

Prüfungsaufbau

Der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB

Beachte: Die Prüfungsreihenfolge bestimmt sich nach dem Problemschwerpunkt, in der Regel wird der Besitz, wenn unproblematisch, vorweg geprüft!!

I. Eigentum des Anspruchstellers

Derjenige, der die Herausgabe fordert, muss noch im Augenblick der Entscheidung Eigentümer der Sache sein

bewegliche Sachen	Grundstücke
gilt auch zugunsten Pfandgläubiger, § 1227 BGB und Nießbraucher, § 1065 BGB	gilt auch zugunsten Nießbraucher, § 1065 BGB und Erbbauberechtigten, § 11 Abs. 1 ErbbauR-VO
Es gilt die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB.	Es gilt die Eigentumsvermutung des § 891 BGB.
Anspruchsziel: Übertragung des unmittelbaren Besitzes auf den Eigentümer	Anspruchsziel: Räumung

II. Besitz des Anspruchsgegners

Die Herausgabepflicht trifft den Besitzer, solange er Besitzer ist, verliert er ihn oder überträgt er ihn auf einen anderen, so kann der Anspruch aus § 985 BGB nicht mehr gegen ihn geltend gemacht werden.

(beachte hierzu jedoch die Ansprüche aus §§ 987ff BGB sowie ggf. §§ 812, 816, 823, 951 BGB)

III. kein Besitzrecht des Anspruchsgegners, § 986 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Eigentümer kann die Herausgabe nicht verlangen, wenn ein dem Eigentümer gegenüber wirksames Recht zum Besitz besteht

dingliche Besitzrechte	obligatorische Besitzrechte
Sie wirken gegenüber jedermann, daher auch gegenüber dem Eigentümer.	Der Eigentümer muss der Vertragspartner des Besitzers sein. Ausnahmen: <ul style="list-style-type: none"> • § 566 BGB • § 986 III BGB: Eigentumserwerb durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, § 931 BGB bzw. analog wegen Gleichheit der Interessenlage bei Eigentumsübertragung nach § 930 BGB

Die Einigung als dinglicher Vertrag

⇒ es gelten die Regeln des BGB-AT

I. Abstraktionsprinzip

Die Einigung ist grundsätzlich unabhängig vom zugrunde liegenden Kausalgeschäft. Hier- von bestehen jedoch Ausnahmen:

Fehleridentität	Bedingungs- zusammenhang	Geschäftseinheit i.S.d. § 139 BGB
<ul style="list-style-type: none"> • Mangelnde Geschäftsfähigkeit • Anfechtbarkeit (selten § 119 BGB; immer bei § 123 BGB) • § 138 Abs. 1 BGB, wenn sich die Sittenwidrigkeit gerade aus dem Zweck des dinglichen Geschäfts ergibt • § 138 II BGB wucherisches Geschäft ("gewähren lässt") 	<p>Das Verfügungsgeschäft wird unter der aufschiebenden Bedingung der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts getroffen.</p> <p>Im Mobiliarsachenrecht grds. möglich (vgl. § 455 BGB), droht jedoch das Abstraktionsprinzip zu unterlaufen.</p>	<p>Durch Sicherungsabrede wird das Kausalgeschäft mit dem Verfügungsgeschäft derart verbunden, dass die Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts zur Folge hat. Wegen des Abstraktionsprinzips grundsätzlich unzulässig (str.)</p>

II. Grundsatz der Bestimmtheit:

Es muss feststehen, welche individuell bestimmten Sachen den Eigentümer wechseln

§ 929 S. 1 BGB	§ 929 S. 2 BGB	§ 930 BGB	§ 931 BGB
Durch Übergabe der konkreten Sache.	Die Sache muss durch einfache äußere Merkmale so bestimmt bezeichnet sein, dass jeder Kenner des Vertrages sie zum Zeitpunkt, in dem das Eigentum übergehen soll, un- schwer von anderen unterscheiden kann.	Die Sache muss durch einfache äußere Merkmale so bestimmt bezeichnet sein, dass jeder Kenner des Vertrages sie zum Zeitpunkt, in dem das Eigentum übergehen soll, un- schwer von anderen unterscheiden kann.	Auch, wenn die Über- gabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt wird (vgl. BGH NJW 1984, 803).

III. Bindung an die Einigung

<ul style="list-style-type: none"> • Nein, vgl. Wortlaut des § 929 S. 1 BGB: Erfordernis des <u>Einigseins</u> zum Zeitpunkt der Übergabe. • Umkehrschluss aus §§ 873 II, 956 I 2 BGB. 	Pacta sunt servanda.
h.M.: BGHZ 7, 111, 115; 14, 114, 119; BGH NJW 1978, 696; NJW 1979, 213, 214; Jauernig/Jauernig Rn 6; Palandt/Bassenge Rn 9; Staudinger/Wiegand Rn 82 ff; Baur/Stürner § 5 Rn 36 f und § 51 Rn 11; Martinek/Röhrborn JuS 1994, 473, 477 f;	aA: Schrödermeier/Woopen JA 1985, 622; Wank/Kamanabrou Jura 2000, 154; s auch Westermann/H. P. Westermann § 38, 4; Wieling § 1 III 2 b; Otte Jura 1993, 643, 645MM.: Westermann, Bd. I § 38, 4;

IV. Bedingung

aufschiebend bedingt, § 158 I BGB z.B. Eigentumsvorbehalt	auflösend bedingt, § 158 II BGB z.B. Sicherungsübereignung
--	---

Übersicht

Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten

1. Fall: § 932 I BGB i.V.m. § 929 S. 1 BGB

- **Einigung** über den Übergang des Eigentums i.S.d. § 929 S. 1 BGB,
- **Veräußerer tritt als Eigentümer auf,**
- **Veräußerer ist nicht Eigentümer,**
- **Veräußerer übergibt die Sache dem Erwerber,** auf beiden Seiten kann ein Besitzdiener, ein Besitzmittler oder eine Geheißperson eingesetzt werden,
- **Erwerber ist gutgläubig,** d.h. er kennt bis zum Abschluss der Erwerbshandlungen die Nichtberechtigung des Veräußerers nicht und die Unkenntnis beruht nicht auf grober Fahrlässigkeit, **§ 932 II BGB.**
- Kein Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs nach **§ 935 BGB**, Tatbestandsvoraussetzungen :
- **Abhandenkommen** i.S.d. § 935 I 1 BGB ist unfreiwilliger Verlust des unmittelbaren Besitzes.
Man unterscheidet 2 Fallvarianten :
 - die Sache kommt dem Eigentümer abhanden, § 935 I 1 BGB, **oder**
 - die Sache kommt dem Besitzmittler des Eigentümers abhanden, § 935 I 2 BGB

2. Fall: § 932 I 2 BGB i.V.m. § 929 S. 2 BGB

- **Einigung** i.S.d. § 929 S. 1 BGB,
- **Veräußerer tritt als Eigentümer auf,**
- **Veräußerer ist nicht Eigentümer,**
- **Erwerber ist bereits im Besitz der Sache,**
- **Erwerber hat den Besitz zuvor vom Veräußerer erlangt,**
- Erwerber ist **gutgläubig.**
- Kein Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs gemäß **§ 935 BGB**

3. Fall: § 933 BGB i.V.m. § 930 BGB

- **Einigung** i.S.d. § 929 S. 1 BGB,
- **Veräußerer tritt als Eigentümer auf,**
- **Veräußerer ist nicht Eigentümer,**
- **Veräußerer bleibt zunächst noch im Besitz der Sache,**
- Veräußerer und Erwerber vereinbaren ein **Besitzkonstitut** i.S.d. § 930 BGB,
- **Veräußerer übergibt später dem Erwerber die Sache,**
- Erwerber ist zum Zeitpunkt der Übergabe noch **gutgläubig.**

4. Fall: § 934 BGB i.V.m. § 931 BGB

- **Erste Fallvariante**
 - **Einigung** i.S.d. § 929 S. 1 BGB,
 - **Veräußerer tritt als Eigentümer auf,**
 - **Veräußerer ist nicht Eigentümer,**
 - Ein **Dritter** ist im **Besitz** der Sache,
 - **Veräußerer ist mittelbarer Besitzer,**
 - **Veräußerer tritt dem Erwerber den Anspruch gegen den Dritten auf Herausgabe der Sache ab,**
 - **Erwerber** ist zur Zeit der Abtretung noch **gutgläubig.**
- **Zweite Fallvariante**
 - **Einigung** i.S.d. § 929 S. 1 BGB,
 - **Veräußerer tritt als Eigentümer auf,**
 - **Veräußerer ist nicht Eigentümer,**
 - Ein **Dritter** ist im **Besitz** der Sache,
 - **Veräußerer ist nicht mittelbarer Besitzer,**
 - **Erwerber** erlangt den **unmittelbaren oder mittelbaren Besitz** von dem Dritten,
 - **Erwerber** ist zur Zeit des Besitzererwerbs noch in **gutem Glauben.**

Übersicht

Das Recht zum Besitz

Dingliche Rechte

- Nießbrauchsrecht (§ 1036 I BGB)
- beschränkte persönliche Dienstbarkeit, insb. Wohnungsrecht (§ 1093 BGB)
- vertragliches Pfandrecht (§ 1205 BGB)
- gesetzliches Pfandrecht
z.B. Werkunternehmerpfandrecht, § 647 BGB; Vermieterpfandrecht, § 559 BGB)
- Dauerwohnrecht (§ 31 WEG)
- Erbbaurecht (ErbbauRVO)
- Anwartschaftsrecht des Eigentumsvorbehaltskäufers (§ 929 S. 1, 158 BGB)

Merke: Nicht das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers
(vgl. Palandt, § 929, Rn 25)

Obligatorische Rechte

alle Besitzüberlassungsverträge mit dem Eigentümer

z.B.

- Miete (§ 535 BGB)
- Leihe (§ 598 BGB)
- Eigentumserwerbsansprüche (z.B. aufgrund Vorvertrag; BGH MDR 91, 150)
- Sicherungsabrede bei Sicherungsübereignung (§ 311 BGB)

Sonstige Rechte

- eheliche Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB)
- eheliches Gesamtgut (§ 1422 BGB)
- elterliches Sorgerecht, insb. Vermögenssorge (§ 1626 I 2 BGB)
- Nachlassverwaltung (§ 1985 BGB)
- Testamentsvollstreckung (§ 2205 BGB)
- vorläufiger Insolvenzverwalter (§ 22 InsO)

Abgeleitete Rechte

- befugte Besitzüberlassung durch einem Dritten, § 986 I 1 2. Fall BGB
z.B. berechtigte Untervermietung: der Untermieter hat auch gegenüber dem Eigentümer ein Recht zum Besitz

- unbefugte Besitzüberlassung durch einen Dritten, § 986 I 2 BGB

Hat der Überlasser selbst aber ein Recht zum Besitz, so kann Eigentümer nur Herausgabe an den Besitzberechtigten verlangen, nicht jedoch an sich (Ausnahme: Überlasser kann oder will den Besitz nicht wieder übernehmen).

Rechte gegenüber Voreigentümer, § 986 II BGB

Hatte der Besitzer gegenüber dem Voreigentümer ein Recht zum Besitz und dieser hat nach § 931 BGB durch Abtretung des Herausgabeanspruchs das Eigentum erlangt, so setzt sich das Besitzrecht auch gegenüber dem neuen Eigentümer fort.

Übersicht

Anspruch des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen

Begriff der Verwendungen	
Unter Verwendungen sind nur solche Maßnahmen zu verstehen, die darauf zielen, eine Sache als solche zu erhalten, zu verbessern oder wieder herzustellen, ohne sie in ihrem Bestand grundlegend zu verändern.	Unter Verwendungen sind alle Vermögensaufwendungen zu verstehen, die einer Sache zugute kommen sollen, ohne dass es auf einen Erhaltungs- oder Verbesserungszweck ankommt.
Der enge Verwendungsbegriff verhindert eine aufgedrängte Bereicherung des Eigentümers.	Über die GoA könnte auch Ersatz dieser Verwendungen verlangt werden, daher darf der redliche Besitzer nicht schlechter stehen.
BGHZ 10, 171 (177); 41, 157 (160); 41, 341 (346); BGH NJW 1955, 340; 1990, 447; Palandt/Bassenge Vor § 994 Rn 5; Westermann/Pinger I § 33 I 2, 3;	RGZ 152, 100 (101); Haas, AcP 176, 12; Baur/Stürner § 11 C IV; Medicus, BR Rn 878; Soergel/Mühl § 994 Rn 2;

unverklagter redlicher Besitzer	verklagter oder unredlicher Besitzer	deliktischer Besitzer
§§ 994 I, 995 ff. BGB	§§ 994 II, 995, 997 ff. BGB	über § 850 BGB gelten 994 ff. BGB
Für die vor Rechtshängigkeit gemachten notwendigen Verwendungen, § 994 I BGB. Ausnahmsweise: gewöhnliche Erhaltungskosten, § 994 I 2 BGB	Notwendige Verwendungen, wenn eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt, §§ 994 II, 683, 684 BGB (Rechtsfolgenverweisung).	Notwendige Verwendungen, wenn eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt, §§ 850, 994 II, 683, 684 BGB (Rechtsfolgenverweisung).
für gewöhnliche und außerordentliche Lasten (= notwendige Verwendungen), § 995 BGB		
Für nützliche Verwendungen, wenn der Sachwert noch erhöht ist (wertsteigernde Verwendungen), § 996 BGB.	Auch nicht über §§ 677 ff., 812 ff. BGB.	
Für sonstige (luxuriöse) Verwendungen besteht lediglich ein Wegnahmerecht, § 997. Ausnahme: § 997 II BGB	Für nützliche und sonstige Verwendungen besteht ein Wegnahmerecht, § 997 Ausnahme: § 997 II BGB	
Zurückbehaltungsrecht, § 1000 S. 1 BGB	Zurückbehaltungsrecht, § 1000 S. 1 BGB	Zurückbehaltungsrecht, § 1000 S. 1, Ausnahme: § 1000 S. 2 BGB

Übersicht Besitzschutzrechte

I. VERBOTENE EIGENMACHT, § 858 BGB

1. Tatbestandsvoraussetzungen

- a) **Unmittelbarer Besitz**; auch Mitbesitz i.S.d. § 866 BGB
(Besitzberechtigung nicht erforderlich)
- b) **Besitzbeeinträchtigung**
 - *Besitzentziehung*
= vollständige und dauernde Beseitigung der tatsächlichen Gewalt
 - *Besitzstörung*
= alle sonstigen Eingriffe in die tatsächliche Gewalt (z.B. Lärmbelästigung)
- c) **Ohne den Willen des Besitzers**;
wenn ohne Wissen, dann ohne Willen, es sei denn, der Besitzer hat die Beeinträchtigung vorher gestattet
- d) **Widerrechtlichkeit**; entfällt, falls das Gesetz die Beeinträchtigung gestattet; solche Fälle sind :
 - §§ 227 - 229 BGB, Notwehr, Notstand und Selbsthilfe
 - § 562b BGB, Selbsthilferecht im Rahmen des Vermieterpfandrechts
 - §§ 904, 906 BGB
 - §§ 884 ZPO, 150 ZVG

2. Rechtsfolgen

- Der Täter besitzt gegenüber dem Opfer fehlerhaft, § 858 II 1 BGB
- Der Besitznachfolger des Täters besitzt ebenfalls fehlerhaft, wenn er Erbe (Gesamtnachfolger) ist, § 858 II 2 BGB
- Der Besitznachfolger des Täters besitzt ebenfalls fehlerhaft, wenn er als Einzelnachfolger zum Zeitpunkt des eigenen Besitzerwerbs die Fehlerhaftigkeit des Vorgängers kannte

II. GEWALTRECHT DES UNMITTELBAREN BESITZERS, § 859 BGB

Besitzwehr, § 859 I BGB

1. Tatbestandsvoraussetzungen

- a) **Unmittelbarer Besitz** des Opfers, nicht erforderlich ist ein Recht zum Besitz (auch der Dieb darf sich der Wegnahme der gestohlenen Sache durch einen anderen wehren)
- b) **Verbotene Eigenmacht** des Täters

2. Rechtsfolge

Recht des Opfers, sich mit Gewalt (§ 227 II BGB gilt sinngemäß) der Beeinträchtigung zu erwehren

Besitzkehr, § 859 II BGB

I. Tatbestandsvoraussetzungen

- a) **Unmittelbarer Besitz** des Opfers an einer beweglichen Sache
- b) **Wegnahme** mittels verbotener Eigenmacht
- c) Ertappen des Täters **auf frischer Tat** oder
- d) Verfolgen des Täters **auf frischer Spur** (Nacheile)

II. Rechtsfolge

Recht des Opfers, die Sache dem Täter mit Gewalt wieder abnehmen zu dürfen

III. POSSESSORISCHE BESITZSCHUTZANSPRÜCHE

Beachte: Im Unterschied zu den Gewaltrechten sind die possessorischen Besitzansprüche nur klageweise durchsetzbar.

Besitzentziehungsanspruch, § 861 BGB

1. Tatbestandsvoraussetzungen

- a) Unmittelbarer Besitz
- b) Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht des Täters
- c) Fehlerhaftigkeit des Besitzes b. Anspruchsgegner, § 858 II 1 oder 2 BGB
- d) keine Fehlerhaftigkeit des Besitzes beim Opfer gegenüber dem Täter i.S.d. § 861 II BGB

2. Rechtsfolgen

- a) Herausgabeanspruch des Opfers gegen den unmittelbaren Besitzer
- b) Herausgabeanspruch auch des mittelbaren Besitzers nach Maßgabe des § 869 BGB

Besitzstörungsanspruch, § 862 BGB

1. Tatbestandsvoraussetzungen

- a) Unmittelbarer Besitz des Opfers
- b) Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht des Täters
- c) Keine Fehlerhaftigkeit des Besitzes beim Opfer gegenüber dem Täter i.S.d. § 862 II BGB

2. Rechtsfolgen

- a) Beseitigungsanspruch des unmittelbaren Besitzers und nach Maßgabe des § 869 BGB auch des mittelbaren Besitzers gegen den Störer
- b) Bei Wiederholungsfahr besteht auch Unterlassungsanspruch

IV. PETITORISCHE BESITZANSPRÜCHE**Herausgabeansprüche nach § 1007 BGB****1. Anspruch gegen den bösgläubigen Besitzerwerber gemäß § 1007 I, III BGB****Tatbestandsvoraussetzungen**

- a) Früherer Besitz des Klägers an einer beweglichen Sache, § 1007 I BGB
- b) Früheres Recht des Klägers zum Besitz oder gutgläubige Annahme eines solchen Rechtes bei Besitzerwerb, § 1007 III 1. Alt BGB (spätere Bösgläubigkeit ist unerheblich)
- c) Unfreiwilliger Besitzverlust beim Kläger, § 1007 III 2. Alt BGB
- d) Bösgläubigkeit des Beklagten beim Besitzerwerb, § 1007 I BGB
- e) Kein Besitzrecht des Beklagten gegenüber dem Kläger, § 1007 III 2 i.V.m. § 986 BGB

2. Anspruch bei abhanden gekommenen Sachen, § 1007 II, III BGB**Tatbestandsvoraussetzungen**

- a) Früherer Besitz des Klägers an einer beweglichen Sache, § 1007 I BGB
- b) Früheres Recht des Klägers zum Besitz oder
- c) gutgläubige Annahme eines solchen Rechtes bei Besitzerwerb, § 1007 III 1. Alt. BGB
- d) Abhandenkommen der beweglichen Sache beim Kläger, § 1007 II BGB
- e) Kein Eigentum des Beklagten an der Sache, § 1007 II BGB
- f) Kein Besitzrecht des Beklagten gegenüber dem Kläger, §§ 1007 III 2 i.V.m. § 986 BGB
- g) Kein Abhandenkommen der beweglichen Sache beim Beklagten vor der Besitzzeit des Klägers, § 1007 II BGB

Deliktischer Besitzschutz

1. Anspruch aus § 823 II i.V.m. § 858 BGB

Es ist **umstritten**, ob § 858 BGB als Schutzgesetz anzusehen ist.

- a) Nach einer Auffassung dient § 858 BGB lediglich der Wahrung des Rechtsfriedens und nicht dem Schutz des einzelnen Besitzers vor Besitzentziehung.

vgl. Medicus Rn 621; Brox, SR BT Rn 445

Nach dieser Auffassung liegt ein Schutzgesetz nicht vor, so dass ein Anspruch aus § 823 II BGB nicht besteht.

- b) Nach anderer Auffassung (h.M.) soll eben auch gerade dieser Schutz des Besitzers bezweckt werden, so dass ein Schutzgesetz vorliegt.

vgl. BGHZ 20, 169; 73, 355; Emmerich, SR BT § 24, Rn 5; Wieser, JUS 1970, 559;

- c) **Argumentation**

Berücksichtigt man, dass § 858 BGB selbst den Dieb einer Sache vor verbotener Eigenmacht schützt, der nach objektiver Betrachtung keine schutzwürdige Rechtsposition hat, so spricht viel dafür, dass § 858 BGB, wie von der erstgenannten Auffassung angenommen, nur den Rechtsfrieden wahren und Selbstjustiz verhindern will.

Andererseits ist nicht von der Hand zu weisen, dass der berechtigte Besitzer insofern schutzwürdig ist. Es kommt also darauf an, ob § 858 BGB seinem Schutz zu dienen bestimmt ist. Hiervon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Die Besitzberechtigung spielt in anderen Anspruchszusammenhängen eine Rolle. Es ist nicht erforderlich, sie über § 823 II i.V.m. § 858 BGB zu schützen.

Besitzschutz wird auch durch § 823 I BGB gewährt, jedoch nur unter Berücksichtigung der besitzrechtlichen Verhältnisse. Insofern ist ein Besitzschutz nach § 858 BGB im Rahmen des § 823 II BGB zwar anzunehmen, jedoch ist darauf zu achten, dass kein Wertungswiderspruch zu dem Umfang des Besitzschutzes nach § 823 I BGB besteht. Es ist daher der h.M. zu folgen, so dass ein Schutzgesetz einschlägig ist.

2. Anspruch aus § 823 I BGB; der rechtmäßige Besitz ist als „sonstiges Recht“ anzusehen

Problem: Mittelbarer Besitz

Soweit man Besitz ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB darstellt, obwohl es sich gem. § 854 I BGB um ein **tatsächliches Herrschaftsverhältnis** handelt, so muss hiervon auch der mittelbare Besitz gem. § 868 BGB umfasst sein. Aber dieser Schutz ist nicht allumfassend. Kein Schutz im Verhältnis zum unmittelbaren Besitzer, sondern nur gegen jedermann bestehende Rechte. Der unmittelbare Besitzer hat nach § 859 BGB **gegen jedermann** ein Recht auf Eingriffsabwehr, der mittelbare Besitzer aber nur im Rahmen des § 869 BGB, wenn gegenüber dem unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht geübt wird, so dass der mittelbare Besitzer nur Besitzschutz gegenüber dem Dritten, nicht aber gegenüber dem unmittelbaren Besitzer genießt.

Besitzschutz durch § 812 BGB

Möglich sind die Leistungs- und die Eingriffskondiktion

Übersicht

Anspruch des Eigentümers auf Schadensersatz, §§ 989 - 992 BGB

Voraussetzungen nach den §§ 989, 990 BGB

1. **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis** (Vindikationslage)
 - a) Anspruchsteller war Eigentümer zum Zeitpunkt des maßgebenden Ereignisses.
 - b) Anspruchsgegner war zu diesem Zeitpunkt Besitzer.
 - c) Anspruchsgegner hatte kein Recht zum Besitz (§ 986 BGB)
2. **Rechtshängigkeit**, § 989 BGB (vgl. §§ 261 I, 253 I ZPO)
oder
Bösgläubigkeit, § 990 I BGB; umfasst Kenntnis vom Mangel des Besitzrechts und grob fahrlässige Unkenntnis im Falle des § 990 I 1 BGB; später schadet nur tatsächliche Kenntniserlangung von fehlender Berechtigung.
3. **Beschädigung, Untergang** (auch gemäß §§ 947, 948 BGB), **Unmöglichkeit** der Herausgabe (z.B. wegen §§ 929, 932 oder §§ 873, 925, 892 BGB).
4. **Verschulden**, §§ 276, 278 BGB; es gilt § 280 I 2 BGB; Zufallshaftung im Falle der §§ 990 II, 286 IV BGB.
5. **Schaden**; umfasst auch den entgangenen Gewinn.

Beachte bei Besitzmittlungsverhältnis:

Zusätzliche Voraussetzungen nach § 991 II BGB müssen erfüllt sein:

- a) Anspruchsgegner ist gutgläubiger, unrechtmäßiger Fremdbesitzer (Besitzmittler),
- b) Besitzmittler ist dem mittelbaren Besitzer zum Schadensersatz verpflichtet.

Beachte: ähnliche Lage wie bei der Drittschadensliquidation

Konkurrenzen

Grundsatz

§ 823 BGB ist neben den §§ 985 ff. BGB nicht anwendbar; Begründung § 993 I 2. Hs. BGB

Ausnahmen

- § 992 BGB
- Fremdbesitzerexzess, d.h. wenn der gutgläubige Fremdbesitzer (bei § 868 BGB) die Grenzen (z.B. § 583 BGB) seines durch das vermeintliche (z.B. wegen §§ 155, 105 I BGB) Besitzmittlungsverhältnis bestimmten Besitzrechts überschreitet (str.).
- Bei sittenwidriger Schädigung haftet der unrechtmäßige Besitzer nach § 826 BGB.

Problem

Die Bösgläubigkeit

Bezugspunkt	Zeitpunkt	
Recht zum Besitz und der damit verbundenen Nutzungen	Erwerb des Besitzes	Nach Besitzerlangung
Nicht im Hinblick auf das Eigentum des Rechtsvorgängers. Gleichgültig ist, ob das Besitzrecht aus einem dinglichen oder schuldrechtlichen Nutzungsrecht hergeleitet wird (BGH NJW 1978, 1531).	Positive Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis, § 990 I 1 BGB.	Positive Kenntnis, § 990 I 2 BGB.

Bösgläubigkeit bei Einschaltung Dritter			
	1. Auffassung	2. Auffassung	3. Auffassung
	Rechtsgedanke der §§ 831, 166 BGB	Haftung analog § 831 BGB	Analoge Anwendung des § 166 BGB bei eigener Verfügungsfreiheit des Besitzdieners.
Argumentation	Bei Auswahl- und Überwachungsver schulden kann Bösgläubigkeit des Besitzdieners Haftung des redlichen Besitzers begründen. Beweislast jedoch bei Anspruchsteller/ Eigentümer!	§§ 987 ff. BGB enthalten eine Sonderregelung zum Deliktsrecht: Die Ergreifung des Besitzes ohne Recht zum Besitz stellt eine Eigentumsverletzung dar und ist damit einer unerlaubten Handlung vergleichbar. Dagegen: Die in §§ 989 ff. BGB geregelten Schadensersatzansprüche sind als Leistungsstörungenrecht ausgestaltet	Der Besitzer hat die Voraussetzungen für das Tätigwerden des Besitzdieners geschaffen. Dagegen: Der Besitzer würde für den bösgläubigen Besitzdiener strenger haften, als für den deliktischen Besitzdiener.
vertreten von	BGHZ 16, 259; Birk, JZ 1963, 354; BGHZ 32, 53, 58; BGHZ 55, 307, 311 mwN; BGH WM 1974, 154, 155; OLG München WM 1977, 1036, 1038; MüKo/Baldus Rn 18; Pinger MDR 1974, 184, 186 f; Richardi AcP 169 (1969), 385, 394; Palandt/Bassenge Rn 6	Baur/Stürmer § 5 Rn 15, § 8 Rn 8; Heck § 69, 6; Medicus AT Rn 903; Erman/Ebbing Rn 24; MüKo/Medicus 4. Aufl Rn 12; H. Roth JuS 1997, 710, 711; Staudinger/Schilken § 166 Rn 11;	BGHZ 32, 53 (56); Westermann/Pinger § 32 II 2c; Schwab/Prütting § 9 IV;

Fall 5

Häcksler im Wechsel

Im November 1999 bringt E seinen elektrischen Häcksler zu dem Gartenhändler H, um ein neues Schneidmesser einsetzen zu lassen. Den reparierten Häcksler verwahrt H in einem Lagerraum hinter seinem Verkaufslokal, wie üblich zusammen mit neuen und zum Verkauf bestimmten gebrauchten Gartengeräten. Als E zwei Wochen später den Häcksler noch nicht abgeholt hat, übersendet ihm H die Reparaturrechnung mit der Bitte um Abholung. Der vielbeschäftigte E vergisst aber die Angelegenheit, weil er den Häcksler während der Winterzeit nicht benötigt. Ende März 2000 verkauft A, der langjährige und dem H als zuverlässig bekannte Verkaufsangestellte des H, den Häcksler an den Gartenfreund G, der ein gebrauchtes Gerät erwerben will. A wusste nicht, dass E den Häcksler zur Reparatur gebracht hatte; allerdings war ihm aufgefallen, dass der Häcksler nicht wie andere verkäufliche Gebrauchtgeräte der Geschäftsübung entsprechend mit einem Preis ausgezeichnet waren.

G hat jedoch kein Glück mit dem Häcksler: Schon beim ersten Einsatz gibt er ein zu dickes Stück Holz hinein und bricht die Schneidmesser damit ab. Darauf gibt G den Häcksler wiederum dem H zur Reparatur, der erst dadurch von der Veräußerung an G erfährt. Nach der Auswechslung der Schneidmesser erscheint nun E bei H, um seinen Häcksler zur Benutzung in der neuen Saison abzuholen. H gibt dem E den Häcksler gegen Begleichung seiner Reparaturrechnung mit, ohne etwas von dem zwischenzeitlichen Verkauf an G zu erwähnen, weil ihm der ganze Vorgang peinlich ist.

Einige Tage später wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des H eröffnet. Als der Insolvenzverwalter nunmehr dem G mitteilen muss, dass E den Häcksler hat, ist G außer sich.

1. G verlangt „seinen“ Häcksler von E heraus. E sträubt sich hiergegen, weil er den Häcksler doch schon zwei Jahre früher erworben habe.
2. Hilfsweise, falls er den Häcksler doch herausgeben muss, möchte E wissen,
 - a) ob er von H den erzielten Erlös von 500,-- EURO beanspruchen kann, auch wenn der Häcksler nur 300,-- EURO wert war?
 - b) ob er im umgekehrten Fall den Wert von 500,-- EURO auch dann beanspruchen kann, wenn H nur 300,-- EURO Erlöst hat?

Überblick Fall 5**A. Anspruch des G gegen E auf Herausgabe des Häckslers****I. § 985 BGB**

1. Besitz des E
2. Eigentum des G
 - a) Einigung über einen Eigentumserwerb von A
 - b) Einigung zwischen A und G über Eigentumserwerb von H
 - c) Übergabe
 - d) Berechtigung des H
 - e) Gutgläubiger Erwerb des G gemäß §§ 932, 929 BGB
 - f) § 935 BGB
3. Recht zum Besitz des E aus § 986 BGB
 - a) Besitzrechtskette
 - b) Zurückbehaltungsrecht des E gem. § 1000 BGB

II. Anspruch des G gegen E aus §§ 861, 869 BGB**III. Anspruch des G gegen E aus § 1007 I BGB****IV. Anspruch des G gegen E aus § 812 BGB****B. Anspruch des E gegen H auf Zahlung von 500,-- EURO im Falle 2 a****I. Schadensersatzansprüche****II. § 285 BGB****III. § 285 BGB analog****IV. Anspruch aus § 816 I 1 BGB****C. Anspruch des E gegen H auf Zahlung von 500,-- EURO im Falle 2 b****I. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB**

1. Schuldverhältnis
2. fällige Leistungspflicht
3. Unmöglichkeit einer Hauptleistungspflicht
4. Vertretenmüssen
5. Schaden/Kausalität

II. §§ 989, 990 I 1 BGB**III. § 823 I BGB****IV. § 831 I 1 BGB**

Lösung: 5. Fall - Häcksler im Wechsel**Blätter:**

Aufbauschema: Der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB	12
Die Einigung als dinglicher Vertrag	33
Die Stellvertretung und ihre Voraussetzungen/AT	
Übersicht: Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten	36
Übersicht: Das Recht zum Besitz	16
Übersicht: Anspruch des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen	30
Übersicht: Besitzschutzrechte im Überblick	7-11
Eingriffskondiktion nach § 812 I 1 2. Alt BGB/SR BT II	
Art und Umfang des Schadensersatzes/SR BT III	
Eingriffskondiktion nach § 816 I 1 BGB/SR BT II	
Verzug des Gläubigers §§ 293 ff. BGB	
Übersicht: Schadensersatz des Eigentümers nach §§ 989 - 992 BGB	25
Problem: Die Bösgläubigkeit	23

A. Anspruch des G gegen E auf Herausgabe des Häckslers**I. Anspruch des G gegen E auf Herausgabe des Häckslers gem. § 985 BGB**

G könnte gegen E einen Anspruch auf Herausgabe des Häckslers nach § 985 BGB haben, wenn G Eigentümer und E Besitzer desselben ohne Recht zum Besitz ist.

(vgl. Blatt 12: Der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB)

1. E ist **Besitzer** des Häckslers.

2. Eigentum des G

Ursprünglich war E Eigentümer. G könnte Eigentum erworben haben. Dann müssten sich E und G mit dem Inhalt des § 929 BGB geeinigt haben.

(vgl. Blatt 33: Die Einigung als dinglicher Vertrag)

a) Einigung über einen Eigentumserwerb von A

A trat als Verkäufer auf; G ging davon aus, Eigentum von H zu erwerben und nicht von A.

b) Einigung zwischen A und G über Eigentumserwerb von H

Eine unmittelbare Einigung zwischen G und H kommt nicht in Betracht. A könnte H aber nach § 164 I BGB wirksam vertreten haben.

(vgl. Blatt: Die Stellvertretung und ihre Voraussetzungen/AT)

Die Stellvertretung bei der Einigungserklärung i.S.d. § 929 BGB ist zulässig³¹.

A hat eine Einigungserklärung abgegeben. Ob er diese Erklärung auch im Namen des H abgegeben hat kann dahinstehen, da er als Ladenangestellter gehandelt hat und es sich somit um ein unternehmensbezogenes Geschäft handelt, bei dem die Fremdheit sich aus den Umständen ergibt und nicht ausdrücklich dargelegt werden muss.

Fraglich ist, ob A innerhalb der Vertretungsmacht gehandelt hat.

Als Verkäufer im Handelsgeschäft des H hatte A Vollmacht zum Verkauf von Waren. Die Vollmacht war aber beschränkt auf solche Gartengeräte, die auch zum Verkauf anstanden.

³¹ BeckOK BGB/Kindl BGB § 929 Rn. 16

Fraglich ist, ob sich diese Beschränkung auf das Außenverhältnis zwischen A und G auswirkt.

Gemäß § 56 HGB gilt der Angestellte eines Kaufmanns als ermächtigt, übliche Geschäfte abzuschließen. H ist Kaufmann nach § 1 HGB. Damit wirkt sich die Beschränkung im Innenverhältnis im Außenverhältnis nicht aus.

A handelte mit Vertretungsmacht.

Eine wirksame Einigung zwischen A und G über den Eigentumserwerb von H ist erfolgt.

c) Übergabe

Eine Übergabe von H an G hat nicht stattgefunden.

Fraglich ist, ob A den H wirksam vertreten hat, § 164 I BGB.

Stellvertretung i.S.d. § 164 BGB ist bei Übertragung des unmittelbaren Besitzes grundsätzlich nicht möglich, weil sich die §§ 164 ff. BGB nur auf Willenserklärungen beziehen³².

Jedoch erfordern Sinn und Zweck des § 56 HGB, dass die Übereignung mit Hilfe eines Ladenangestellten möglich ist. Besitzveränderungen durch den Stellvertreter sind dann möglich, wenn der Stellvertreter auf der Veräußerer- oder der Erwerberseite als Besitzdiener oder als Besitzmittler auftritt.

Hier war A Besitzdiener des H nach § 855 BGB.

Die Übertragung des unmittelbaren Besitzes auf G mit Hilfe des A wirkt für und gegen H.

Die Übergabe i.S.d. § 929 BGB ist damit erfolgt.

d) Berechtigung des H

Eigentümer des Häckslers war E. Auch war H nicht von E nach § 185 BGB ermächtigt. Eine Berechtigung des H lag nicht vor.

e) Gutgläubiger Erwerb des G gemäß §§ 929, 932 BGB

(vgl. Blatt 36: *Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten*)

Die Übereignung fand in der Form des § 929 BGB statt. Damit ist § 932 BGB einschlägig.

G müsste gutgläubig gewesen sein. Kenntnis von der Nichtberechtigung oder grob fahrlässige Unkenntnis lagen nicht vor, § 932 II BGB. G war gutgläubig.

Merke: Die Redlichkeit bezieht sich nur auf das Eigentum, nicht auf die Geschäftsfähigkeit oder die Verfügungsbefugnis. **Ausnahme:** § 366 I HGB schützt auch den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis.

f) § 935 BGB

Der gutgläubige Erwerb des G könnte wegen § 935 BGB ausgeschlossen sein, wenn der Häcksler abhanden gekommen ist.

Abhandenkommen liegt vor, wenn der Eigentümer den Besitz ohne oder gegen Willen verliert. Besteht hingegen ein Besitzmittlungsverhältnis, so ist ein Abhandenkommen nach § 935 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn zwar der mittelbare Besitzer diesen Besitz gegen oder ohne

³² MüKoBGB/Oechsler BGB § 929 Rn. 59; Jauernig/Berger BGB § 929 Rn. 23

seinen Willen verliert, dies aber mit dem Willen des unmittelbaren Besitzers erfolgt.

Ursprünglich hatte Eigentümer E unmittelbaren Eigenbesitz (§ 872 BGB) an dem Häcksler. Im Rahmen des Reparaturauftrages (§ 631 BGB) hat er die Sache dann an H übergeben. In Folge des Werkvertrages bestand daher zwischen H und E ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB, so dass E mittelbarer Eigenbesitzer und H unmittelbarer Fremdbesitzer war. A als Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft hingegen war nach § 855 BGB nur Besitzdiener des H, so dass H nach wie vor unmittelbarer Fremdbesitzer war. Ein Abhandenkommen ist daher gem. § 935 I 2 BGB nur anzunehmen, wenn der Besitz dem H gegen oder ohne seinen Willen entzogen wurde. Ein solcher Entzug liegt in der Besitzübertragung durch A an H. Ein gutgläubiger Erwerb ist deshalb bei der Weggabe durch den Besitzdiener nach den allgemeinen Regeln des BGB grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. Fall 1).

Etwas anderes könnte sich jedoch aus § 56 HGB ergeben. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift haben Ladenangestellte Vollmacht zur Veräußerung. Diese Verkehrsschutzvorschrift will den gutgläubigen Erwerber aber gerade auch dahingehend schützen, vom Ladenangestellten, der nach allgemeinem Zivilrecht gem. § 855 BGB grundsätzlich Besitzdiener ist, gutgläubig erwerben zu können. Bei der Anwendung von § 935 BGB würde dieser Verkehrsschutz aber leer laufen. Der Erwerb einer Sache vom Ladenangestellten soll jedoch gerade möglich sein, auch wenn dies im Widerspruch zur allgemeinen besitzrechtlichen Stellung des Besitzdieners steht.

Insoweit ist § 56 HGB lex specialis zu § 855 BGB. Hier ist damit der Häcksler wegen der willentlichen Weggabe durch den Ladenangestellten A dem unmittelbaren Besitzer H und damit auch dem mittelbaren Besitzer E nicht i.S.d. § 935 S. 2 BGB abhanden gekommen.

Der gutgläubige Erwerb des G ist nicht wegen § 935 BGB ausgeschlossen.

G ist Eigentümer des Häckslers geworden.

3. Recht zum Besitz des E aus § 986 BGB

a) Besitzrechtskette

Allerdings könnte E durch eine sog. „Besitzrechtskette“ ein abgeleitetes Besitzrecht gem. § 986 I BGB erlangt haben.

Eine Besitzrechtskette ist anzunehmen, wenn der Besitz von demjenigen, zu dem G in einem Besitzrechtsverhältnis stand, berechtigt weiterübertragen wurde.

Beispiel: *Eigentümer E - Mieter M - Untermieter U; U ist dem E gegenüber zum Besitz berechtigt, weil U seinen Besitz von M ableitet, M seinerseits von E. Allerdings muss M dem E gegenüber berechtigt sein, den Besitz an U weiterzugeben.*

Auch gegenüber G war H nach Abschluss des Werkvertrages und Übergabe der Sache zur Reparatur berechtigter unmittelbarer Fremdbesitzer. Von ihm wurde der Besitz auf E übertragen, indem der Häcksler an diesem übergeben hat. Dies würde jedoch nur ein Besitzrecht des E begründen, wenn H zur Weiterübertragung des Besitzes berechtigt gewesen wäre. Aus dem sich aus dem Werkvertrag mit G erhebenden Besitzmittlungsverhältnis sollte H jedoch nur für G besitzen und war unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zu einer Übertragung des unmittelbaren Besitzes an E berechtigt.

Mangels berechtigter Weiterübertragung liegt daher keine Besitzrechtskette vor, so dass E sich auch nicht auf ein von H abgeleitetes Besitzrecht berufen kann.

b) Zurückbehaltungsrecht des E gem. § 1000 BGB

Das kostenpflichtige Einsetzenlassen des Schneidemessers könnte jedoch eine nach §§ 994 BGB dem E erstattungsfähige Verwendung sein, so dass ihm ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB zustehen könnte. Fraglich ist jedoch, ob dies überhaupt ein im Rahmen des § 986 BGB zu berücksichtigendes Besitzrecht begründen kann.

aa) Nach einer Auffassung stellen die Zurückbehaltungsrechte kein Recht zum Besitz dar, sondern sind lediglich Gegenrechte, die der Durchsetzung des Anspruchs entgegenstehen, so dass nur eine Verpflichtung Zug um Zug besteht³³. Dies wird damit begründet, dass das Zurückbehaltungsrecht und die Rechte des § 986 BGB grundsätzlich unterschiedliche Schutzrichtungen haben. Bei § 986 BGB werden Besitzrechte geschützt, die Zurückbehaltungsrechte dienen lediglich der Sicherung der Durchsetzung eigener Ansprüche. § 986 BGB schützt den Besitzer hingegen vor einer Vindikation, schützt jedoch nicht seine Ansprüche.

Nach dieser Auffassung hat E auf keinen Fall ein Recht zum Besitz.

bb) Nach anderer Auffassung (h.M.) stellen die Zurückbehaltungsrechte sehr wohl ein Recht zu Besitz dar³⁴. Dies folge insbesondere aus dem Wortlaut des § 1000 BGB, wonach der Besitzer die Herausgabe „verweigern“ könne. Der unrechtmäßige Besitzer, der sich auf ein tatsächlich bestehendes Zurückbehaltungsrecht beruft, wird damit zum rechtmäßigen Besitzer.

Nach dieser Auffassung kommt es daher darauf an, ob ein Verwendungsersatzanspruch des G tatsächlich besteht. Auch dies setzt wiederum eine Vindikationslage zum Zeitpunkt der Tätigkeit der Verwendung voraus. Unabhängig von der Frage, ob § 986 BGB der Annahme einer solchen entgegensteht, stellt sich hier schon die Frage, ob G zum Zeitpunkt der Tätigkeit der Verwendung überhaupt schon Eigentümer und E nur Besitzer war.

Zum Zeitpunkt der Reparatur war aber E noch Eigentümer. Eine Vindikationslage bestand daher nicht. Auf den Zeitpunkt der Zahlung kommt es nicht an.

Ein Verwendungsersatzanspruch widerspräche auch Sinn und Zweck der §§ 932 ff. BGB, weil nur dann nur ein mit Ersatzansprüchen des Voreigentümers belastetes Eigentum gutgläubig erworben werden könnte.

Ein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 1000 i.V.m. 994 - 996 BGB besteht daher nicht.

Merke: Das Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 BGB erlischt mit Besitzverlust, auch wenn der Verwendende später nochmals Besitz erlangt, BGHZ 51, 253.

³³ Palandt/Bassenge, § 986 Rn. 5; Erman/Ebbing, § 986 Rn. 18 f.; MüKo/Baldus § 986 Rn 14; so jetzt auch BGH LM H. 4/1998 ApothG Nr. 8.

³⁴ st. Rspr.: RGZ 136, 422; BGHZ 64, 122 (124); BGH NJW 1955, 340; NJW-RR 1986, 282 (283); BGHZ 64, 122, 124; BGH NJW 1995, 2627, 2628

Auch nach dieser Auffassung hat E daher kein Besitzrecht.

G hat gegen E einen Anspruch auf Herausgabe des Häckslers aus § 985 BGB. Dem steht nach der Auffassung, § 1000 BGB gewähre kein Besitzrecht, auch nicht das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 BGB als Einrede entgegen, da E – wie geprüft – keinen Verwendungsersatzanspruch und damit auch kein Zurückbehaltungsrecht hat.

Ergebnis: G hat gegen E einen Anspruch auf Herausgabe des Häckslers gem. § 985 BGB.

II. Anspruch des G gegen E aus §§ 869, 861 BGB

(vgl. Blatt 7: Besitzschutzrechte im Überblick)

G könnte gegen E einen Anspruch auf Herausgabe des Häcksels wegen fehlerhaften Besitzes gem. §§ 861, 869 BGB haben.

- (1) Dann müsste G zunächst bei Besitzerlangung des E mittelbarer Besitzer gewesen sein. Aufgrund des Reparaturauftrages mit H war dies gem. § 868 BGB der Fall (s.o.).
- (2) Der Besitz des E müsste fehlerhaft sein. Eine verbotene Eigenmacht des E gem. § 858 I BGB mit der Folge, dass sein Besitz nach § 858 II 1 BGB fehlerhaft ist, liegt nicht vor. Sein Besitz könnte daher allenfalls nach § 858 II 2 BGB fehlerhaft sein, wenn der Besitz seines Besitzvorgängers H fehlerhaft war. H hat den unmittelbaren Besitz seinerseits aber willentlich von G erhalten, diesem den unmittelbaren Besitz also nicht gegen seinen Willen entzogen. Allerdings wurde dem G der mittelbare Besitz entzogen. Dies stellt jedoch nur eine verbotene Eigenmacht dar, wenn gleichzeitig verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Fremdbesitzer vorliegt, § 869 BGB.

H als unmittelbarer Fremdbesitzer hat den Besitz aber willentlich an E übertragen, so dass keine verbotene Eigenmacht gegen H und damit auch nicht gegenüber G vorliegt.

Der Besitz des E ist daher gem. § 858 II 2 BGB nicht fehlerhaft. Ein Anspruch aus §§ 869, 861 BGB besteht daher nicht.

III. Anspruch des G gegen E aus § 1007 BGB

G könnte gegen E einen Anspruch auf Herausgabe des Häckslers gem. § 1007 haben.

Dann muss G zunächst **früherer Besitzer** gewesen sein. Dies war nach der Übergabe von A an G der Fall. E ist auch **neuer Besitzer**.

Ein Anspruch nach § 1007 I BGB setzt jedoch voraus, dass E **bei Besitzerwerb bösgläubig** war. E ist jedoch davon ausgegangen, nur das in seinem Eigentum stehende Gerät abzuholen, also nach Abholung berechtigter Besitzer zu sein.

Mangels Bösgläubigkeit des E scheidet ein Anspruch aus § 1007 I BGB daher aus, wenn die Sache dem G nicht **nach § 1007 II BGB abhanden gekommen** ist. G hat seinen Besitz aber ursprünglich willentlich an H übertragen und war nur noch mittelbarer Besitzer. Ein Abhandenkommen ist daher nur anzunehmen, wenn die Sache auch dem **unmittelbaren Besitzer abhanden** gekommen ist. H als unmittelbarer

Besitzer hat den Besitz aber **willentlich an E übertragen**, so ein Abhandenkommen bei G ausscheidet (s.o.).

G hat damit gegen E keinen Anspruch auf Herausgabe des Häckslers gem. § 1007 BGB.

IV. Anspruch des G gegen E aus § 812 BGB

Beachte: Die Sperrwirkung des E-B-V (§ 993 I a.E. BGB) kommt hier nicht zum Tragen, da es nicht um die Nutzungsherausgabe, sondern um die Herausgabe der Sache selbst geht.

Ein Leistungsverhältnis zwischen G und E besteht nicht, so dass die Leistungskondition nach § 812 I 1 1. Alt BGB ausscheidet.

In Betracht kommt nur die Nichtleistungskondition nach § 812 I 1 2. Alt BGB.

(vgl. Blatt: Eingriffskondition nach § 812 I 1 2. Alt BGB/SR BT II)

E hat den Besitz am Häcksler aber durch Leistung des H erlangt. Wegen der grundsätzlichen Subsidiarität der Eingriffskondition ist § 812 I 1 2. Alt BGB nicht anwendbar. Das Ergebnis widerspricht auch nicht den gesetzlichen Wertungen, z.B. §§ 932 ff. BGB.

(vgl. Im Einzelnen Ausführungen im Bereicherungsrecht)

Ein Bereicherungsanspruch des G gegen E besteht daher nicht.

V. Ergebnis Teil 1

G kann von E aus § 985 BGB Herausgabe des Häckslers verlangen.

B. Anspruch des E gegen H auf Zahlung von 500,-- EURO im Falle 2 a

I. Schadensersatzansprüche

Die Rechtsfolgen eines vertraglichen oder deliktischen Schadensersatzanspruchs sind in §§ 249 ff. BGB.

(vgl. Blatt: Art und Umfang des Schadensersatz/SR BT III)

§ 251 BGB ersetzt nur den Wiederbeschaffungswert des Häckslers. § 252 BGB ersetzt nur den dem Verletzten entgangenen, nicht den vom Schädiger erzielten Gewinn.

Ein Schaden des E in Höhe von 500,-- EURO ist nicht zu begründen.

II. § 285 BGB (stellvertretendes commodum)

Ein Anspruch aus § 285 BGB setzt zunächst Unmöglichkeit der Leistung voraus. Leistung ist die Rückübertragung des unmittelbaren Besitzes von H auf E aus § 631 BGB. Diese ist dem H unmöglich.

Merke: § 285 BGB setzt nicht voraus, dass der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat; selbst wenn der Gläubiger zu vertreten hat, bleibt § 285 BGB anwendbar.

H müsste weiterhin Ersatz für die unmöglich gewordene Leistung erhalten haben. H hat von G den Veräußerungserlös (commodum ex negotiatione) in Höhe von 500,- EURO erhalten.

Adäquate Kausalität ist ebenfalls gegeben.

Weiterhin ist aber Identität zwischen dem geschuldeten Gegenstand und dem Gegenstand, für den der Schuldner Ersatz erhalten hat, erforderlich³⁵.

Geschuldeter Gegenstand ist Besitz am Häcksler. Gegenstand für den Schuldner H den Erlös erhalten hat, ist aber das Eigentum am Häcksler.

Identität des Leistungsgegenstandes besteht daher nicht.

Ein Anspruch aus § 285 BGB scheidet aus.

III. § 285 BGB analog

Ein Anspruch des E aus könnte sich § 285 BGB analog ergeben.

Ein solcher Anspruch könnte sich hier wegen Unmöglichkeit einer Nebenleistungspflicht des H gem. § 241 II BGB ergeben. Dieser hat aus § 631 BGB die Nebenpflicht, das Eigentum des E am Häcksler vor der Gefahr des gutgläubigen Erwerbs zu schützen.

Dann müsste die analoge Anwendung auf Nebenleistungspflichten zulässig sein.

Grundgedanke des § 285 BGB ist es, dem Gläubiger, der infolge Unmöglichkeit den Anspruch auf die Leistung verloren hat, als Ausgleich den Anspruch auf das stellvertretende commodum zu gewähren; so soll eine in der Sache unrichtige Vermögensverteilung ausgeglichen werden³⁶. Der Gedanke müsste auf den Fall der Schutzpflicht übertragbar sein.

Hätte E von H gekauft und H anschließend an G veräußert wäre § 285 BGB einschlägig. Hier ist E bereits Eigentümer. Dadurch darf er nicht schlechter gestellt werden (argumentum a maiore ad minus). Übertragbarkeit ist daher gegeben.

Die Analogie ist zulässig.

H hat auch Ersatz infolge der Unmöglichkeit, das Eigentum am Häcksler zu schützen, in Höhe von 500,-- EURO erhalten.

Identität des Leistungsgegenstandes ist ebenfalls gegeben.

E kann daher von H den Erlös in Höhe von 500,-- EURO aus § 285 I BGB analog herausverlangen.

IV. Anspruch aus § 816 I 1 BGB

(vgl. Blatt: Eingriffskondiktion nach § 816 I 1 BGB/SR BT II)

1. H hat, vertreten durch A, wirksam als Nichtberechtigter verfügt.
2. Er muss das durch die Verfügung Erlangte herausgeben. Nach Rechtsprechung und h.M.³⁷ ist das Erlangte der Veräußerungserlös, da der Gewinn nur dem Berechtigten zusteht.

H hat 500,-- EURO erlangt.

E hat gegen H einen Anspruch auf Zahlung von 500,-- EURO aus § 816 I 1 BGB.

Ergebnis Teil 2 a: E hat Ansprüche aus § 285 I BGB analog und § 816 I 1 BGB. Es handelt sich um einfache Insolvenzforderungen nach § 38 InsO.

³⁵ BGH Z 25, 1, 9; BGHZ 46, 260, 264; BGH NJW-RR 1986, 234, BeckOK BGB/Lorenz BGB § 285 Rn. 11

³⁶ BGHZ 25, 1, 9; BGHZ 99, 385, 387; BeckOK BGB/Lorenz BGB § 285 Rn. 1

³⁷ BGHZ 29, 157; vgl. hierzu ausführlich BeckOK BGB/Christiane Wendehorst BGB § 816 Rn. 15-17

C. Anspruch des E gegen H auf Zahlung von 500,-- EURO im Falle 2 b**I. Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 283 BGB**

E könnte gegen H einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe von 500,00 EURO gem. §§ 280 I, III, 283 BGB haben.

1. Zwischen E und H besteht gemäß § 631 BGB ein gegenseitiger Vertrag, also ein **Schuldverhältnis**.
2. Aus diesem Schuldverhältnis heraus traf H die **fällige Leistungspflicht** verpflichtet, dem E den Häcksler zurückzugeben, also den Besitz zurück zu übertragen.

3. Unmöglichkeit

H hat den Häcksler nicht mehr und G ist zur Herausgabe nicht bereit, so dass H die Rückgabe des Häckslers nach § 275 I BGB unmöglich geworden ist.

4. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen des H wird nach § 280 I BGB vermutet, wobei er sich durch den Nachweis entlasten kann, dass er die Unmöglichkeit nicht nach § 276 BGB zu vertreten hat.

Eigenverschulden nach § 276 I BGB liegt nicht vor. Auch ein sonstiges Vertretenmüssen nach § 276 BGB kommt nicht in Betracht.

H muss sich jedoch das Handeln des A über § 278 BGB zurechnen lassen.

Es könnte aber der Haftungsmaßstab nach § 300 I BGB eingreifen.

(vgl. Blatt: Verzug des Gläubigers §§ 293 ff. BGB/SR AT)

Dann müsste sich E im Annahmeverzug nach § 293 BGB befunden haben.

H hatte gemäß § 295 I 2. Alt BGB angeboten. E musste den Häcksler bei H abholen, § 269 I BGB. Annahmeverzug des E ist daher gegeben.

Die Haftung des H ist auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

A hätte nach dem Sachverhalt ohne weiteres erkennen können, dass es sich nicht um ein Verkaufsstück handelte. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor (anderes Ergebnis vertretbar). H kann sich daher nicht entlasten, so dass er die Unmöglichkeit auch zu vertreten hat.

5. Schaden/Kausalität

Der adäquat kausal eingetretene Schaden des E beträgt 500,-- EURO.

E hat gegen H einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 283 BGB.

II. Anspruch des E gegen H auf Schadensersatz gem. §§ 989, 990 I 1 BGB

(vgl. Blätter 23/25: Übersicht: Schadensersatz nach §§ 989 - 992 BGB

Die Bösgläubigkeit)

1. Vindikationslage

- a) Bis zum Zeitpunkt des Erwerbes durch G war E Eigentümer.
- b) H war bis dahin unmittelbarer Besitzer, A nur Besitzdiener nach § 855 BGB (s.o.).
- c) Fraglich ist jedoch, ob H ein Besitzrecht hatte.

Ursprünglich war H rechtmäßiger Besitzer. Mit dem Verkauf durch A hat sich berechtigter Fremdbesitz in unberechtigten Eigenbesitz umgewandelt. Die Umwandlung ist Besitzerwerb i.S.d. § 990 I 1 BGB³⁸, so dass eine Vindikationslage bestand.

Beachte: *Die Problematik des nicht-so-berechtigten Besitzers oder des nicht-mehrberechtigten Besitzers spielt hier keine Rolle. Zwar hatte H ursprünglich sowohl aufgrund des Werkvertrages als auch aus seinem Werkunternehmerpfandrecht gem. § 647 BGB ein Besitzrecht, jedoch hat er nicht dieses fortbestehende Besitzrecht überschritten, sondern sich vom Fremd- zum Eigenbesitzer gemacht. Zum Eigenbesitz war er aber zu keiner Zeit berechtigt, so dass die Vorschriften des E-B-V hier anwendbar sind.*

2. weitere Anspruchsvoraussetzungen

- a) Die Herausgabe der Sache ist dem H auch unmöglich geworden.
- b) Dies muss H auch zu vertreten haben. H hat das Gerät ohne besonderen Hinweis zwischen die gebrauchten Verkaufsgeräte gestellt und dabei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt missachtet, wodurch es erst zu der Veräußerung durch A kommen konnte.
- c) Fraglich ist jedoch, ob H bösgläubig ist.

(vgl. Blatt 25: **Die Bösgläubigkeit**)

Dem A war im Zeitpunkt des Besitzerwerbs infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt, dass H nicht zur Veräußerung berechtigt war. Er hat für H dessen Fremdbesitz in Eigenbesitz umgewandelt, obwohl er hätte erkennen können, dass es sich nicht um ein Veräußerungsgerät handelt. Er war damit bösgläubig. Fraglich ist, ob H sich diese Bösgläubigkeit zurechnen lassen muss.

Da die Besitzerlangung als solche keine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 BGB darstellt, scheidet eine direkte Anwendung des § 831 BGB aus. Auch eine direkte Anwendung des § 166 BGB kommt nicht in Betracht, weil der Besitzerwerb Realakt und kein Rechtsgeschäft ist. Fraglich ist, ob man eine der Bestimmungen analog anwenden kann.

aa) § 831 BGB analog

Bei einer analogen Anwendung des § 831 BGB würde H nicht haften, weil er sich wegen der ansonsten gegebenen Zuverlässigkeit des A insoweit exculpieren kann.

Für die analoge Anwendbarkeit des § 831 BGB könnte sprechen, dass § 990 BGB einen deliktsähnlichen Tatbestand enthält.³⁹ A da bislang immer zuverlässig war, könnte H sich exculpieren, so dass im die Bösgläubigkeit des A nicht zurechnet werden könnte.

Nach dieser Auffassung würde H nicht nach §§ 989, 990 BGB haften.

bb) § 166 BGB analog

Da H sich die Abwicklung seiner Geschäfte durch die Einschaltung von Hilfspersonen vereinfacht könnte § 166 BGB analog anzuwenden sein.

³⁸ so BGHZ 31, 129

³⁹ Baur/Stürner § 5 Rn 15, § 8 Rn 8; Heck § 69, 6; Medicus AT Rn 903; Erman/Ebbing Rn 24; MüKo/Medicus 4. Aufl Rn 12; H. Roth JuS 1997, 710, 711; Staudinger/ Schilken § 166 Rn 11

Hiernach müsste sich H die Bösgläubigkeit des A ohne Exculpationsmöglichkeit zurechnen lassen und würde daher nach §§ 989, 990 BGB haften⁴⁰.

cc) Streitentscheidung

Eine analoge Anwendung von § 166 BGB anlaog würde nicht berücksichtigen, dass Haftgrund nach §§ 990, 989 BGB nicht der bösgläubige Erwerb des Besitzes ist, sondern die darauf folgende schuldhaft Zerstörung oder Verschlechterung der Sache.

Allerdings führt auf der anderen Seite die analoge Anwendung des § 831 BGB jedenfalls in den Fällen, in denen der Besitzdiener, wie hier, den Besitz der Sache in Ausführung eines ihm vom Geschäftsherrn erteilten allgemeinen Auftrages zur Vertretung des Geschäftsherrn im Rechtsverkehr erlangt, zu unbefriedigenden Ergebnissen. In solchen Fällen, in denen der Besitzerwerb mittelbar auf dem eigenen Verhalten des Geschäftsherrn beruht, liegt eine Interessenlage zugrunde, die der ratio legis des § 166 BGB entspricht. In dieser Vorschrift kommt nämlich der allgemeine Gedanke zum Ausdruck, dass derjenige, der sich fremder Hilfe bedient und die Wirkung fremden Handelns für sich in Anspruch nimmt, auch die Nachteile in Kauf nehmen muss.⁴¹

Deshalb ist hier § 166 BGB entsprechend anzuwenden, mit der Folge, dass H dem E Schadensersatz gemäß §§ 989, 990 BGB gewähren muss.

III. Anspruch des E gegen H auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB

Ein Anspruch aus § 823 I BGB könnte schon allein wegen der Sperrwirkung des E-B-V ausscheiden, wie sie in § 993 I a.E. vorgesehen ist.

Ursprünglich war H rechtmäßiger Besitzer. Mit dem Verkauf durch A hat sich berechtigter Fremdbesitz in unberechtigten Eigenbesitz umgewandelt. Die Umwandlung ist Besitzerwerb i.S.d. § 990 I 1 BGB⁴², so dass eine Vindikationslage bestand.

Die Sperrwirkung des E-B-V, wie sie sich aus § 993 I a.E. ergibt, greift also, so dass ein Anspruch aus § 823 I BGB nicht in Betracht kommt.

Beachte: *Der bösgläubige nichtberechtigte Besitzer haftet nach E-B-V auf Schadensersatz, der unverklagte, gutgläubige nichtberechtigte Besitzer haftet nicht und soll auch nicht nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere nach § 823 BGB auf Schadensersatz haften. Diese Sperrwirkung des E-B-V soll aber über § 992 BGB (deliktischer Besitzer) und § 826 BGB (vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung) hinaus auch bei einem **Fremdbesitzerexzess** nicht gelten. Ein solcher ist anzunehmen, wenn der unverklagte, gutgläubige Fremdbesitzer die Grenzen seines Besitzrechtes überschreitet. Im Zeitpunkt des schadensstiftenden Ereignisses, der Übereignung an G, hatte H sich jedoch durch das ihm zurechenbare Verhalten des A zum unberechtigten Eigenbesitzer gemacht, so dass die Veräußerung keinen Fremdbesitzerexzess darstellt, so dass keine Ausnahme von der Sperrwirkung vorliegt und § 823 BGB ausgeschlossen bleibt.*

IV. Anspruch des E gegen H auf Schadensersatz gem. § 831 I 1 BGB

⁴⁰ BGHZ 32, 53 (56); Westermann/Pinger § 32 II 2c; Schwab/Prütting § 9 IV

⁴¹ BGHZ 16, 259; Birk, JZ 1963, 354; BGHZ 32, 53, 58; BGHZ 55, 307, 311 mwN; BGH WM 1974, 154, 155; OLG München WM 1977, 1036, 1038; MüKo/Baldus Rn 18; Pinger MDR 1974, 184, 186 f; Richardi AcP 169 (1969), 385, 394; Palandt/Bassenge Rn 6

⁴² so BGHZ 31, 129

Wegen der hier eingreifenden Sperrwirkung des E-B-V aus § 993 I a.E. BGB kommt auch eine Haftung nach § 831 I 1 BGB nicht in Betracht.

V. Ergebnis Teil 2 b

E hat gegen H Schadensersatzansprüche aus §§ 280 I, III, 283 BGB und nach §§ 989, 990 BGB. Es handelt sich ebenfalls um einfache Insolvenzforderungen nach § 38 InsO.

Kontrollfragen Fall 5

1. Ist die Stellvertretung bei der Einigung nach § 929 BGB zulässig?
2. Welche Rechtsgeschäfte darf der Angestellte eines Kaufmannes im Außenverhältnis tätigen?
3. Ist die Stellvertretung bei der Übergabe zulässig?
4. Welche 5 Fälle des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten kennen Sie und an welche Voraussetzungen sind sie geknüpft?
5. Worauf bezieht sich die Redlichkeit des Erwerbers bei § 932 BGB?
6. In welchem Fall ist der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis geschützt?
7. Wann ist eine Sache nach § 935 BGB abhanden gekommen?
8. Kommt dem unmittelbaren Besitzer die Sache abhanden, wenn der Besitzdiener den Besitz willentlich weitergibt?
9. Wenn ja, gibt es Ausnahmen?
10. Was ist eine Besitzrechtskette?
11. Kann eine Besitzrechtskette ein Recht zum Besitz nach § 986 I BGB begründen?
12. Geben die Zurückbehaltungsrechte ein Recht zum Besitz nach § 986 I BGB?
13. Stellt das Anwartschaftsrecht ein Recht zum Besitz nach § 986 I BGB dar?
14. Kann § 285 BGB auf Nebenleistungspflichten angewandt werden?
15. Wonach beurteilt sich die Bösgläubigkeit bei Einschaltung Dritter?