs konturiert. § 275 BGB finde auf alle Leistungspflichten Anwendung, gleichgültig ob diese auf einem Vertrag, auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis oder allgemein auf einer gesetzlichen Verpflichtung

beruhen. Es entspreche der in der Gesetzesbegründung ausdrücklich geäußerten Absicht des Gesetzgebers des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, § 275 Abs. 2 BGB auf „Leistungsansprüche aus dem Sachenrecht“ anzuwenden. Der in der früheren Rechtsprechung vorgenommene Rückgriff auf § 251 Abs. 2 S. 1 BGB habe sich damit erübrigt. Eine Auseinandersetzung mit der in der Literatur vertretenen Gegenauffassung, die die Anwendung des § 275 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch ablehnt⁴³, findet nicht statt.⁴⁴

Im konkreten Fall sei die Einrede aus § 275 Abs. 2 S. 1 BGB schon aus dem in § 275 Abs. 2 S. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsatz nicht begründet. Nach der gem. § 275 Abs. 2 S. 2 BGB „gebotenen Wertung des Verhaltens“ hätten die Kläger beim Erwerb des Teileigentums der Ausdehnung des Gebäudes auf das Grundstück des Beklagten keine Beachtung geschenkt. Auch nach der Aufdeckung des Rechtsmangels hätten sie es versäumt, durch Weiterzahlung der Miete oder Eintritt in den Mietvertrag die Beseitigungspflicht zu vermeiden. Die durch ihr Verhalten entstandene Beseitigungspflicht könne daher nicht als wirtschaftlich unzumutbar qualifiziert werden.

2. Kritik

a) *Nichtanwendbarkeit des § 275 Abs. 2 BGB auf § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB*

aa) *Verfehlte Qualifikation des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB als Leistungsanspruch iSv. § 275 BGB*

Als ein erstes Indiz gegen die Anwendbarkeit des § 275 Abs. 2 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB streitet die systematische Positionierung der beiden Normen. § 275 BGB ist in das Recht der Schuldverhältnisse und nicht in das Sachenrecht integriert. Der Systematik des BGB folgend hätte die Regelung des § 275 Abs. 2 BGB dem Allgemeinen Teil zugeordnet werden müssen, um die Anwendbarkeit auf den dinglichen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB sicherzustellen.

§ 275 BGB findet sodann nur Anwendung auf den Anspruch auf Leistung. Der Bundesgerichtshof weicht in seiner Entscheidung der Frage aus, durch welches Merkmal der Leistungsanspruch geprägt wird. Die Natur des negatorischen Beseitigungsanspruchs als Leistungsanspruch gem. § 275 BGB wird kurzerhand unterstellt. Für die Bestimmung des

Gebrauch der Mietsache überlassen hat. In casu hatte Z die Teileigentumseinheiten an die Kläger aber verkauft. Die Kläger versprachen den Kaufpreis für das Teileigentum, das das Miteigentum an dem überbauten Grundstück umfassen sollte. Die überbaute Teilfläche wurde den Klägern nach Maßgabe der kaufvertraglichen Einigung nicht zum vorübergehenden Gebrauch überlassen, sondern war Gegenstand des Kaufvertrags. Aus diesem Grunde war der Tatbestand des § 546 Abs. 2 BGB nicht gegeben. Die Kläger waren somit nicht in die vertragliche Rückbaupflicht des Z einbezogen.

⁴² Vgl. nur BGH NJW 2005, 1366 (1367) m. weit. Nachw.; *Fritzsche* (Fn. 8), § 1004 Rn. 58; *Ebbing* (Fn. 9), § 1004, Rn. 64; *Jauernig* (Fn. 9), § 1004, Rn. 7; *Medicus* (Fn. 8), § 1004 Rn. 71; *Larenz/Canaris* (Fn. 7), § 86 V 3 c (S. 698).

⁴³ Vgl. etwa *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1189; *Münch* (Fn. 39), § 1004 Rn. 311; *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 155 f.; *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 67. Aufl. 2008, § 275 Rn. 3; auch nach *Schmidt-Recla* (Fn. 2), S. 641 (667) ist § 275 Abs. 2 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch im Tiefgaragenfall (BGHZ 62, 388 ff.) nicht anzuwenden. Für eine Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch etwa *Canaris*, JZ 2004, 214 (224); wohl auch *Dauner-Lieb*, in: Anwaltkommentar zum BGB, 2005, § 275 Rn. 55 (einschränkend aber aaO., Rn. 3); die Anwendbarkeit des § 275 Abs. 2 BGB erwägend *Medicus* (Fn. 8), § 1004 Rn. 80.

⁴⁴ Die Kürze der Entscheidungsbegründung bemängelt auch *Gsell*, LMK 2008, 266937.

Leistungsanspruchs ist der charakteristische Inhalt rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen zu verdeutlichen, auf die § 275 BGB unstreitig Anwendung findet: Rechtsgeschäftliche Verpflichtungen sind ihrem Inhalte nach auf eine Vermögensaufstockung des Gläubigers gerichtet.⁴⁵ Im charakteristischen Gegensatz hierzu steht der negatorische Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB. Der negatorische Beseitigungsanspruch zielt auf die Verwirklichung der dem Eigentümer zugewiesenen Herrschaftsgewalt. Über den negatorischen Beseitigungsanspruch wird der Störer in seinen Rechtskreis zurückgedrängt, das Vermögen des Eigentümers erfährt keine Aufstockung.⁴⁶ Aus diesem Grunde ist die Beseitigungsverpflichtung aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB nicht mit einer rechtsgeschäftlichen Leistungsverpflichtung vergleichbar.⁴⁷

bb) Systematischer Vergleich mit dem vindikatorischen Herausgabeanspruch

Der negatorische Beseitigungsanspruch ist historisch wie dogmatisch als Komplementärnorm zu § 985 BGB zu verstehen.⁴⁸ Wie dem Wortlaut des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB explizit zu entnehmen ist, tritt der negatorische Beseitigungsanspruch dem Herausgabeanspruch des Eigentümers ergänzend zur Seite. Der Tatbestand des vindikatorischen Herausgabeanspruchs wird durch die gegenüber dem Eigentümer nicht legitimierte Besitzposition, also durch die faktische Inanspruchnahme einer dem Eigentümer zugewiesenen Rechtsmacht, ausgelöst. Der Tatbestand des § 985 BGB entfällt deshalb im Einklang mit der allgemeinen Meinung mit dem Verlust der Besitzposition unabhängig davon, ob der Eigentümer den Besitz an der Sache zurück erlangt hat oder der frühere Besitzer die Sache wiederbeschaffen kann.⁴⁹ Weil mit dem Verlust des Besitzes der Tatbestand des rechtswidrigen Habens und damit die Grundlage des Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB entfällt, ist auch § 275 BGB nicht auf den

vindikatorischen Herausgabeanspruch anzuwenden.⁵⁰ Hat aber der negatorische Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB eine reine Ergänzungsfunktion zu dem vindikatorischen Herausgabeanspruch, erfasst er also nur andere Formen der befugnislosen Inanspruchnahme des Eigentumsrechts, so bedeutet es einen Widerspruch, § 275 BGB nicht auf § 985 BGB, wohl aber auf § 1004 BGB anzuwenden.⁵¹ So wie den unrechtmäßigen Besitzer keine Beschaffungsschuld trifft, der unrechtmäßige Besitzer also nicht die Restitution des Eigentümergevermögens um die verlustig gegangene Besitzposition schuldet, ist der Störer über § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB nicht verpflichtet, den Schaden im Vermögen des Eigentümers auszugleichen. Der negatorische Beseitigungsanspruch ist von dem Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB in gleicher Weise zu trennen, wie auch der vindikatorische Herausgabeanspruch aus § 985 BGB von der Schadensersatzhaftung aus §§ 989, 990 BGB zu unterscheiden ist.⁵²

cc) Fehlerhafte Parallelisierung des negatorischen Beseitigungsanspruchs mit dem Anspruch auf Schadensersatz

Entgegen den Ausführungen des Bundesgerichtshofs verweist die zitierte Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (BT-Drs. 14/6040, S. 130) in Bezug auf den Anwendungsbereich von § 275 Abs. 2 BGB nicht „ausdrücklich auf Leistungsansprüche aus dem Sachenrecht“.⁵³ Die historische Auslegung liefert allerdings insoweit eine Stütze für die Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB, als die Regierungsbegründung § 275 Abs. 2 BGB in den Kontext der §§ 251 Abs. 2, 633 Abs. 2, 651c Abs. 2 S. 2 BGB a.F. einordnet und die Entscheidung BGHZ 62, 388 anführt.⁵⁴ Dort hatte der Bundesgerichtshof unter Rückgriff auf § 251 Abs. 2 BGB entschieden, dass das Beharren auf der Beseitigungspflicht des Störers rechtsmissbräuchlich sei, wenn der in Anspruch Genommene nur unter unverhältnismäßigen, vernünftiger Weise nicht zumutbaren Aufwendungen seiner

⁴⁵ Picker, AcP 183 (1983), 369 (398); Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 94 f.; ders. (Fn. 2), S. 6 f.; Bernhard, Jura 2006, 801 (806); Katzenstein, ZGS 2005, 424 (425).

⁴⁶ Picker (Fn. 31), S. 157; Katzenstein, ZGS 2005, 424 (426).

⁴⁷ Picker (Fn. 31), S. 157; Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1390; Henckel, AcP 174 (1974), 97 (129); Katzenstein, ZGS 2005, 424 (428); Münch (Fn. 39), § 1004 Rn. 311; a.A. etwa Bezzenberger, JZ 2005, 373 (376).

⁴⁸ Picker, in: Canaris u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, Band I, S. 693 (748 ff.). Die identische, negatorische Schutzfunktion von § 985 und § 1004 BGB wird ferner hervorgehoben von Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1381; Lobinger, JuS 1997, 981 (983); Gsell, LMK 2008, 266937.

⁴⁹ So auch im Ergebnis die allgemeine Meinung, vgl. nur RGZ 115, 31 (33); Quack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 985 Rn. 16 u. 35; Bassenge (Fn. 20), § 985 Rn. 5; Gursky (Fn. 13), § 985 Rn. 7 u. 48; Jauernig (Fn. 9), § 985 Rn. 9.

⁵⁰ Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 447; Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1186; Fritzsche (Fn. 8), § 985 Rn. 27; Jauernig (Fn. 9), § 985 Rn. 4; Heinrichs (Fn. 43), § 275 Rn. 3; Gursky (Fn. 13), § 985 Rn. 7; Stadler, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2006, Vor § 985 Rn. 3. Differenzierend Gebauer/St. Huber, ZGS 2005, 103 (104 m. Fn. 5).

⁵¹ Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1190; Heinrichs (Fn. 43), § 275 Rn. 3 schließt konsequent die Anwendung des § 275 BGB auf § 985 und § 1004 BGB aus; im Ergebnis übereinstimmend Gursky (Fn. 13), § 1004 Rn. 148; Münch (Fn. 39), § 1004 Rn. 311. Kritisch gegenüber der Anwendbarkeit des § 275 Abs. 2 BGB auf § 1004 BGB Fritzsche (Fn. 8), § 1004 Rn. 72.

⁵² Picker (Fn. 31), S. 160 ff.; Lobinger, JuS 1997, 981 (983).

⁵³ In dieser Bewertung übereinstimmend Gsell, LMK 2008, 266937.

⁵⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 130.

Verpflichtung entsprechen könnte.⁵⁵ Zur Präzisierung der Grenze des negatorischen Beseitigungsanspruchs hatte sich der Bundesgerichtshof in einer vorangegangenen Entscheidung auf ein von v. Tuhr⁵⁶ entwickeltes Argument berufen, der „lediglich auf objektiver Rechtswidrigkeit beruhende Beseitigungsanspruch“ könne nicht weiter gehen als der auf einem Verschulden beruhende Schadensersatzanspruch.⁵⁷ Die Parallele zu dem auf Naturalrestitution gerichteten Schadensersatz bildete dabei nicht nur die äußerste Grenze für den negatorischen Beseitigungsanspruch. Die im Vergleich zum Beseitigungsanspruch „strengere“ Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs, nämlich seine Verschuldensabhängigkeit, lieferte der Rechtsprechung zugleich die Basis dafür, die Begrenzung des Beseitigungsanspruchs danach zu bestimmen, ob die Störung des Eigentums zu vertreten war und welchen Grad das Verschulden aufwies.⁵⁸ Soweit den Störer kein Verschuldensvorwurf traf, war die Schranke des Beseitigungsanspruchs somit niedriger zu setzen.

Durch diese Parallelisierung mit dem Schadensersatzanspruch hatte der Bundesgerichtshof die Ordnungsfunktion des negatorischen Beseitigungsanspruchs allerdings grundlegend verkannt.⁵⁹ Die den Inhalt der Schadensersatzhaftung bestimmenden §§ 249 ff. BGB sind anders als der negatorische Beseitigungsanspruch darauf ausgerichtet, den durch die Rechtsverletzung entstandenen Nachteil beim Geschädigten wieder auszugleichen.⁶⁰ Dabei fungiert § 251 Abs. 2 BGB nicht als Opfergrenze des Schadensersatzanspruchs, sondern kompensiert den im Vermögen des Geschädigten entstandenen Nachteil nur auf andere Weise. Die in § 249 Abs. 1 BGB angelegte Vorrangigkeit der Naturalrestitution ist als positivistische Zweckmäßigkeitentscheidung zu qualifizieren, die gerade auch dem Interesse des Schädigers zu dienen bestimmt ist.⁶¹ Die Geldentschädigung ist die grundsätzlich gleichwertige Form der Wiedergutmachung⁶² § 251 Abs. 2

S. 1 BGB konkretisiert mithin die bestehende Schadensersatzpflicht nur inhaltlich.⁶³

Im Gegensatz zum Schadensersatzrecht verpflichtet der negatorische Beseitigungsanspruch den Störer nicht, unter Rückgriff auf sein Vermögen eine Einbuße im Vermögen des Eigentümers auszugleichen. Dadurch unterscheidet sich der negatorische Beseitigungsanspruch kategorial von der Schadensersatzhaftung, die in einen Vermögenstransfer des Schädigers zum Geschädigten resultiert.⁶⁴ Die aus der aktiven Beseitigungspflicht nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB folgende Kostenbelastung des Störers falsifiziert diesen Befund nicht.⁶⁵ Denn die durch das Gesetz statuierte Beseitigungspflicht des Störers ist eine rein positivistische Entscheidung, die dem Interesse des Störers sowie auch der Verwirklichung des Rechtsfriedens zu dienen bestimmt ist. Das Gesetz versagt dem Träger des beeinträchtigten Rechts, die Rechtsverwirklichung in eigene Hände zu nehmen und verhindert dadurch einen Eingriff des Gestörten in den Rechtskreis des Störers. Der Störer soll eigenständig entscheiden können, wie er die faktische Anmaßung des fremden Rechts beendet, seinen eigenen Rechtskreis also selbst in Ordnung bringen. Das BGB hat sich also vor allem aus Zweckmäßigkeitsgründen dagegen entschieden, den Störer nicht lediglich auf Duldung der Beseitigung durch den Gestörten haften zu lassen.⁶⁶ Die negatorische Beseitigungspflicht verfolgt nicht das Ziel der Aufbesserung des Vermögens des Eigentümers zu Lasten des Störers und ist mithin nicht auf eine Güterneuverteilung gerichtet.⁶⁷

Schließlich entfaltet auch das Verschulden für Grund und Grenze des negatorischen Beseitigungsanspruchs keine Relevanz. Der negatorische Beseitigungsanspruch verwirklicht die dem Eigentümer zugewiesene Herrschaftsgewalt, indem der Störer zur Beendigung der Okkupation fremder Rechtsmacht gezwungen wird. Das Verschulden ist für den Tatbestand des negatorischen Beseitigungsanspruchs schon seiner Schutzfunktion nach ohne jede Bedeutung, weil die Herrschaftsgewalt des Eigentümers von der Bewertung eines Drittverhaltens unabhängig ist. Der Eigentümer muss die

⁵⁵ BGHZ 62, 388 (391).

⁵⁶ Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Band 46 (1904), 39, (54 ff.).

⁵⁷ BGH WM 1974, 572 (573).

⁵⁸ BGH WM 1974, 572 (573); BGHZ 62, 388 (394).

⁵⁹ Picker, in: Medicus/Mertens/Nörr/Zöllner (Hrsg.), Festschrift für Hermann Lange, 1992, S. 625 (650 ff.).

⁶⁰ Vgl. nur Lange in: Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, Einl. III 2a, S. 9 ff.; Jansen, JZ 2005, 160 (162); Teichmann, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2007, Vor §§ 249 – 253 Rn. 2; Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 249 Rn. 8; Schiemann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2005, Vorbem 3 zu §§ 249 ff.

⁶¹ Protokolle bei Mugdan II, S. 513: (...), „und soll der Schuldner die Befugnis haben, durch Naturalrestitution, insofern diese nicht das Interesse des Gläubigers beeinträchtigt, die Verpflichtung zur Geldleistung abzuwenden.“

⁶² Protokolle bei Mugdan II, S. 513: „Verstehe man unter Schaden jeden wirtschaftlichen Nachteil und unter Ersatz die Ausgleichung dieses Nachtheiles, so ergebe sich, daß dieser Ersatz ebensowohl durch Naturalrestitution wie durch Geldentschädigung geschehen könne.“ S. auch Picker

(Fn. 59), S. 661 ff.; Wendehorst, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 92 f.; Oetker (Fn. 60), § 251 Rn. 1; vgl. auch Medicus AcP 192 (1992), 35 (38); Dieser dogmatischen Einordnung entspricht es, dass in der Praxis die Geldentschädigung als Inhalt des Schadensersatzes weit überwiegt, vgl. nur Lange (Fn. 60), § 5 II 1, S. 214.

⁶³ Lobinger (Fn. 2), S. 62.

⁶⁴ Picker, AcP 176 (1976), 28 (48 ff.); ders. (Fn. 59), S. 656 ff.; Wilhelm (Fn. 13), Rn. 69 f.

⁶⁵ So aber jüngst im Kontext der Dereliktion BGH NJW 2005, 2366 (2367) im Anschluss an Larenz/Canaris (Fn. 7), § 86 III 3 c (S. 689) u. § 86 V 2 (S. 696); vgl. auch Medicus (Fn. 8), § 1004 Rn. 28.

⁶⁶ Picker (Fn. 31), S. 165 ff.; ders., AcP 176 (1976), 28 (51 Fn. 71); ders. (Fn. 17), S. 341 f.; Wilhelm (Fn. 13), Rn. 1390; Lobinger, JuS 1997, 981 (983); Katzenstein, ZGS 2005, 424 (428); Buchholz/Radke, Jura 1997, 454 (463).

⁶⁷ Picker (Fn. 31), S. 167; Lobinger, JuS 1997, 981 (983); Katzenstein, ZGS 2005, 424 (428).

Aufgabe der befugnislosen Inanspruchnahme seiner Rechtsmacht ohne weitere Voraussetzung verlangen können, da ansonsten die umfassende und exklusive Herrschaftsgewalt, die das Eigentum als Inbegriff des subjektiven Rechts vermittelt (§ 903 BGB), gar nicht bestünde.⁶⁸

Wenn das Gesetz aus diesem Grunde dem Störer die Beseitigungslast unabhängig von einem Verschulden auferlegt, ist es nicht nachvollziehbar, warum gerade das Kriterium des Verschuldens für die Beschränkung des Beseitigungsanspruchs den Maßstab bilden soll. Da der negatorische Beseitigungsanspruch und der Schadensersatzanspruch ganz und gar unterschiedliche Funktionen haben, kann die Grenze des negatorischen Beseitigungsanspruchs nicht durch eine Parallelisierung mit dem Schadensersatzrecht gefunden werden.⁶⁹ Daher war und ist die Anwendung des § 251 Abs. 2 S. 1 BGB auf den negatorischen Beseitigungsanspruch abzulehnen.⁷⁰

Mit dem nunmehr erfolgenden Rückgriff auf § 275 Abs. 2 BGB perpetuiert die Rechtsprechung die über § 251 Abs. 2 S. 1 BGB fehlerhaft, nämlich im Kontext des Schadensersatzrechts, entwickelte Grenze des negatorischen Beseitigungsanspruchs. Durch die Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB auf § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB wird die beschriebene Funktion des negatorischen Beseitigungsanspruchs im Rechtsschutzsystem des BGB deformiert, die Anspruchsgrenze von ihrer materialen Fundierung entkoppelt. Der Rückgriff auf das in § 275 Abs. 2 BGB benannte Verschuldenskriterium führt im Kontext des negatorischen Beseitigungsanspruchs zu einer Verhaltensbewertung ohne einen rechtlichen Bezugspunkt und erweist sich damit als eine Verschuldensprüfung ohne materielles Substrat.⁷¹ Die Entscheidungsbegründung des Bundesgerichtshofs im konkreten Fall liefert hierfür einen eindrucksvollen Beleg. So wirft das Gericht den Klägern vor, dass sie bei dem Erwerb des Teileigentums der Ausdehnung

des Gebäudes auf das Grundstück des Beklagten keine Beachtung geschenkt und so den Mangel des ihnen von Z verkauften Eigentums nicht erkannt hätten. Zunächst ist zu gewärtigen, dass im Zeitpunkt des Erwerbs des Teileigentums durch die Kläger der Beklagte über das Nießbrauchrecht, dessen Schutz er mit der Beseitigungsklage geltend macht, noch gar nicht verfügte und schon insoweit von einem Vertretenmüssen der Kläger keine Rede sein kann. Weiter begründet der Abschluss eines Kaufvertrags über eine Immobilie keine Erkundigungspflicht des Käufers über Existenz und Rechtmäßigkeit eines Überbaus, der den Rechtskreis des Nachbarn stört. Das einzige in dem Fall feststellbare Verschulden liegt in der arglistigen Täuschung des Verkäufers.

Der Bundesgerichtshof hält den Klägern weiter vor, die Beseitigungspflicht durch Weiterzahlung der von Z geschuldeten Miete bzw. der Annahme des Angebots des Beklagten, in den Mietvertrag einzutreten, nicht vermieden zu haben. Die Kläger traf indes keine Pflicht, die durch den Überbau vermittelte Inanspruchnahme des Nutzungsrechts an der überbauten Teilfläche gerade durch Abschluss eines Mietvertrages zu rechtfertigen. Die Kläger waren nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet, den Eingriff in den Rechtskreis des Nießbrauchinhabers zu beenden. Der Kern der in § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB getroffenen Zweckmäßigkeitentscheidung besteht gerade darin, den Störer über die Art und Weise der Beendigung seiner Rechtsusurpation, also den Rückzug in seinen eigenen Rechtskreis, entscheiden zu lassen. Dem in seinem Recht Verletzten wird es nach dem Gesetz verwehrt, die Verwirklichung seines Rechts selbst in die Hand zu nehmen, weil er dann selbst in den eigenen Rechtskreis des Störers übergreifen müsste. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs erweist sich damit als eine vom Anspruchsgrund entkoppelte „Bewertung“ des Verhaltens der Kläger.⁷² Die Bestimmung der Opfergrenze des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB wurde damit verfehlt.

dd) Ausschluss eines verschuldensunabhängigen Aufopferungsanspruchs gem. § 275 Abs. 4 BGB

Der Bundesgerichtshof hat sich in der Entscheidung nicht dazu geäußert, ob und auf welcher Grundlage im Falle der Unzumutbarkeit der Beseitigung dem gestörten Eigentümer ein Aufopferungsanspruch zugewiesen ist. Nach *Canaris* ist eine Entschädigung auf Grundlage des § 251 Abs. 2 BGB zu gewähren.⁷³ Der Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB als den Inhalt des Schadensersatzes bestimmende Norm stünde jedoch nicht nur die folgende Denaturierung des Beseitigungsanspruchs entgegen. Gem. § 275 Abs. 4 BGB bestimmen sich die Rechte des Gläubigers im Falle der Unmöglichkeit nach dem §§ 280, 283, 311a und 326 BGB. Ein verschuldensunabhängiger Aufopferungsanspruch wird gerade nicht benannt.⁷⁴

⁷² Nach *Gsell*, LMK 2008, 266937 zeigt die Entscheidungsbegründung, dass „§ 275 auf dingliche Ansprüche nicht recht passt“.

⁷³ *Canaris*, JZ 2004, 214 (224 Fn. 109).

⁷⁴ Aus diesem Grunde an der Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB zweifelnd *Fritzsche* (Fn. 8), § 1004 Rn. 72.

⁶⁸ *Picker*, AcP 176 (1976), 28 (49 ff.); *ders.* (Fn. 59), S. 657 f.; *Lobinger*, JuS 1997, 981 (983); *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 69 u. 1380; *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 10; *Buchholz/Radke*, Jura 1997, 454 (461); *Katzenstein*, ZGS 2005, 424 (428).

⁶⁹ *Picker* (Fn. 59), S. 663 ff.; *Medicus* (Fn. 8), § 1004 Rn. 79; *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 156; *Münch* (Fn. 39), § 1004 Rn. 312; *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1406; vgl. auch *Mühl*, AcP 176 (1976), 396 (401).

⁷⁰ *Baur*, in: *Baur/Stürmer*, 17. Aufl. 1999, § 12 Rn. 21; *Picker*, AcP 176 (1976), 28 (53 ff.); *ders.* (Fn. 59), S. 691 ff.; *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1406; *Medicus* (Fn. 8), § 1004 Rn. 79; *Münch* (Fn. 39), § 1004 Rn. 312; *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 156 m. umf. Nachw. auch der Gegenauffassung, vgl. hierfür etwa nur *Grunsky*, AcP 183 (1983), 209 (211); *Larenz/Canaris* (Fn. 7), § 86 VI 2 a (S. 701 f); *Lettl*, JuS 2005, 871 (877).

⁷¹ Auch nach *Canaris*, JZ 2004, 214 (224), der die Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB auf § 1004 BGB grundsätzlich bejaht, kommt das Kriterium des Vertretenmüssens noch weniger als Befreiungstatbestand in Betracht als im Rahmen eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs.

Medicus will zu einem Aufopferungsanspruch über das in § 275 Abs. 2 BGB erwähnte Merkmal von Treu und Glauben gelangen.⁷⁵ Zu gewärtigen ist, dass im Falle von rechtsgeschäftlichen Leistungspflichten keine verschuldensunabhängige Geldkompensation stattfindet, wenn der Anspruch infolge der Unmöglichkeit der Leistung ausgeschlossen ist. Aus Treu und Glauben allein kann daher schwerlich die Legitimation eines Aufopferungsanspruchs folgen, insbesondere wenn § 275 Abs. 4 BGB die Rechtsbehelfe des Gläubigers für den Fall der Unmöglichkeit ausdrücklich ausführt.

In der Sache ist die Zuweisung eines Aufopferungsanspruchs zugunsten des gestörten Eigentümers bei Ausschluss des Beseitigungsanspruchs nicht zweifelhaft.⁷⁶ Andernfalls würde der Eigentümer aufgrund der verwehrteten Verteidigungsmacht das zugewiesene Herrschaftsrecht schlicht verlieren.⁷⁷ Für die Fundierung des Aufopferungsanspruchs ist allerdings weder das Unmöglichkeits- noch das Schadensersatzrecht, sondern allein die in den §§ 903 ff. kodifizierte Eigentumsordnung des BGB der passende Ort.⁷⁸ Aus diesem Grunde ist aber auch die Grenze des Beseitigungsanspruchs nicht über § 275 Abs. 2 BGB zu bestimmen, weil der Aufopferungsanspruch mit dem Ausschluss des Beseitigungsanspruchs in untrennbaren Zusammenhang steht (vgl. nur §§ 906 Abs. 2 S. 2, 912 Abs. 2, 917 Abs. 2 BGB).

ee) Nichtgeltung des § 275 Abs. 2 BGB im Schadensersatz- und Bereicherungsrecht als weitere systematische Abstützung
§ 275 Abs. 2 BGB findet auch in den übrigen gesetzlichen Haftungssystemen des Schadensersatz- und Bereicherungsrechts keine Anwendung. Das Schadensersatzrecht enthält keine Opfergrenze, bei deren Überschreiten der Schadensersatzanspruch gänzlich oder teilweise ausgeschlossen wäre. In den §§ 249 ff. BGB ist das Prinzip der Totalreparation verwirklicht: Der zum Schadensersatz Verpflichtete hat alle Schäden unabhängig von dem Grad seines Verschuldens oder seiner Vermögensverhältnisse zu ersetzen.⁷⁹ In markantem Gegensatz zu § 275 BGB hebt § 251 BGB die Schadensersatzpflicht nicht auf, sondern überführt den auf Naturalrestitution gerichteten Anspruch in eine Geldkompensation, die die grundsätzlich gleichwertige Befriedigungsform für den Geschädigten darstellt.⁸⁰

Das Bereicherungsrecht wird inhaltlich determiniert durch seine Abschöpfungsfunktion und erweist sich insoweit als eine Haftung für ein „rechtswidriges Haben“.⁸¹ Der Bereicherungsschuldner hat die in seinem Vermögen vorhandene Bereicherung herauszugeben, ist aber etwa im Falle ihres Verlustes nicht zur Wiederbeschaffung verpflichtet.⁸² Vielmehr realisiert die Wertersatzpflicht gem. § 818 Abs. 2, Abs. 3 BGB die allein auf Abschöpfung gerichtete Bereicherungshaftung. Weil der Aufwand des Bereicherungsschuldners durch seine auf die Auskehr der Bereicherung beschränkte Herausgabeverpflichtung inhaltlich durch das Gesetz determiniert ist, ist die von § 275 Abs. 2 BGB verlangte Abwägung zwischen Leistungsaufwand und Leistungsinteresse im Bereicherungsrecht ohne Gegenstand.⁸³ Die bereicherungsrechtliche Auskehrhaftung wegen rechtswidrigen Habens greift mithin im markanten Gegensatz zur Schadensersatzhaftung nicht in das dem Bereicherungsschuldner rechtlich zugeordnete Vermögen ein.⁸⁴ Die Herausgabeunmöglichkeit iSv. § 818 Abs. 2 BGB ist durch die Abschöpfungsfunktion des Bereicherungsrechts zu determinieren, nicht aber durch § 275 Abs. 2 BGB in eine Restitutionspflicht zu deformieren. Aus diesem Grunde ist auch der ganz herrschenden Meinung im Ergebnis darin zu folgen, dass die Herausgabeverpflichtung keine Bringschuld begründet, sondern die Bereicherung an dem Ort herauszugeben ist, an dem sie sich zum Zeitpunkt des Eintritts der verschärften Haftung befindet.⁸⁵

Die Nichtgeltung des § 275 Abs. 2 BGB für den negatorischen Beseitigungsanspruch findet somit eine systematische

Die Nichtgeltung des § 275 Abs. 2 BGB für den negatorischen Beseitigungsanspruch findet somit eine systematische

⁷⁵ *Medicus* (Fn. 8), § 1004 Rn. 80.

⁷⁶ Vgl. nur *Larenz/Canaris* (Fn. 7), § 85 II 4 a (S. 661); *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 155; *Gsell*, LMK 2008, 266937.

⁷⁷ *Gsell*, LMK 2008, 266937 spricht von „partieller Enteignung“.

⁷⁸ Vgl. *Gsell*, LMK 2008, 266937.

⁷⁹ Motive bei Mugdan II, S. 10: „Das Prinzip ist, daß die positive Vermögenseinbuße und der entgangene Gewinn zu ersetzen sind, daß also unter der Schadensersatzpflicht durchgehends die Verpflichtung zur Leistung des ganzen Interesses zu verstehen ist. Der Entw. verwirft hiermit die für die Fälle, wo jene Pflicht in einem Verschulden des Verpflichteten begründet ist, in mehreren Kodifikationen (...) aufgestellte Abstufung des Umfanges der Schadensersatzpflicht je nach der Art oder dem Grade des Verschuldens.“ Zum Prinzip der Totalreparation vgl. nur *Teichmann* (Fn. 60), Vor §§ 249 – 253 Rn. 2; *Schiemann* (Fn. 60), § 249 Rn. 1. Zur rechtspolitischen Auseinandersetzung mit dem Prinzip der Totalreparation zuletzt *Wagner*, Gutachten 66. DJT, A 21 f.

⁸⁰ *Lobinger* (Fn. 2), S. 62; *Gsell*, LMK 2008, 266937; *Wilhelm*, JZ 2001, 861 (866 f.); vgl. weiter die unter Fn. 62 Genannten.

⁸¹ Vgl. nur *Larenz/Canaris* (Fn. 7), § 67 I 1 a (S. 128); *Canaris*, NJW 1991, 2513; *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S. 98 ff.; *Lieb*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 812 Rn. 1.

⁸² Ganz herrschende Meinung, vgl. nur RGZ 56, 383 (387); BGHZ 112, 376 (380); 168, 220 (232); *Canaris*, NJW 1991, 2513; *Lieb* (Fn. 81), § 818 Rn. 33; *St. Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2007, § 818 Rn. 21; für eine Pflicht zur Wahrnehmung von Möglichkeiten zur Wiederbeschaffung dagegen *Reuter*, in: Lange/Nörr/Westermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 369 (378).

⁸³ S. etwa *St. Lorenz* (Fn. 82), § 818 Rn. 21.

⁸⁴ Vgl. nur BGHZ 68, 90 (94); *Canaris*, NJW 1993, 2513 (2519); *Frieser*, Der Bereicherungswegfall in Parallele zur hypothetischen Schadensentwicklung, 1987, S. 37 f., 56 ff.

⁸⁵ RGZ 96, 345 (347); *Wendehorst* in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 01.10.2007, § 812 Rn. 280; *St. Lorenz* (Fn. 82), § 818 Rn. 9a.

Abstützung durch den Vergleich mit den Haftungssystemen des Schadensersatz- und Bereicherungsrechts, in denen das Unmöglichkeitensrecht ebenfalls keine Anwendung findet. Das Unmöglichkeitensrecht kennzeichnet primär die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, bestimmt also den Inhalt der dem Gläubiger vertraglich eingeräumten Rechtsposition.⁸⁶

ff) Grenzenlosigkeit des negatorischen Beseitigungsanspruchs als Konsequenz des Schutzes der rechtlichen Integrität des Eigentums

§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB realisiert das ohne Befugnis in Anspruch genommene Herrschaftsrecht des Eigentümers. Der negatorische Beseitigungsanspruch ist als „Eigentumsfreiheitsanspruch“ grenzenlos zu erfassen.⁸⁷ Ist der Inhalt des Eigentums unter Zugrundelegung der §§ 903 ff. BGB ermittelt⁸⁸ und damit die Herrschaftsposition des Eigentümers als Substanzrecht beschrieben, so folgt notwendig die Anerkennung des negatorischen Rechtsschutzes, die das Eigentumsrecht zur Geltung bringt. Den negatorischen Rechtsschutz auszuschließen bedeutet, die Eigentumsposition nicht anzuerkennen. Das BGB hat sich mit dem negatorischen Beseitigungsanspruch im Grundsatz gegen eine Eigentumsordnung entschieden, die auf dem Prinzip des „Dulde und Liquidiere“ beruht. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB gewährt den negatorischen Beseitigungsanspruch abwägungsfrei zur umfassenden Sicherung der rechtlichen Integrität des Eigentums und damit zur Gewährleistung des Herrschaftsrechts des Eigentümers.

Gerade in der Folge des Ausschlusses des negatorischen Beseitigungsanspruchs manifestiert sich die kategorial andersartige Funktion dieses Schutzsystems gegenüber der Schadensersatzhaftung. Für den Inhalt der Schadensersatzhaftung macht es in der Sache keinen Unterschied, ob der Schaden des Inhabers des verletzten Rechts durch Naturalrestitution oder eine Entschädigung in Geld ausgeglichen wird. Wird hingegen der die rechtliche Integrität des Eigentums schützende negatorische Beseitigungsanspruch verwehrt, kann also der Eigentümer den Störer nicht aus seinem Rechtskreis verdrängen, so verliert der Eigentümer die ihm zugewiesene Herrschaftsmacht. Aus diesem Grunde ist die im Rahmen der Schadensersatzhaftung gem. § 251 Abs. 2 BGB durchzuführende Abwägung nicht über § 275 Abs. 2 BGB in das negatorische Schutzsystem zu verlängern.

b) Beschränkung der negatorischen Beseitigungspflicht im krassen Ausnahmefall

Die Beschränkung der negatorischen Verteidigungsmacht des Eigentümers ist außerhalb des Bereichs der nach § 226 BGB

unzulässigen Schikane in ganz außergewöhnlichen Fällen denkbar, in denen die negatorische Beseitigungspflicht aufgrund der besonderen Lage der Dinge ihrem Inhalte nach in eine Verletzung des Rechtskreises des „Störers“ umschlagen würde.⁸⁹ Es handelt sich um Kollisionen von Eigentumssphären, die durch die negatorische Beseitigungshaftung aufgrund der besonders gelagerten Situation nicht aufzulösen sind, weil die Beseitigungsverpflichtung zu einer nicht hinnehmbaren Inanspruchnahme des Eigentumsrechts des „Störers“ führte. Aus der Beschränkung des Herrschaftsrechts des Eigentümers im krassen Ausnahmefall⁹⁰ folgt die Kompensationspflicht des Störers nach Aufopferungsgrundsätzen, die in Analogie zu §§ 912 ff., 917 f. BGB durch eine Rentenzahlungspflicht für die fortdauernde Inanspruchnahme des Grundstücks zu erfüllen ist.⁹¹

Das Problem der Beschränkung der negatorischen Beseitigungshaftung ist zu erfassen auf der vorgelagerten Ebene der Inhaltsbestimmung des Eigentums.⁹² Vor dem Hintergrund der Situationsgebundenheit und der Umweltbezogenheit des Eigentums geht es um die Konturierung der Rechtspositionen der jeweiligen Eigentümer auf der Grundlage der §§ 903 BGB ff. unter besonderer Berücksichtigung der materialen Gründe für die in den §§ 904, 906 Abs. 2, 912, 917 BGB angeordneten Duldungspflichten.

V. Fazit

Der Bundesgerichtshof hat die negatorische Beseitigungshaftung der Kläger überschießend als Verpflichtung zum Abbruch des Überbaus konkretisiert. Die Kläger konnten ihre rechtsusurpierende Stellung durch den baulichen Abschluss des Überbaus von dem Stammgrundstücks aufgeben.

Der negatorische Beseitigungsanspruch ist als notwendige Verteidigungsmacht des Eigentümers zum Schutz der rechtlichen Integrität der ihm zugeordneten Herrschaftsposition grenzenlos zu erfassen. Die negatorische Beseitigungshaftung ist in dieser kategorial andersartigen Schutzfunktion gegenüber dem schadensersatzrechtlichen Haftungssystem zu entfalten. § 275 Abs. 2 BGB ist auf den negatorischen Beseiti-

⁸⁹ *Picker* (Fn. 59), S. 693.

⁹⁰ Für die Beschränkung des negatorischen Beseitigungsanspruchs auf einen Extremfall auch *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 156: „in ganz extremen Situationen“; *Münch* (Fn. 39), § 1004 Rn. 312: „wenige, besondere Ausnahmefälle“.

⁹¹ Die Rentenverpflichtung ist dinglich aus dem „störenden“ Grundstück zu realisieren, vgl. hierzu eingehend *Picker*, AcP 176 (1976), 28 (66 ff.); *ders.* (Fn. 59), S. 695 f.; *Gursky* (Fn. 13), § 1004 Rn. 156.

⁹² S. auch die Umschreibung der Fallgestaltung im Kontext von Grundstücksbeeinträchtigungen bei *Wilhelm* (Fn. 13), Rn. 1395 Fn. 2303: „Es muss sich um eine Beeinträchtigung des anderen Grundstücks handeln, die nach Abwägung der beteiligten Eigentumsinteressen, (...), dem beeinträchtigten Eigentümer insofern zuzumuten ist, als (...) die Beeinträchtigung im Großen und Ganzen noch der Ausübung des Eigentums, von dem die Störung ausgeht, einzuordnen und der Verzicht auf diese „Ausübung“ dem Störer unzumutbar ist.“

⁸⁶ *Lobinger* (Fn. 2), S. 168.

⁸⁷ *Picker* (Fn. 59), S. 692.

⁸⁸ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die von der Rechtsprechung in besonderen Ausnahmefällen erwogene Konkretisierung des Inhalts des Eigentums über das „nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis“, vgl. BGHZ 88, 344 (351); BGHZ 113, 384 (389); BGH WM 2001, 1299 (3101).

gungsanspruch nicht anzuwenden. Für den durch § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB gewährleisteten Schutz der rechtlichen Integrität des Eigentums spielt insbesondere das in § 275 Abs. 2 S. 2 BGB benannte Verschuldenskriterium keine Rolle.

Wiss. Mit. Ulrich Korth, Heidelberg