13./14. April 2018

Dossier Sachenrecht

Zum Umgang mit diesem Dossier:

Das Dossier dient zur Vor- und Nachbereitung sowie zur Vertiefung des Sachenrechts. Die in der Vorlesung behandelten Inhalte werden Sie in diesem Dossier wiederfinden, wobei hier auch weitere, speziellere Probleme behandelt werden.

Für die Prüfung ist aber allein der im Unterricht behandelte Stoff maßgeblich.

1. Einführung und Prinzipien des Sachenrechts

Aus: *Schreiber, Klaus* Sachenrecht, 7. Auflage (2018)

Erster Teil: Einleitung

A. Die Regelung des Sachenrechts im BGB

Das Sachenrecht ist Gegenstand des 3. Buchs des BGB (§§ 854–1296). Sachenrechtliche Bestimmungen finden sich außerdem in Nebengesetzen wie etwa der Verordnung über das Erbbaurecht (ErbbauVO).[1] 1

Das BGB geht von drei Grundbegriffen aus. Es regelt zum einen den *Besitz*, zum anderen das *Eigentum* und schließlich die *beschränkten dinglichen Rechte*.

I. Die Regelungen des Besitzes finden sich in den §§ 854–872 BGB. Sie gelten gleichermaßen für bewegliche Sachen (Mobilien) und unbewegliche Sachen (Immobilien).

II. Demgegenüber unterscheidet das BGB zwischen den Erwerbs- und Verlusttatbeständen betr. das Eigentum an Grundstücken einerseits (§§ 925–928 BGB) und an beweglichen Sachen andererseits (§§ 929–984 BGB).

III. Ebenso wird zwischen den beschränkten dinglichen Rechten differenziert. Für bewegliche Sachen sieht das BGB nur das Pfandrecht (§§ 1204–1259 BGB) und den Nießbrauch (§§ 1030–1067 BGB) vor. Wesentlich bunter ist die Palette beschränkter dinglicher Rechte für Immobilien: Sie reicht von den Dienstbarkeiten (§§ 1018–1093 BGB) über das Vorkaufsrecht (§§ 1094–1104) und die Reallasten (§§ 1105–1112 BGB) bis hin zu den Grundpfandrechten (§§ 1113–1203 BGB).

B. Die systematische Stellung des Sachenrechts im BGB

Der Allgemeine Teil des BGB (1. Buch) enthält die Bestimmungen, die sämtlich für die anderen vier Bücher des BGB gelten. So tauchen etwa Auslegungsfragen (§§ 133, 157 BGB) im Schuldrecht (2. Buch) oder im Sachenrecht ebenso auf wie im Familien- (4. Buch) und Erbrecht (5. Buch). Gleiches gilt für einen zentralen Begriff des Sachenrechts, nämlich den der Sache (§§ 90 ff. BGB). Deshalb ist auch er gleichsam vor die Klammer gezogen. 2

Die Regelungsgegenstände des *Familien*rechts und des *Erb*rechts ergeben sich aus den Begriffen selbst. Das *Schuld*recht regelt die Rechtsbeziehungen zwischen zwei Personen (Gläubiger und Schuldner), das *Sachen*recht die Rechtsbeziehungen einer Person zu einer Sache. Trotz dieser Unterschiedlichkeiten

---

1 Für Erbbaurechte, die am 22.1.1919 bereits begründet waren, gelten weiterhin die §§ 1012–1017 BGB (vgl. § 38 ErbbauVO). Zum Erbbaurecht im Einzelnen Rdn. 528 f.

gibt es Berührungspunkte: So dient die (sachenrechtliche) Vormerkung (§ 883 BGB) der Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs, die Hypothek der Sicherung einer meist aus dem 2. Buch (etwa § 488 Abs. 1 S. 2 BGB) folgenden Geldforderung. Auch sind bei einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt (§§ 433, 449 BGB) die schuldrechtliche und die sachenrechtliche Seite eng miteinander verzahnt; denn die nach § 433 Abs. 2 BGB geschuldete Kaufpreiszahlung ist die Bedingung für die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung (§ 929 BGB).[2]

C. Grundbegriffe des Sachenrechts

Literatur: ARMBRÜSTER, Unveräußerlichkeit und Verkehrsfähigkeit von Sachen, in: Gedächtnisschrift für Manfred Wolf (2011), S. 191; BAUR, Entwicklungstendenzen im Sachenrecht, JA 1987, S. 161; P. BYDLINSKI, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP 198 (1998), S. 287; FORKEL, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, S. 593; GÖRGENS, Künstliche Teile im menschlichen Körper, JR 1980, S. 140; HARMS/AHORN, Sachen, Bestandteile, Zubehör – Zentrale Heizungsanlagen in der Zwangsversteigerung, JURA 1982, S. 404; KÖNIG, Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen i.S. des § 90 BGB, NJW 1989, S. 2604; MAROTZKE, Erster Kontakt mit dem Sachenrecht, JuS 1993, S. 916; PETERSEN, Personen und Sachen, JURA 2007, S. 763; STEDING, § 90a BGB: nur juristische Begriffskosmetik? – Reflexionen zur Stellung des Tieres im Recht, JuS 1996, S. 962; TAUPITZ, Wem gehört der Schatz im menschlichen Körper? AcP 191 (1991), S. 201

I. Sachen

3 Sachen i.S.d. Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände (so wörtlich § 90 BGB). Aus der Einschränkung *(nur)* und dem Adjektiv *(körperlich)* folgt, dass das BGB daneben die unkörperlichen Gegenstände kennt. Dies sind Forderungen, Immaterialgüterrechte und andere Vermögensrechte. Sie stellen zusammen mit den Sachen die *Rechtsobjekte* dar.

4 1. Unter den Begriff der Sache fällt nur die Einzelsache. Im Gegensatz zu ihr bestehen Sachgesamtheiten aus einer Mehrheit von Einzelsachen. Sachgesamtheiten können zwar zum Gegenstand eines schuldrechtlichen, nicht aber eines sachenrechtlichen Geschäfts gemacht werden.

Beispiel: *Fabrikant F will seinen Betrieb aufgeben. Er findet einen Interessenten, der das Warenlager übernehmen will.*

Das Warenlager kann als solches Gegenstand eines Kaufvertrags sein. Die Sachgesamtheit Warenlager kann aber nicht als Ganzes übereignet werden. Notwendig ist vielmehr die Veräußerung (§ 929 BGB) einer jeden Einzelsache.

2 Einzelheiten Rdn. 311. Zu weiteren Gemeinsamkeiten WESTERMANN/H. P. WESTERMANN, § 1 II 2.

2. Von der Sachgesamtheit ist die zusammengesetzte Sache zu unterscheiden. Sie entsteht, wenn künstlich aus mehreren selbständigen Sachen eine neue Sache geschaffen wird. Dies ist nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen. Neue Einzelsachen in diesem Sinne sind etwa Gebäude und technische Produkte wie Kraftwagen[3] oder Kühlschränke, ferner Schmuckstücke aus Perlen oder Edelsteinen.[4] 5

3. Eine Sache wird durch ihre Körperlichkeit und ihre Abgrenzbarkeit charakterisiert. 6

a) Ein Kennzeichen der Sache ist die körperliche Ausdehnung im Raum.[5] Von daher ist die Elektrizität wie die Energie allgemein keine Sache. Anders ist es bei der Überlassung von Computer-Software. Obwohl hier die Überlassung eines geistigen Produkts – des Computerprogramms – im Vordergrund steht, wird die Software als Sache behandelt.[6] Insoweit gibt es keinen Unterschied zu einem Buch, einer Schallplatte oder einer CD. Auch sie gewinnen ihren Wert aus der in ihnen verkörperten Leistung (Erzählung, Musikstück). Dennoch sind sie Sachen.

b) Die Sachqualität ist ferner von der Abgrenzbarkeit abhängig. Notwendig ist die körperliche Begrenzung durch Aufnahme in ein Behältnis, durch Grenzsteine oder Einzeichnung in Karten.[7] Deswegen ist die Luft ebenso wenig eine Sache wie fließendes Wasser oder das offene Meer. 7

c) Da die Sache der zentrale Begriff des Sachenrechts ist, weil dieses die Rechtsbeziehungen zwischen einer Person und einer Sache regelt, sind Sachen im Rechtssinn nur diejenigen, die der menschlichen Herrschaft unterliegen.[8] Obwohl körperlich und abgrenzbar fehlt aus diesem Grund die Sachqualität den Sternen, Meteoren, Wolken oder auch dem Schnee. 8

d) Problematisch ist die Behandlung von Leichen und Leichenteilen, darüber hinaus die von Organen lebender Menschen. Ihnen wird man Sachqualität zusprechen müssen, sobald sie mit dem Körper nicht (mehr) fest verbunden sind wie z.B. zwecks Transplantation entnommene Organe oder lose Prothesen.[9] 9

3 BGHZ 18, 226, 228 f.
4 Weitere Beispiele bei WIELING, Bd. I, § 2 I 2 b.
5 Die ZPO (§§ 808 ff.) spricht sogar von körperlichen Sachen.
6 BGHZ 102, 135, 144; offen gelassen in BGHZ 109, 97, 101, für die direkte Einspeicherung auf die Festplatte des vom Erwerber betriebenen Computers. Zu Daten in einer Datenverarbeitungsanlage (keine Sachen) LG Konstanz, NJW 1996, 2662.
7 PALANDT/ELLENBERGER, § 90 Rdn. 1.
8 WIELING, Bd. I, § 2 I 1 b.
9 PALANDT/ELLENBERGER, § 90 Rdn. 3 m.w.N.; zum Streit um die Rechtsnatur der Leiche ZIMMERMANN, NJW 1979, 569 ff.; FORKEL, JURA 2001, 73 ff.; WIELING, Bd. I, § 2 II 1, 2.

II. Bestandteile

Literatur: GIESEN, Scheinbestandteil – Beginn und Ende, AcP 202 (2002), S. 689; MICHAELIS, Voraussetzungen und Auswirkungen der Bestandteilseigenschaft, in: Festschrift für Nipperdey Bd. I, 1965, S. 553; SIEBENHAAR, Die Zeitbauten nach § 95 I Satz 1 BGB, AcP 160 (1961), S. 156; STIEPER, Die Scheinbestandteile, 2002

10 Zusammengesetzte Sachen sind aus mehreren zunächst selbständigen Sachen zusammengefügt worden. Insbesondere in diesen Fällen werden die Sachen Teil eines Bestandes, Bestandteile, und werden in Zukunft nur als eine einheitliche Sache angesehen. Wann dies der Fall ist, entscheidet die Verkehrsauffassung.[10]

> ***Beispiel***[11]*: B befasste sich mit der Produktion serienweise hergestellter Schlepper. Von K bezog B eine Anzahl gleichfalls serienmäßig gefertigter Motoren und baute sie in die Schlepper ein. Die Motoren wurden so mit den übrigen Teilen der Schlepper verbunden, dass die Verbindung ohne Beschädigung irgendwelcher Teile und ohne Schwierigkeiten jederzeit wieder gelöst werden konnte. – B und K streiten um das Eigentum an den Motoren.*

§ 93 BGB trifft eine Regelung lediglich für *wesentliche* Bestandteile und ordnet an, dass sie nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Wesentliche Bestandteile teilen also stets das Schicksal der Hauptsache. Anders steht es um die im Gesetz nicht bestimmten *unwesentlichen* Bestandteile. Sie gelangen nur regelmäßig in das Eigentum desjenigen, dem die Hauptsache gehört. Insoweit sind allerdings Abweichungen möglich.

Wären im *Beispiel* die Motoren einfacher Bestandteil, könnte demnach K Eigentümer geblieben sein. Der BGH hat dies bejaht.[12]

11 Die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen beruht nicht auf Rechtsgründen, sondern auf wirtschaftlichen Aspekten. Sie soll eine nutzlose Zerstörung wirtschaftlicher Werte verhindern. Wenn die Trennung und Wiederzusammensetzung der Bestandteile ohne jede Beschädigung und ohne erheblichen Arbeitsaufwand durchgeführt werden können, handelt es sich demnach lediglich um einen einfachen oder unwesentlichen Bestandteil.[13]

Die Abgrenzung von unwesentlichen und wesentlichen Bestandteilen kann immer nur im Einzelfall erfolgen.

10 MünchKomm/STRESEMANN, § 93 Rdn. 7; PALANDT/ELLENBERGER, § 93 Rdn. 2; abl. WIELING, Bd. I, § 2 III 1 b.
11 Nach BGHZ 18, 226 ff.
12 A.a.O., S. 229.
13 BGH a.a.O., S. 232. S. ferner BGH NJW 2012, 778, 779 f.: Unverhältnismäßige Höhe der Kosten der Trennung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 93 BGB.

Wesentliche Bestandteile sollen etwa sein: Die Karosserie und die Bremstrommel eines Kraftfahrzeugs, nicht aber dessen Räder und, wie gerade gesehen, serienmäßig hergestellte Motoren.

12 Nach § 94 BGB sind wesentliche Bestandteile eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen sowie die ungetrennten Erzeugnisse, ferner die zur Herstellung eines Gebäudes auf dem Grundstück eingefügten Sachen.

Hierher gehören Häuser, Mauern, Zäune, Versorgungsleitungen, mangels fester Verbindung aber nicht Blumenkübel oder Eisenbahnschienen.

13 Darüber hinaus macht § 95 BGB eine Ausnahme für die sog. Scheinbestandteile. Auch sie sind mit dem Grund und Boden verbunden und genügen deswegen den Anforderungen der §§ 93, 94 BGB. Es steht jedoch fest[14], dass die Verbindung nach Ablauf einer gewissen Zeit wieder gelöst wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Verbindende nur ein zeitlich begrenztes Nutzungsrecht an einem Grundstück hat.

> ***Beispiel:*** *Der Mieter eines Hausgrundstücks errichtet ein Gartenhaus auf einem Betonsockel. – Er bleibt wegen § 95 BGB Eigentümer des Hauses.*

III. Zubehör

14 Es gibt viele Fälle, in denen die Verbindung einer beweglichen Sache mit einer anderen beweglichen oder unbeweglichen Sache zu lose ist, um schon von einem Bestandteil zu sprechen. Wenn jene Sache gleichwohl ihre wirtschaftliche Eigenständigkeit verliert, weil sie einer Hauptsache dienen soll, spricht man von Zubehör. Die Regelung findet sich in § 97 BGB.

Zubehör bleibt sonderrechtsfähig. Es kann also unabhängig von der Hauptsache übereignet oder auch mit einem Pfandrecht belastet werden. Das Gesetz trägt dem Zusammenhang zwischen Zubehör und Hauptsache allerdings in anderer Hinsicht Rechnung. Insbesondere erfassen der Grundstückskaufvertrag und die Auflassung im Zweifel auch das Zubehör (§§ 311 c, 926 BGB). Ferner fällt Grundstückszubehör in den Hypothekenhaftungsverband (§ 1120 BGB) und wird von demjenigen zu Eigentum erworben, der ein Grundstück ersteigert (§§ 90 Abs. 2, 55, 20 Abs. 2 ZVG; § 1120 BGB).

> ***Beispiel***[15]*: Die evangelisch-lutherische Kirchengemeinde S war Eigentümerin eines Grundstücks mit einem im Jahre 1750 erbauten Kapellengebäude. Auf der Giebelseite der Kapelle hing unter einem kleinen Vordach eine aus dem Jahre 1751 stammende Glocke. Die Kirchengemeinde ließ das Grundstück an die Gemeinde G auf; diese übertrug das Eigentum an*

14 Diese Festlegung kann sogar durch nachträgliche Bestimmung eines wesentlichen Bestandteils zum Scheinbestandteil erfolgen (BGH NotZ 2006, 290, 291, dazu WICKE, NotZ 2006, 252).
15 Nach BGH, NJW 1984, 2277 ff.; zust. H. DILCHER, JuS 1986, 185 ff.

dem Grundstück auf P „ausgenommen die Glocke mit Läutewerk". Die Glocke blieb in dem Kapellengebäude und wurde wie zuvor von einem Gemeindebediensteten zu bestimmten Tageszeiten und zu feierlichen Anlässen geläutet. B erwarb das Grundstück im Zwangsversteigerungsverfahren. Die Gemeinde G verlangt von ihm die Herausgabe der Glocke.

Die Glocke war nicht wesentlicher Bestandteil der Kapelle und damit des Kapellengrundstücks. Denn zur Herstellung eines Gebäudes eingefügt werden nur solche Sachen, ohne die das Gebäude nach der Verkehrsanschauung noch nicht fertiggestellt ist. Dies sind die Baumaterialien, zudem solche Ausstattungsgegenstände, die dem Gebäude sein bestimmtes Gepräge geben.[16] Die Kapelle erhielt ihren sakralen Charakter aber nicht erst durch das Anbringen der Glocke.

Zubehör wäre die Glocke dann, wenn sie dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt gewesen wäre. Wirtschaftlich in diesem Sinn bedeutet nicht gewinnbringend; es reicht vielmehr aus, dass die Hauptsache nutzbar ist und das Zubehörstück der Erzielung dieses Nutzens dient.[17] Von daher war die Glocke Zubehör. Sie hat diese Eigenschaft aber verloren, weil die Gemeinde und P sich darüber einig waren, dass die Glocke nur noch vorübergehend in dem Kapellengebäude belassen werden sollte.[18] – Demgemäß hat B das Eigentum an der Glocke nicht im Wege der Zwangsversteigerung erworben.

IV. Nutzungen

15 Nach § 987 BGB hat der Besitzer dem Eigentümer ggf. auch die Nutzungen herauszugeben. § 1030 BGB gibt dem Nießbraucher das Recht, die Nutzungen der Sache zu ziehen, § 581 BGB erlaubt dem Pächter „den Genuss der Früchte".

Nutzungen sind nach § 100 BGB die Früchte einer Sache sowie die sonstigen Gebrauchsvorteile. Was das Gesetz unter Früchten versteht, ergibt sich aus § 99 BGB. Die komplizierte Regelung unterscheidet nach unmittelbaren Sachfrüchten (Abs. 1), unmittelbaren Rechtsfrüchten (Abs. 2) sowie mittelbaren Sach- und Rechtsfrüchten (Abs. 3).

16 1. Die *unmittelbaren Sachfrüchte* sind gleichbedeutend mit der Ausbeute einer Sache, vor allem deren Erzeugnissen. Dieser Begriff kommt dem Alltagssprachgebrauch am nächsten; denn auch er versteht unter den Früchten jedenfalls die Erzeugnisse einer Pflanze. Der juristische Begriff geht allerdings darüber hinaus, weil unter ihn auch alle natürlichen Tierprodukte fallen, so etwa Eier, Milch, Honig und Tierjunge. – Die Ausbeute eines Grundstücks kann etwa in Sand oder Kies bestehen.

16 BGH a. a. O., S. 2278 m. w. N.
17 Palandt/Ellenberger § 97 Rdn. 4 f.
18 BGH a. a. O.

17 2. *Unmittelbare Rechtsfrüchte* sind die Erträge aus einem Recht. Hierzu zählen etwa bei einem Jagdrecht die Jagdbeute[19] oder bei einer Aktie die Dividende.[20]

18 3. *Mittelbare Früchte* erwachsen aus einem Rechtsverhältnis über eine Sache oder ein Recht. Vermietet der Eigentümer sein Haus, handelt es sich bei dem Mietzins um eine mittelbare Sachfrucht; verpachtet der Nießbraucher das Grundstück, so ist der eingezogene Pachtzins mittelbare Rechtsfrucht.

D. Prinzipien des Sachenrechts

Das Sachenrecht ist insgesamt geprägt vom Prinzip der Rechtsklarheit. Daraus ergibt sich eine Reihe weiterer ungeschriebener Grundsätze.

I. Der Bestimmtheits- oder Spezialitätsgrundsatz

19 Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz können dingliche Rechte nur an einzelnen, bestimmten Sachen bestehen. Eigentum an Sachgesamtheiten ist also ebenso wenig möglich wie deren Übertragung im Ganzen.

Vgl. dazu das *Beispiel* Rdn. 4. Das Warenlager als solches kann nicht übereignet werden; notwendig ist vielmehr die Übertragung des Eigentums an jeder einzelnen zum Warenlager gehörenden Sache.

Allerdings ist es nicht erforderlich, jede einzelne Sache zu bezeichnen. Auch dingliche Verträge wie die Einigung nach § 929 BGB sind auslegungsfähig (§§ 133, 157 BGB). Deswegen können die Parteien durchaus einen Sammelbegriff wählen, aus dem sich die zu übereignenden Sachen ergeben.

***Beispiel**[21]: Die Eheleute T und die B-Bank schlossen einen Sicherungsübereignungsvertrag, wonach der Bank das Geschäfts- und Privatinventar der Eheleute übereignet wurde. Bezüglich des Geschäftsinventars sah der Vertrag vor, dass das Eigentum an den „gesamten" Waren auf die Bank übergehen sollte; Waren, die unter Eigentumsvorbehalt standen, wurden ausdrücklich ausgenommen.*

Gegen die Verwendung der sog. „All-Formel" bestehen unter dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgrundsatzes keine Bedenken. Denn sie macht deutlich, dass sich die Übereignung auf sämtliche Waren und damit selbstverständlich auch auf jede einzelne von ihnen beziehen sollte.[22] Die Einigung ist aber aus einem anderen Grund unwirksam: Die unter Eigentumsvorbehalt erworbenen und von der Übereignung ausgenommenen Waren können nur durch den

19 BGHZ 112, 392, 398.
20 OLG Bremen, DB 1970, 1436.
21 Nach BGH, NJW 1986, 1985 ff.
22 Vgl. bereits RGZ 113, 57, 60; ferner BGH a. a. O., S. 1986 m. w. N.

Rückgriff auf Warenbücher, Rechnungen oder sonstige Bürounterlagen ermittelt werden. Sie sind nicht bestimmt, sondern lediglich bestimmbar. Damit ist der Bestimmtheitsgrundsatz verletzt.

II. Das Publizitäts- oder Offenkundigkeitsprinzip

Literatur: EINSELE, Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips, JZ 1990, S. 1005; MEDICUS, Besitz, Grundbuch und Erbschein als Rechtsscheinsträger, JURA 2001, S. 294; SCHREIBER, Die Eigentumsvermutung für den Besitzer, JURA 2003, S. 392; QUANTZ, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen (2011)

20 Sachenrechte sind als solche nicht sichtbar. Man kann allerdings vermuten, dass derjenige, der eine Sache besitzt, also die tatsächliche Gewalt über sie ausübt (vgl. § 854 Abs. 1 BGB), auch deren Eigentümer ist. Daraus zieht § 1006 BGB die entsprechende Konsequenz. In gleicher Weise wird durch § 891 BGB von der Eintragung im Grundbuch auf die Rechtsinhaberschaft geschlossen. Diese gesetzlichen Vermutungen sind Ausfluss des Offenkundigkeitsprinzips. Es wirkt in drei Richtungen:

21 1. Die Übertragung dinglicher Rechte ist regelmäßig von der Publizität des Erwerbsvorgangs abhängig. So muss bei der Übereignung beweglicher Sachen dem Erwerber der Besitz verschafft werden (§ 929 S. 1 BGB: Übergabe), bei der Übereignung von Grundstücken der Erwerber ins Grundbuch eingetragen werden (§ 873 BGB).

22 2. Wie eingangs dargelegt, beruhen die *Vermutungen* der §§ 891, 1006 BGB auf dem Offenkundigkeitsprinzip. Ihre Bedeutung liegt auf prozessualem Gebiet.

> ***Beispiel***[23]*: Im Jahre 1933 erbte K das Landgut Haus B, das er auch in Besitz nahm. Nachdem das teilweise kriegszerstörte Herrenhaus renoviert worden war, bezog es der Sohn S des K. Vater und Sohn streiten um das Eigentum an Hausratsgegenständen, die S zeitweise in seinem Besitz hatte. – In einem Zivilprozess hat der Vater beantragt festzustellen, dass die Sachen in seinem Eigentum stehen.*
>
> *Hier zeigt sich die Tragweite des § 1006 BGB. Da K ursprünglich alleiniger Eigenbesitzer der Hausratsgegenstände war, gilt zu seinen Gunsten die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 2 BGB.*[24] *Deshalb muss der Sohn beweisen, dass es sich in Wirklichkeit anders verhält, er also in der Zwischenzeit Eigentümer geworden ist. Kann er das nicht, wird der Klage stattgegeben.*

23 Nach BGH, NJW 1984, 1456 ff.

24 Und zwar auch dann, wenn – wie hier – in der Zwischenzeit ein anderer den Besitz erlangt hat (BGH a. a. O., S. 1457).

3. Aus dem Rechtsschein erwachsen nicht nur dem Besitzer oder dem im 23
Grundbuch Eingetragenen Vorteile. Vielmehr wird auch ein dritter Erwerber geschützt: Wenn der Veräußerer scheinbar Inhaber des zu übertragenden Rechts ist, kann der Dritte *gutgläubig erwerben* (z. B. §§ 932, 892 BGB).

III. Typenzwang und Typenfixierung

Im 2. Buch des BGB sind „einzelne Schuldverhältnisse" aufgeführt. Mit ihnen 24
werden die praktisch wichtigsten Fallgestaltungen erfasst. Die Regelungen sind jedoch nicht abschließend. So können die Parteien einen Vertragstyp wählen, den das BGB nicht vorsieht (man denke nur an den Leasing-Vertrag), und können ihre Befugnisse abweichend vom Gesetz regeln. Zudem können sie als Ausfluss der Privatautonomie frei darüber entscheiden, ob sie überhaupt einen Vertrag schließen wollen. Sie haben also Abschluss- und Inhaltsfreiheit.

Das ist im 3. Buch des BGB und im Sachenrecht insgesamt anders. Hier steht 25
es zwar ebenfalls im Belieben der Beteiligten, ob sie z. B. Eigentum übertragen, ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache oder ein Grundpfandrecht bestellen wollen (Abschlussfreiheit). Wenn sie sich dafür entschieden haben, beschränkt sich allerdings ihr Wahlrecht auf die im Gesetz vorgesehenen dinglichen Rechte (Typenzwang; numerus clausus der Sachenrechte). Auch können sie deren Inhalt nicht abändern (Typenfixierung).

> ***Beispiel:*** *Altbauer B übergibt den Hof seinem Sohn S. Die beiden sind sich darüber einig, dass B einen Teil der Grundstückserzeugnisse bekommen, er ferner eine monatliche Geldrente beziehen und bei Krankheit in der Familie des S gepflegt werden soll; darüber hinaus soll S die Landwirtschaft wie bisher betreiben, insbesondere den Betrieb einer sog. Geflügelfarm unterlassen. – B möchte die ihm eingeräumten Rechte durch Eintragung eines „Altenteils" im Grundbuch sichern lassen.*

Das Altenteil gehört nicht zu den vom BGB vorgesehenen dinglichen Rechten. Die unter dem Begriff zusammengefassten Befugnisse entsprechen vielmehr weitgehend denen, die mit einer Reallast (§ 1105 BGB) dinglich gesichert werden können. Hierzu gehören etwa die Lieferung von Naturalien, eine Geldrente oder auch die Krankenpflege. Die Unterlassung einer Handlung kann so aber nicht abgesichert werden; dafür stehen vielmehr die Dienstbarkeiten (§§ 1018, 1090 BGB) zur Verfügung.

Im *Beispiel* wäre die Eintragung eines umfassenden Altenteilsrechts also unzulässig. Vielmehr müssten B und S sich zunächst auf die Bestellung einer Reallast einigen. Da deren Inhalt gesetzlich fixiert ist (§ 1105 BGB), müssten sie zur Absicherung der Unterlassungspflicht auf eine Dienstbarkeit zurückgreifen.

IV. Die Absolutheit der dinglichen Rechte

26 Die durch die Regelungen des Schuldrechts gewährten Rechtspositionen wirken relativ, d. h. im Verhältnis zu einer bestimmten Person. So kann der Mieter nur vom Vermieter die Überlassung der Mietsache (§ 535 S. 1 BGB), der Verkäufer nur vom Käufer die Zahlung des Kaufpreises verlangen (§ 433 Abs. 2 BGB).

Demgegenüber entfalten die durch das Sachenrecht gewährten dinglichen Rechte Wirkung gegenüber jedermann. Es sind absolute Rechte. Für das Eigentum wird dies in § 903 BGB deutlich. Denn hiernach kann der Eigentümer jeden anderen von der Einwirkung auf die Sache ausschließen.

V. Die Abstraktheit des dinglichen Rechtsgeschäfts

Literatur: Bayerle, Trennungs- und Abstraktionsprinzip in der Fallbearbeitung, JuS 2009, S. 1079; Grigoleit, Abstraktion und Willensmängel, AcP 199 (1999), S. 379; Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, 1937; Jauernig, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, JuS 1994, S. 721; Petersen, Das Abstraktionsprinzip, JURA 2004, S. 98; Schreiber, Die Grundprinzipien des Sachenrechts, JURA 2010, S. 272; Schreiber/Kreutz, Der Abstraktionsgrundsatz, JURA 1989, S. 617; Strack, Hintergründe des Abstraktionsprinzips, JURA 2011, S. 5

Fälle mit Lösungen: Bülow, JuS 1981, S. 910; Schmitz, JuS 1975, S. 447; Zimmermann, JuS 1982, S. 283

27 Dem BGB liegt das sog. *Abstraktionsprinzip* zugrunde. Es besagt zum einen, dass die Verpflichtung und deren Erfüllung voneinander zu trennen sind.

Schließen ein Automobilhändler und sein Kunde einen Kaufvertrag über einen Neuwagen, so wird dieser i. d. R. den Wünschen des Kunden entsprechend von dem Automobilhersteller erst noch gefertigt. Weder Händler noch Kunde gehen davon aus, dass Letzterer bereits Eigentümer des Pkw geworden ist. Gleichwohl ist der Kaufvertrag zustande gekommen: Der Händler ist nunmehr zur Lieferung des Wagens (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB), der Kunde zur Zahlung des Kaufpreises *verpflichtet* (§ 433 Abs. 2 BGB).[25]

Schon begrifflich bedürfen Verpflichtungen der *Erfüllung*. Sie erfolgt, wenn der Händler dem Kunden den Pkw übergibt und sich beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll (§ 929 S. 1 BGB).

Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft sind also voneinander getrennt. Sie sind zudem in ihrem rechtlichen Bestand voneinander unabhängig, abstrakt.

Ist etwa der Kaufvertrag unwirksam, weil die Willenserklärung eines der Beteiligten nach § 105 Abs. 2 BGB nichtig ist, so bleibt die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts davon grundsätzlich[26] unberührt. Der Kunde kann also Eigentümer werden, auch

25 Die Konsequenzen aus der Abhängigkeit beider Pflichten ziehen §§ 320, 322 BGB: Grundsätzlich ist keine der Vertragsparteien zur Vorleistung verpflichtet.

26 Zur Anwendbarkeit des § 139 BGB z. B. Prütting, Rdn. 32.

wenn das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft nicht zustande gekommen ist (er ist dann allerdings nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB zur Rückverschaffung von Besitz und Eigentum verpflichtet).

2. Besitz und Eigentum

Aus: *Wörlen, Rainer/Kokemoor, Axel* Sachenrecht mit Kreditsicherungsrecht, 10. Auflage (2017)

2. Kapitel. Besitz

I. Begriff

Obwohl dies im alltäglichen Sprachgebrauch selten beachtet wird, ist der Besitz in rechtlicher Hinsicht streng vom Eigentum zu unterscheiden. Wenn Nichtjuristen (bzw. weniger »Rechtskundige«, als Sie es schon sind) gemeinhin vom »Hausbesitzer« sprechen, meinen sie damit zumeist den »Hauseigentümer«, der zB als Vermieter mehrerer Wohnungen eines Mietshauses gar nicht selbst in dem Haus wohnt. 27

In diesem Fall hat der Vermieter zwar noch die rechtliche Herrschaft (= Eigentum) über das Haus, er übt indessen nicht die tatsächliche Herrschaft (»Gewalt«) über die Sache aus. Somit ist er nicht (»unmittelbarer«) Besitzer des Hauses.

Lesen Sie noch einmal § 854 I, aus dem wir die Definition des Besitzes entnommen haben!

II. Unmittelbarer und mittelbarer Besitz

1. Unmittelbarer Besitz 28

Aus der Umschreibung des Besitzes in **§ 854 I** ergibt sich, wie soeben angedeutet, dass damit der »unmittelbare Besitz« gemeint ist. Der **unmittelbare Besitzer** übt also selbst die tatsächliche Gewalt bzw. tatsächliche Sachherrschaft über die Sache aus.

Der unmittelbare Besitz bleibt auch bei einer »*Lockerung*« des Besitzes bestehen (§ 856 II). Maßgeblich ist die Verkehrsauffassung.[26]

Beispiel: Eine Studentin verlässt für kurze Zeit ihren Platz in der Bibliothek und belässt ihren Laptop auf dem Tisch. Die Studentin bleibt nach der Verkehrsauffassung unmittelbare Besitzerin.

Ein Begriff, den Sie im Zusammenhang mit dem unmittelbaren Besitz kennen sollten, ist der des sog. »**Besitzdieners**« gem. **§ 855** (lesen!).

Übt jemand (der Besitzdiener) die tatsächliche Gewalt über eine Sache *für einen anderen* (den sog. Besitzherrn), insbesondere in dessen Haushalt oder Betrieb oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, durch das er *weisungsgebunden* ist, so ist *nur* der *Besitzherr* (unmittelbarer) Besitzer. Die tatsächliche Gewalt über die Sache wird also nicht selbst durch den unmittelbaren Besitzer, sondern durch den Besitzdiener ausgeübt. Der Besitzdiener steht in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis (»weisungsgebunden«) zum Besitzherrn (§ 855 nochmals lesen!).[27]

Fallen Ihnen Beispiele für Besitzdiener und Besitzherren ein?
Überlegen Sie, bevor Sie weiterlesen!

Beispiele für Besitzdiener: Hausangestellte, Arbeitnehmer oder Beamte.
Beispiele für Besitzherrn: »Hausherr«, »Unternehmensinhaber« oder »Dienstherr«.[28]

---

26 Palandt/*Herrler* § 856 Rn. 1, § 854 Rn. 3.
27 *Helms/Zeppernick* SachenR I Rn. 16.
28 Zu den Bsp. für Besitzdiener und Besitzherrn sowie ausf. zu § 855 s. Palandt/*Herrler* § 855 Rn. 1 ff.; *Baur/Stürner* SachenR § 7 Rn. 61–72; *Vieweg/Werner* SachenR § 2 Rn. 24.

2. Mittelbarer Besitz

Vom unmittelbaren Besitz ist der in § 868 legaldefinierte mittelbare Besitz zu unterscheiden (§ 868 lesen!).

Wenden Sie § 868 beispielhaft auf den Fall der Vermietung (§ 535 I) an!

Im Falle einer Vermietung wird unmittelbarer Besitzer der Mietsache der Mieter (§ 854 I). Der Vermieter bleibt Eigentümer und ist mittelbarer Besitzer.

Auf Übersicht 1 sind weitere Rechtsverhältnisse genannt, bei denen unmittelbarer Besitz und Eigentum auseinanderfallen: zB Pacht (§§ 581 ff.), Leihe (§§ 598 ff.) und Verwahrung (§§ 688 ff.).

Man bezeichnet diese und ähnliche Rechtsverhältnisse als »**Besitzmittlungsverhältnisse**«, die in § 868 erwähnt sind (Vorschrift lesen!). Die dort genannten[29] und »ähnliche« Verhältnisse[30] sind dadurch gekennzeichnet, dass der unmittelbare Besitzer vom bisherigen Besitzer ein Recht oder eine Pflicht zu seinem gegenwärtigen Besitz herleitet. Ist dies der Fall, ist gem. § 868 *auch* »der andere« (der vorherige unmittelbare Besitzer) immer noch »Besitzer«, und zwar »*mittelbarer Besitzer*«!

Der bisherige Besitzer ist meistens der Eigentümer selbst – denkbar ist aber zB auch, dass ein Mieter die gemietete Sache verleiht.

29 **Beispiel:** Bleiben wir bei dem einfachen Fall, dass der Eigentümer die ihm gehörende Sache vermietet. Der Vermieter ist dann Eigentümer und gem. § 868 auch mittelbarer Besitzer. Der Mieter ist gem. § 854 I unmittelbarer Besitzer, da er die tatsächliche Gewalt über die Mietsache ausübt.

Der unmittelbare Besitzer wird auch »**Besitzmittler**« genannt.

Weitere Voraussetzung für den mittelbaren Besitz ist der **Fremdbesitzwille** des unmittelbaren Besitzers (Besitzmittlers).[31] Entscheidend ist also, dass der unmittelbare Besitzer seinen Besitz nicht nur für sich selbst, sondern auch für den anderen, im Beispiel für den Eigentümer, ausübt. Der unmittelbare Besitzer muss sich bewusst sein und anerkennen, dass er die Sache nicht »ewig« behalten darf! Sobald der gute Wille des Besitzmittlers erlischt, weil er zB einfach beschließt, die gemietete Sache für sich zu behalten (= *Eigenbesitzwille*, § 872), erlischt auch der mittelbare Besitz des Eigentümers. Kennzeichen des mittelbaren Besitzes ist das Einigsein zwischen Eigentümer und unmittelbarem Besitzer darüber, dass der unmittelbare Besitzer die Sache »für den anderen« besitzt (= »*Fremdbesitzwille*«). Entschließt sich zB der Mieter einer Sache anders, also dazu, die Sache für sich zu behalten, begeht er eine Unterschlagung gem. § 246 StGB. Er hat dem Eigentümer zu diesem Zeitpunkt nicht nur die Sache als solche, sondern auch den mittelbaren Besitz entzogen.

Unter der Voraussetzung aber, dass alles mit rechten Dingen zugeht, dass also der Eigentümer (bzw. der vorherige unmittelbare Besitzer) und der neue unmittelbare Besitzer sich über dessen »Fremdbesitz« einig sind, bleibt der Eigentümer gem. § 868 ebenfalls Besitzer (= mittelbarer Besitzer).

29 Neben den bereits erwähnten auch **Nießbrauch** (§§ 1030 ff.) und **Pfandrecht** (§§ 1204 ff.).
30 **Außer der Leihe zB auch: Eigentumsvorbehalt (§ 449); uU Werkvertrag (§§ 631 ff.), Auftrag (§§ 662 ff.)** – Aufzählung bei Palandt/*Herrler* § 868 Rn. 9–11.
31 Hierzu und im Folgenden s. *Wolf/Wellenhofer* SachenR § 4 Rn. 26.

Zusammengefasst sind also für den mittelbaren Besitz gem. § 868 drei Voraussetzungen erforderlich:

Prüfungsschema mittelbarer Besitz (§ 868)

1. **Unmittelbarer Besitz** des **Besitzmittlers** gem. § 854 I
2. **Besitzmittlungsverhältnis** gem. § 868 und
3. **Fremdbesitzwille** des Besitzmittlers

Was meinen Sie, welches Ziel der Gesetzgeber bei der Gleichstellung von unmittelbarem und mittelbarem Besitz vor Augen hatte? 30

Der Grund für diese Gleichstellung ist unter anderem Folgender: Besitz und Eigentum sind im BGB in verschiedenen Vorschriften (von denen wir noch einige kennenlernen werden) geschützt. Wird der Besitzer einer Sache bei der Ausübung seines Besitzes beeinträchtigt oder gestört, so kann sich das uU dahingehend auswirken, dass die Sache beschädigt oder ganz zerstört wird. Dagegen ist der Besitzer mit verschiedenen Ansprüchen gegen den Besitzstörer durch das Gesetz geschützt zB §§ 861, 862.[32]

Diese Ansprüche soll nach dem Willen des Gesetzgebers auch der Eigentümer (oder ein anderer rechtmäßiger vorheriger Besitzer) einer Sache, der den unmittelbaren Besitz einem anderen überlassen hat, gegen den Besitzstörer ausüben können. Damit nicht sämtliche Vorschriften für »den Besitzer« für den Eigentümer wiederholt werden müssen, hat man die Gleichstellung in § 868 vorgenommen.

Da die Definition des Besitzes in § 854 I, in dem von der »Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache« die Rede ist, nur den unmittelbaren Besitz betrifft, war diese Gleichstellung notwendig. Anderenfalls würden die Rechte »des Besitzers« nur dem unmittelbaren Besitzer zustehen.

Dass es sich dabei nicht um graue oder spitzfindige Theorie handelt, wird das folgende Fallbeispiel zu den Rechten des Besitzers gegenüber dem Besitzstörer zeigen.

III. Schutz des Besitzers

Im Folgenden sehen wir uns die Gewaltrechte und Besitzschutzansprüche an. 31

1. Gewaltrechte des unmittelbaren Besitzers

Übungsfall 1

Der Autofahrer B lässt ein beschädigtes Mietfahrzeug am Straßenrand stehen, um die Werkstatt zu benachrichtigen. Dies nimmt einige Zeit in Anspruch, da er sich in einem Funkloch befindet. Als er zurückkommt sieht er, wie der Dieb D sich soeben mit dem Navigationsgerät davonmacht. B läuft hinter D her. Da er ihn nicht einholen kann, ergreift er einen am Straßenrand liegenden Knüppel, wirft ihn dem D gekonnt zwischen die Beine, sodass dieser hinfällt. Das Navigationsgerät bleibt erstaunlicherweise, im Gegensatz zu D, unversehrt. B nimmt D das Navigationsgerät wieder ab.

War B berechtigt, dem D den Knüppel zwischen die Beine zu werfen, um das Navigationsgerät wiederzubekommen?

32 Ausf. dazu → **Rn. 35 ff.**

Wenn Sie den Fall aufmerksam gelesen haben, werden Sie möglicherweise bemerkt haben, dass ausnahmsweise einmal nicht nach einem Anspruch des B gegen D gefragt ist. Es geht nicht um die Frage, ob B von D ein Tun oder Unterlassen verlangen kann (§ 194 I).

Es geht konkret darum, ob B ein Recht hatte, dem D gegenüber Gewalt anzuwenden. Den Einstieg in die Lösung unseres Falles finden wir, wenn wir uns über die Rechtsstellung des B klar werden.

▩ Welche Rechtsstellung hat B (Überlegen Sie!)?
▷ B war zwar niemals Eigentümer, aber als Mieter des Autos ist er unmittelbarer Besitzer (§ 854 I).

32 Ob er es zum Zeitpunkt des Diebstahls auch noch war, werden wir gleich prüfen.

▩ Welche Vorschrift aus dem Besitzrecht kommt in Betracht, um das Handeln des B zu rechtfertigen? Überfliegen Sie die Überschriften der §§ 854 ff.!
▷ Wenn Sie den Sachverhalt unseres Falles noch im Gedächtnis haben, müssten Sie bei der Überschrift »Selbsthilfe des Besitzers« **§ 859** (= gesetzlicher Rechtfertigungsgrund) aufgemerkt haben. Lesen Sie also § 859 I und II!
▩ Einschlägig ist hier § 859 II. Welche Voraussetzungen müssen demnach erfüllt sein, damit B gegen D Gewalt anwenden durfte?
▷ Erste Voraussetzung des § 859 II ist, dass B **Besitzer** des Autos, genauer des Navigationsgeräts, gewesen ist.
▩ Trifft das zu?
▷ B hat das Auto samt Navigationsgerät gemietet und war somit unmittelbarer Besitzer einer beweglichen Sache gem. § 854 I, da er die tatsächliche Gewalt ausübte.
▩ Stimmt das wirklich, oder war der Besitz des B zum Zeitpunkt des Diebstahls schon beendet? Lesen Sie dazu § 856 (ganz)!
▷ B hat zwar, um die Werkstatt zu benachrichtigen, die Ausübung der tatsächlichen Gewalt vorübergehend aufgegeben. Dadurch wurde aber gem. § 856 II der Besitz nicht beendet. B war weiterhin (unmittelbarer) Besitzer des Autos und des Navis, sodass die erste Voraussetzung von § 859 II erfüllt ist.

33 ▩ Kurze Zwischenfrage in Erinnerung an den Allgemeinen Teil des BGB: Wie würden Sie das Navigationsgerät im Verhältnis zum Auto rechtlich qualifizieren?
▷ In diesem Fall stimmen der alltägliche und der juristische Sprachgebrauch überein: Das Navigationsgerät ist als Autozubehör auch »Zubehör« im rechtlichen Sinne gem. § 97 (nicht etwa wesentlicher Bestandteil iSd § 93!).[33]
▩ Welche zweite Voraussetzung muss erfüllt sein, damit B von seinem Selbsthilferecht gem. § 859 II Gebrauch machen durfte?

34 ▷ D muss die Sache mittels »**verbotener Eigenmacht**« weggenommen haben!
▩ Welche Vorschrift darüber Auskunft gibt, wann verbotene Eigenmacht vorliegt, haben Sie beim Überfliegen des Gesetzes eben wahrscheinlich gesehen?
▷ Was verbotene Eigenmacht ist, ergibt sich aus der Legaldefinition in § 858 I (lesen!).

Hinweis: Schreiben Sie am besten § 858 I neben § 859! Um in der Klausur keine Vorschrift oder Voraussetzung zu übersehen und um Zeit zu sparen, sollten Sie Ihren Gesetzestext durch Paragrafenverweise und Unterstreichungen »aufbereiten«. Überprüfen Sie allerdings vorab, inwieweit dies nach Ihrer Prüfungsordnung zulässig ist!

33 Zur Wiederholung s. *Wörlen/Metzler-Müller* BGB AT Übersicht 13 Rn. 114.

▩ Trifft dies in unserem Fall zu?
▷ D hat dem B ohne seinen Willen den Besitz entzogen. Die Besitzentziehung war auch nicht durch das Gesetz gestattet und damit widerrechtlich. Somit ist auch die zweite Voraussetzung von § 859 II, also verbotene Eigenmacht gem. § 858 I, erfüllt.

B hat D auch auf **frischer Tat betroffen** bzw. ihn **verfolgt**. B war also dem D gegenüber berechtigt, gem. § 859 II Selbsthilfe unter Anwendung von Gewalt auszuüben. Diese Gewaltanwendung muss **erforderlich** bzw. angemessen sein.[34] In unserem Fall war der Wurf des Knüppels noch ein angemessenes Mittel, um den Diebstahl zu verhindern.

Nicht immer aber wird der Besitzer in der Lage sein, den Täter einer verbotenen Eigenmacht auf frischer Tat zu ertappen. Für diesen Fall gibt das Gesetz dem Besitzer Ansprüche auf Wiedereinräumung des Besitzes bzw. auf Beseitigung oder Unterlassung der Besitzstörung. Die Besitzschutzansprüche wollen wir uns nun näher ansehen.

2. Besitzschutzansprüche

Folgende Besitzschutzansprüche sind zu unterscheiden: 35

- Anspruch wegen Besitzentziehung § 861 I
- Anspruch wegen Besitzstörung § 862 I
- Ansprüche des früheren Besitzers § 1007 I und II
- Ansprüche aus unerlaubter Handlung § 823 I und II iVm § 858[35]
- Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung § 812 I 1.

Hinweis: Um keine Punkte zu verlieren, sollten Sie in der Klausur immer alle für den begehrten Anspruch in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen (zumindest kurz) prüfen!

▩ Welchen Anspruch würden Sie geltend machen, wenn Sie sich als Mieter gegen Lärmbeeinträchtigungen eines Nachbarn wehren wollen? 36
▷ Den Anspruch auf Beseitigung der Störung gem. **§ 862** (lesen!).[36]
▩ Und was macht man, wenn man aus dem Urlaub kommt und feststellt, dass sich der Vermieter nunmehr in der gemieteten Wohnung ausgebreitet hat?
▷ Man klagt auf Wiedereinräumung des Besitzes gem. **§ 861** (lesen!).

Wie Sie § 861 entnommen haben, ist Anspruchsberechtigter der frühere (unmittelbare) Besitzer. Diesem müsste der Besitz durch verbotene Eigenmacht gem. § 858 I entzogen worden sein. Anspruchsgegner ist der fehlerhaft Besitzende. Der Anspruch zielt auf Wiedereinräumung des Besitzes bzw. Herausgabe der Sache, nicht auf Schadensersatz. 37

34 S. Palandt/*Herrler* § 859 Rn. 2.
35 **§ 858 ist ein Schutzgesetz** iSd § 823 II, Palandt/*Herrler* § 858 Rn. 1.
36 Ähnlich ist der Fall, in dem der Mieter einer Wohnung auf seinen Briefkasten einen Aufkleber anbringt: »**Bitte keine Werbung, Handzettel oder dergleichen einwerfen**«. Wenn die Firma XY trotzdem laufend Werbezettel einwirft, kann der Mieter Unterlassungsklage gem. § 862 I 2 erheben. In solchen Fällen hat der BGH den **Unterlassungsanspruch** bejaht (BGHZ 106, 229 = NJW 1989, 902). – Zur unaufgefordert erhaltenen E-Mail- oder SMS-Werbung s. Palandt/*Herrler* § 1004 Rn. 10.

- Nehmen Sie an, Ihr Sparbuch wurde gestohlen und der Dieb hat 1.000 EUR abgehoben. Können Sie diesen Betrag nach § 861 vom Dieb verlangen?
- ▷ Da § 861 keine Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Herausgabe des abgehobenen Geldbetrages bietet, lautet die Antwort: nein!
- Welche Ansprüche kommen indessen in Betracht? Nennen Sie die möglichen Anspruchsgrundlagen aus zwei gesetzlichen Schuldverhältnissen!

Hinweis: Allgemein sollten Sie die einschlägigen Paragrafen so genau wie möglich angeben, dh ggf. Absatz, Satz, Halbsatz, Variante, Nummer und Buchstabe benennen!

- ▷ Denken Sie erst nach, bevor Sie Fußnote[37] lesen!

38 Die Besitzschutzansprüche müssen allerdings fristgemäß ausgeübt werden; **Ausschlussfristen** finden sich in §§ 861 II, 862 II und § 864.

- Können Sie nunmehr auch dem kleinen Jungen (rechtlich) helfen, dessen Drachen sich losgerissen hat und auf der Wiese des Bauern B landet, der allerdings dem Knaben verbietet, sein Eigentum zu betreten?
- ▷ Hier hilft der Anspruch aus § 867 (lesen!), der dem Besitzer ein Verfolgungsrecht gibt.
- Welchen Anspruch hat der Junge, wenn der Bauer B den Drachen an sich genommen, also in Besitz hat?
- ▷ Überlegen Sie, bevor Sie Fußnote[38] lesen.

39 Es gibt auch Fälle, in denen weder dem Kläger noch dem Beklagten ein Recht zum Besitz zusteht oder ein solches nachgewiesen werden kann. Beispiel hierfür ist

Übungsfall 2

E muss beruflich für 15 Monate nach Südamerika und gibt deshalb seinen Pkw ins Autohaus des B zur Aufbewahrung. Gelegenheit macht Diebe: Der Angestellte A des B nimmt den Wagen heimlich mit, verkauft und übergibt ihn an den gutgläubigen K.
Da B dem E bei dessen Rückkehr den Pkw nicht zurückgeben kann und keinen Schadensersatz leisten will, fragt er Sie um Rat, ob er den K (aus Besitzschutz) auf Herausgabe in Anspruch nehmen kann.

Hinweis: Gerade im Sachenrecht sollten Sie sich jedenfalls bei etwas komplexeren Fällen nach dem Lesen des Sachverhaltes zur grafischen Veranschaulichung eine Sachverhalts- und Personenskizze erstellen!

- Kommt § 861 zur Anwendung?
- ▷ Nein; denn K selbst hat keine verbotene Eigenmacht iSd § 858 I begangen. Auch die Voraussetzungen des § 858 II 2 liegen nicht vor, da K die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers A nicht kennt.

40 - Lesen Sie **§ 1007 I**! Greift diese Vorschrift ein? (Immer erst selbst nachdenken, dann weiterlesen!)
- ▷ Da § 1007 I voraussetzt, dass der Besitzer bei dem Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war (bösgläubiger Besitzer), hilft auch diese Vorschrift dem B nicht weiter.

37 § 823 I (Schadensersatz wegen Eigentumsverletzung) und § 812 I 1 Alt. 2 (Eingriffskondiktion) – s. hierzu *Wörlen/Metzler-Müller* SchuldR BT Rn. 395–415 und 371–375.
38 Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes gem. § 861 I!

Die Lösung finden Sie in **§ 1007 II 1** (gutgläubiger Besitzer) (lesen!).

Da der Pkw dem B abhanden gekommen ist (lesen Sie hierzu § 935, auf den wir später nochmals zurückkommen[39]), kann B ihn auch vom gutgläubigen K herausverlangen.

Besitzschutz gibt es auch aufgrund Ihnen bereits aus dem Besonderen Schuldrecht 41
bekannter Vorschriften. Hierzu

Übungsfall 3[40]

Dr. A betreibt im ersten Stock eines Miethauses seine ärztliche Praxis. Der Mieter M des Erdgeschosses veranlasst Bauarbeiten, die großen Lärm verursachen und dazu führen, dass Dr. A einen erheblichen Rückgang seiner Praxiseinnahmen verzeichnen muss.

Welchen Anspruch hat Dr. A gegen M?

- Was wird Dr. A von M verlangen wollen?
- ▷ Da Dr. A aufgrund der Lärmbelästigung durch die von M verursachten Bauarbeiten einen Einnahmeverlust erlitten hat, wird er Schadensersatz verlangen wollen.
- Kann er das mit der Besitzstörungsklage nach § 862 erreichen?
- ▷ Mit der Besitzstörungsklage kann nur Unterlassung der Bauarbeiten, aber kein Schadensersatz verlangt werden.
- Welche Anspruchsgrundlage für Schadensersatz kommt hier in Betracht?
- ▷ Ergebnis: Siehe Fußnote![41]

Diese Anspruchsgrundlage gewährt Schadensersatz bei schuldhafter und widerrechtlicher Rechtsgutsverletzung. 42

- Welches Rechtsgut iSd **§ 823 I** könnte hier verletzt worden sein?
- ▷ Es kommt die Verletzung eines »**sonstigen Rechts**«, also eines absoluten Rechts in Betracht. Zwar ist der Besitz kein absolutes Recht schlechthin, doch wird er nach der hM einem solchen gleichgestellt, wenn er durch ein Recht zum Besitz eine Verstärkung erfahren hat.[42]

Da M schuldhaft und widerrechtlich den rechtmäßigen Besitz des Dr. A verletzt hat, muss er diesem Schadensersatz leisten.

Die Ansprüche aus den §§ 861 und 862 sollen nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers gem. § 869 S. 1 dem **mittelbaren** Besitzer (idR meist dem Eigentümer der Sache) ebenfalls zustehen.

Hinweis: Schreiben Sie sich also, soweit prüfungsrechtlich zulässig, § 869 an die §§ 861, 862!

- Was fällt Ihnen in diesem Zusammenhang auf, wenn Sie § 869 S. 1 nochmals lesen? (Überlegen Sie!) 43
- ▷ Das Selbsthilferecht des § 859 ist nicht genannt!

39 Ausführlicher → Rn. 123.
40 Ähnliche Fälle: BGHZ 73, 355 = NJW 1979, 1358 und BGHZ 79, 232 = NJW 1981, 865.
41 § 823 I; s. zB *Wörlen/Metzler-Müller* SchuldR BT Rn. 395–407.
42 S. *Lüke* SachenR Rn. 115 mwN; MüKoBGB/*Wagner* § 823 Rn. 288 ff.

Nach hM steht das Selbsthilferecht des § 859 aber auch dem mittelbaren Besitzer zu.[43]

Hinweis: Sie können sich deshalb § 859 bei § 869 an den Rand schreiben. Unterstreichen Sie außerdem im Text von § 869 die §§ 861, 862!

Um die Richtigkeit dieser Meinung zu verdeutlichen, brauchen wir unseren »Knüppel-Fall« (Übungsfall 1, → Rn. 31) nur ein wenig abzuwandeln:

Nehmen wir an, dass B immer noch unterwegs ist, um die Werkstatt zu benachrichtigen. Zufällig kommt der Eigentümer und Vermieter des Wagens, E, vorbei, der den B persönlich kennt, und sieht, wie D sich mit dem Navigationsgerät davonmachen will.

Es wäre kaum einzusehen, warum der Eigentümer und mittelbare Besitzer E tatenlos zusehen müsste, um später seinen Anspruch aus § 861 iVm § 869 geltend zu machen, während der unmittelbare Besitzer B nach § 859 vorgehen und Selbsthilfe ausüben kann.

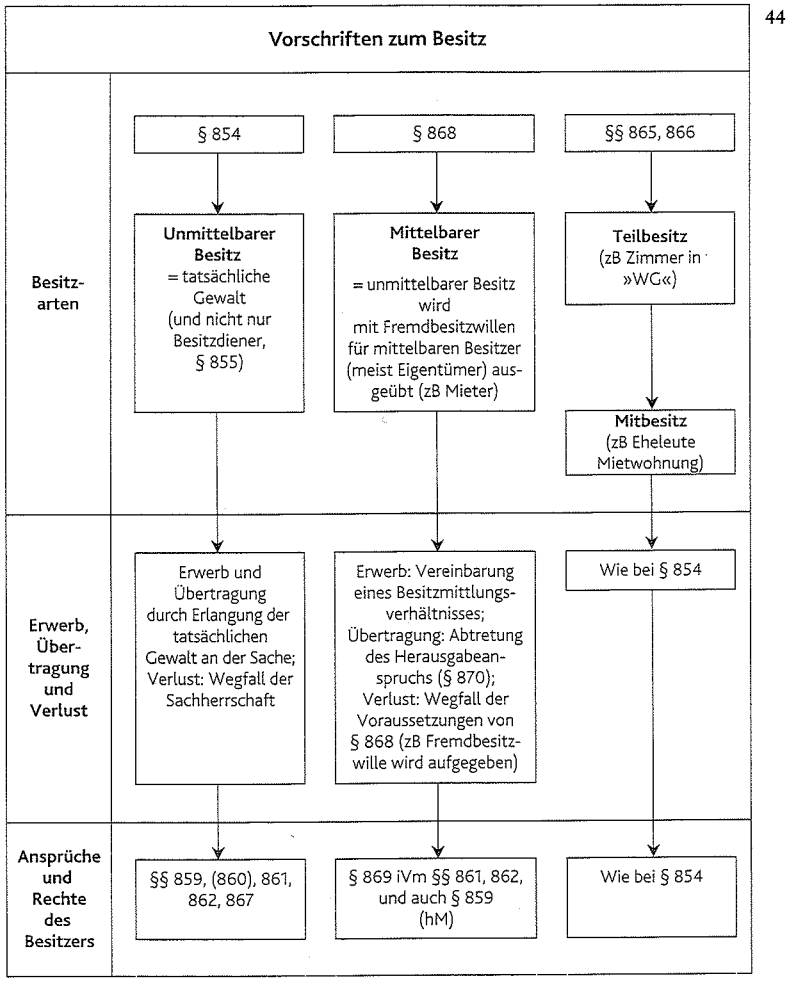
Die gleichen Rechte wie der Besitzer soll auch der »Besitzdiener« (vgl. §§ 855, 860 = lesen!), zB der Chauffeur der Cheflimousine, haben.

Wir wollen aber beim Besitzrecht nicht zu sehr ins Detail gehen, sondern uns anhand der folgenden zusammenfassenden Übersicht (3) nur die wichtigsten Arten des Besitzes sowie die Rechte des Besitzers merken und dann zum Eigentum übergehen.

43 Statt aller: Palandt/*Herrler* § 869 Rn. 2 mwN.

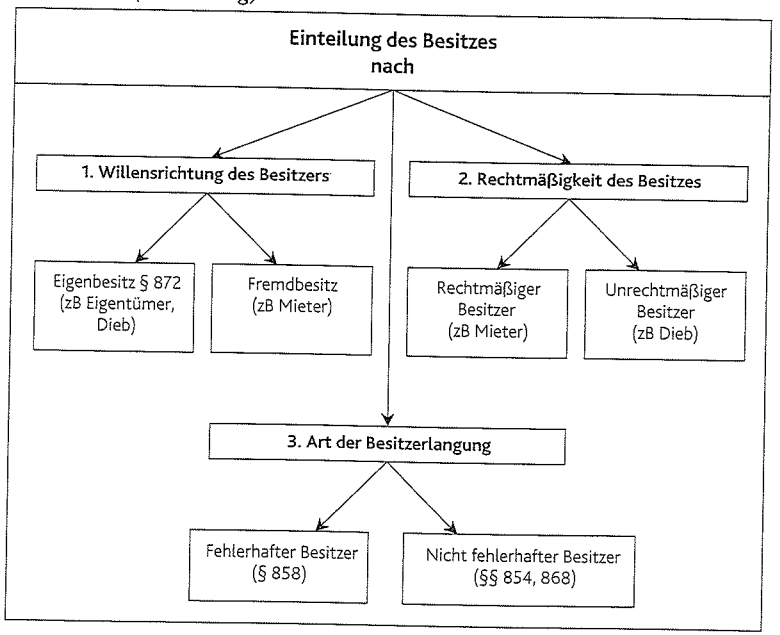
Übersicht 3

44



Übersicht 3 *(Fortsetzung)*

45



Literatur zur Vertiefung (→ Rn. 27–45): *Alpmann und Schmidt* SachenR I 1. Teil; *Baur/Stürner* SachenR §§ 6–9; *Habersack* SachenR § 4 I; *Helms/Zeppernick* SachenR I Kap. 1 C, Kap. 6; *S. Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Besitzschutz, JuS 2013, 776; *Lüke* SachenR § 2; *Ludyga/Würdinger*, Verkauf ohne Brief und Bestattung ohne Auftrag [Examensfall zum Sachenrecht einschließlich Besitzschutz], AL 2017, 25; *Medicus*, Besitz, Grundbuch und Erbschein als Rechtsscheinträger, JURA 2001, 294; *Omlor/Gies*, Der Besitz und sein Schutz im System des BGB, JuS 2013, 12; *Omlor/Gies*, Klausurkonstellationen zum Besitzschutzrecht, JuS 2013, 1065; *Petersen*, Grundfragen zum Recht des Besitzes, JURA 2002, 160 und 255; *Petersen*, Der Dritte im Mobiliarsachenrecht, JURA 2015, 1177; *Röthel/Sparmann*, Besitz und Besitzschutz, JURA 2005, 456; *K. Schmidt*, Schuldrecht und Sachenrecht: Abschleppkosten und Schadensersatz bei Besitzstörung durch Falschparken (Entscheidungsbesprechung BGH Urt. v. 4.7.2014 – V ZR 229/13), JuS 2015, 269; *K. Schmidt*, Parkverstoß und Zustandsstörerhaftung (Entscheidungsbesprechung BGH Urt. v. 18.12.2015 – V ZR 160/14), JuS 2016, 1128; *Schreiber* SachenR 2. Teil; *Schreiber*, Die Besitzformen, JURA 2012, 514; *Schreiber*, Mittelbarer Besitz, JURA 2003, 682; *Prütting* SachenR §§ 6–14; *Vieweg/Werner* SachenR § 2; *Westermann* Einführung Kap. 1; *Westermann* SachenR §§ 2 und 3; *Wilhelm* SachenR 2. Teil, A; *Wolf/Wellenhofer* SachenR §§ 4–5.

3. Kapitel. Eigentum

I. Wesen des Eigentums

Die Bedeutung des Eigentums reicht weit über die Sphäre der Rechtsordnung hinaus. Das Privateigentum ist auch die Grundlage unserer heutigen Wirtschaftsordnung.[44] 46

Der in **Art. 14 GG** und den Länderverfassungen genannte Eigentumsbegriff umfasst alle vermögenswerten Rechtspositionen. Dazu zählen private subjektive Rechte vermögensrechtlicher Art und auch öffentlich-rechtliche Positionen, falls sie auf eigener Leistung und eigenem Kapitaleinsatz beruhen. Durch unsere Verfassung werden somit dingliche und obligatorische Rechte – wie zB Forderungen, Wertpapiere, Gesellschaftsanteile, Aktien, Patent- und Urheberrechte – als eigentumsfähige Rechtsgüter anerkannt.[45]

- Zur Wiederholung: Wo ist der privatrechtliche Eigentumsbegriff im BGB zu finden und auf was bezieht sich dieser? 47
- Das BGB enthält Regelungen für das Eigentum an Sachen, also an körperlichen Gegenständen (§ 90), in **§ 903 S. 1**.[46]

Eigentum gibt es folglich nur an beweglichen und unbeweglichen Sachen, nicht aber an anderen Gegenständen wie Forderungen, sonstigen Rechten oder geistigen Schöpfungen. Dieses umfassende Herrschaftsrecht besteht nur an individuell bestimmten Sachen und nicht an Sachgesamtheiten – wie zB an einem Betrieb.[47]

- Lesen Sie nochmals § 903 S. 1! Wie kann man die darin geregelten Befugnisse des Rechtsinhabers umschreiben?
- Dieser Vorschrift lassen sich zwei Richtungen entnehmen, in die das Eigentum wirkt: eine, die das Verhältnis des Eigentümers zur Sache regelt (= positive oder innere Befugnis) und eine, welche die Stellung des Eigentümers anderen gegenüber betrifft (= negative oder äußere Befugnis).[48]

Zur *positiven* Befugnis gehört insbesondere die Freiheit des Eigentümers, die Sache zu besitzen, zu nutzen, sie zu verbrauchen oder zu beschädigen. Er darf die Sache veräußern, belasten oder das Eigentum daran aufgeben. Durch die *negative* Befugnis soll das Eigentum vor unmittelbaren Einwirkungen Dritter geschützt werden.[49] Der Eigentümer kann also das Betreten seines Grundstücks, die Benutzung, Wegnahme oder Beschädigung seiner Sache untersagen.

44 Ausf. zu Geschichte und Bedeutung des Eigentums: *Prütting* SachenR § 26.
45 S. *Schreiber* SachenR Rn. 120. Nach der Rspr. des BVerfG ist sogar das aus dem Mietvertrag folgende Besitzrecht des Mieters an seiner Wohnung Eigentum iSv Art. 14 GG – so BVerfG NJW 1993, 2035.
46 § 903 S. 2 wurde 1990 eingefügt und enthält eine besondere Verweisung auf den **Tierschutz**. S. dazu *Wörlen/Metzler-Müller* BGB AT Rn. 45.
47 → **Rn. 14 (»Bestimmtheits-/Spezialitätsgrundsatz«).**
48 *Prütting* SachenR Rn. 307.
49 Zum Ganzen *Prütting* SachenR Rn. 307 f.

48 Mit diesem Wissen können Sie folgendes Problem lösen:

Übungsfall 4[50]

Der Käufer K lässt an seiner Armbanduhr der Marke Rolex durch einen Juwelier eine Brillant-Lünette und ein brillantbesetztes Ziffernblatt anbringen.
Als die Uhr an das Unternehmen Rolex zur Reparatur geschickt wird, verweigert dieses die Herausgabe, solange die Veränderungen nicht auf Kosten des K entfernt werden.

Welchen Anspruch hat K gegen das Unternehmen Rolex?

- Versetzen Sie sich in die Lage des K und überlegen Sie, was er vom Unternehmen Rolex verlangen wird!
- K möchte die Uhr wieder bekommen. Er wird also Herausgabe der Uhr verlangen.
- Nach welcher Vorschrift könnte K einen Herausgabeanspruch haben?
- K könnte gegen das Unternehmen Rolex einen Herausgabeanspruch nach § 985[51] haben (lesen!).

Ein Anspruch gem. § 985 ist gegeben, wenn insbesondere K Eigentümer der Uhr ist. Ihm steht nach § 903 S. 1 das Recht zu, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren. Das Rolex-Unternehmen muss also die vorgenommenen Veränderungen und damit eine mögliche Beeinträchtigung seines Markennamens hinnehmen. K ist weiterhin Eigentümer der Rolex und kann folglich seinen Herausgabeanspruch gem. § 985 gegenüber dem Unternehmen geltend machen.

Aus § 903 S. 1 ergibt sich durch die Formulierung »soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen«, dass das Eigentum kein schrankenloses Recht ist.

Wir wollen uns deshalb die wichtigsten Beschränkungen vor Augen führen, um das Wesen des Eigentums besser zu verstehen. Diese können in privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Schranken eingeteilt werden.

1. Privatrechtliche Schranken des Eigentums

49 § 905 S. 1 verneint grds. räumliche Schranken für das Eigentum an einem Grundstück, da dem Eigentümer ein Recht auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter ihr gewährt wird.

- Lesen Sie § 905 S. 2 und überlegen Sie, welche Einwirkungen der Eigentümer zu dulden hat. (Nennen Sie Beispiele!)
- Elektrische Leitungen über seinem Grundstück, Viadukte für Bahn oder Straße, Tunnelbauten, sofern nicht die Gefahr einer Senkung der Oberfläche besteht.[52]

Zudem ist die Ausübung des Eigentums durch das sog. Schikaneverbot eingeschränkt (§ 226 lesen!).

50 Nach § 904 darf der Eigentümer die Einwirkung eines anderen auf seine Sache nicht verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden (der abgewendet werden soll und ohne die Einwirkung eintreten würde) gegenüber dem Schaden, der aus der Einwirkung dem Eigentümer erwächst, unverhältnismäßig groß wäre.

50 Nach OLG Köln NJW 1995, 1759.
51 Ausf. zu § 985 → Rn. 68 ff.
52 *Prütting* SachenR Rn. 310 mwN.

Zum sog. Notstand folgender

Übungsfall 5

Briefträger Toni (T) muss die Post dem Bauern B, der einen abgelegenen Bauernhof bewohnt, zustellen. Auf dem Weg dorthin greift ihn plötzlich der Hund des H an. Um die Hose und seine Gesundheit zu retten, bricht T eine Latte aus dem dem B gehörenden Gartenzaun und schlägt auf den Hund des H ein.

H verlangt von T Schadensersatz wegen der Verletzung seines Hundes, B möchte Ersatz für seinen beschädigten Zaun. Zu Recht?

Bevor wir den Fall lösen, wollen wir zunächst die §§ 904 und 228, die den **Notstand** regeln, lesen.

- Vergleichen Sie beide Vorschriften! Worin liegt der Unterschied? (Erst die beiden Vorschriften genau prüfen, überlegen und dann die Antwort lesen!) 51
- Im Rahmen des **§ 228** muss die Gefahr von der *Sache selbst* drohen, auf die man einwirkt.
  Bei **§ 904** braucht keine Gefahr von der Sache her zu drohen. Man benutzt eine fremde Sache, um die *von anderer Seite* her drohende Gefahr abzuwenden.
- Ist ein Schadensersatzanspruch des H gegen T gegeben? (Bitte kurz in Form einer Lösungsskizze auf einem Konzeptzettel prüfen, bevor Sie weiterlesen!)
- H könnte von T Schadensersatz wegen Eigentumsverletzung gem. § 823 I verlangen.
  Dadurch, dass T auf den Hund des H eingeschlagen hat, hat er ursächlich und vorsätzlich dessen Eigentum[53] verletzt. Die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung ist somit gegeben.
  Fraglich ist, ob die Handlung widerrechtlich war. Dies ist nicht der Fall. Die Verletzung des Hundes war gem. § 228 S. 1 gerechtfertigt, da von dem Tier eine Gefahr ausging, die nicht anders abzuwenden war. Den T träfe nur dann eine Ersatzpflicht gem. § 228 S. 2, wenn er zB das Tier gereizt und dadurch die Gefahr verschuldet hätte. Damit handelte T nicht widerrechtlich.
  H hat also keinen Schadensersatzanspruch gem. § 823 I gegen T.
- Zwischenfrage: Wie nennt man den in § 228 geregelten Notstand? 52
- Antwort: § 228 regelt den sog. **defensiven Notstand.**[54]
- Ist das Beschädigen des Gartenzauns ebenfalls nach dieser Vorschrift gerechtfertigt?
- Da vom Zaun des B keine Gefahr ausging, ist das Abbrechen der Latte nicht nach § 228, sondern als **aggressiver Notstand** nach § 904 S. 1 gerechtfertigt.

B war zur Duldung verpflichtet. Die dem handelnden T drohende Gefahr (evtl. erhebliche Körperverletzung) war unverhältnismäßig groß gegenüber der Beschädi-

53 Tiere sind zwar keine Sachen, aber grds. wie solche zu behandeln (§ 90a S. 1, 3), s. *Wörlen/Metzler-Müller* BGB AT Rn. 45 mit Fn. 46.
54 S. *Wörlen/Metzler-Müller* SchuldR BT Rn. 401.

gung des Gartenzauns. Deshalb war das Handeln des T rechtmäßig. Er muss aber den dem B entstandenen Vermögensschaden gem. § 904 S. 2 ersetzen.

53 Eigentumsbeschränkungen stellen – wie bereits oben angedeutet – auch Rechte an fremden Sachen dar, wie zB an Grundstücken Dienstbarkeiten, Nießbrauch, Vorkaufsrechte, Reallasten, Hypotheken und Grundschulden; an beweglichen Sachen Nießbrauch und Pfandrecht. Es handelt sich hierbei um echte Einschränkungen des Eigentumsinhalts.[55] Einschränkungen unter privatrechtlichen Gesichtspunkten ergeben sich auch aus dem Nachbarrecht.[56]

2. Öffentlich-rechtliche Schranken des Eigentums

54 Die *Enteignung* stellt den stärksten Eingriff in das Eigentum dar: Dadurch wird das Eigentum entzogen. Nach Art. 14 III GG ist eine Enteignung nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig; sie muss entweder unmittelbar durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch Verwaltungsakt vorgenommen werden.[57] Das entsprechende Gesetz muss Art und Maß der Entschädigung regeln (sog. Junktim[58] zwischen Enteignung und Entschädigung).

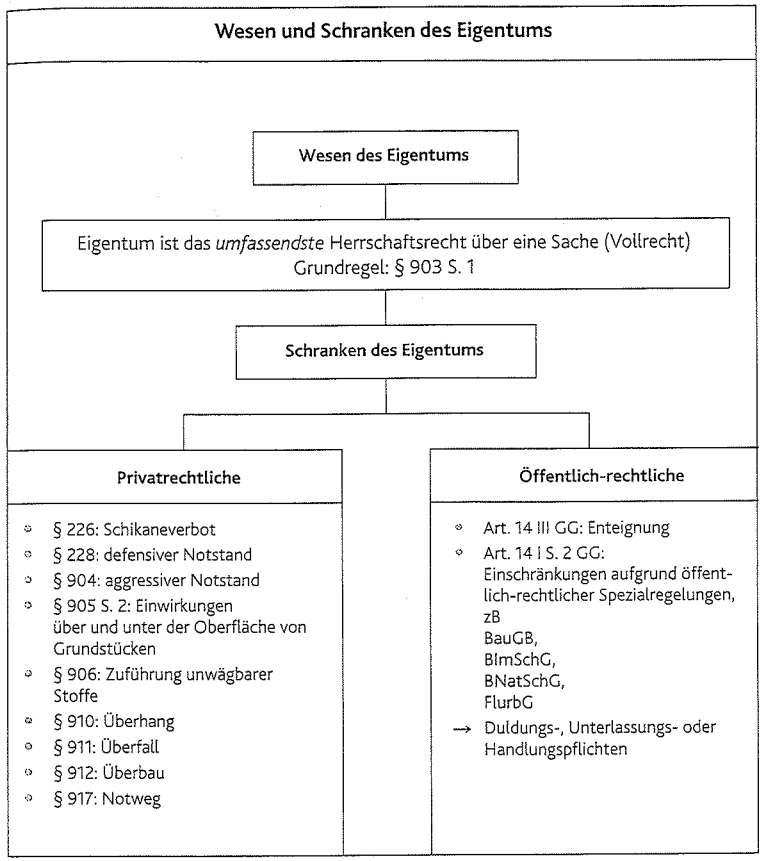
Von einem enteignungsgleichen Eingriff spricht man, wenn ein Eingriff ins Eigentum ohne gesetzliche Grundlage erfolgt. Dieser hat nach ständiger Rechtsprechung zum Enteignungsrecht ebenfalls eine Entschädigung zur Folge, falls er nicht durch Rechtsmittel abgewendet werden konnte.[59]

Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen stützen sich auf Art. 14 I 2 GG. Sie betreffen insbesondere den rechtsgeschäftlichen Verkehr, indem sie Genehmigungspflichten begründen oder den Eigentümer zu einem Dulden, Unterlassen oder Handeln verpflichten.[60]

Beispiele: BauGB, BNatSchG, FlurbG und BImSchG.[61]

55 Näheres hierzu im 7. Kap. (→ **Rn. 312 ff.**) und 8. Kap. (→ **Rn. 334 ff.**).
56 → **Rn. 162 ff.**
57 Ausf. hierzu einschließlich der geschichtlichen Entwicklung: *Prütting* SachenR Rn. 315–320.
58 »**Iunctim**«(**lat.**) = **vereinigt.** Unter **Junktimklausel** versteht man die Bestimmung einer Rechtsnorm, dass eine im Rang unter ihr stehende Rechtsvorschrift eine bestimmte Regelung nur in Verbindung mit einer anderen Regelung treffen darf. **Bsp.: Art. 14 III 2 GG**, wonach eine Enteignung nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zulässig ist, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.
59 *Westermann/Gursky/Eickmann* SachenR § 27 Rn. 27 mwN.
60 *Prütting* SachenR Rn. 321.
61 S. dazu und zu weiteren gesetzlichen Grundlagen *Prütting* SachenR Rn. 321.

Übersicht 4 55



II. Mehrheit von Eigentümern

Meist steht das subjektive Eigentumsrecht einem einzigen Berechtigten zu; man bezeichnet dies als **Alleineigentum**. Das Eigentum an einer Sache kann allerdings auch mehreren Berechtigten zugewiesen sein, und zwar in der Form des **Miteigentums** nach Bruchteilen oder als **Gesamthandseigentum**. 56

1. Miteigentum nach Bruchteilen

Bei dieser Sonderform des Eigentums steht das Eigentum an einer Sache zwei oder mehreren Personen zu. Jedem Miteigentümer ist ein ziffernmäßig bestimmter Anteil am Eigentum zugewiesen (*ideeller Bruchteil*). Es handelt sich um einen Anwendungs- 57

fall der Gemeinschaft nach Bruchteilen iSd §§ 741 ff. Zusätzlich gelten die Vorschriften der §§ 1008 ff., die vor allem das Miteigentum an Grundstücken regeln. Zwischen dem Miteigentum nach Bruchteilen und dem Alleineigentum bestehen – bis auf den durch die Quote geregelten Umfang – keine wesentlichen Unterschiede.[62]

58 Miteigentum kann zum einen **kraft Gesetzes** entstehen. Beispiele hierfür sind die Verbindung nach § 947 I, die Vermischung und Vermengung (§ 948)[63] sowie »Grenzbäume« (§ 923) – Vorschriften lesen!

Der in der Praxis häufiger vorkommende Fall ist der, dass Miteigentum **kraft rechtsgeschäftlichen Erwerbs** begründet wird.

- Wenn Sie an die »Zweisamkeit« von Personen denken, fällt Ihnen bestimmt ein Beispiel hierfür ein!
- ▷ Durch rechtsgeschäftlichen Erwerb entsteht Miteigentum, wenn ein im gesetzlichen Güterstand oder in Gütertrennung lebendes Ehepaar bzw. in eheähnlicher Gemeinschaft lebende Personen gemeinsam ein Grundstück erwerben. In diesem Fall sind sie zB Miteigentümer des Grundstücks mit je ½ Anteil.

Zur Verdeutlichung der Rechte und Pflichten der Miteigentümer lösen wir

Übungsfall 6

Die Oldtimerfans A, B, C und D erwerben gemeinsam einen Ford Mustang. In der Freizeit benutzen sie den Wagen wochenweise – entsprechend einer getroffenen Vereinbarung – abwechselnd.
A, der das Auto vereinbarungsgemäß in jeder ersten Woche im Monat nutzen durfte, hat nach einigen Wochen keine Freude mehr an dem Pkw und will »aussteigen«.

Geht das?

59 Lassen Sie uns zunächst überlegen, um welchen Zusammenschluss es sich hier handelt!

- Besteht zwischen A, B, C und D evtl. eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** (GbR) iSd § 705 (lesen!)? Was ist hierfür außer einem Gesellschaftsvertrag Voraussetzung?
- ▷ § 705 setzt zudem voraus, dass diese vier Personen einen *gemeinsamen* Zweck erreichen wollen.
- Stellt die gemeinschaftliche Nutzung des Pkw einen solchen Zweck dar?
- ▷ Die bloße gleichartige Beteiligung an dem Gegenstand ohne verabredete Förderung (zB durch Beiträge) eines weiteren gemeinsamen Zwecks genügt hierfür nicht.[64]

60 Es handelt sich somit bei den Oldtimerfans um eine bloße **Gemeinschaft nach Bruchteilen** (§§ 741 ff.), nicht jedoch um eine GbR. A, B, C und D sind also *Miteigentümer* des Ford Mustang zu je ¼ geworden (vgl. § 742).

62 Zum Ganzen *Wolf/Wellenhofer* SachenR § 2 Rn. 7 f.
63 **Miteigentum nach Bruchteilen an beweglichen Sachen kommt vor allem bei Wertpapierbeständen in Betracht** (vgl. §§ 6 ff. Depotgesetz). Ansonsten ist dessen Bedeutung bei Mobilien gering, da es sich fast immer um einen schnell vorübergehenden Zustand handelt.
64 Palandt/*Sprau* § 705 Rn. 3; s. allg. zur GbR zB *Wörlen/Kokemoor* HandelsR Rn. 149 ff.

- Sofern der Wagen in die Werkstatt zur Inspektion muss, ist zu fragen, wer in welcher Höhe die entsprechenden Kosten zu tragen hat.
- ▷ Da nach § 748 jeder Teilhaber den anderen gegenüber verpflichtet ist, die Kosten der Erhaltung nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen, haben A, B, C und D jeweils einen Betrag in Höhe von ¼ der Werkstattrechnung zu finanzieren.
- Kann A, der nicht mehr an der Wagennutzung teilhaben will, ohne die Zustimmung der anderen »aussteigen«, also juristisch ausgedrückt über seinen Anteil verfügen? Suchen Sie die entsprechende Vorschrift!
- ▷ Wenn Sie die Überschriften der §§ 741 ff. überflogen haben, werden Sie wahrscheinlich die Vorschrift gefunden haben, die in Fußnote[65] genannt ist.

Danach kann also jeder Teilhaber der Bruchteilsgemeinschaft über seinen Anteil verfügen.

- In welcher Form hat diese Verfügung zu erfolgen?
- ▷ Die Verfügung erfolgt in der Form, die für das Alleineigentum vorgeschrieben ist, also nach § 929 S. 1.

A könnte zB seinen Anteil an B übertragen, der dann zu ½ Eigentümer des Oldtimers würde. Da nach der Regelung der §§ 743 II, 745 III 2 jedem Miteigentümer ein seinem Anteil entsprechender Mitgebrauch an der Sache zusteht, kann B nunmehr für insgesamt zwei Wochen den Oldtimer benutzen.

- Gehen Sie davon aus, dass A seinen Miteigentumsanteil an E übereignet hat. Dieser möchte den Wagen allerdings immer Mitte des Monats fahren. Ist er an die von A, B, C und D getroffene Vereinbarung gebunden? (Lesen Sie im Gesetz nach, bevor Sie hier weiterlesen!) 61
- ▷ Da die vier ursprünglichen Miteigentümer durch eine entsprechende Vereinbarung die Verwaltung und Benutzung des Wagens geregelt haben (vgl. § 745 II), muss der Sonderrechtsnachfolger E gem. § 746 diese Bestimmung akzeptieren.[66]
- Könnte A auch eine Aufhebung der Gemeinschaft verlangen?
- ▷ A kann als Teilhaber jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen (vgl. § 749 I, den Sie vermutlich selbst schon gefunden hatten).

Bei dem Oldtimer kommt eine Teilung in Natur (vgl. § 752) allerdings nicht in Betracht. Deshalb müsste der Pkw nach den Vorschriften über den Pfandverkauf (§§ 1233 ff.) veräußert und der Erlös unter den vier Oldtimerfans aufgeteilt werden (vgl. § 753 I 1).

2. Gesamthandseigentum

Wesentlich anders ist die Regelung des Eigentums zur gesamten Hand. Für diese Eigentumsart ist die Zugehörigkeit der Sache zu einer gesamthänderisch gebundenen Vermögensmasse kennzeichnend.[67] Ein Gesamthandseigentum besteht nur in den gesetzlich angeordneten Fällen. Davon könnten Ihnen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR[68], §§ 705 ff.) bereits bekannt sein. 62

65 § 747 S. 1.
66 **Bei Grundstücken ist eine zwischen den Miteigentümern geschlossene Vereinbarung nur verbindlich, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist** (vgl. § 1010 I).
67 *Prütting* SachenR Rn. 598.
68 Ausführlicher zum Gesamthandseigentum bei der GbR: *Wörlen/Kokemoor* HandelsR Rn. 158 ff.

Weitere Fälle sind die eheliche Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff.) und die Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff.). Die Personenhandelsgesellschaften OHG (§§ 105 ff. HGB) und KG (§§ 161 ff. HGB) sind ebenfalls Gesamthandsgemeinschaften. Neue und andere als die genannten Formen können nicht rechtsgeschäftlich geschaffen werden.

63 Die gesamthänderische Bindung (exemplarisch § 719 I und § 2033 II lesen!) bedeutet, dass ein Mitglied einer Gesamthandsgemeinschaft nicht über seinen Anteil an den einzelnen zum Gesamthandsvermögen gehörenden Gegenständen verfügen kann.

▨ Was ist der wesentliche Unterschied von Gesamthandseigentum und Miteigentum nach Bruchteilen hinsichtlich der Beteiligung am gemeinschaftlichen Vermögen?
▷ Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass sich die Beteiligung des Gesamthänders an dem einzelnen Vermögensgegenstand nicht als quotenmäßig bestimmter Anteil darstellt.

Der Gesamthänder ist also Inhaber des ganzen Rechts. Allerdings ist er (wie Sie am Beispiel von § 719 I und § 2033 II gesehen haben) in der Ausübung seiner Herrschaftsmacht durch das Recht der anderen Teilhaber, das sich ebenfalls auf den ganzen Gegenstand richtet, eingeschränkt. Über einzelne Vermögensgegenstände können die Gesamthänder nur gemeinsam verfügen (zB hierfür § 2040 I lesen!).

64 Zur Vertiefung lösen wir folgenden

Übungsfall 7

Die Schwestern Dora und Emma haben ihren Großonkel beerbt. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus einem Hausgrundstück.

Emma hat kein Interesse an der Immobilie und möchte ihren Anteil »versilbern«. Wie geht das?

▨ Überlegen Sie zunächst, um welche Eigentumsgemeinschaft es sich bei den Schwestern handelt!
▷ Die beiden sind als *Erbengemeinschaft* iSd § 2032 eine *Gesamthandsgemeinschaft*.
▨ Kann Emma über ihren Anteil an dem Hausgrundstück verfügen?
▷ Nach § 2033 II, I 1 kann die Miterbin nicht über ihren Anteil am Hausgrundstück, wohl aber über ihren Anteil am gesamten Nachlass verfügen.

Die Miterbin könnte also ihre gesamte ererbte vermögensrechtliche Stellung durch notariellen Vertrag auf einen anderen übertragen.

65 ▨ Überfliegen Sie die Vorschriften der §§ 2032 ff. und suchen Sie eine (praktische) Möglichkeit, wie die Schwestern ihr Erbe insbesondere am Hausgrundstück aufteilen können!
▷ In Betracht kommt zunächst die gemeinsame Veräußerung des Grundstücks (§ 2040 I).

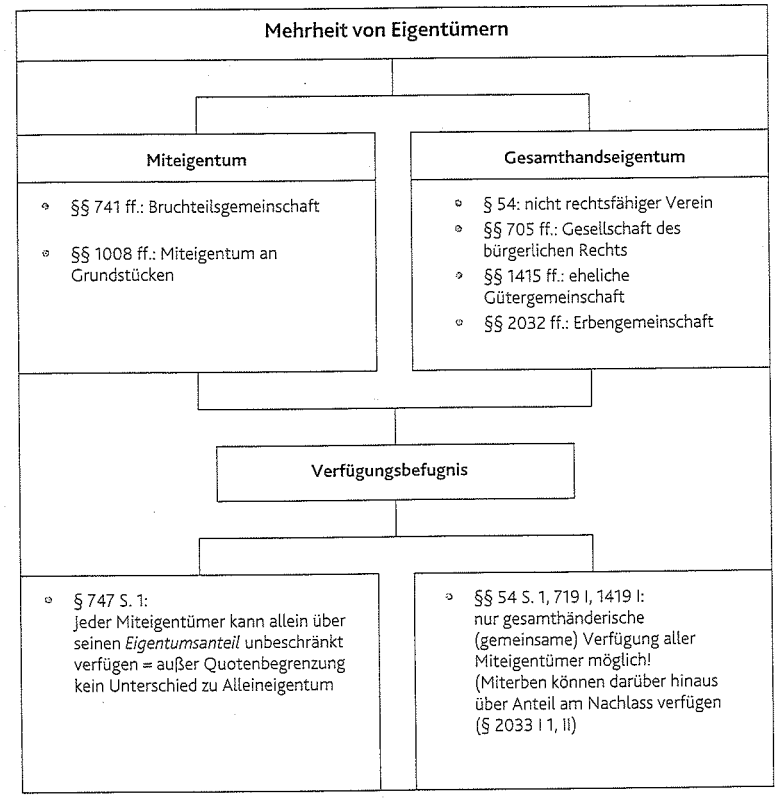
Wenn die Miterben keine Einigung über die Aufteilung des Erbes erzielen, kann jeder Miterbe von dem anderen die Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Regeln verlangen (§§ 2042 I und II, 752, 753). Das Grundstück ist daher im Wege der Versteigerung zu verwerten (§ 753 I 1).

66 Das BGB kennt keine sonstigen Formen der Mehrheit von Eigentümern. Das Treuhandeigentum ist keine besondere Form der Mehrheit von Eigentümern, sondern ein

Anwendungsfall der »fiduziarischen[69] Rechtsstellung«.[70] Der Treuhandeigentümer ist also Alleineigentümer; dem Treugeber gegenüber hat er die schuldrechtliche Verpflichtung, von dem Treuhandeigentum nur zu bestimmten Zwecken Gebrauch zu machen.[71]

Übersicht 5

67



69 Fiduziarisch = treuhänderisch.
70 *Westermann/Gursky/Eickmann* SachenR § 28 Rn. 3; s. auch *Wolf/Wellenhofer* SachenR § 2 Rn. 10 ff.
71 *Wolf/Wellenhofer* SachenR § 2 Rn. 10.

3. Eigentumserwerb an beweglichen Sachen

Aus: *Wörlen, Rainer/Kokemoor, Axel* Sachenrecht mit Kreditsicherungsrecht, 10. Auflage (2017)

4. Kapitel. Eigentumserwerb an beweglichen Sachen

Das Eigentum an beweglichen Sachen kann durch Rechtsgeschäft, kraft Gesetzes und durch Hoheitsakt erworben werden. Im Folgenden wollen wir uns die für die Klausur und die Praxis wichtigsten Erwerbstatbestände näher ansehen. 102

I. Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb

Beim rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb ist zu differenzieren nach dem Erwerb vom Berechtigten und dem Erwerb vom Nichtberechtigten.

1. Eigentumserwerb vom Berechtigten

a) Einigung und Übergabe (§ 929 S. 1) 102a

Prüfungsschema § 929 S. 1

1. **Einigung**
2. **Übergabe**
3. **Berechtigung**

Hinweis: Wie sonst auch, sollten Sie das Prüfungsschema anhand des Wortlautes des Gesetzes nachvollziehen!

§ 929 S. 1 stellt den Grundfall der Übereignung dar.

Zu (1) **Einigung:**

Bei § 929 S. 1 ist erstens eine Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber erforderlich. Die Einigung ist ein (dinglicher) Vertrag und unterliegt den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen[125] und Verträge[126].

In Klausur und Praxis können in diesem Zusammenhang insbesondere die §§ 104 ff. (Geschäftsfähigkeit) und §§ 164 ff. (Stellvertretung) relevant werden. Es sind also zwei übereinstimmende Willenserklärungen bezogen auf den Übergang des Eigentums auf den Erwerber notwendig. Die Willenserklärungen können ausdrücklich oder konkludent, also durch schlüssiges Handeln (zB in Form der Lieferung und Abnahme), erklärt werden.

In manchen Fällen ist zu untersuchen, ob die Einigung noch zur Zeit der Übergabe gegeben ist oder ob die Willenserklärung wirksam widerrufen wurde; damit der Widerruf wirksam ist, muss dieser dem Empfänger zugehen.[127]

Zu (2) **Übergabe:** 102b

Zweite Voraussetzung ist die Übergabe der Sache an den Erwerber. Der Besitz geht vom Veräußerer auf den Erwerber über. Die Besitzübertragung muss auf Veranlassung

125 S. dazu *Wörlen/Metzler-Müller* BGB AT Rn. 115 ff.
126 *Wörlen/Metzler-Müller* BGB AT Rn. 325 ff.
127 Palandt/*Herrler* § 929 Rn. 9.

des Veräußerers geschehen, dh der Erwerber darf den Besitz nicht eigenmächtig an sich nehmen. Der Erwerber bekommt den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz eingeräumt. Der Veräußerer muss seinen Besitz vollständig aufgeben.[128]

Die Übergabe stellt einen Realakt dar. Einigung und Übergabe bilden beim Grundfall des § 929 zusammen das sachenrechtliche *Verfügungsgeschäft*.[129]

102c Zu (3) **Berechtigung:**

Die dritte Voraussetzung ist die Berechtigung des Veräußerers. Berechtigter ist grds. der *Eigentümer*. Es darf aber kein Verfügungsverbot, wie zB gem. §§ 135 und 136, vorliegen. Auch ein Nichteigentümer ist Berechtigter, wenn eine *Verfügungsbefugnis* (zB Einwilligung gem. § 185 I[130]) vorliegt (lesen!).

Bei Fehlen der Berechtigung kann Eigentum nur gutgläubig unter den Voraussetzungen der §§ 932 ff. erworben werden.[131]

Diese Voraussetzungen des § 929 S. 1 wollen wir uns anhand des folgenden Falles näher ansehen.

Übungsfall 15[132]

V hat in seinem Wald eine Menge Holz geschlagen und es zu seinem Hof gefahren. Auf einer land- und forstwirtschaftlichen Ausstellung trifft er K und verkauft diesem davon 50 Stämme, die K sofort vom Hof des V holen lassen will.
K ruft in seinem Betrieb an, um seinen Angestellten zu beauftragen, das Holz zu holen. Auch V gibt seinem Hofverwalter Bescheid, dass das Holz für K abgeholt wird, und beauftragt ihn, 50 Stämme bereitzulegen.
Einige Stunden später sieht K auf der Ausstellung eine fertige Holzhütte, die er kauft, nachdem er mit V die Aufhebung des Kaufvertrages über die Holzstämme vereinbart hat.
V und K vergessen, die Anweisungen zum Abholen und Aushändigen des Holzes rückgängig zu machen. Als V zwei Tage später nach Hause kommt, stellt er fest, dass der Angestellte des K die Stämme weisungsgemäß abgeholt hat.

Wer ist Eigentümer des Holzes?

Um diese Frage zu beantworten, müssen wir zunächst feststellen, wer **ursprünglich Eigentümer** des Holzes war (chronologische Prüfung!). Das war ganz offensichtlich der V.

103 ▩ Wovon hängt es ab, ob V das **Eigentum** an K **verloren** hat?
▷ Davon, ob V das Eigentum an den 50 Stämmen wirksam an K übertragen hat.
▩ Ist diese Eigentumsübertragung bereits auf der Ausstellung erfolgt, als V die Stämme an K verkauft hat?
▷ Auf der Ausstellung wurde nur ein schuldrechtliches *Verpflichtungsgeschäft*, nämlich ein Kaufvertrag iSv § 433, geschlossen.
▩ Welche Wirkung hat der Kaufvertrag bzgl. der 50 Baumstämme?
▷ Der Kaufvertrag bewirkt nach § 433 I 1 lediglich die *Verpflichtung* des V, dem K das Eigentum an den Stämmen zu verschaffen. Die Eigentumsübertragung erfolgt

128 Zu den Voraussetzungen der Übergabe Palandt/*Herrler* § 929 Rn. 11–16.
129 Übersicht 2 (Trennungs- und Abstraktionsprinzip) → **Rn. 21.**
130 Zur praktischen Anwendung beim verlängerten Eigentumsvorbehalt → **Rn. 291c ff.**
131 Näher zum **gutgläubigen Erwerb** vom Nichtberechtigten → **Rn. 114 ff.**
132 Nach *Westermann* Einführung S. 60.

dagegen durch das *Verfügungsgeschäft* nach § 929 S. 1 (Trennungsprinzip[133]!). Voraussetzung sind also Einigung, Übergabe und Berechtigung.
▩ Welche Voraussetzung für den Eigentumsübergang liegt in unserem Fall bei der Ausstellung jedenfalls noch nicht vor?
▷ Die Übergabe! Da K auch noch nicht Besitzer der Stämme war, kommt § 929 S. 2 (lesen!), wonach grundsätzlich die Einigung allein ausreichen würde, nicht zur Anwendung.[134] An der Übergabe fehlt es auch noch zu dem Zeitpunkt, als V und K ihre Angestellten telefonisch beauftragen, das Holz bereitzulegen bzw. abzuholen.

Zu prüfen ist, ob eine **Einigung** im Zeitpunkt des Aushändigens des Holzes vorliegt. 104

▩ Wie sind die Beauftragungen der Angestellten rechtlich zu qualifizieren?
▷ Es handelt sich um Vollmachtserteilungen für die Angestellten, die Eigentumsübertragung nach § 929 S. 1 zu vollziehen. Da es sich dabei um einen (dinglichen) Vertrag handelt, gelten für die Willenserklärungen der Beteiligten die Vorschriften des BGB AT.
▩ In welcher Vorschrift ist die Vollmachtserteilung geregelt und welche Wirkung hat sie?
▷ Die Erteilung der Vollmacht (§ 166 II 1) ist in § 167 geregelt. Sie hat die Wirkung, dass der Bevollmächtigte für den Vertretenen Willenserklärungen abgeben kann, die gem. § 164 I 1 unmittelbar für und gegen diesen wirken.

Für unseren Fall bedeutet dies, dass die Angestellten des V und des K bevollmächtigt waren, sich jeweils im Namen des K und des V wirksam über den Eigentumsübergang an den Stämmen zu einigen.

▩ Ist das geschehen?
▷ Da der Angestellte des K die Stämme weisungsgemäß abgeholt hat, hat er sich offenbar mit dem Angestellten des V geeinigt.

Im Rahmen der Abholung ist zudem eine **Übergabe** der Stämme an den Angestellten (Besitzdiener, § 855) des K erfolgt. 105

Schließlich war V auch als Eigentümer **Berechtigter**.

K hat damit gem. § 929 S. 1 iVm § 164 I 1 wirksam das Eigentum an den Stämmen von V erworben.

▩ Ist das richtig, wenn wir bedenken, dass der Kaufvertrag zwischen V und K vorher aufgehoben wurde und somit gar keine rechtliche Verpflichtung des V zur Eigentumsverschaffung bestanden hätte?
▷ Die Unwirksamkeit des Kaufvertrages (= schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft) ändert nichts an der Gültigkeit des wirksam vollzogenen sachenrechtlichen Verfügungsgeschäftes (Abstraktionsprinzip[135]!).

Überprüfen wir noch einmal das Ergebnis dieses »Holz-Falles«. Wir haben die Fallfrage dahingehend beantwortet, dass K, obwohl der zugrundeliegende Kaufvertrag einvernehmlich aufgehoben wurde, Eigentümer des Holzes geworden ist. 106

133 Zum Trennungsprinzip → **Rn. 15.**
134 Zu § 929 S. 2 s. näher → **Rn. 107.**
135 Zum Abstraktionsprinzip → **Rn. 15.**

- Was hat die Aufhebung des Kaufvertrags für die vertraglichen Pflichten des K zur Folge?
- ▷ K braucht den Kaufpreis nicht zu zahlen, da seine Pflicht aus § 433 II entfallen ist. V hat also das Eigentum an dem Holz verloren und bekommt kein Geld für das Holz!?
- Was kann V tun, um sich dafür einen Ausgleich zu verschaffen? Welchen Anspruch hat V gegen K? (Überlegen Sie!)
- ▷ V kann gegen K einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. § 812 I 1 Alt. 1 (lesen!) geltend machen; denn als das Holz an K übereignet wurde, war der Kaufvertrag schon aufgehoben. K hat das Holz »ohne rechtlichen Grund« erlangt und muss es wieder herausgeben.[136] Ein Anspruch auf Herausgabe gem. § 985 ist aufgrund des Eigentumsverlustes des V hingegen nicht gegeben.

Einigung und Übergabe nach § 929 S. 1 sind jedoch nicht die einzigen Formen der Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen, die das BGB kennt. Allerdings sind die nachfolgenden Erwerbstatbestände nicht isoliert zu prüfen, sondern stets im Zusammenhang mit § 929 S. 1 (Einigung und Berechtigung) als Grundnorm.

b) Einigung ohne Übergabe (§ 929 S. 2)

107 **Prüfungsschema § 929 S. 2**

1. **Einigung**
2. Erwerber bereits im **Besitz** der Sache
3. **Berechtigung**

Den relativ einfachen Fall des § 929 S. 2 (lesen!), wonach die Übergabe entfallen kann, sofern der Erwerber bereits Besitzer der Sache ist, haben wir bereits kurz angesprochen (→ Rn. 103).

Beispiel: Wenn der Mieter M vom Vermieter V das gemietete Klavier später kauft, genügt zur Eigentumsverschaffung die bloße Einigung. Es wäre wenig sinnvoll, wenn M das Klavier zB erst zu dem entfernt wohnenden V schleppen müsste, damit dieser es ihm gem. § 929 S. 1 übergeben kann.

c) Einigung und Besitzkonstitut (§§ 929 S. 1, 930)

108 **Prüfungsschema §§ 929 S. 1, 930**

1. **Einigung**
2. **Besitzkonstitut** (§§ 930, 868)
3. **Berechtigung**

Auch in anderen Fällen kann es sehr umständlich und unzweckmäßig sein, zur Übertragung des Eigentums den unmittelbaren Besitz an einer Sache zu verändern. Im Fall des § 930 kann der Eigentümer unmittelbarer Besitzer bleiben.

Hinweis: Auch bei einer Übereignung gem. § 930 oder § 931 sind wie im Grundtatbestand des § 929 S. 1 Einigung und Berechtigung erforderlich. Nur die Übergabe wird durch ein sog. Übergabesurrogat ersetzt. Dies ist im Fall des § 930 das sog. Besitzkonstitut.

136 Zu den §§ 812 ff. s. ausf. *Wörlen/Metzler-Müller* SchuldR BT Rn. 370 ff.

Lesen Sie dazu den nächsten Fall:

Übungsfall 16

Der Kunstsammler K kauft in der Kunsthandlung des V ein wertvolles Gemälde. V will den Kaufpreis von K sofort haben. K möchte verständlicherweise nur zahlen, wenn er Eigentümer wird. Er kann das Bild aber wegen seiner Größe nicht sofort mitnehmen.

Wie kann K sofort Eigentümer werden, ohne dass es schon zur Übergabe kommt? Was können K und V anstelle der Übergabe vereinbaren?

Die Antwort auf die Fallfrage ergibt sich aus §§ 929 S. 1, 930 (lesen!).

- Was müssen V und K zunächst tun, damit das Eigentum auf K übergehen kann?
- ▷ Zunächst ist gem. § 929 S. 1 eine **Einigung** zwischen V und K über den Eigentumsübergang erforderlich.

Die Einigung kann durch nichts ersetzt werden! Aber die Übergabe kann ersetzt werden. 109

- Was können V und K gem. § 930 anstelle der Übergabe vereinbaren?
- ▷ Ein »**Besitzkonstitut**« (§ 930 nochmals genau lesen!). V und K können die Übergabe dadurch ersetzen, dass Sie ein Rechtsverhältnis vereinbaren, durch das K den mittelbaren Besitz und zugleich das Eigentum erlangt. Man spricht dabei von einem »Übergabesurrogat« (»Übergabeersatz«).
- In welcher Vorschrift Rechtsverhältnisse, die den **mittelbaren Besitz** begründen können, genannt werden, könnten Sie noch wissen!?[137]

Das in § 930 angesprochene »Besitzkonstitut« ist ein »**Besitzmittlungsverhältnis**« iSv § 868.

Hinweis: Sie sollten sich deshalb im Text von § 930 das Wort »Rechtsverhältnis« unterstreichen und »§ 868« an den Rand schreiben sowie die Worte »mittelbaren Besitz« in der nächsten Zeile ebenfalls unterstreichen! Umgekehrt empfiehlt es sich, »§ 930« am Rand neben § 868 (in dem Sie die Worte »ähnlichen Verhältnisse« markieren) zu vermerken.

- Um es zu wiederholen: Was ist die Folge dieser Vereinbarung zwischen V und K?
- ▷ V und K *einigen* sich gem. § 929 S. 1, dass das Eigentum auf K übergehen soll. Anstelle der Übergabe wird ein Verwahrungsvertrag (§ 688 – lesen!) als Besitzmittlungsverhältnis iSv § 868 vereinbart. Dies hat zur Folge, dass K nicht nur Eigentümer, sondern auch zugleich mittelbarer Besitzer wird. V bleibt zunächst unmittelbarer Besitzer.

§ 930 bewirkt also, dass es anstelle der Übergabe der Sache, mit der regelmäßig die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes verbunden ist, ausreicht, wenn der neue Eigentümer nur den mittelbaren Besitz an der Sache erhält. 110

Diese Art der Eigentumsübertragung hat vor allem in der Form der »*Sicherungsübereignung*« im Bereich der Kreditsicherung besondere Bedeutung. Wegen des hohen Stellenwerts der Sicherungsübereignung für die Praxis des Wirtschaftslebens und die Klausur wollen wir uns mit der Sicherungsübereignung noch gesondert und ausführlicher im 8. Kapitel (→ Rn. 282 ff.) beschäftigen.

137 § 868 (lesen!) → Rn. 28.

d) Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs (§§ 929 S. 1, 931)

111 **Prüfungsschema §§ 929 S. 1, 931**

1. **Einigung**
2. **Abtretung des Herausgabeanspruchs** (§§ 931, 398)
3. **Berechtigung**

Im Fall des § 931 ist ein Dritter im Besitz der Sache. Eine weitere Möglichkeit, die gem. § 929 S. 1 an sich erforderliche Übergabe zu ersetzen (»Übergabesurrogat«) ist die Abtretung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers gegen den Dritten an den Erwerber (§§ 931, 398).

Übungsfall 17

B leiht sich von E für die Ferien dessen Surfbrett. Am Strand ist B so in einen Flirt versunken, dass er das Surfbrett am Wasser vergisst, wo es vom Dieb D gestohlen wird.
E verlangt daraufhin Schadenersatz, den B auch bezahlt. B möchte dafür das Eigentum an dem gestohlenen Surfbrett erwerben.

Wie kann E, der damit einverstanden ist, dem B das Eigentum übertragen?

Bevor wir die entsprechende Vorschrift hierzu lesen und den Fall lösen werden, zunächst ein kurzer »Exkurs« (zur Wiederholung!) in Form einer Zwischenfrage. Diese sollten Sie beantworten können, sofern Sie das Allgemeine Schuldrecht nicht nur gehört oder gelesen, sondern gelernt haben:

- Nach welchen Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts müsste B dem E Schadenersatz leisten?
- ▷ Denken Sie nach, bevor Sie die Antwort in Fußnote[138] lesen!

112 Zurück zur Eigentumsübertragung beim gestohlenen Surfbrett. Die Frage ist wieder: Wie können E und B, die sich gem. § 929 S. 1 darüber **einig** sind, dass B Eigentümer werden soll, die Übergabe ersetzen? Die Übergabe ist wegen des Diebstahls (momentan jedenfalls) nicht möglich, da E seinen unmittelbaren Besitz verloren hat.

- Kann E zB dem B (wie im vorigen Fall), durch eine Vereinbarung nach § 930 anstelle der Übergabe den mittelbaren Besitz übertragen?
- ▷ Das wäre nur möglich, wenn E selbst entweder noch den unmittelbaren Besitz oder aufgrund eines anderen Besitzmittlungsverhältnisses (§ 868) den mittelbaren Besitz behalten hätte. Unmittelbarer Besitzer ist der Dieb D. D hat aber, wie wir gelernt haben[139], nicht den Willen, für den E zu besitzen. Es liegt also kein Fremdbesitzwille vor. Daher hat E keinen mittelbaren Besitz, den er an B übertragen könnte.

Allerdings stehen E Ansprüche gegenüber D zu.

- Überlegen Sie, welche Ansprüche E hat!

138 §§ 280 I, III, 283, 598 (Leihvertrag – §§ 604 I, 275 I).
139 → Rn. 29.

- ▷ Insbesondere den sachenrechtlichen Herausgabeanspruch gegenüber D als unrechtmäßigem Besitzer gem. § 985 (lesen!) und einen bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch gem. § 812 I 1 Alt. 2 (lesen!).

Damit kommen wir der Antwort auf unsere Frage näher, wie E dem B das Eigentum ohne Übergabe übertragen kann.

- Wie kann E seinen Herausgabeanspruch rechtlich verwerten?
- ▷ Es ist eine **Abtretung des Herausgabeanspruchs** (jedenfalls aus § 812 I 1 Alt. 2) von E an B möglich iSd **§ 931** (lesen!). Die Abtretung erfolgt nach **§ 398**. Es ist umstritten, ob darüber hinaus auch der Anspruch aus § 985 abgetreten werden kann. Nach der hM sind zwar insbesondere Ansprüche aus den §§ 812, 823, 861, nicht aber aus § 985 abtretbar.[140]

Hinweis: Schreiben Sie sich daher am besten § 398 neben § 931! Unterstreichen Sie in der Überschrift von § 931 das Wort »Herausgabeanspruchs« und schreiben Sie » § 812« darüber!

§ 931 kann auch praktische Bedeutung haben, wenn der Eigentümer zugleich **mittelbarer** Besitzer ist, wie zB der Gemäldekäufer K in Fall 16. Selbstverständlich darf dieser das Gemälde, obwohl es noch bei V ist, schon weiterverkaufen! Die aus dem Verkauf folgende Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung kann K dadurch erfüllen, dass er sich mit dem neuen Erwerber des Bildes gem. § 929 S. 1 einigt und ihm gem. § 931 anstelle der Übergabe seinen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch aus dem Verwahrungsvertrag gegen V abtritt (§§ 695, 398). Durch diese Abtretung erwirbt der neue Eigentümer auch den mittelbaren Besitz von K, nämlich nach § 870 (lesen!). 113

Damit haben wir alle Arten der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen, die eine Einigung zwischen dem Berechtigten und Erwerber voraussetzen, kennengelernt.

Wir werden sie in der zusammenfassenden Übersicht 9[141] nochmals wiederholen und den nun folgenden Fällen des gutgläubigen Eigentumserwerbs (→ Rn. 125) gegenüberstellen!

Literatur zur Vertiefung (→ Rn. 102–113): *Alpmann und Schmidt* SachenR I 2. Teil; *Baur/Stürner* SachenR § 51; *Frahm/Würdinger*, Der Eigentumserwerb an Kraftfahrzeugen, JuS 2008, 14; *Grunewald*, Bürgerliches Recht, 8. Aufl. 2009, § 36 I; *Hofmann/John*, Anfängerklausur: Sachenrecht – Von Melkmaschinen und Traktoren, JuS 2011, 515; *Helms/Zeppernick* SachenR I Kap. 2; *Petersen*, Der Dritte im Mobiliarsachenrecht, JURA 2015, 1177; *Prütting* SachenR § 32; *K. Schmidt*, Eigentumserwerb an eingesammeltem Altpapier (Entscheidungsbesprechung BGH Urt. v. 16.10.2015 – V ZR 240/14), JuS 2016, 938; *Schreiber* SachenR 3. Teil 2. Kap. A I.; *Vieweg/Werner* SachenR § 4; *Weber*, Der rechtsgeschäftliche Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gem. §§ 929 ff. BGB, JuS 1998, 577; *Westermann* Einführung Kap. 16 I., IV.; *Westermann/Gursky/Eickmann* SachenR §§ 36, 37, 41, 42, 44; *Westermann* SachenR §§ 5, 6; *Wolf/Wellenhofer* SachenR §§ 6–7.

140 Palandt/*Herrler* § 931 Rn. 3; Jauernig/*Berger* § 931 Rn. 4 f. **Bei gestohlenen Sachen ist aber ausnahmsweise eine Übereignung durch bloße Einigung möglich**, *Vieweg/Werner* SachenR § 4 Rn. 51; MüKoBGB/*Oechsler* § 931 Rn. 11 f. Wenn sich der Eigentümer, der (wie im Falle des Diebstahls) nicht mittelbarer Besitzer (anders zB ein Vermieter) ist, mit dem Erwerber über den Eigentumsübergang geeinigt hat, liegt darin nach aA zugleich auch die Abtretung des Anspruches aus § 985, *Baur/Stürner* SachenR § 51 Rn. 37 mwN.
141 → Rn. 124.

2. Gutgläubiger Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten

114 Nachdem wir uns den Erwerb vom Berechtigten angesehen haben, wollen wir uns nun dem gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten gem. §§ 932 ff. widmen.

a) Nichtberechtigter und guter Glaube

Beim Lesen des Begriffes »Nichtberechtigter« könnten Ihnen zwei Vorschriften eingefallen sein, die Sie schon einmal gelesen haben (sollten!).

▨ Welche beiden Vorschriften sind das?
▷ Antwort: Fußnote [142]!

Grundsätzlich ist eine Verfügung, die jemand über ein Recht (zB: Eigentum) trifft, das ihm nicht zusteht (= Nichtberechtigter), unwirksam.

Berechtigter bzgl. der Eigentumsübertragung ist jedenfalls grds. der Eigentümer.

Die Verfügung eines Nichteigentümers indessen

- ist von Anfang an wirksam, wenn sie mit *Einwilligung* des Eigentümers vorgenommen wird (§ 185 I – lesen!),[143] oder
- wird wirksam durch die *Genehmigung* des Eigentümers (§ 185 II 1 – lesen!).

Die Einwilligung ist die vorherige Zustimmung (Legaldefinition: § 183 S. 1), die Genehmigung die nachträgliche Zustimmung (Legaldefinition: § 184 I). Der Oberbegriff ist also die *Zustimmung*.

Ohne Zustimmung des Berechtigten ist ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten gem. §§ 932 ff. möglich. Voraussetzung ist, dass der Erwerber gutgläubig und somit schutzwürdig ist.

▨ Was versteht man unter **gutem Glauben** und wo ist dies legaldefiniert? (Dies könnten Sie wissen!)
▷ Guter Glaube des Erwerbers liegt gem. *§ 932 II* vor, wenn er nicht weiß (keine *positive Kenntnis*), dass der Veräußerer nicht Eigentümer ist und sein Nichtwissen nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht (keine *grob fahrlässige Unkenntnis*).

114a Der Gegenbegriff zur Gutgläubigkeit ist, wie Sie bereits wissen, die Bösgläubigkeit. Bösgläubigkeit ist also bei positiver Kenntnis des Erwerbers bzgl. der fehlenden Eigentümerstellung oder grob fahrlässiger Unkenntnis gegeben. Eine Nachforschungspflicht hat der Erwerber grds. nicht; Nachforschungen sind nur erforderlich, wenn besondere Umstände vorliegen.[144] (§ 932 II nochmals lesen!)

Beispiele: Der Erwerber hat eine Nachforschungspflicht bei Veräußerung einer Sache weit unter Marktwert; beim Kauf eines Gebrauchtwagens muss sich der Erwerber vom Veräußerer die Zulassungsbescheinigung Teil II (ehemals Kraftfahrzeugbrief) zeigen lassen.[145]

Der Erwerb des Eigentums von einem Nichtberechtigten ist also möglich, wenn der Erwerber gutgläubig davon ausgehen kann, dass der Veräußerer einer Sache ihr Eigentümer ist.

142 § 185 (*Wörlen/Metzler-Müller* SchuldR BT Rn. 85, 381) und § 816 (*Wörlen/Metzler-Müller* SchuldR BT Rn. 381 ff.)!
143 Zur praktischen Anwendung beim verlängerten Eigentumsvorbehalt → **Rn. 291c ff.**
144 Palandt/*Herrler* § 932 Rn. 10.
145 Palandt/*Herrler* § 932 Rn. 10 und 13. Zur Zulassungsbescheinigung Teil II näher → **Rn. 141 f.**

Aus dem Wortlaut des § 932 I (»...es sei denn, ...«) ergibt sich, dass die Umstände für die Bösgläubigkeit des Erwerbers von demjenigen bewiesen werden müssen, der den Eigentumserwerb bestreitet; die Gutgläubigkeit des Erwerbers wird also vom Gesetz widerlegbar vermutet.[146]

Allgemeines Prüfungsschema gutgläubiger Erwerb

1. **Einigung** mit Nichtberechtigtem (§ 929 S. 1)
2. **Übergabe** oder bereits bestehender **Besitz** des Erwerbers oder **Übergabesurrogat** (§§ 929–931)
3. **Gutgläubigkeit** des Erwerbers (§§ 932–934)
4. **Kein Abhandenkommen** (§ 935)

Welche Vorschrift für den gutgläubigen Erwerb (§§ 932, 933 oder 934) anwendbar ist, ist abhängig vom jeweiligen Erwerbstatbestand (§§ 929, 930 oder 931). Weitere Voraussetzung für den gutgläubigen Erwerb ist, dass die Sache nicht abhandengekommen ist (§ 935 – auf das Abhandenkommen werden wir später näher eingehen, → Rn. 123).

Nachfolgend schauen wir uns die zusätzlichen Voraussetzungen der einzelnen Erwerbstatbestände im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs näher an. Es geht dabei um folgende Vorschriften:

- § 932 I 1
- § 932 I 2
- § 933
- § 934.

b) Gutgläubiger Erwerb durch Einigung (und Übergabe) (§§ 929 S. 1, 932 I 1 und 929 S. 2, 932 I 2)

Prüfungsschema §§ 929 S. 1, 932 I 1 115

1. **Einigung** mit Nichtberechtigtem (§ 929 S. 1)
2. **Übergabe** (§ 929 S. 1)
3. **Gutgläubigkeit** (§ 932 I 1 , II)
4. **Kein Abhandenkommen** (§ 935)

Übungsfall 18

Wieder leiht sich Urlauber B von seinem Freund E das Surfbrett. Diesmal passt er allerdings sorgfältig auf das gute Stück auf. Da B sehr aufwendig im Urlaub gelebt hat, geht ihm kurz vor Ende des Urlaubs das Geld aus.
Um auch noch die letzten Tage seiner Ferien angemessen gestalten zu können, verkauft B das Surfbrett für 800 EUR an seine Urlaubsbekanntschaft (vgl. Fall 17) C. C glaubt, dass das Surfbrett dem B gehört und lässt es sich übereignen.

Kann E das Brett von C (falls er diese jemals treffen sollte) herausverlangen?

146 Vgl. Palandt/*Herrler* § 932 Rn. 15.

- An welchen (sachenrechtlichen) Herausgabeanspruch könnte man denken?
- ▷ An den Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer gem. **§ 985** (nochmals lesen!).
- Welche Voraussetzung muss für diesen Anspruch zunächst erfüllt sein?
- ▷ E müsste noch **Eigentümer** des Surfbrettes sein! (Chronologische Prüfung!)

Ursprünglich war E Eigentümer des Brettes. Er könnte das Eigentum aber dadurch verloren haben, dass B das Brett gem. **§ 929 S. 1** an C übereignet hat. Eine **Einigung** zwischen B und C und die **Übergabe** an C sind gegeben.

- Problematisch ist nur die **Berechtigung**. War B berechtigt, der C das Eigentum an dem Surfbrett zu verschaffen?
- ▷ B war nicht Eigentümer des Brettes. Da der Sachverhalt keinen Hinweis enthält, dass E in die Verfügung eingewilligt hat (§ 185 I), war B nicht berechtigt, das Eigentum auf C zu übertragen. Er war also **Nichtberechtigter**. Auch eine Genehmigung der Verfügung liegt nicht vor (§ 185 II).

116 C könnte aber das Eigentum wirksam erworben haben, wenn sie »**gutgläubig**« war. Dies ergibt sich aus **§ 932** (ganz lesen!). Der gute Glaube muss sich dabei auf das **Eigentum** des Veräußerers beziehen (§ 932 II). Der gute Glaube an die (in Wahrheit fehlende) Geschäftsfähigkeit oder eine (nicht vorhandene) Verfügungsbefugnis wird durch § 932 nicht geschützt.[147]

Hinweis: Im Handelsrecht ist als Ausnahme dazu gem. § 366 I HGB auch der gute Glaube an die *Verfügungsbefugnis* geschützt.[148] Kommentieren Sie sich daher am besten § 366 I HGB an § 932 II!

- Wenn Sie § 932 I und II aufmerksam gelesen haben, dürfte Ihnen die Antwort auf die Frage, ob die C bezüglich des Eigentums des B in gutem Glauben war, nicht schwerfallen!
- ▷ Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, aus denen C hätte entnehmen können oder müssen, dass B nicht der Eigentümer ist. C glaubt laut Sachverhalt, dass das Surfbrett dem B gehört.

Zu ihren Gunsten wirkt sich der »Rechtsschein« des Besitzes aus, den der ursprüngliche Eigentümer selbst veranlasst hat. E hatte seinen Besitz aufgrund der Leihe an B freiwillig abgegeben. Lesen Sie hierzu noch einmal § 1006 I 1. Sofern nicht das Gegenteil bewiesen ist, wird vermutet, dass der Besitzer einer Sache auch der Eigentümer ist.

Wenn dieser Rechtsschein, den der Eigentümer durch die Aufgabe des Besitzes selbst veranlasst hat (**Veranlassungsprinzip**), nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt, soll nach dem Willen des Gesetzgebers nicht der gutgläubig auf diesen Rechtsschein Vertrauende, sondern der Eigentümer selbst die Konsequenzen tragen.[149] Er muss sich in diesem Fall mit dem nichtberechtigten Veräußerer auseinandersetzen.

C ist also gem. §§ 929 S. 1, 932 I 1 Eigentümerin des Surfbrettes geworden.

147 *Prütting* SachenR Rn. 427.
148 Vgl. dazu ausf. *Wörlen/Kokemoor* HandelsR Rn. 287–292.
149 S. *Lüke* SachenR Rn. 195.; Wolf/*Wellenhofer* SachenR § 8 Rn. 1. Diesem Rechtsgedanken liegt übrigens eine alte Rechtsregel aus dem germanischen Recht zugrunde, die besagt: »**Wo Du Deinen Glauben gelassen hast, da sollst Du ihn suchen**«, *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1962, 166.

Im Fall des **§ 929 S. 2** gilt für den gutgläubigen Erwerb § 932 I 2 (lesen!). 117

Prüfungsschema §§ 929 S. 2, 932 I 2

1. **Einigung** mit Nichtberechtigtem (§ 929 S. 1)
2. Bereits bestehender **Besitz** des Erwerbers (§ 929 S. 2)
3. **Besitzerlangung vom Veräußerer** (§ 932 I 2)
4. **Gutgläubigkeit** (§ 932 I 1, 2, II)
5. **Kein Abhandenkommen** (§ 935)

Der Erwerber hat die Sache schon in Besitz und hat diesen **Besitz von dem Veräußerer erlangt**, den er gutgläubig für den Eigentümer hält (§ 932 nochmals lesen!).

Zurück zu unserem Fall! 117a

- Zur Wiederholung: Welche **Ansprüche** kann **E gegen B** geltend machen, der ihm das Brett nicht mehr zurückgeben kann, da es in das Eigentum der C übergegangen ist? Es kommen mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht! Überlegen Sie!
- ▷ Wenn E schon nicht das Brett zurückbekommen kann, so wird er zumindest Schadensersatz wollen.
  Ein vertraglicher Schadensersatzanspruch ergibt sich aufgrund von B zu vertretender Unmöglichkeit, also aus § (?[150])! Außerdem hat B als nichtberechtigt Verfügender das Eigentum des E verletzt, sodass ein Schadensersatzanspruch auch aus § 823 I begründet ist. Zudem hat er einen Anspruch auf Herausgabe des Erlangten (800 EUR Kaufpreis) gem. § 816 I 1.

c) Gutgläubiger Erwerb bei Besitzkonstitut (§§ 929 S. 1, 930, 933)

Prüfungsschema §§ 929 S. 1, 930, 933 118

1. **Einigung** mit Nichtberechtigtem (§ 929 S. 1)
2. **Besitzkonstitut** (§§ 930, 868)
3. **Übergabe durch Veräußerer** (§ 933)
3. **Gutgläubigkeit** (§§ 933, 932 II)
4. **Kein Abhandenkommen** (§ 935)

Lesen Sie § 933!

Beispiel: E leiht dem B auf unbestimmte Zeit sein Auto. E ist Eigentümer und mittelbarer Besitzer, B ist unmittelbarer Besitzer.
Wenn B das Auto als Nichtberechtigter an den C gem. **§ 929 S. 1** übereignet, es diesem also zugleich übergibt, wird C (wie eben unter b dargestellt) gem. § 932 I 1 gutgläubig Eigentümer.
Möglich wäre jedoch auch, dass sich B gegenüber C als Eigentümer des Autos ausgibt und mit C, von dem er ein Darlehen will, vereinbart, dass C gem. **§§ 929 S. 1, 930** das Sicherungseigentum und den mittelbaren Besitz an dem Auto erhalten und B noch unmittelbarer Besitzer bleiben soll.

150 **§§ 280 I und III, 283, 598** (§§ 604, 275 I).

Zu welchem Zeitpunkt kann C gem. **§ 933** gutgläubiger Eigentümer werden?
Wenn der Veräußerer B dem Erwerber C die Sache **übergibt** und C dann immer noch in gutem Glauben ist! (§ 933 spätestens jetzt lesen!)

Allein durch die Vereinbarung eines Besitzkonstituts ist ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich. Vor der Übergabe an den (gutgläubigen) Erwerber kann der wahre Eigentümer immer noch seinen Herausgabeanspruch aus § 985 geltend machen.

d) Gutgläubiger Erwerb bei Abtretung des Herausgabeanspruchs (§§ 929 S. 1, 931, 934)

119 Den wohl schwierigsten Fall des gutgläubigen Eigentumserwerbs regelt § 934 (lesen!).

Prüfungsschema §§ 929 S. 1, 931, 934

1. **Einigung** mit Nichtberechtigtem (§ 929 S. 1)
2. **Abtretung des Herausgabeanspruchs** (§§ 931, 398)
3. **Gutgläubigkeit** (§§ 934, 932 II)
   a) § 934 Alt. 1 (Veräußerer ist mittelbarer Besitzer): bei Abtretung
   b) § 934 Alt. 2 (Veräußerer ist nicht mittelbarer Besitzer): bei Besitzerlangung (zusätzlich Besitzerlangung von dem Dritten erforderlich)
4. **Kein Abhandenkommen** (§ 935)

Lesen Sie in Ruhe den Wortlaut des § 934, um das Prüfungsschema zu verstehen!

§ 934 ermöglicht den gutgläubigen Erwerb bei Abtretung des Herausgabeanspruchs (vgl. § 931) auf zwei Arten. Diese wollen wir uns mit Hilfe eines Übungsfalles verdeutlichen.

Übungsfall 19

K kauft von V ein Fahrrad unter Eigentumsvorbehalt[151]. Bevor K den Kaufpreis voll bezahlt hat,

a) vermietet er das Fahrrad an M, dem es infolge dessen Verschuldens gestohlen wird. M leistet dem K dafür Schadenersatz. Als Gegenleistung übereignet K dem gutgläubigen M das Fahrrad.
b) bringt K das Fahrrad zur Reparatur zu U, dann verkauft und übereignet K das Rad an den gutgläubigen E.

Wer ist in den Fällen a) und b) Eigentümer geworden?

Hinweis: Auch bei diesem Fall sollten Sie sich zur grafischen Veranschaulichung eine Sachverhalts- und Personenskizze erstellen!

Um die Frage für **Fall 19 a)** beantworten zu können, müssen wir rechtlich einordnen, was tatsächlich geschehen ist.

Wer ist ursprünglich **Eigentümer** des Fahrrads?
Der Verkäufer V!

K wird aufgrund des Eigentumsvorbehalts (§§ 449, 929 S. 1, 158 I) erst mit Zahlung der letzten Kaufpreisrate Eigentümer. V ist somit auch zum Zeitpunkt der Vermietung an M noch Eigentümer. Er verliert allerdings in dem Moment, in welchem K vermietet, seinen mittelbaren Besitz, da K keinen Fremdbesitzwillen mehr hat.

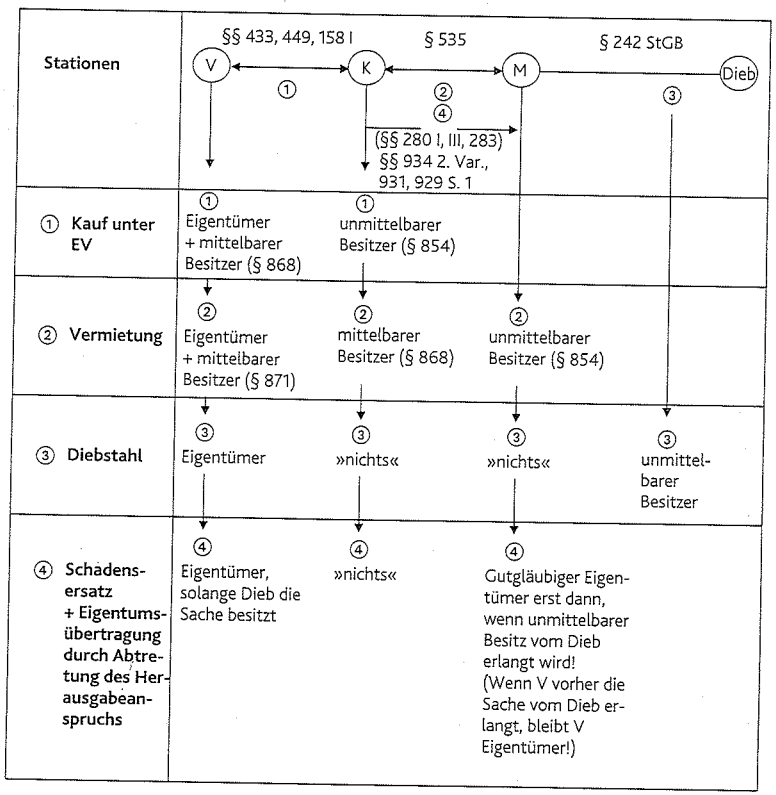
151 Zum Eigentumsvorbehalt → **Rn. 291a ff.**

Nur V wäre also berechtigt, für das gestohlene Rad Schadensersatz zu verlangen und nur er wäre auch berechtigt, dem M das gestohlene Fahrrad zu übereignen.

Nach welchen Vorschriften könnte V als wahrer Eigentümer, also als **Berechtigter**, diese Übereignung vornehmen?
Durch Einigung gem. § 929 S. 1 und Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931. Dadurch wäre M sofort Eigentümer geworden, ohne dass es darauf ankommt, bei wem sich das Fahrrad im Augenblick befindet.

In Fall 19 a) hat nicht der wahre Eigentümer V die Übereignung nach §§ 929 S. 1, 931 vorgenommen, sondern K als **Nichtberechtigter**. Daher stellt sich die Frage, ob M auch im Fall einer Übereignung nach §§ 929 S. 1, 931 gutgläubig Eigentümer wird. Diese Frage beantwortet **§ 934** (nochmal lesen!). 120

§ 934 Alt. 2 [aus Beispiel von Übungsfall 19 a)]



121 Ein gutgläubiger Erwerb durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ist nach § 934 in zwei Fällen möglich.

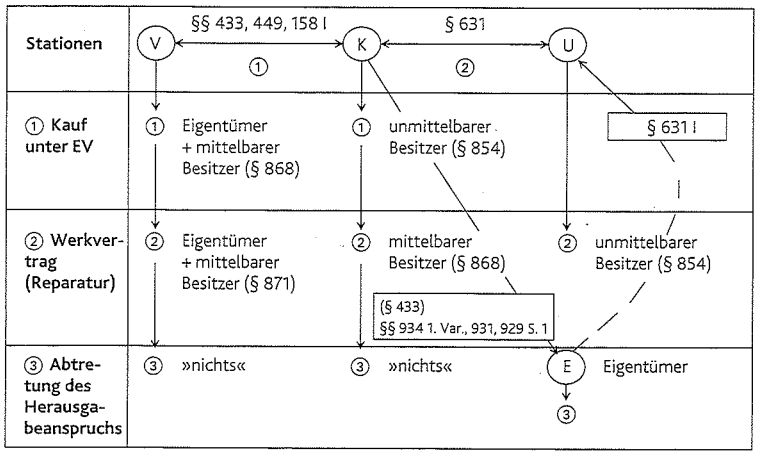
- Versuchen Sie einmal, diese beiden Fälle selbst aus der Formulierung des § 934 zu unterscheiden. Wann kann M nach dieser Vorschrift gutgläubig Eigentum erwerben?
- ▷ **1. Alternative:** Wenn der nichtberechtigte Veräußerer **mittelbarer** Besitzer ist, mit Abtretung des Herausgabeanspruchs und (»anderenfalls«)
  2. Alternative: Wenn der nichtberechtigte Veräußerer **nicht** mittelbarer Besitzer ist, erst, wenn er den unmittelbaren Besitz der Sache von dem Dritten erlangt.
- Welche dieser beiden Alternativen trifft auf Fall 19 a) zu? (Überlegen Sie!)
- ▷ Da der Veräußerer K weder unmittelbaren Besitz (der liegt offenbar beim Dieb) noch mittelbaren Besitz hat, handelt es sich um die zweite Variante!
- Was wäre Voraussetzung dafür, dass K mittelbaren Besitz hätte?
- ▷ Der unmittelbare Besitzer müsste den Willen haben, für K zu besitzen, dh, den sog. Fremdbesitzwillen; dieser aber liegt beim Dieb regelmäßig nicht vor.

M wird in Fall 19 a) nicht schon mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs gutgläubig Eigentümer, sondern erst, wenn es ihm gelingt, dem Dieb das Fahrrad »abzujagen«, also mit Besitzerlangung (§§ 929 S. 1, 931, 934 Alt. 2).

Die nicht ganz einfache Konstruktion der *zweiten* Alternative des § 934 verdeutlicht die grafische Skizze zu Fall 19 a) (→ Rn. 120) anhand der Rechtsstellung der Beteiligten in den einzelnen »Stationen« des Falles.

122 Die Lösung von **Fall 19 b)** ergibt sich aus der folgenden grafischen Skizze:

§ 934 Alt. 1 [aus Beispiel von Übungsfall 19 b)]



Als K das Fahrrad dem U zur Reparatur gab, erlangte U den unmittelbaren Besitz, während K und der Eigentümer V jeweils mittelbare Besitzer wurden: U besaß das Fahrrad nicht »für sich«, sondern hatte den Willen, es »für K« zu besitzen (Fremdbesitzwille), und zu reparieren.

K hat als mittelbarer Besitzer und nichtberechtigter Veräußerer seinen Herausgabeanspruch aus dem Werkvertrag gegen U an den gutgläubigen E abgetreten (§ 398). Somit hat E mit Abtretung des Herausgabeanspruchs sofort gutgläubig das Eigentum an dem Fahrrad gem. §§ 929 S. 1, 931, 934 Alt. 1 erworben.

e) Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs (§ 935)

Der gutgläubige Erwerb ist grds. ausgeschlossen, wenn die Sache gestohlen worden, verlorengegangen oder sonst »abhanden gekommen« ist, **§ 935 I** (lesen!). 123

Hinweis: Um den wichtigen § 935 in der Klausur nicht zu übersehen, sollten Sie sich diesen insbesondere an § 932 II kommentieren!

»**Abhanden gekommen**« ist gem. § 935 I 1 eine Sache, wenn dem Eigentümer, der *unmittelbarer Besitzer* war, der unmittelbare Besitz gegen seinen Willen oder ohne sein Wissen (»unfreiwillig«) entzogen wurde. Das gleiche gilt gem. § 935 I 2, wenn der Eigentümer nur *mittelbarer Besitzer* war und die Sache dem unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen ist. Diebstahl und Verlust sind Unterfälle des Abhandenkommens.[152] (§ 935 I jetzt nochmals lesen!)

Wenn die Sache abhanden gekommen ist, hat der Eigentümer nicht den Rechtsschein gesetzt, auf den der gutgläubige Erwerber vertrauen konnte. Gutgläubiger Erwerb ist also nur möglich, wenn der Eigentümer das Auseinanderfallen von Eigentum und dem unmittelbaren Besitz des Veräußerers bewusst veranlasst hat (**Veranlassungsprinzip**). Nur wenn der Eigentümer freiwillig die Sache aus der Hand gibt, soll er das damit einhergehende Risiko übernehmen.[153] Bei Übungsfall 19 hatte V den Besitz an seinem Fahrrad freiwillig dem Vorbehaltskäufer K überlassen, der dann das von V in ihn gesetzte Vertrauen missbrauchte. Dieses Risiko hatte V freiwillig übernommen. Das Fahrrad war ihm daher nicht abhanden gekommen und ein gutgläubiger Erwerb möglich.

Gemäß **§ 935 II** findet § 935 I keine Anwendung auf *Geld oder Inhaberpapiere* sowie auf Sachen, die im *Wege öffentlicher Versteigerung* (§ 383 III) veräußert werden. Kommen diese abhanden, bleibt also ein gutgläubiger Erwerb möglich.[154]

Lesen Sie nun die zusammenfassende Übersicht 9, → Rn. 124.

152 Zum Abhandenkommen s. Palandt/*Herrler* § 935 Rn. 3; *Prütting* SachenR Rn. 433. »**Abhanden gekommen**« **ist also der Oberbegriff.** Instruktiv dazu BGH NJW 2014, 1524.
153 Zum Ganzen *Lüke* SachenR Rn. 195 und 220; ausf. mit Bsp. *Prütting* SachenR Rn. 433–435.
154 **Sammlermünzen** sind auch dann nicht als Geld iSv § 935 II zu qualifizieren, wenn sie als offizielles Zahlungsmittel zugelassen sind; ein gutgläubiger Erwerb scheidet also aus, BGH NJW 2013, 2888. S. dazu *K. Schmidt* JuS 2014, 169.

Übersicht 9

Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb an beweglichen Sachen

	§ 929 S. 1	§ 929 S. 2	§§ 929 S. 1, 930	§§ 929 S. 1, 931
Situation:	Eigentümer hat unmittelbaren Besitz an der Sache.	Erwerber hat schon unmittelbaren Besitz an der Sache, zB Mieter.	Eigentümer hat unmittelbaren Besitz, Erwerber soll Eigentum ohne unmittelbaren Besitz erhalten.	Dritter ist im unmittelbaren Besitz der Sache, Eigentümer hat Anspruch auf Herausgabe der Sache.
Eigentumserwerb:	**Einigung** und **Übergabe** der Sache an Erwerber (Verschaffung des unmittelbaren Besitzes).	**Einigung** genügt.	**Einigung** und **Besitzkonstitut** (Übergabesurrogat): Einräumung des mittelbaren Besitzes an Erwerber.	**Einigung** und **Abtretung des Herausgabeanspruchs** gegen Dritten an Erwerber (Übergabesurrogat).

Gutgläubiger Eigentumserwerb an beweglichen Sachen

	§ 932 I 1	§ 932 I 2	§ 933	§ 934	
Voraussetzungen:	Einigung und Übergabe der Sache an Erwerber, der den Besitzer gutgläubig für Eigentümer hält.	Erwerber hat die Sache schon in Besitz und hat diesen Besitz von dem Veräußerer erlangt, den er gutgläubig für Eigentümer hält.	Erwerber vereinbart mit Veräußerer Besitzkonstitut iSv § 930, 868: Gutgläubiger Erwerber wird mittelbarer Besitzer, aber erst mit *Übergabe* der Sache Eigentümer.	Veräußerer tritt anstelle des Eigentümers schuldrechtlichen Herausgabeanspruch gegen Dritten an gutgläubigen Erwerber ab.	
				Var. 1	**Var. 2**
				Veräußerer ist *mittelbarer Besitzer*: Erwerber wird mit Abtretung Eigentümer	Veräußerer ist *nicht* mittelbarer Besitzer: Erwerber wird erst mit Übergabe von Drittem Eigentümer
Beispiele:	Mieter übereignet Mietsache nach § 929 S. 1.	Mieter verleiht Mietsache und übereignet an Entleiher nach § 929 S. 2.	Mieter übereignet Mietsache gem. §§ 929, 930 zur Sicherung eines Kredits an gutgläubige Bank.	Mieter verleiht Mietsache. Anschließend verkauft er die Sache an gutgläubigen Dritten und tritt diesem den Herausgabeanspruch gegen den Entleiher ab.	Mieter M 1 vermietet Sache an M 2, dem sie gestohlen wird. M 1 kassiert von M 2 Schadenersatz und tritt Herausgabeanspruch an gutgläubigen M 2 ab.

Merke:
1. Kein **guter Glaube** liegt vor im Falle des § 932 II
2. Grundsätzlich kein gutgläubiger Erwerb von **»abhanden gekommenen«** Sachen = § 935 I; Ausnahmen: § 935 II

4. Eigentumserwerb an Grundstücken

Aus: *Bönninghaus, Achim* Sachenrecht II, 2. Auflage (2014)

hatte, keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass M ihr das unbelastete Eigentum übertragen konnte. Die N war somit gutgläubig.

c) Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs nach § 936 Abs. 3

Nach § 936 Abs. 3 erlischt das Recht des Dritten im Falle einer Veräußerung nach § 931 aber auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht, wenn der Inhaber des dinglichen Rechts im Besitz der Sache ist. Dies ist hier der Fall. Das Unternehmerpfandrecht des H ist somit nicht erloschen.

Gesamtergebnis:

Die N hat keinen Herausgabeanspruch gegen H aus § 985.

4. Teil
Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb an Grundstücken, §§ 873, 925, 891–893

Die zentrale Vorschrift, die den Erwerb des Eigentums an einem Grundstück und die Belastung eines Grundstücks mit einem dinglichen Recht (z.B. Bestellung einer Hypothek) regelt, ist § 873. Danach sind die Einigung des Eigentümers und des Erwerbers und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich. Für den speziellen Fall der Eigentumsübertragung wird § 873 durch § 925 ergänzt, der die näheren Voraussetzungen der Einigung über die Eigentumsübertragung regelt, die in dieser Vorschrift als „Auflassung" bezeichnet wird. 197

Daraus ergibt sich für die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums an einem Grundstück folgendes Prüfungsschema:

Der Eigentumserwerb an einem Grundstück nach §§ 873, 925

A. Erwerb vom Berechtigten
- I. Auflassung
- II. Eintragung in das Grundbuch
- III. Einigsein bei Eintragung oder Bindung nach § 873 Abs. 2
- IV. Berechtigung des Übereignenden

B. Ggf. gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten, § 892

C. Ggf. § 185 Abs. 2

A. Erwerb vom Berechtigten

I. Auflassung

1. Einigung

Die Einigung i.S.d. § 873 ist ein dinglicher Vertrag, der auf die jeweilige Rechtsänderung gerichtet ist. Auf ihn finden die Regeln des BGB-AT (insbesondere die §§ 104 ff., 119 ff., 145 ff., 164 ff.) Anwendung.[1] 198

2. Form des § 925

Besonderheiten gelten gem. § 925 für die Einigung über die Übertragung von Eigentum an Grundstücken die vom Gesetz als Auflassung bezeichnet wird. 199

1 Zur Besonderheit bei der Beteiligung Minderjähriger siehe im Skript „BGB Allgemeiner Teil II" Rn. 228 f. (Übungsfall Nr. 6).

Hierfür sind nach § 925 Abs. 1 bestimmte Formalien zu beachten:

Die Auflassung muss bei **gleichzeitiger Anwesenheit** von Veräußerer und Erwerber vor einer hierfür **zuständigen Stelle** (i.d.R. dem Notar) erklärt werden.

Hinweis

§ 925 Abs. 1 verlangt nur, dass die Auflassung vor einer zuständigen Stelle erklärt wird, so dass an sich keine notarielle Beurkundung der Auflassung nötig ist.[2] § 311b, der eine solche Beurkundung anordnet, gilt nur für das Verpflichtungsgeschäft (i.d.R. Kaufvertrag) und nicht auch für die Auflassung, (das Verfügungsgeschäft). In der Praxis wird jedoch die Auflassung zugleich mit dem Kaufvertrag notariell beurkundet, weil die notarielle Urkunde gem. § 29 GBO formelle Voraussetzung für die Grundbucheintragung ist.

Die „gleichzeitige Anwesenheit" erfordert **nicht, dass beide Parteien höchstpersönlich vor Ort sind**. Entscheidend ist allein, dass die Einigungserklärungen gleichzeitig abgegeben werden. Die Parteien können sich daher auch gem. §§ 164 ff. vertreten lassen und zwar unter Befreiung vom Verbot des Insichgeschäfts nach § 181 sogar vom selben Vertreter, wenn sie diesem dies gestattet haben.[3] Bei fehlender Vertretungsmacht wird dem Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit durch die Rückwirkung der Genehmigung gem. §§ 177, 184 genügt.[3]

Die Auflassung ist gem. § 925 Abs. 2 bedingungsfeindlich, so dass insbesondere keine Grundstücksübereignung unter Eigentumsvorbehalt möglich ist.

Nach § 925 Abs. 1 S. 3 kann eine Auflassung auch in einem gerichtlichen Vergleich oder einem gerichtlich bestätigten Insolvenzplan erklärt werden.

II. Eintragung in das Grundbuch

200 Durch die Eintragung in das Grundbuch wird die Rechtsänderung vollzogen, d.h. erst mit der Eintragung tritt die Rechtsänderung ein.

Wirksamkeitsvoraussetzung für die Rechtsänderung ist aber, dass Eintragung und Einigung inhaltlich deckungsgleich sind.[4] Fehlt es an der inhaltlichen Deckungsgleichheit von Einigung und Eintragung, so ist weder das vereinbarte Recht (mangels Eintragung) noch das eingetragene Recht (mangels Einigung) wirksam übertragen worden.[5] Das Grundbuch ist in diesem Fall unrichtig i.S.d. § 894.

Beispiel: In der Auflassung erklären die Parteien die Auflassung des Grundstücks Flurstück Nr. 230 an K. Infolge eines Versehens des Grundbuchamts wird K als Eigentümer des Grundstücks Flurstück Nr. 231 in das Grundbuch eingetragen.

2 Palandt-*Bassenge* § 925 Rn. 3.
3 Palandt-*Bassenge* § 925 Rn. 5.
4 Palandt-*Bassenge* § 873 Rn. 13.
5 *Baur/Stürner* SachenR § 19 Rn. 30.

Decken sich Einigung und Eintragung nur teilweise, so tritt die Rechtsänderung im Umfang der Deckung als „kongruentes Minus" ein (§ 139 analog).[6]

Beispiel:[7] Die Parteien haben vereinbart, dass ein Nießbrauchsrecht an Parzelle a und b entstehen soll. Eingetragen wird nur das Nießbrauchsrecht an Parzelle b. Das Nießbrauchsrecht entsteht nur an Parzelle b.

Die zeitliche Reihenfolge von Einigung und Eintragung spielt dagegen keine Rolle, so dass die Einigung der Eintragung auch zeitlich nachfolgen kann, solange sie sich inhaltlich decken.[8]

Formell richtet sich die Eintragung nach den §§ 13 ff. GBO:[9] Erforderlich ist zunächst ein 201
Antrag gem. § 13 Abs. 1 S. 1 GBO von einem Antragsberechtigten gem. § 13 Abs. 1 S. 2 GBO. Sodann muss eine Eintragungsbewilligung des „verlierenden Teils" (bei der Eigentumsübertragung also des Veräußerers) gem. § 19 GBO vorliegen. Die Eintragungsbewilligung ist nach h.M. keine Willenserklärung, sondern eine reine Verfahrenshandlung.[10] Es gelten jedoch die Regeln des BGB für die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff.) und für die Vertretung (§§ 164 ff.) analog.[11] Das Grundbuchamt prüft bei **beschränkten dinglichen Rechten** nicht, ob eine wirksame Einigung vorliegt, sondern nur das Vorliegen der Eintragungsbewilligung des verlierenden Teils (**formelles** Konsensprinzip).

Dahinter steht die Vermutung, dass derjenige, der eine zum Rechtsverlust führende Bewilligung abgibt, dies nur dann tun wird, wenn eine entsprechende materiell-rechtliche Einigung erzielt wurde.[12]

Bei der **Auflassung** gilt jedoch ausnahmsweise gem. § 20 GBO das **materielle** Konsensprinzip: Die Einigung muss dem Grundbuchamt gem. § 29 GBO in Form einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde nachgewiesen werden (Formprinzip). Aus diesem Grund wird auch die Auflassung i.d.R. zugleich mit dem Kaufvertrag notariell beurkundet, obwohl nach § 925 Abs. 1 eine bloße Erklärung ausreichend wäre. Schließlich setzt die Eintragung gem. § 39 Abs. 1 GBO voraus, dass der „verlierende Teil" im Grundbuch als Berechtigter eingetragen ist (Voreintragungsprinzip). Das soll dem Grundbuchamt die Prüfung ersparen, ob der verlierende Teil materiell verfügungsberechtigt ist. Dies ist die Konsequenz der Vermutungswirkung gem. § 891 (bitte lesen).

Zu beachten ist aber: Die materielle Rechtsänderung kommt unabhängig davon zustande, ob die Eintragung formell i.S.d. §§ 13 ff. GBO rechtmäßig war![13]

Beispiel: V veräußert sein Grundstück an E. Allerdings ist V nicht als Berechtigter eingetragen. Gleichwohl nimmt das Grundbuchamt entgegen § 39 Abs. 1 GBO die Eintragung vor. Liegen die Voraussetzungen der §§ 873, 925 vor, so wird E Eigentümer, obwohl die Eintragung wegen des Verstoßes gegen § 39 GBO formell rechtswidrig war.

6 *Baur/Stürner* SachenR § 19 Rn. 31.
7 Vgl. *Baur/Stürner* SachenR § 19 Rn. 31.
8 *Baur/Stürner* SachenR § 19 Rn. 38.
9 Grundbuchordnung, Schönfelder Nr. 114.
10 *BGH* NJW 1982, 2817, 2818.
11 Palandt-*Bassenge* vor § 873 Rn. 11.
12 *Baur/Stürner* SachenR § 16 Rn. 20.
13 Palandt-*Bassenge* § 873 Rn. 14.

JURIQ-Klausurtipp

Deshalb spricht man bei den Anforderungen des Grundbuchrechts auch von formellen Ordnungsvorschriften. Ob diese eingehalten wurden oder nicht, ist in der Klausur für den Erwerb des Eigentums nicht von Bedeutung, sondern nur die Tatsache, dass der Erwerber tatsächlich im Grundbuch (wenn auch fehlerhaft) eingetragen wurde. Eventuelle Fehler können dagegen zu einem Anspruch aus Staatshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG führen.

III. Einigsein oder Bindung gem. § 873 Abs. 2

202 Die Einigung muss im Zeitpunkt der Eintragung fortbestehen. Daran fehlt es, wenn eine der Parteien die Einigung vor der Eintragung wirksam widerrufen hat.

Die Einigung ist bis zur Eintragung frei widerruflich, es sei denn die Parteien sind daran gem. § 873 Abs. 2 gebunden. Eine derartige Bindung liegt vor, wenn

- die Einigungserklärung notariell beurkundet wurde bzw. im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs gem. § 127a erfolgt ist

Hinweis

Da die Auflassung regelmäßig zugleich mit dem Kaufvertrag notariell beurkundet wird, sind in diesem Fall beide Parteien an die Auflassung nach § 873 Abs. 2 gebunden!

- oder wenn die Einigungserklärungen beim Grundbuchamt abgegeben wurden bzw. dort eingereicht worden sind
- oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine Eintragungsbewilligung nach §§ 19, 29 GBO ausgehändigt hat.

IV. Berechtigung des Veräußerers

203 Zur Eigentumsübertragung berechtigt ist der verfügungsbefugte Eigentümer und der verfügungsbefugte Nichteigentümer. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze, wie wir sie bei § 929 bereits behandelt haben.

1. Grundsatz: Berechtigung bei Eintragung des Erwerbers

204 Der Verfügende muss grundsätzlich noch im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs verfügungsberechtigt sein.

Die Vollendung des Rechtserwerbs tritt bei Verfügungen über Grundstücksrechte i.d.R. mit der Eintragung ein, es sei denn, die Einigung folgt der Eintragung ausnahmsweise zeitlich nach.

Fehlt die Verfügungsberechtigung im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs, so ist zu prüfen, ob ihr Fehlen nach den §§ 878 oder 892 überwunden werden kann.

2. Vorverlagerung des Zeitpunkts nach § 878

Gem. § 878 Abs. 2 schadet eine Verfügungsbeschränkung, die nach einer bindenden Einigung i.S.v. § 873 Abs. 2 und nach Stellung des Antrags auf Eintragung i.S.v. § 13 GBO erfolgt ist, der Wirksamkeit der Verfügung nicht mehr. 205

§ 878 Abs. 2 beruht auf dem Gedanken, dass dann, wenn die Parteien alles ihrerseits Mögliche zur Herbeiführung der Rechtsänderung getan haben und diese allein von der Eintragung ins Grundbuch abhängt, der Erwerber vor einem nachträglichen Wegfall der Verfügungsberechtigung des Verfügenden geschützt sein soll. Der Erwerber hat auf den Zeitpunkt der Eintragung keinen Einfluss, so dass eine etwaige Verzögerung auch nicht zu seinen Lasten gehen soll.[14]

Beispiel: V verkauft am 5.1. das ihm gehörende Grundstück an K. Der Kaufvertrag wird zusammen mit der Auflassung notariell beurkundet. Am 10.1. stellt K gem. §§ 13, 29 GBO den Eintragungsantrag beim zuständigen Grundbuchamt. Am 24.4. wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des V eröffnet. I wird zum Insolvenzverwalter bestellt. Am 28.4. wird K als Grundstückseigentümer in das Grundbuch eingetragen. Hat er wirksam das Eigentum daran erworben?

Ein Eigentumserwerb gem. §§ 873, 925 ist an sich nicht möglich, weil V im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs bei Eintragung am 28.4. nicht mehr verfügungsberechtigt war: Verfügungsberechtigt war seit dem 24.4. vielmehr I als Insolvenzverwalter gem. § 80 InsO.

Dieser nachträgliche Wegfall der Verfügungsberechtigung ist für die Wirksamkeit der Übereignung des Grundstücks jedoch wegen § 878 (i.V.m. § 91 Abs. 2 InsO) unschädlich, da zum Zeitpunkt des Wegfalls am 24.4. eine bindende Auflassungserklärung i.S.v. § 873 Abs. 2 und ein Eintragungsantrag beim Grundbuchamt vorlag. K hat somit am 28.4. das Eigentum am Grundstück erworben.

§ 878 ersetzt seinen Schutzzweck entsprechend allein die fehlende Eintragung, nicht aber sonstige Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtserwerbs.[15]

§ 878 findet nach h.M. auch Anwendung bei Verfügungen des Buchberechtigten i.S.d. § 892, da der gutgläubige Erwerber nicht schlechter stehen soll als derjenige, der vom Berechtigten erwirbt.[16]

Keine Voraussetzung des § 878 ist die Gutgläubigkeit des Erwerbers, d.h. die Verfügung ist gem. § 878 auch dann wirksam, wenn der Erwerber das Vorliegen der Verfügungsbeschränkung kennt.

B. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten, §§ 891–893

Der gutgläubige Erwerb von einem Nichtberechtigten ist für Grundstücksrechte in §§ 891–893 geregelt. Zentralvorschrift ist § 892. In § 891 ist geregelt, auf welchem Rechtsscheinstatbestand der gutgläubige Erwerb beruht. Dies ist im Grundstücksrecht der Umstand, dass der 206

14 Palandt-*Bassenge* § 878 Rn. 1.
15 Palandt-*Bassenge* § 878 Rn. 15.
16 Palandt-*Bassenge* § 878 Rn. 5.

Verfügende als Inhaber des Rechts im Grundbuch eingetragen ist. § 893 ergänzt § 892 um zwei Sonderfälle, die wir im Zusammenhang mit dem gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung behandeln werden.

Hinweis

Was bei beweglichen Sachen der Besitz als Rechtsscheinsträger ist, ist bei den Grundstücken die Eintragung im Grundbuch!

Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten nach § 892

I. Rechtsgeschäft i.S. eines Verkehrsgeschäfts

II. Grundbuch unrichtig

III. Verfügender aus dem Grundbuch legitimiert, § 891

IV. Kein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen, § 899

V. Keine positive Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Grundbuchs

I. Rechtsgeschäft i.S. eines Verkehrsgeschäfts

207 Wie bei den §§ 932 ff. setzt auch der gutgläubige Erwerb nach § 892 den rechtsgeschäftlichen Erwerb im Rahmen eines Verkehrsgeschäfts voraus.

II. Grundbuch unrichtig

208 Das Grundbuch ist unrichtig, wenn sein Inhalt von der materiellen Rechtslage abweicht. Das ist insbesondere der Fall, wenn ein materiell-rechtlich Nichtberechtigter als Berechtigter eingetragen ist.

Hinweis

Hier müssen Sie in der Klausur einen Vergleich zwischen der formellen aus dem Grundbuch ersichtlichen Rechtslage und der tatsächlichen materiellen Rechtslage anstellen. Sofern insofern eine Diskrepanz gegeben ist, liegt eine Unrichtigkeit des Grundbuchs vor.

III. Verfügender aus dem Grundbuch legitimiert, § 891

209 Der Verfügende muss durch den Rechtsschein des Grundbuchs legitimiert sein. Das ist in folgenden Fällen der Fall:

- Der verfügende Nichtberechtigte ist als Berechtigter eingetragen (Buchberechtigter).
- Der verfügende Nichtberechtigte ist wahrer Erbe des eingetragenen Buchberechtigten.[17] Zwar ist der Verfügende hier nicht selbst im Grundbuch genannt, sondern nur der Erblasser. Der Rechtsschein der Buchberechtigung geht jedoch im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 vom Erblasser auf den Erben über.

17 Vgl. Palandt-*Bassenge* § 892 Rn. 13.

Handelt es sich bei dem Verfügenden nicht um den wahren Erben des Buchberechtigten, so ist gleichwohl ein gutgläubiger Erwerb nach den §§ 2365–2367 möglich, wenn er durch einen Erbschein nach Maßgabe des § 2366 als Erbe des Buchberechtigten ausgewiesen ist.

In diesen Fällen ist aber zu unterscheiden:

War der Erblasser sachenrechtlich Berechtigter, richtet sich der gutgläubige Erwerb vom nicht eingetragenen, durch Erbschein legitimierten Scheinerben allein nach §§ 2365–2367 (dem Erwerber schadet nur positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Erbscheins).

War der Erblasser dagegen sachenrechtlich Nichtberechtigter, jedoch im Grundbuch eingetragen und ist der Verfügende Scheinerbe durch Erbschein ausgewiesen, richtet sich der gutgläubige Erwerb nach den §§ 891–893 + §§ 2365–2367 (sog. doppelt gutgläubiger Erwerb, d.h. dem Erwerber darf weder die Unrichtigkeit des Grundbuchs, noch die Unrichtigkeit des Erbscheins bekannt sein).[18]

Hinweis

Insofern kommt es also zu einer doppelten Anwendung der Gutglaubensvorschriften. Durch §§ 2365–2367 wird der Verfügende als Erbe fingiert und tritt damit in die Buchposition des Erblassers ein; gem. §§ 891 ff. müssen aber auch die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs erfüllt sein, da der Erblasser lediglich Bucheigentümer und nicht wahrer Eigentümer wahr. §§ 2365 ff. „machen" den Verfügenden also zum Erben und §§ 891 ff. zum Eigentümer des Grundstücks.

IV. Kein Widerspruch im Grundbuch eingetragen, § 899

Ein gutgläubiger Erwerb ist gem. § 892 Abs. 1 S. 1 ausgeschlossen, wenn vor Vollendung des Rechtserwerbs ein Widerspruch i.S.d. § 899 ins Grundbuch eingetragen ist. 210

Die Vorverlegungswirkung des § 892 Abs. 2 gilt für den Widerspruch nicht, maßgebender Zeitpunkt ist die Vollendung des Rechtserwerbs.[19]

Die Vorverlegungswirkung der Vormerkung gilt dagegen auch im Hinblick auf den Widerspruch, so dass ein Widerspruch, der erst nach dem wirksamen Erwerb der Vormerkung eingetragen wird, unschädlich ist.

Diese Frage werden wir in Teil 5 unter Rn. 236 näher behandeln.

Auf die Kenntnis des Erwerbers vom Widerspruch kommt es dagegen nicht an. Der im Grundbuch nach § 899 eingetragene Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs ist ein objektives Erwerbshindernis.

18 Vgl. *BGH* NJW 1972, 434.
19 Palandt-*Bassenge* § 892 Rn. 23.

ftmals spricht
beim gut-
bigen Erwerb
§§ 891 ff. auch
redlichen
erb, da nicht
Maßstab des
n Glaubens
. § 932 Abs. 2
geblich ist,
lern ausschließ-
positive Kennt-
chadet.

V. Keine positive Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Grundbuchs

211 Der Erwerber ist nicht gutgläubig, wenn er die Unrichtigkeit des Grundbuchs positiv kennt.

Bei Unkenntnis der Unrichtigkeit – mag sie auch auf grober Fahrlässigkeit beruhen[20] – ist der Erwerber gutgläubig, es schadet nur die tatsächliche Kenntnis. Dem soll es aber nach der allgemeinen Meinung gleichgestellt werden, wenn der Erwerber die Augen vor der positiven Kenntnis verschließt, die positive Kenntnis also nicht nachweisbar ist, der Erwerber aber Tatsachen kennt, die zwingend nur den Schluss auf eine fehlende Berechtigung des Veräußerers zulassen.

Hinweis

Wird der Erwerber gem. § 164 ff. vertreten, so kommt es gem. § 166 Abs. 1 grundsätzlich auf die Gutgläubigkeit des Vertreters an.

Die Gutgläubigkeit des Erwerbers setzt nicht voraus, dass er Einblick in das Grundbuch genommen hat bzw. dass er den Grundbuchinhalt kennt und darauf vertraut.[21]

1. Grundsätzlich maßgeblicher Zeitpunkt

212 Aus der Formulierung des § 892 Abs. 1 S. 2 („es sei denn...") folgt, dass die Gutgläubigkeit des Erwerbers gesetzlich vermutet wird, so dass die Bösgläubigkeit von demjenigen zu beweisen ist, der behauptet, dass der Erwerber nicht gutgläubig war.[22]

Maßgeblicher Zeitpunkt des Vorliegens der Gutgläubigkeit ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs (i.d.R. der Zeitpunkt der Eintragung), es sei denn der Zeitpunkt ist vorzuverlegen.

Hinweis

Ist der Erwerber im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs gutgläubig, so ist dies immer ausreichend.

2. Vorverlagerung des maßgeblichen Zeitpunkts

213 In bestimmten Fällen wird der maßgebliche Zeitpunkt zum Schutz des Erwerbers vorverlagert.

a) Nach § 892 Abs. 2 Hs. 1

214 Gem. § 892 Abs. 2 Hs. 1 genügt die Gutgläubigkeit im Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags gem. § 13 GBO, wenn die Einigung vor der Eintragung erfolgt ist.

20 Palandt-*Bassenge* § 892 Rn. 24.
21 Palandt-*Bassenge* § 892 Rn. 1.
22 *Baur/Stürner* SachenR § 23 Rn. 30.

Hinweis

Der Grundgedanke entspricht dem des § 878: Die Parteien haben alles ihrerseits Erforderliche zum Rechtsübergang getan, so dass der Erwerber schutzwürdig ist.

Fraglich ist die Rechtslage, wenn der Veräußerer im Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht durch das Grundbuch legitimiert ist, sondern erst im Zeitpunkt der Eintragung.

Beispiel: V veräußert ein ihm nicht gehörendes Grundstück unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 925 an K. K stellt am 5.5. gem. § 13 GBO Antrag auf Eintragung. Zu diesem Zeitpunkt ist Eigentümer E als Berechtigter im Grundbuch eingetragen. V wird am 7.5. als Berechtigter eingetragen. Am 8.5. erfährt K, dass V Nichteigentümer ist. Am 10.5. wird K als Eigentümer eingetragen. Hat K das Eigentum am Grundstück erworben?

Die Lösung hängt davon ab, welches der maßgebliche Zeitpunkt war, an dem K gutgläubig sein muss:

Im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs (10.5.) war K bösgläubig.

Im Zeitpunkt der Antragsstellung war K zwar gutgläubig, jedoch war das Grundbuch zu diesem Zeitpunkt noch richtig, so dass V zu diesem Zeitpunkt nicht durch das Grundbuch legitimiert war.

Teilweise wird[23] der gutgläubige Erwerb in diesen Fällen abgelehnt, da der Erwerber im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs nicht gutgläubig war. Eine Vorverlegung gem. § 892 Abs. 2 ist danach nicht möglich, weil im Zeitpunkt der Antragstellung der Veräußerer nicht durch das Grundbuch legitimiert war.

Die h.M.[24] lässt es genügen, wenn der Erwerber im Zeitpunkt, in dem das Grundbuch unrichtig wird (hier 7.5.) noch gutgläubig ist.

b) Vorverlegung durch Eintragung einer Vormerkung

Nach ganz h.M. kommt es für den Zeitpunkt der Gutgläubigkeit und für den Zeitpunkt der Legitimation des Verfügenden auf den Zeitpunkt des Erwerbs der Vormerkung an.[25] 215

Liegen zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen des § 892 vor, so ist es für den gutgläubigen Erwerb unschädlich, wenn der Erwerber danach – aber vor Vollendung des Rechtserwerbs – bösgläubig wird oder ein Widerspruch eingetragen wird. Darauf werden wir in Teil 5 noch näher eingehen.

C. § 185 Abs. 2

Auch für die Verfügung über ein Grundstück oder Grundstücksrecht kann eine nachträgliche Heilung unter den Voraussetzungen des § 185 Abs. 2 eintreten. Insoweit gelten auch hier die zu § 185 Abs. 2 bereits behandelten Grundsätze. 216

23 *RGZ* 116, 351; 140, 35.
24 Palandt-*Bassenge* § 892 Rn. 28 m.w.N.
25 *RGZ* 121, 44; *BGH* NJW 1958, 2013; 1972, 434.

5. Gesetzlicher Eigentumserwerb

Aus: *Wörlen, Rainer/Kokemoor, Axel* Sachenrecht mit Kreditsicherungsrecht, 10. Auflage (2017)

Wenn der Eigenbesitz verloren geht, kommt gem. §§ 940, 942 nach der Wiedererlangung des Besitzes nur eine selbstständige Ersitzung aufgrund der neu beginnenden Besitzzeit in Frage.[159]

2. Verbindung, Vermischung und Verarbeitung

a) Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück

128 Wenn eine bewegliche Sache zum wesentlichen Bestandteil einer anderen Sache wird, kann dieser Bestandteil nach § 93 nicht mehr Gegenstand besonderer Rechte sein. Wem das Eigentum an der neuen einheitlichen Sache zusteht, wird für die Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück in **§ 946** (lesen!) geregelt. Hierzu

Übungsfall 21

Eigentümer E lässt auf seinem Grundstück eine Mauer bauen. Nachbar B, der dabei ist, seine Garage umzubauen, lagert auf seinem Grundstück ähnliche Steine, wie E sie auf seinem Grundstück für seine Mauer braucht. Die Maurer des E verarbeiten versehentlich die an der Grenze liegenden Steine des B in der Mauer des E. B möchte seine Steine zurück.

Welchen Anspruch hat B gegen E?[160]

- Kann B gem. **§ 985** die Herausgabe der Steine verlangen?
- B müsste noch **Eigentümer** der Steine sein. Durch die Verbindung sind die Steine aber **wesentlicher Bestandteil** (§ 93) der Mauer und damit wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94) des E geworden. Gemäß **§ 946** ist E Eigentümer der Steine geworden. Ein Herausgabeanspruch des B ist unbegründet.
- Wie das Gesetz dem B für den Eigentumsverlust an den Steinen einen Ausgleich gewährt, sollten Sie wissen, wenn Sie sich an das erinnern, was Sie im Zusammenhang mit den Sachbestandteilen gelernt haben … (Überlegen Sie!)
- Es wäre unsinnig, die Mauer abreißen zu lassen, damit B wieder zu seinen Steinen kommt. Daher lässt das Gesetz den E zwar gem. § 946 Eigentümer der Steine werden. E muss aber den Eigentumsverlust des B gem. **§ 951** ausgleichen[161] – § 951 I 1 lesen!

Hinweis: Unterstreichen Sie in § 951 I die Worte »ungerechtfertigten Bereicherung« und schreiben Sie »§ 812 I 1, 2. Alt.« an den Rand!

129 Die Regelung des § 946 enthält zwingendes Recht. Auch wenn der ursprüngliche Eigentümer einen Eigentumsvorbehalt an der beweglichen Sache vereinbart hatte, tritt der Eigentumsverlust ein. Grundsätzlich sind sachenrechtliche Normen nicht abdingbar.[162]

Wird die bewegliche Sache **nicht** wesentlicher Bestandteil bzw. überhaupt nicht Bestandteil der unbeweglichen Sache, bleibt die Eigentumslage an der beweglichen Sache unverändert.

159 Eine Ausnahmeregelung dazu enthält § 940 II.
160 S. auch *Wörlen/Metzler-Müller* BGB AT Fall 5 c) Rn. 102.
161 Näheres hierzu → **Rn. 135 ff.**
162 Erman/*Lorenz*, Handkommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, Einl. 2 vor § 854; Palandt/*Herrler* § 946 Rn. 1.

Beispiel: Wenn der Eigentümer eine ihm nicht gehörende Bewässerungsanlage auf einem Grundstück installiert, die jederzeit wieder ohne großen Aufwand entfernt werden kann. In diesem Fall verbleibt es bei den bisherigen Eigentumsverhältnissen.

b) Verbindung mehrerer beweglicher Sachen

§ 947 regelt die Verbindung mehrerer beweglicher Sachen, die verschiedenen Eigentümern gehören (§ 947 lesen!). 130

Werden mehrere bewegliche Sachen in der Weise miteinander verbunden, dass sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, muss eine Neuordnung der Eigentumsverhältnisse erfolgen; denn sonst würde das Sondereigentum an jeder einzelnen Sache unverändert fortbestehen.

§ 947 stellt darauf ab, ob eine der verbundenen Sachen als **Hauptsache** anzusehen ist. In diesem Fall erwirbt der Eigentümer der Hauptsache das **Alleineigentum** an der ganzen Sache (§ 947 II – lesen!).

Anderenfalls werden die bisherigen Eigentümer **Miteigentümer** der neuen Sache (vgl. § 1008). Der jeweilige Miteigentumsanteil bestimmt sich nach dem Wertverhältnis der einzelnen Sachen im Zeitpunkt der Verbindung (§ 947 I).

Zur Verdeutlichung dieser Problematik

Übungsfall 22

Zwei Brüder wollen ihrer verstorbenen Mutter eine würdige Gedenkstätte errichten. Der eine, Bildhauer B, fertigt ein Relief (Madonna) im Wert von 2.000 EUR, der andere (S) stellt den Grabstein mit der Inschrift (Wert: 500 EUR). Beide Teile werden fest miteinander verbunden.

Anschließend lässt ein Gläubiger des B das Relief pfänden.

- Welche **Eigentumsverhältnisse** bestehen an dem Grabstein? 131
- Gemäß § 947 I sind die bisherigen Eigentümer **Miteigentümer** an dem Grabstein geworden, und zwar B zu 4/5 und S zu 1/5.
- Welche Auswirkungen hat die Pfändung? – Gesetz weiterlesen!
- Gemäß § 949 S. 2 setzen sich die im Zeitpunkt der Verbindung an den Sachen bestehenden beschränkten dinglichen Rechte an den Miteigentumsanteilen fort. Das Pfandrecht besteht also an dem 4/5-Anteil des B.

Sie werden bestimmt bei Fall 22 gemerkt haben, dass eine Begründung für Miteigentum »vom Gefühl her« schwierig ist.

Ob *Miteigentum* an der neuen Sache oder *Alleineigentum* vorliegt, entscheidet die **Verkehrsauffassung**. Der BGH begründete das Vorliegen einer Hauptsache einmal so: Wenn die übrigen Bestandteile fehlen könnten, ohne dass das Wesen der Sache dadurch beeinträchtigt wird, liegt eine Hauptsache vor.[163]

Beispiel: Eine Werbetafel ist Hauptsache gegenüber den aufgeklebten Plakaten.[164]

163 BGHZ 20, 159 (163) = NJW 1956, 788; s. dazu *Wolf/Wellenhofer* SachenR § 9 Rn. 24 mit Bsp.
164 Palandt/*Herrler* § 947 Rn. 4.

c) Vermischung und Vermengung

132 Eine **Vermischung** bezieht sich auf *Flüssigkeiten*. Diese liegt vor, wenn bewegliche Sachen derart miteinander vereinigt werden, dass entweder ihre Trennung tatsächlich unmöglich (»untrennbar«) oder aber mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist (§ 948 I und II lesen!).

▩ Fallen Ihnen für die Vermischung Beispiele ein?
➢ Beispiele sind: Verschnitt von Weinen oder Vermischung von Wein und Essig.

Die **Vermengung** betrifft *feste bewegliche Sachen*.

▩ Was kommt hierfür als Beispiel in Betracht? Denken Sie an Ihre alltäglichen Einkäufe!
➢ Beispiele für die Vermengung beim Einkauf sind: Geldstücke in der Kasse; Vermengung von Getreide; fremde Schafe, die sich einer Herde anschließen.[165]

Gemäß § 948 I ist bei untrennbarer Vermischung und Vermengung § 947 entsprechend anwendbar. Gemäß § 948 II steht der Untrennbarkeit gleich, wenn die Trennung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde.

Ist *keine* der Sachen als Hauptsache anzusehen, erlangen gem. §§ 948, 947 I die Eigentümer der einzelnen vermengten bzw. vermischten Sachen **Miteigentum** (§§ 1008 ff.) an der Sachgesamtheit, wobei sich das Werteverhältnis nach der Teilmenge richtet.

Ist eine der vermischten oder vermengten Sachen hingegen *Hauptsache*, so wird deren Eigentümer nach §§ 948, 947 II **Alleineigentümer** der Sachgesamtheit.

Da die Sachen untrennbar vermischt oder vermengt werden (§ 948), spielt das zahlen- oder mengenmäßige Übergewicht für die Bestimmung der Hauptsache eine Rolle:

Beispiel: Wenn Öl zweier Raffinerien in einen Tank läuft und ein Anteil nur 10% des Gesamtinhalts der Tankfüllung ausmacht, erwirbt die Raffinerie mit dem 90%igen Anteil Alleineigentum an dem Tankinhalt.

d) Verarbeitung

133 Nur bei *beweglichen* Sachen sieht das Gesetz in **§ 950** den Eigentumserwerb aufgrund einer Verarbeitung und Umbildung vor. Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache. Für Grundstücke hingegen gilt § 946 (§ 950 lesen!).

Durch die Verarbeitung oder Umbildung muss eine **neue Sache** hergestellt worden sein. Ob es sich um eine solche handelt, richtet sich nach der Verkehrsanschauung; wenn die hergestellte Sache einen neuen Namen führt, ist dies stets ein Hinweis auf eine neue Sache.[166]

▩ Kennen Sie etwa »gebackenes Mehl«, »zugeschnittenen Kleiderstoff«, »gewebte Wolle«? Wie lauten die Fachausdrücke (=»neuen Namen«) hierfür?
➢ Brot, Kostüm bzw. Kleid oder Anzug, Stoff.

165 Palandt/*Herrler* § 948 Rn. 2 mwN.
166 Hierzu und zu den nachfolgenden Bsp. *Prütting* SachenR Rn. 459.

Der **Wert** der Verarbeitung darf allerdings gem. § 950 I 1 Hs. 2 nicht erheblich geringer sein als der Wert des Stoffes. Dies ist der Fall, wenn das Verhältnis Wert der Verarbeitung zu Stoffwert nur 60 Prozent oder weniger beträgt.[167]

Der Eigentumserwerb an der neuen Sache tritt zugunsten des **Herstellers** ein. Das ist derjenige, der nach der Verkehrsauffassung die Organisationshoheit über den Produktionsprozess innehat, also regelmäßig der Unternehmer, nicht der Arbeitnehmer.[168]

Lesen Sie nochmals § 950 I und lösen Sie dann folgenden

Übungsfall 23[169]

Dem Bauern B wird nachts ein Schwein gestohlen. Der Dieb verkauft und übereignet es an den Metzger H. Anschließend verarbeitet H das Schwein zu Würsten und Schinken.

Was kann B tun?

H konnte wegen § 935 zunächst nicht gutgläubig gem. §§ 929 S. 1, 932 I 1 Eigentümer werden. Nachdem H das Schwein aber verarbeitet hatte, wurde er Eigentümer der Würste und des Schinkens gem. § 950 I 1. § 935 hilft dem B also nicht mehr. B hat aber gem. **§ 951 I 1 iVm §§ 812 I 1 Alt. 2, 818 II** einen Anspruch auf Wertersatz. H muss B also den Wert des verarbeiteten Schweinefleischs ersetzen. So gesehen hat H trotz des Eigentumserwerbs nach § 950 wenig »Schwein gehabt« ... 134

Rechtliche Probleme können sich durch die Regelung des § 950 namentlich beim Eigentumsvorbehalt oder der Sicherungsübereignung ergeben!

▩ Überlegen Sie selbst, welche Probleme dies sein könnten!
➢ Ware, die unter Eigentumsvorbehalt gekauft oder zur Sicherung eines Kredits übereignet wird, ist häufig dazu bestimmt, vom Kreditnehmer noch verarbeitet zu werden. Die Verarbeitung kann nach § 950 bewirken, dass der Kreditnehmer das Eigentum erwirbt und somit der Sicherungszweck vereitelt wird.

Es ist umstritten, ob und wie dieser Eigentumserwerb durch Vereinbarung einer »**Verarbeitungsklausel**« bzw. »**Herstellerklausel**« ausgeschlossen werden kann.[170] Die Entscheidung hängt auch davon ab, ob § 950 zwingendes oder dispositives (abdingbares) Recht[171] enthält.

Die hM hält § 950 zwar für *zwingendes Recht*, was seiner Stellung im Sachenrecht gerecht wird. Die Parteien können aber durch Vereinbarung einer »Verarbeitungsklausel« bzw. »Herstellerklausel« bestimmen, dass der Kreditnehmer für den Kreditgeber herstellen soll. Um den Kreditnehmer nicht Eigentum erwerben zu lassen, kann also vereinbart werden, dass »Hersteller« (iSv § 950 I) der »neuen« Sache der Kreditgeber (also der Vorbehalts-[172] oder Sicherungseigentümer) sein soll.[173]

167 BGH NJW 1995, 2633.
168 *Prütting* SachenR Rn. 463 f.; Palandt/*Herrler* § 950 Rn. 6 f.
169 In Anlehnung an BGHZ 55, 176 = NJW 1971, 612 – Jungbullenfall.
170 *Medicus/Petersen* BürgerlR Rn. 515 ff.
171 Vgl. zu den Begriffen *Wörlen/Metzler-Müller* BGB AT Rn. 321 ff.
172 Zum sog. »**verlängerten Eigentumsvorbehalt**« mehr bei → **Rn. 291d.**
173 Zu diesem Meinungsstreit BGHZ 20, 159 (163 f.) = NJW 1956, 788; *Medicus/Petersen* BürgerlR Rn. 515–519; Jauernig/*Berger* § 950 Rn. 6–8; Palandt/*Herrler* § 950 Rn. 1, 9 mwN. Ausf. auch *Prütting* SachenR Rn. 405–407 und 464 sowie *Baur/Stürner* SachenR § 53 Rn. 15.

3. Ausgleichsansprüche bei Verbindung, Vermischung und Verarbeitung

135 Wie wir gesehen haben, wird dem Eigentümer in den §§ 946–950 der Verlust seines Eigentums zugemutet, damit die Wirtschaftseinheit der Hauptsache erhalten bleibt bzw. der Arbeitswert berücksichtigt wird (vgl. § 950). Als Ersatz für diesen Verlust sieht **§ 951 I 1** einen Ausgleichsanspruch in Geld vor. Darin besteht der im Eigentum verkörperte Wert fort, weshalb dieser Anspruch auch **Rechtsfortwirkungsanspruch** genannt wird.[174]

Hinweis: Schreiben Sie sich § 951 jeweils neben die §§ 946–950!

Tritt an die Stelle des Eigentums ein Miteigentumsanteil gem. §§ 947 I, 948, so kommt ein Ausgleichsanspruch nach § 951 I nicht in Betracht, da der Eigentümer ja Ersatz für das ursprüngliche Recht erhalten hat.

a) Bereicherungsanspruch

Lassen Sie uns das bisher Gelernte wiederholen und vertiefen mit

Übungsfall 24

B ist Eigentümer eines älteren Hauses, das dringend modernisiert werden muss. Auch um Heizenergie und Wasser zu sparen, lässt B vom Installateur E neue Mischbatterien mit Durchflussbegrenzung einbauen.
Im Rahmen des Werkvertrages vereinbaren B und E unter anderem Folgendes: »Die von E gelieferten Mischbatterien bleiben bis zur vollständigen Bezahlung Eigentum des E. B bestätigt, dass die von E eingebauten Teile nur als vorübergehend eingebaut gelten.«
Da B trotz mehrerer Zahlungsaufforderungen nicht die Rechnung des E begleicht und wegen dessen desolater Finanzlage die Zwangsversteigerung des Grundeigentums droht, möchte E die Mischbatterien wieder ausbauen.

Hat E darauf einen Anspruch?

136 ▩ Als Anspruchsgrundlage kommt **§ 985** in Betracht. Damit E von B die Mischbatterien gem. § 985 herausverlangen kann, müsste E noch deren **Eigentümer** sein. Liegt ein Eigentumsverlust kraft Gesetzes vor? (Antwort bitte mit Paragrafenangabe begründen!)
▷ Ein Eigentumsverlust kommt gem. **§ 946** in Betracht, wenn die Mischbatterien wesentlicher Bestandteil des Hauses geworden sind.
▩ In welcher Vorschrift (AT des BGB!) ist dieser Rechtsbegriff definiert?
▷ Antwort – s. Fußnote[175].
▩ Trifft das auf die Mischbatterien zu?
▷ Da die neuen »Wasserhähne« und die Waschbecken durch die Trennung nicht zerstört werden, sind die Mischbatterien keine wesentlichen Bestandteile iSd **§ 93.**
▩ Wenn Sie **§ 94** (ganz) lesen, kommen Sie zu welchem Ergebnis?
▷ Wenn die Mischbatterien zur Herstellung eines Gebäudes eingefügt worden sind, sind sie gem. § 94 II wesentlicher Bestandteil.

174 *Wolf/Wellenhofer* SachenR § 10 Rn. 1.
175 In § 93!

E wollte mit der »Umrüstung« Maßnahmen zur Verbesserung des Hauses durchführen. Daher dienen die eingebauten Teile der Erreichung dieses nicht nur vorübergehenden Herstellungszwecks und § 95 II greift nicht. § 95 kann nicht durch Parteivereinbarung abbedungen werden.[176] Dass die eingebauten Teile nach der vertraglichen Vereinbarung nur als vorübergehend eingebaut gelten sollen, ist folglich unerheblich.

Somit sind die Mischbatterien wesentlicher Bestandteil des Gebäudes geworden, und E hat kraft Gesetzes sein Eigentum daran verloren.

Der Herausgabeanspruch nach § 985 ist unbegründet.

In Betracht kommt deshalb ein Wertersatz gem. **§ 951 I iVm § 812 I 1 Alt. 1.** Nach hM enthält § 951 eine **Rechtsgrundverweisung** auf §§ 812 ff.[177] Es müssen also sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruchs geprüft werden.[178] Dabei kommen nach der hM Fälle der Eingriffskondiktion wie auch Fälle der Leistungskondiktion in Betracht.[179]

▩ Sind die Voraussetzungen des **§ 812 I 1 Alt. 1** im vorliegenden Fall gegeben?
▷ B hat das Eigentum und den Besitz an den Mischbatterien durch die Leistung des E, der damit seine Pflicht aus dem Werkvertrag erfüllen wollte, erlangt. Da ein wirksamer Werkvertrag vorlag, ist auch ein Rechtsgrund gegeben, sodass § 812 I 1 Alt. 1 nicht eingreift.[180]

Ein vertragliches Wegnahmerecht ist in den §§ 631 ff. nicht vorgesehen. Der Abtrennungs- und Aneignungsanspruch gem. § 997 besteht nicht, da E nicht unrechtmäßiger Besitzer des Grundstücks war. Ein in § 951 II 2 erwähntes Wegnahmerecht (siehe c) ist ebensowenig gegeben. Dem E kann man nur wünschen, dass B wieder zu Geld kommt … 137

Schwierig wird es, wenn mehr als zwei Personen an der Vermögensverschiebung beteiligt sind. Auch hier gilt der im Schuldrecht geltende Grundsatz des Vorrangs der Leistungskondiktion bzw. der Subsidiarität der Eingriffskondiktion. Der bereicherungsrechtliche Ausgleich muss innerhalb der jeweiligen Leistungsbeziehungen erfolgen.

▩ Nehmen Sie an, dass E die Mischbatterien in Übungsfall 24 aufgrund eines mit dem Mieter M (des Vermieters B) geschlossenen Werkvertrages einbaute, der sich im Nachhinein als unwirksam herausstellt. An wen muss E sich wenden, wenn er seine Sanitärartikel wiederhaben oder zumindest Wertersatz dafür will?
▷ E muss seinen Herausgabeanspruch gegenüber M geltend machen.

176 MüKoBGB/*Stresemann* § 95 Rn. 5.
177 BGHZ 40, 272 (276) = NJW 1964, 399; BGHZ 55, 176 (177) = NJW 1971, 612.
178 **Die Vorschrift des § 951 soll somit klarstellen, dass der gesetzliche Erwerbstatbestand nach §§ 946–950 keinen rechtlichen Grund für die erfolgte Vermögensverschiebung darstellt,** *Wolf/Wellenhofer* SachenR § 10 Rn. 4.
179 So die Rspr. des BGH: s. zB BGHZ 40, 272 = NJW 1964, 399; BGHZ 108, 256 = NJW 1989, 2745; dem folgend *Prütting* SachenR Rn. 467 mwN; aA (= Verweisung nur auf Eingriffskondiktion) unter anderem Palandt/*Herrler* § 951 Rn. 2; MüKoBGB/*Füller* § 951 Rn. 3; *Wolf/Wellenhofer* SachenR § 10 Rn. 4.
180 **Selbstverständlich verbleibt dem E sein Anspruch auf Werklohn** gem. § 631 I Hs. 2, der allerdings wegen der Zahlungsprobleme des B wenig Aussicht auf Realisierung hat.

▩ Die Anspruchsgrundlage hierfür lautet?
▶ Antwort: s. Fußnote [181].

Die Mischbatterien wurden gem. § 946 Eigentum des B (= Grundstückseigentümer). An ihn kann sich E wegen des Vorrangs der Leistungskondiktion aber nicht halten.[182]

b) Aufgedrängte Bereicherung

138 Eine aufgedrängte Bereicherung liegt vor, wenn die Verbindung (Verarbeitung etc) ohne Einverständnis des Bereicherten erfolgt und die aufgrund der §§ 946 ff. eingetretene Rechtsänderung nicht im Interesse des Bereicherten liegt.[183]

Beispiel: Der Mieter teilt ein großes Zimmer durch eine von ihm errichtete Mauer. Gemäß § 946 wird der Grundstückseigentümer Eigentümer dieser Zimmerwand, die er gar nicht haben möchte. Dennoch müsste er dem Mieter gem. § 951 I 1 iVm § 812 I 1 Alt. 2 (Verwendungskondiktion) an sich den Wert der Mauer ersetzen.

▩ Kann der Eigentümer (= Vermieter) vom Mieter Schadensersatz in Form der Beseitigung der Mauer verlangen? Welche Anspruchsgrundlagen kommen hierfür in Betracht?
▶ Der Vermieter kann vom Mieter gem. **§ 280 I** sowie aus **§ 823 I** (jeweils iVm § 249 I) die Beseitigung der Mauer verlangen.

Deshalb kann der »bereicherte« Eigentümer, sofern der Mieter den Anspruch gem. § 951 I 1 geltend macht, gegenüber dieser Verwendungskondiktion den Anspruch auf Beseitigung der Mauer einredeweise entgegenhalten.[184]

c) Konkurrenzen

139 Durch erfolgte Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung einer Sache kann der Anspruch aus § 951 I auch mit anderen Ansprüchen zusammentreffen. So kommen daneben Schadensersatzansprüche aus §§ 280, 823, 989, 990 und Nutzungsherausgabeansprüche aus §§ 987, 988 in Betracht.[185] § 951 II stellt klar, dass diese nicht verdrängt werden.

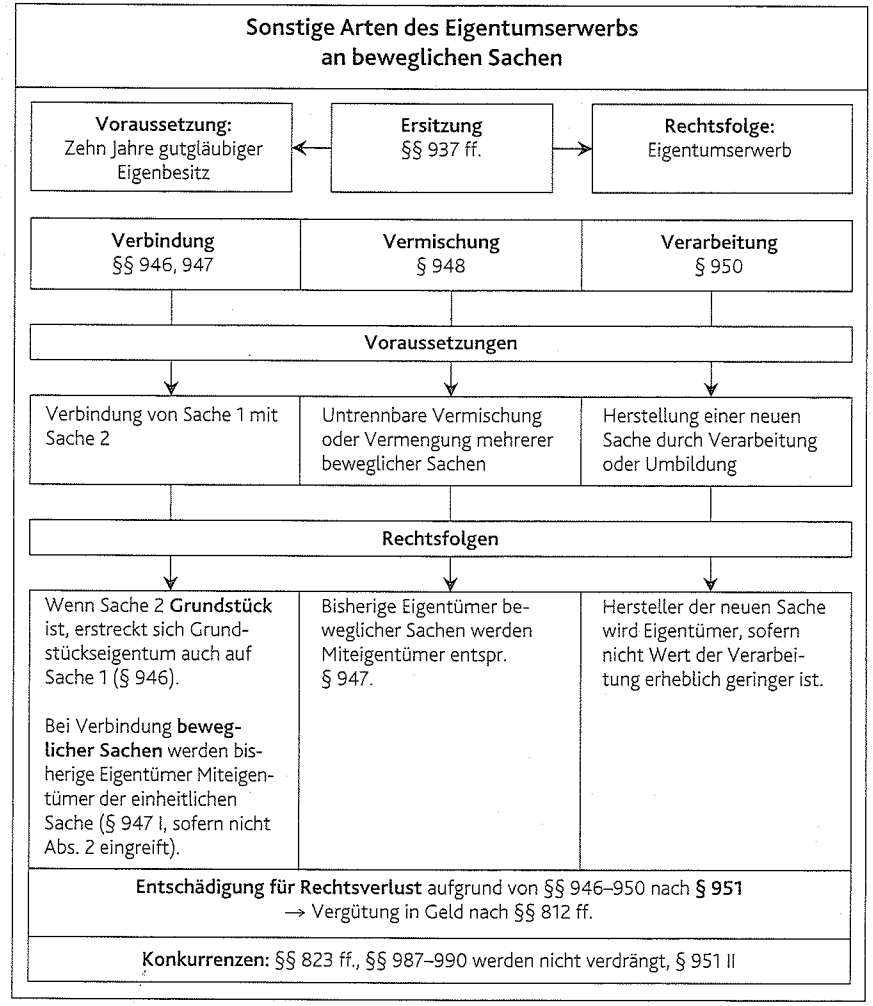
▩ Welche Schadensersatzansprüche kann der Obsthändler E neben dem Bereicherungsanspruch aus § 951 I 1 geltend machen, wenn der Angestellte des E ohne Einwilligung seines Chefs öfter Obst mit nach Hause nimmt und den damit zubereiteten Obstsalat verzehrt?
▶ Dem E stehen Ansprüche auf Schadensersatz aus § 280 I (Pflichtverletzung aus dem Arbeitsvertrag) sowie aus §§ 989, 990 und § 823 zu.

181 **§§ 812 I 1 Alt. 1, 818 II!**
182 Weitere Fälle zu dieser Problematik bei *Schreiber* SachenR Rn. 188 f.
183 Vgl. hierzu und im Folgenden *Baur/Stürner* SachenR § 53 Rn. 33; *Medicus/Petersen* BürgerlR Rn. 899.
184 Vgl. *Baur/Stürner* SachenR § 53 Rn. 33; *Medicus/Petersen* BürgerlR Rn. 899. Eine etwas andere Ansicht vertritt der BGH (BGHZ 23, 61 = NJW 1957, 460): **Der Grundstückseigentümer soll dem Ersteller die Sache (zB Mauer oder unerwünschtes Gebäude) zum Abbruch zur Verfügung stellen.**
185 S. hierzu und im Folgenden *Wolf/Wellenhofer* SachenR § 10 Rn. 9 ff.; *Prütting* SachenR Rn. 473.

Andererseits kann auch der nach den §§ 946 ff. Entreicherte **Verwendungsersatzansprüche** geltend machen, wie zB nach §§ 536a II, 539 I, 581 II, 601 II 1.[186] Falls dieser aber die Verwendung auf eine Sache als deren unrechtmäßiger Besitzer vorgenommen hat, verdrängen die §§ 994 ff. den Anspruch aus § 951 I. Denn sonst wären die in den §§ 996 und 1001 S. 1 geregelten Anspruchsbegrenzungen hinfällig.

Außerdem kann der nach § 951 I 1 Berechtigte etwaige **Wegnahmerechte** geltend machen (§ 951 II 1), wie zB in den §§ 539 II, 601 II 2, 997 und 1049 II geregelt.

Übersicht 10 140



186 Zur Vertiefung (mit Bsp.): *Schreiber* SachenR Rn. 191 f.

6. Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV)

Aus: *Habersack, Mathias* Examens-Repetitorium Sachenrecht, 8. Auflage (2016)

mers aus § 985 pfänden und sich nach **§§ 835, 857 Abs. 1 ZPO zur Einziehung überweisen** lassen; sodann kann er den Besitzer auf Herausgabe in Anspruch nehmen und die Sache verwerten.

§ 6 Folgeansprüche aus §§ 987 ff.[42]

I. Grundlagen

1. Rechtsnatur

99 Die §§ 987 ff., 994 ff. ergänzen den dinglichen Herausgabeanspruch um Ansprüche des Eigentümers auf **Schadens- und Nutzungsersatz** und sprechen zudem dem Besitzer Anspruch auf Ersatz seiner **Verwendungen** zu. Es handelt sich um schuldrechtliche Ansprüche, die zwar nur unter den Voraussetzungen der §§ 985 f. entstehen (Rn. 78 ff.), anders als der dingliche Anspruch aus § 985 aber vom Eigentum getrennt werden können und auch im Übrigen grundsätzlich den Vorschriften des Allgemeinen Teils und des Schuldrechts unterliegen (Rn. 36 ff.). Grundlage der in §§ 987 ff., 994 ff. geregelten Ansprüche ist ein **gesetzliches Schuldverhältnis** zwischen dem Eigentümer und dem unberechtigten Besitzer, nämlich das so genannte **Eigentümer-Besitzer-Verhältnis**[43].

100 Die Ansprüche bestehen, einmal entstanden, auch nach Beendigung der Vindikationslage fort. Veräußert etwa der nichtberechtigte und bösgläubige Besitzer die Sache nach §§ 929, 932, nachdem er sie beschädigt oder Nutzungen gezogen hat, so geht der frühere Eigentümer zwar seines Eigentums, nicht aber seines Anspruchs aus §§ 987, 989, 990 verlustig[44]. Der Anspruch aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis tritt dann neben den Rechtsfortwirkungsanspruch aus § 816 Abs. 1 sowie etwaige Ansprüche aus §§ 687 Abs. 2, 823 ff. Veräußert umgekehrt der Eigentümer die Sache, so gehen in seiner Person bereits entstandene Ansprüche aus §§ 987 ff. nicht ohne weiteres auf den Erwerber über; es bedarf vielmehr einer gesonderten Verfügung über einen jeden Anspruch (Rn. 17).

42 Vgl. zum Folgenden namentlich *Berg* JuS 1971, 522 ff., 636 ff., JuS 1972, 83 ff., 193 ff., 323 ff.; *Brehm/Berger* § 8; *Grunewald* § 28; *Gottwald* Nr. 94 ff.; *Herrmann*, Kernstrukturen des Sachenrechts, 2013, S. 73 ff.; *Lange/Schiemann* Fälle 13, 15; *Lorenz* JuS 2013, 495 ff.; *Lüke* § 8; *Schapp/Schur* § 8; *Gursky*, S. 43 ff.; *Hager* JuS 1987, 877 ff.; *Kindl* JA 1996, 115 ff.; *Medicus/Petersen* § 23; *Neuner* Rn. 97 ff.; *H. Roth* JuS 1997, 518, 710, 897, 1087; *Schreiber* Jura 1992, 356 ff., 533 ff.; *Wieling* Lehrbuch § 12 III-V; *Vieweg/Werner* § 8; *Weber* I § 16; speziell zu §§ 994 ff. *Verse*, Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, 1999, dort insbesondere auch rechtshistorische und –vergleichende Betrachtungen; zum Verhältnis zwischen § 985 und § 281 s. *Gebauer/Huber*, ZGS 2005, 103 ff.; *Katzenstein* AcP 205 (2006), 97 ff.

43 Näher Staudinger/*Gursky* vor §§ 987 ff. Rn. 37.

44 MünchKomm-*Baldus* vor §§ 987 ff. Rn. 26.

2. Normzweck

101 Die Vorschriften der §§ 987 bis 993 betreffend die Verpflichtung zum Schadens- und Nutzungsersatz bezwecken die **Privilegierung des redlichen und unverklagten unrechtmäßigen Besitzers**[45]. Dieser Zweck kommt vor allem in der Vorschrift des § 993 Abs. 1, 2. Halbs. zum Ausdruck, wonach der redliche Besitzer grundsätzlich weder zu Nutzungs- noch zu Schadensersatz verpflichtet ist. Die hM versteht dies zu Recht in dem Sinne, dass der redliche Besitzer grundsätzlich auch nicht aus §§ 812 ff., 823 ff. in Anspruch genommen werden kann; der Zweck der §§ 987 ff. besteht danach in einem Schutz des redlichen Besitzers vor der scharfen Haftung aus Bereicherungs- und Deliktsrecht (Rn. 116 ff.). Freilich erleidet dieser Grundsatz eine Reihe von Ausnahmen: So leuchtet es zwar ohne weiteres ein, dass der redliche **Eigenbesitzer** nicht für jede fahrlässige Beschädigung einer abhanden gekommenen Sache aufzukommen hat. Er hält sich nämlich für den Eigentümer der Sache und bewegt sich somit stets innerhalb seines vermeintlichen Besitzrechts. Zudem hat er für sein vermeintliches Recht in der Regel ein Entgelt geleistet. Dieses kann er zwar im Allgemeinen zurückverlangen; richtet sich der Anspruch gegen einen Dritten, so ist seine Durchsetzbarkeit allerdings keineswegs garantiert.

Anders verhält es sich dagegen im Fall eines redlichen **Fremdbesitzers**. Er glaubt zwar an ein Recht zum Besitz, nicht aber geht er davon aus, dass er mit der Sache nach Belieben verfahren darf; eine Haftung nach §§ 823 ff. erscheint deshalb insoweit veranlasst, als sich der Fremdbesitzer außerhalb seines vermeintlichen Besitzrechts bewegt (Rn. 118).

Wieder anders ist die Situation des **unentgeltlichen Eigen- oder Fremdbesitzers**: Nach § 988 schuldet er auch bei Gutgläubigkeit Nutzungsersatz nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (Rn. 114; zur Frage einer analogen Anwendung auf den rechtsgrundlosen Besitzer s. Rn. 120).

102 Die Vorschriften der §§ 994 ff. betreffend die Verpflichtung des Eigentümers zum **Verwendungsersatz** verstehen sich als spezielle, die Vorschriften des Bereicherungsrechts grundsätzlich verdrängende Regelung. Durch die abschließende Regelung des Verwendungsersatzes soll zwar sichergestellt werden, dass dem Eigentümer die Vindikation nicht übermäßig erschwert oder gar faktisch unmöglich gemacht wird. Doch hat sich der Gesetzgeber von diesem Gedanken nicht durchweg leiten lassen. Vielmehr hat er einen nach der Art der Verwendungen und der Schutzbedürftigkeit des Besitzers differenzierenden Ansatz gewählt und auf diese Weise für einen **angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen** sorgen wollen. So kann der redliche und unverklagte Besitzer nach § 994 Abs. 1 S. 1 für notwendige Verwendungen auch dann Ersatz verlangen, wenn eine Wertsteigerung im Zeitpunkt des Herausgabeverlangens nicht mehr vorhanden ist; insoweit stellen §§ 994 ff. den Besitzer also besser als unter Geltung des allgemeinen Bereicherungsrechts. Sehr viel schlechter steht dagegen der unredliche oder verklagte Besitzer, kann er doch nach § 996 für nützliche Verwendungen auch dann keinen Ersatz beanspruchen, wenn durch die Verwendung der Wert der Sache erhöht worden ist und die Wertsteigerung sogar dem Willen des Eigentümers entspricht.

45 Ganz hM, s. Staudinger/*Gursky* vor §§ 987 ff. Rn. 4 f.; *Medicus/Petersen* Rn. 574; *Grunewald* § 28 Rn. 2; aA *Pinger*, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, 1973; *ders.*, JR 1973, 268 ff.

3. Anwendungsbereich

a) Verweisungen auf §§ 987 ff.

103 Die Vorschriften der §§ 987 ff. beanspruchen nicht nur zugunsten des vindizierenden Eigentümers Geltung. Sie werden vielmehr auch von der Verweisung in §§ 1065, 1227 auf die „für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften" umfasst. Eine ausdrückliche Verweisung findet sich des Weiteren in § 1007 Abs. 3 S. 2. Die §§ 888, 894, 1004 enthalten dagegen zwar keine Verweisung auf §§ 987 ff.; nach durchaus hM finden die Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis insoweit aber entsprechende Anwendung (Rn. 135, 329, 341). Schließlich verweist insbesondere § 292 (der seinerseits von §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 in Bezug genommen wird) auf die §§ 987 ff.

b) Nicht-mehr-berechtigter Besitzer?

104 Die §§ 987 ff. verstehen sich als Folgeansprüche zum Anspruch aus § 985 und setzen deshalb grundsätzlich das Bestehen einer Vindikationslage voraus; unerheblich ist, ob es sich um einen (unrechtmäßigen) Eigen- oder um einen Fremdbesitzer handelt[46]. Fraglich ist jedoch, ob die §§ 987 ff. anwendbar sind, wenn ein zunächst bestehendes **Besitzrecht mit Wirkung ex nunc**[47] **entfällt** und dadurch eine **Vindikationslage** entsteht. Fest steht zunächst, dass § 985 neben etwaigen vertraglichen Herausgabeansprüchen zur Anwendung gelangt. Was dagegen die Geltung der §§ 987 ff. betrifft, so sind die Meinungen geteilt. Die Rechtsprechung stellt allein auf das Bestehen einer Vindikationslage im Zeitpunkt des Herausgabeverlangens ab und hält somit die §§ 987 ff. gegebenenfalls auch rückwirkend, also auf die Zeit der Besitzberechtigung für anwendbar,[48] soweit nicht das das Besitzrecht begründende Rechtsverhältnis Ansprüche auf Verwendungsersatz gesondert regelt.[48a] Nach der wohl herrschenden Lehre finden die §§ 987 ff. dagegen – ungeachtet des Umstands, dass der Eigentümer nunmehr den „nicht-mehr-berechtigten" Besitzer nach § 985 auf Herausgabe in Anspruch nehmen kann – nur unter der Voraussetzung Anwendung, dass eine Vindikationslage zur Zeit des maßgebenden Ereignisses (Beschädigung der Sache, Vornahme von Verwendungen) bestand[49]; zum Teil wird der Anwendungsbereich sogar auf den ursprünglich nichtberechtigten Besitzer beschränkt[50].

46 Ganz hM, s. *Baur/Stürner* § 11 Rn. 31; aA *Harder*, Festschrift für Mühl, 1981, S. 267 ff. – Zur Lehre vom Fremdbesitzerexzess s. aber Rn. 118.

47 Bei rückwirkendem Wegfall des Besitzrechts gem. § 142 Abs. 1 finden die §§ 987 ff. unzweifelhaft Anwendung; die Gutgläubigkeit des Besitzers beurteilt sich in diesem Fall nach § 142 Abs. 2.

48 **BGHZ 34, 122, 130 ff.**; BGH NJW 1979, 716; BGHZ 131, 220, 222; BGH ZIP 2002, 2217, 2218; aus dem Schrifttum namentlich *Wilhelm* Rn. 1266. S. aber auch BGHZ 44, 321, 323 und BGH NJW 2001, 3118, 3119: Bereicherungsansprüche wegen Baumaßnahmen auf fremdem Grund und Boden, die von einem berechtigten Besitzer in der begründeten Erwartung des späteren Eigentumserwerbs vorgenommen werden, werden auch nach Wegfall des Besitzrechts nicht durch §§ 994 ff. ausgeschlossen. Näher zum Verhältnis zwischen §§ 994 ff. und §§ 812 ff. s. Rn. 124.

48a **BGH NZM 2014, 906 Rn. 18 f.**; BGH NJW 1996, 921.

49 Staudinger/*Gursky* vor §§ 987 ff. Rn. 13, 21 ff.; weit. Nachw. (auch zu differenzierenden Ansichten) bei Palandt/*Bassenge* vor §§ 987 Rn. 9 ff.

50 *Baur/Stürner* § 11 Rn. 30; Jauernig/*Berger* vor §§ 987 ff. Rn. 8; *Musielak/Hau* Rn. 677.

105 Die Problematik begegnet vor allem im Zusammenhang mit der Reparatur von nicht dem Besteller gehörenden Sachen und stellt sich in der Praxis als eine solche des Verwendungsersatzes dar; sie soll deshalb im Zusammenhang mit der Frage eines gutgläubigen Erwerbs des Unternehmerpfandrechts verdeutlicht werden (Rn. 194). Schon jetzt sei allerdings darauf hingewiesen, dass für eine **rückwirkende**, die Zeit der Besitzberechtigung umfassende Geltung der §§ 987 ff. angesichts der zur Verfügung stehenden vertraglichen Ansprüche weder Raum noch Bedürfnis besteht. Es kommt hinzu, dass sich das differenzierende, auf die Person des Besitzers abstellende System der §§ 987 ff. auf den Besitzer, der bei der Erzielung von Nutzungen oder bei Vornahme von Verwendungen noch ein Recht zum Besitz hatte, schon deshalb nicht übertragen lässt, weil völlig unklar bliebe, ob dieser Besitzer als redlich oder unredlich, verklagt oder unverklagt zu qualifizieren wäre[51]. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass die Nichtanwendung der §§ 994 ff. den zum Zeitpunkt der Vornahme der Verwendungen berechtigten Besitzer gegenüber den unrechtmäßigen Besitzer benachteilige; denn dabei bliebe unberücksichtigt, dass der rechtmäßige Besitzer in aller Regel in vertraglicher Beziehung zu dem Eigentümer oder einem Dritten steht und aus diesem Rechtsverhältnis ein Entgelt für seine Verwendungen beanspruchen kann. Anderes gilt dagegen für **nach Wegfall des Besitzrechts** gezogene Nutzungen und getätigte Verwendungen. Insoweit sprechen die besseren Gründe für die **Anwendung der §§ 987 ff.**[52] Dabei ist jedoch stets zu prüfen, ob nicht das Vertragsrecht die Verpflichtung zu Schadens-, Nutzungs- oder Verwendungsersatz abschließend regelt; der Anwendung der §§ 987 ff. auf die Zeit nach Wegfall des Besitzrechts kommt deshalb vor allem in Mehrpersonenverhältnissen praktische Bedeutung zu.

c) Nicht-so-berechtigter Besitzer?

106 Auf den berechtigten Besitzer sind die §§ 987 ff. nach den Ausführungen in Rn. 105 unanwendbar[53]. Dies gilt auch in dem Fall, dass der rechtmäßige Fremdbesitzer jederzeit mit der Geltendmachung eines Herausgabeanspruchs rechnen muss, wie dies nach §§ 604 Abs. 3, 695 der Fall sein kann[54]; auch der Entleiher und der Verwahrer haften mithin nur nach Vertrags- und Deliktsrecht. Des Weiteren ist für die §§ 987 ff. kein Raum, wenn der berechtigte (Fremd-)Besitzer den Rahmen seines Besitzrechts überschreitet. Ein **„Exzess" des berechtigten Besitzers** ist vielmehr nach dem das Besitzrecht begründenden Rechtsverhältnis und nach §§ 823 ff. zu beurteilen. Dafür spricht schon die Erwägung, dass ein Exzess des Besitzers dessen Besitzberechtigung als solche nicht berührt. Überschreitet etwa der Mieter die Grenzen des vertragsmäßigen Gebrauchs, indem er ohne Erlaubnis des Vermieters den Gebrauch der Sache

51 S. dazu auch BGH JR 1958, 301 betreffend den Fall, dass der Besitz beim Erwerb rechtmäßig war, später aber unrechtmäßig wird.

52 Überzeugend Staudinger/*Gursky* vor §§ 987 ff. Rn. 25 ff. mit weit. Nachw.

53 MünchKomm-*Baldus* vor §§ 987 ff. Rn. 17 f. mit weit. Nachw. und in Auseinandersetzung mit Stimmen, die für Ausnahmefälle die subsidiäre Anwendung der §§ 987 ff. befürworten, dabei aber vor allem den aufgrund eines Zurückbehaltungsrechts (angeblich, s. Rn. 97) zum Besitz berechtigten Besitzer im Auge haben; s. ferner BGH NJW 1996, 838, 840 (unberechtigte Untervermietung durch den zum Besitz berechtigten Mieter); BGH NJW 2002, 60, 61; s. aber auch BGH NJW 1995, 2627, 2628.

54 Zu Recht gegen Anwendbarkeit der §§ 987 ff. in diesen Fällen einer sogenannten „schwebenden Vindikationslage" Staudinger/*Gursky* vor §§ 987 ff. Rn. 17.

einem Dritten überlässt (§ 540 Abs. 1 S. 1), so hat der Vermieter den Anspruch aus § 541 sowie ggf. ein Kündigungsrecht; bis zur Ausübung des Kündigungsrechts bleibt aber der Mietvertrag ungeachtet der Vertragsverletzung des Mieters bestehen. Hinzu kommt, dass sich die §§ 987 ff. auch bei Exzess eines unrechtmäßigen Fremdbesitzers als ungeeignet und ergänzungsbedürftig erweisen (Rn. 118). Kommt somit die Anwendung der §§ 987 ff. auf den „nicht-so-berechtigten-Besitzer" nicht in Betracht, so gilt dies auch in dem Fall, dass der zunächst berechtigte Fremdbesitzer **nachträglich Eigenbesitz** ergreift. Dafür spricht schon, dass das Recht zum Besitz durch die Besitzumwandlung nicht berührt wird. Entgegen der Ansicht des BGH[55] hat es somit auch in diesem Fall bei den vertrags- und deliktsrechtlichen Folgen zu bewenden[56].

II. Einzelfragen

1. Besitzerwerb unter Hinzuziehung von Gehilfen

107 Die §§ 987 ff. unterscheiden, was die Verpflichtung zum Nutzungs-, Schadens- und Verwendungsersatz betrifft, nach der Schutzbedürftigkeit des Besitzers; insbesondere wird zwischen dem redlichen und dem unredlichen Besitzer unterschieden. Erfolgt der Erwerb des Besitzes unter Hinzuziehung eines Gehilfen (der in aller Regel Besitzdiener ist, Rn. 41), so fragt sich, nach wessen Person sich die Redlichkeit beurteilt.

108 Die Problematik sei am Beispiel von **Fall 5** verdeutlicht: C handelt mit Computern. Sein Angestellter G erwirbt für C ein – wie G, nicht aber C weiß – gestohlenes Gerät von D.

Fraglich ist, ob sich C die Bösgläubigkeit des G bezüglich der fehlenden Besitzberechtigung zurechnen lassen muss. Der BGH[57] wendet jedenfalls für selbständig handelnde Besitzdiener **§ 166 analog** an. Die Gegenansicht kritisiert, dass es bei § 990 nicht, wie von § 166 vorausgesetzt, um die „rechtlichen Folgen einer Willenserklärung" geht, und zieht stattdessen **§ 831 analog** heran. Zur Begründung führt sie an, dass die § 987 ff. Sonderregeln gegenüber dem Deliktsrecht darstellten[58]; auch sei es unbillig, bei § 992 den Exkulpationsbeweis zuzulassen, bei § 990 hingegen nicht[59]. Eine vermittelnde Meinung[60] unterscheidet danach, ob der Gehilfe **im Rahmen eines Rechtsgeschäfts** gehandelt hat (dann § 166 Abs. 1 analog) **oder nicht** (dann § 831 analog). Dies erscheint überzeugend.

55 **BGHZ 31, 129 ff.**; zustimmend etwa *Müller* Rn. 463a; Palandt/*Bassenge* vor §§ 987 ff. Rn. 11 mit weit. Nachw.
56 So auch *H. Roth* JuS 1997, 710, 711; *Prütting* Rn. 540; *Baur/Stürner* § 11 Rn. 27; im Grundsatz auch Jauernig/*Berger* vor §§ 987 ff. Rn. 7 f.
57 **BGHZ 32, 53, 56 ff.**; ebenso *Hoche* JuS 1991, 73, 76.
58 *Baur/Stürner* § 5 Rn. 15; *Medicus/Petersen* Rn. 581.
59 *Baur/Stürner* § 5 Rn. 15.
60 *Wolf/Wellenhofer* § 22 Rn. 10.

2. Beschädigung der Sache durch Gehilfen des redlichen Besitzers

Von der in Rn. 108 thematisierten Frage nach der Grundlage einer Wissenszurechnung ist die Frage zu unterscheiden, ob sich der Besitzer ein **Verschulden** seines Gehilfen im Umgang mit der Sache **zurechnen** lassen muss. 109

Fall 6 führt in die Problematik ein: Als G den Computer aus Fall 5 einige Tage später zum Zwecke des Weiterverkaufs einpacken will, lässt er ihn aus Unachtsamkeit fallen. Der Computer wird dabei völlig zerstört. E, dem der Computer gestohlen worden ist, verlangt von C Schadensersatz.

In Betracht kommt ein **Anspruch aus § 989 iVm. § 990 Abs. 1 S. 1**. Voraussetzung ist eine **Vindikationslage** zwischen E und C zur Zeit der schädigenden Handlung. E ist gemäß § 935 Abs. 1 zu diesem Zeitpunkt noch Eigentümer, C Besitzer (vgl. § 855). Betrachtet man C als bösgläubig, so stellt sich die Frage, ob dem C auch das Verschulden des G zuzurechnen ist. Hier wird nur vereinzelt § 831 Abs. 1 S. 1 herangezogen[61]. Die ganz hL[62] wendet **§ 278** an, da durch das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis die von dieser Norm vorausgesetzte **Sonderverbindung** begründet werde. Dem ist zu folgen.

3. § 991 im Besonderen

Besondere Verständnisschwierigkeiten bereitet erfahrungsgemäß die Vorschrift des § 991. Nach ihrem Abs. 1 ist der Besitzer, der sein Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer ableitet, zur Herausgabe von Nutzungen nach § 990 nur verpflichtet, wenn der mittelbare Besitzer bösgläubig oder auf Herausgabe verklagt ist. Die Vorschrift will verhindern, dass der unmittelbare Besitzer, nachdem er vom Eigentümer nach § 990 Abs. 1 in Anspruch genommen wurde, seinerseits den mittelbaren Besitzer auf der Grundlage des Besitzmittlungsverhältnisses auf **Regress** in Anspruch nimmt und dieser dadurch seines Haftungsprivilegs aus § 993 Abs. 1 verlustig geht. Solange der mittelbare Besitzer redlich und unverklagt ist, soll deshalb der unmittelbare Besitzer dem Eigentümer selbst dann nicht auf Nutzungsersatz haften, wenn er bösgläubig oder verklagt ist. Mit einer im Schrifttum vertretenen Ansicht erscheint allerdings für den Fall, dass der unmittelbare Besitzer den mittelbaren Besitzer nach §§ 536b, 536c Abs. 2 oder aus anderen Gründen ohnehin nicht auf Regress in Anspruch nehmen kann, eine teleologische Reduktion der Vorschrift veranlasst[63]. 110

Nach § 991 Abs. 2 ist dagegen ausnahmsweise auch der **redliche Fremdbesitzer** zum Schadensersatz verpflichtet. Dahinter steht die Überlegung, dass ein Fremdbesitzer, der außerhalb seines vermeintlichen Besitzrechts die Sache beschädigt, sich nicht darauf berufen können soll, einen anderen für den Eigentümer gehalten zu haben. Der Besitzmittler soll mit anderen Worten auf Schadensersatz haften, wenn er die Gren- 111

61 *Baur/Stürner* § 5 Rn. 15.
62 Staudinger/*Gursky* vor §§ 987 Rn. 37; *Prütting* Rn. 542.
63 So zu Recht MünchKomm-*Baldus* § 991 Rn. 7; *Wieling* § 12 IV 5a; aA Staudinger/*Gursky* § 991 Rn. 7.

zen seines – tatsächlich bestehenden oder vermeintlichen (s. Rn. 113) – Besitzrechts gegenüber dem mittelbaren Besitzer überschreitet.

Fall 7 führt in die Problematik ein: D hat dem E einen Lkw gestohlen, den er dem gutgläubigen B noch am gleichen Tag für vier Wochen vermietet. Zur Rückgabe des Lkw kommt es allerdings nicht: Fünf Wochen nach dem Diebstahl entdeckt E den Lkw bei B. Hat E gegen B einen Anspruch auf Nutzungsersatz und auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, dass er den Lkw nicht nutzen konnte?

In Betracht kommt zunächst ein **Anspruch auf Ersatz des Vorenthaltungsschadens aus §§ 991 Abs. 2, 280 Abs. 1, 2, 286**. Nach § 991 Abs. 2 haftet der unmittelbare Besitzer allerdings nur nach Maßgabe des § 989. Diese Vorschrift wiederum verpflichtet, wie ihr Wortlaut zeigt, gerade nicht zum Ersatz des Vorenthaltungsschadens. Ein entsprechender Anspruch aus §§ 991 Abs. 2, 280 Abs. 1, 2, 286 scheidet somit aus[64]. Auch die Voraussetzungen des § 992 liegen wegen der Gutgläubigkeit des B selbst dann nicht vor, wenn man die Anwendbarkeit des § 858 Abs. 2 S. 2 im Rahmen des § 992 bejaht.

Ein **Anspruch auf Nutzungsersatz** scheidet für die ersten vier Wochen aus: Die Nutzungen sind für B entgeltlich und erfolgen mit Rechtsgrund gegenüber D, sodass § 988 – auch analog (s. Rn. 120) – ausscheidet. Für §§ 990 Abs. 1, 991 Abs. 1 fehlt es schon an der Bösgläubigkeit des B. § 991 Abs. 2 schließlich verweist bewusst nicht auf §§ 987 f., da dem unmittelbaren Besitzer im Verhältnis zu seinem Oberbesitzer in der Regel die Nutzungen zustehen. Dies ist angesichts des wirksamen Mietvertrags für die ersten vier Wochen der Fall. Auch für die fünfte Woche ist dem B angesichts der Vorschrift des § 546a die Zahlung von Nutzungsersatz an E nicht zuzumuten; auch insoweit muss sich E nach §§ 987, 990 an D halten, der seinerseits wiederum den B aus § 546a in Anspruch nehmen kann. Auch wenn also B bislang nicht aus § 546a in Anspruch genommen wurde, ist er doch nicht als unentgeltlicher Besitzer im Sinne von § 988 anzusehen.

112 **Fall 8** betrifft weitere Fragen zu § 991 Abs. 2: Der Lkw aus Fall 7 wurde zwei Wochen nach dem Diebstahl durch einen Unfall zerstört. Hat E nach den Vorschriften des BGB einen Anspruch auf Schadensersatz gegen B, wenn der bei B angestellte Fahrer F am Steuer saß? Hierbei ist davon auszugehen, dass B den schuldhaft handelnden F sorgfältig ausgesucht und überwacht hat, ferner davon, dass an dem Unfall andere Verkehrsteilnehmer nicht beteiligt waren. Wie wäre es, wenn B den Lkw selbst fuhr, ihm aber ein Verschulden nicht nachzuweisen ist?

Im Grundfall ergibt sich der **Anspruch aus § 991 Abs. 2 iVm. § 989**. Die in § 991 Abs. 2 vorausgesetzte Verantwortlichkeit des B gegenüber D folgt aus §§ 546, 280 Abs. 1, 3, 283, 278 S. 1[65]. Der **Anspruch aus § 831 Abs. 1 S. 1** scheitert schon an der Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 Hs. 2 (Rn. 117 f.), aber auch an der nach § 831 Abs. 1 S. 2 möglichen Exkulpation.

64 Vgl. Staudinger/*Gursky* § 991 Rn. 13, der auch auf § 990 Abs. 2 hinweist.
65 Es geht also nicht um die Frage, ob § 278 S. 1 im Rahmen des § 989 Anwendung findet, s. dazu Rn. 109.

Wäre B selbst gefahren, ohne dass ihm ein Verschulden nachgewiesen werden kann, so würde eine Haftung nach § 991 Abs. 2 die Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 S. 2 (iVm. § 283 S. 1) voraussetzen. Im Anwendungsbereich des § 989 findet § 280 Abs. 1 S. 2 nach durchaus hM zwar Anwendung. Doch stützt sich diese Ansicht auf die im Fall des § 989 gegebene Rechtshängigkeit[66], woran es bei § 991 Abs. 2 fehlt. Auch nimmt § 991 Abs. 2 dem Wortlaut nach die Norm des § 989 – anders als § 990 – nur im Hinblick auf den dort bezeichneten Schaden in Bezug[67]. Somit ist die Anwendung des § 280 Abs. 1 S. 2 auf § 991 Abs. 2 auch dann nicht zwingend, wenn man sie bei § 989 selbst befürwortet. Eine wertende Betrachtung ergibt jedoch, dass B angesichts des wirksamen Mietvertrages auch mit der Beweislastumkehr gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 rechnen musste. Dass der Schaden demgegenüber aus Sicht des B zufällig bei E eintrat, kann ihn nicht entlasten[68].

Weitere Fragen zu § 991 Abs. 2 sind in **Fall 9** angesprochen: V hat sein Grundstück an M vermietet. Obwohl M zur Untervermietung nicht berechtigt ist, vermietet er das Grundstück weiter an U, der den M für den Eigentümer hält. Der Untermietvertrag ist aber unwirksam. U verursacht fahrlässig Beschädigungen an dem Grundstück. Kann V wegen dieser Schäden von U Ersatz verlangen, obwohl dieser bereits an M geleistet hat? 113

Der **Anspruch aus § 989, 990 Abs. 1 S. 1** scheitert daran, dass U an ein von M abgeleitetes Recht zum Besitz gegenüber V glaubt (§ 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2). Entstanden ist aber ein **Anspruch aus § 991 Abs. 2 iVm. § 989**: U muss mit einem Schadensersatzanspruch des Eigentümers auch dann rechnen, wenn er sich im Verhältnis zum mittelbaren Besitzer M auf ein Recht zum Besitz berufen könnte oder, wie in Fall 9, an ein Recht zum Besitz glaubt[69]. Fraglich ist aber, ob der Anspruch durch die Zahlung an M erloschen ist. Dies wäre nach § 362 Abs. 1 iVm. §§ 422 Abs. 1 S. 1, 429 Abs. 3 S. 1 der Fall, wenn V und M Gesamtgläubiger wären. Doch hat M allenfalls einen auf der Verletzung des berechtigten Besitzes gründenden und damit aus § 823 Abs. 1 folgenden **Anspruch auf Freistellung** gegenüber V. U ist also nur zur Zahlung an V verpflichtet. Auch eine Analogie zu § 851 scheidet aus: Diese Norm setzt bewusst die Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache voraus, da, wie §§ 1006, 932 ff. einerseits, §§ 892 f. andererseits zeigen, nur bei dieser vom Besitz auf das Eigentum geschlossen werden kann. § 407 Fall 1 lässt sich ebenfalls nicht heranziehen, da er eine Leistung an den ursprünglich richtigen Gläubiger voraussetzt. Eine Analogie zu § 893 kommt

66 Staudinger/*Gursky* § 990 Rn. 35; MünchKomm-*Baldus* § 989 Rn. 12.
67 Darauf weist Staudinger/*Gursky* § 991 Rn. 15 hin.
68 Aufgrund ähnlicher Erwägungen war die Anwendung des § 287 S. 2 a.F. im Rahmen des § 991 Abs. 2 umstritten; vgl. dazu näher Staudinger/*Gursky* § 991 Rn. 14 f.
69 Zu Recht für Anwendbarkeit des § 991 Abs. 2 auch bei Unwirksamkeit des Besitzmittlungsverhältnisses *Wieling* § 12 III 4c; aA Staudinger/*Gursky* § 991 Rn. 16, der statt dessen die allgemeinen Grundsätze über den Fremdbesitzerexzess heranziehen will und damit zur Haftung des U aus § 823 Abs. 1 gelangt. – Zu den Rechtsfolgen unberechtigter Untervermietung s. im Übrigen BGHZ 131, 297; ferner BGH NJW 2002, 60, 61. – Als vertretbar erscheint im Übrigen eine einschränkende Auslegung des § 991 Abs. 2, und zwar in dem Sinne, dass sich V die Leistung des U an M ebenso entgegenhalten lassen muss wie eine etwaige haftungsbeschränkende Abrede zwischen M und U (dazu MünchKomm-*Baldus* § 991 Rn. 10).

hier[70] deshalb nicht in Frage, weil M nicht als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist. Schließlich scheidet auch eine Gesamtanalogie zu den genannten Gutglaubensvorschriften aus. Dass U nicht gegenüber V frei wird, beruht vielmehr auf dem Fehlen eines dem V nach der Wertung des Gesetzes zurechenbaren Rechtsscheins.

4. Nutzungen des unentgeltlichen Besitzers

114 Die in § 988 geregelte Verpflichtung des unentgeltlichen Besitzers zum Nutzungsersatz ist Gegenstand von **Fall 10**: Dem B wurde vom Bucheigentümer BE das bebaute Grundstück des E kostenlos zur Nutzung überlassen. B vermietete das Grundstück weiter, wobei er in Absprache mit BE den Mietzins behalten durfte. E verlangt den vereinnahmten Mietzins von B heraus. Dieser rechnet mit Gegenansprüchen auf, die er darauf stützt, dass er auf seine Kosten Schäden beseitigt habe, die die Mieter verursacht hätten, und zudem eine Hecke angepflanzt habe.

Gegen den **Nutzungsersatzanspruch des E aus § 988**[71] könnte dem B der **Einwand aus § 818 Abs. 3** zustehen; in diesem Fall käme es zu einer Saldierung der beiderseitigen Ansprüche, ohne dass es einer Aufrechnung bedürfte[72]. Fraglich ist, ob der Einwand aus § 818 Abs. 3 voraussetzt, dass die Entreicherung auf nach §§ 994 ff. ersatzfähigen Verwendungen beruht. Nach Ansicht des BGH ist dies zwar nicht der Fall[73]. Aus dem Sinn der Vorschrift, die Herausgabe der Nutzungen auf solche zu beschränken, die im Vermögen des Besitzers **noch vorhanden** seien, ergebe sich aber, dass die Aufwendungen in „innerem Zusammenhang" mit den durch die Nutzung gezogenen Vorteilen stehen müssten. Bei Aufwendungen auf die herauszugebende Sache wird der innere Zusammenhang vom BGH grundsätzlich bejaht[74], so dass nicht nur die Aufwendungen zur Schadensbeseitigung, sondern auch die mit dem Anpflanzen der Hecke verbundenen Aufwendungen anspruchsmindernd zu berücksichtigen sind. Nach einer im Schrifttum vertretenen, wohl überzeugenden Ansicht[75] ist der innere Zusammenhang zwar auch bei vor der Nutzung liegenden Aufwendungen nicht ausgeschlossen, doch müsse es sich dann um Maßnahmen handeln, die die in Rede stehende Nutzungsgewinnung überhaupt erst ermöglicht hätten. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Mieter ohne Hecke nicht eingezogen wären.

5. Verwendungsersatz

115 Die Vorschriften der §§ 994 ff. regeln die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz von **Verwendungen**.

70 Anders möglicherweise beim Fremdbesitzerexzess im Zwei-Personen-Verhältnis, vgl. *Medicus/Petersen* Rn. 585.
71 Näher zum Inhalt des Anspruchs BGH NJW 2002, 60, 61: Im Fall des Eigengebrauchs hat der Besitzer den objektiven Ertragswert der Gebrauchsvorteile, andernfalls die tatsächlich gezogenen Nutzungen herauszugeben.
72 **BGH JZ 1998, 685, 686.**
73 BGH JZ 1998, 685, 686; anders z.T. die Lit., s. Staudinger/*Gursky* § 988 Rn. 14.
74 BGH aaO.
75 *Gursky* JZ 1998, 685, 687.

➔ Darunter versteht man Aufwendungen (freiwillige Vermögensopfer im Unterschied zu Schäden), die unmittelbar einer Sache zugute kommen sollen, also unmittelbar der Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Sache dienen[76]. Die Rechtsprechung schränkt den Verwendungsbegriff (und damit den Anwendungsbereich der §§ 994 ff.) allerdings ein: Verwendungen sind nach Ansicht des BGH nur solche Vermögensaufwendungen, die der Sache zugute kommen sollen, ohne sie grundlegend zu verändern[77].

Auf diese Einschränkung ist am Beispiel der Bebauung eines Grundstücks zurückzukommen (Rn. 124). Den §§ 994 ff. liegt ein nach der Art der Verwendungen und der Schutzbedürftigkeit des Besitzers differenzierender Ansatz zugrunde. Voraussetzung ist in jedem Fall das Bestehen eines **Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses im Zeitpunkt der Vornahme der Verwendungen** (Rn. 104 f.). Im Übrigen sind die §§ 994 ff. zwar auch auf den **Fremdbesitzer** anwendbar; der Verwendungsersatzanspruch des Fremdbesitzers unterliegt allerdings den Beschränkungen, die sich aus dem vermeintlichen Besitzrecht ergeben[78].

116 Einige Probleme im Zusammenhang mit §§ 994 ff. sollen am Beispiel von **Fall 11** aufgezeigt werden: M mietet von E1 ein bebautes Grundstück, das E1 sodann an E2 veräußert. Der schriftliche Mietvertrag bestimmt unter anderem, dass M das Grundstück später zu einem 15 % unter seinem Wert liegenden Preis erwerben könne. M will E1 in Anspruch nehmen, weil er in seiner Freizeit eine Dachreparatur vorgenommen habe, die Zeit und Geld gekostet habe. E1 beruft sich unter anderem darauf, dass die Reparatur seinem Willen nicht entsprochen habe.

Da der Mietvertrag angesichts der Vereinbarung eines Ankaufsrechts der notariellen Beurkundung bedurft hätte, ist er nach §§ 311b Abs. 1 S. 1, 125 S. 1, 139 unwirksam[79]; vertragliche Ansprüche kommen schon deshalb nicht in Betracht. Ein **Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670** scheitert jedenfalls[80] am entgegenstehenden Willen des E1. Was etwaige **Ansprüche aus §§ 994 ff.** betrifft, so ist zu prüfen, ob der Einsatz der Arbeitskraft als Verwendung angesehen werden kann. Nach Ansicht des BGH ist dies stets dann der Fall, wenn die Arbeitsleistung einen Geld- bzw. Marktwert hat. Unerheblich sei dagegen, ob die Arbeit im Rahmen eines Gewerbes oder Berufs erbracht werde oder ob ein anderweitiger Verdienst entgangen sei[81]. Folgt man dem, so scheitern die Ansprüche aus §§ 994 ff. gleichwohl am Fehlen der Voraussetzungen des § 1001: M muss

76 BGH NJW 1996, 921, 922; Staudinger/*Gursky* vor §§ 994 ff. Rn. 2 ff.; MünchKomm-*Baldus* § 994 Rn. 10, 16, 19.
77 **BGHZ 10, 171, 177**; BGHZ 41, 157, 160; bestätigt in BGH NJW 1996, 52; möglicherweise distanzierend aber **BGH NZM 2014, 906 Rn. 16**, wo offenbleibt, ob Baulichkeiten „auf der Grundlage des vom Senat bislang vertretenen engen Verwendungsbegriffs ausnahmsweise als Verwendung anzusehen sind".
78 Vgl. BGH NJW 1959, 528, 529; *Baur/Stürner* § 11 Rn. 56; aA *Musielak/Hau* Rn. 705; zur entsprechenden Rechtslage beim Schadensersatz s. Rn. 118.
79 Vgl. BGH NJW 1996, 52.
80 Auch dürfte es am Fremdgeschäftsführungswillen fehlen; zum Verhältnis zwischen §§ 994 ff. und §§ 677 ff. s. Rn. 125.
81 **BGHZ 131, 224, 226.**

sich an E2 halten (§ 999 Abs. 2)[82]. **Bereicherungsansprüche** schließlich – in Betracht kämen solche aus §§ 951, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 oder aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2[83] – werden nach Ansicht des BGH[84] von den §§ 994 ff. verdrängt (Rn. 124 ff.).

III. Konkurrenzen

1. Verhältnis der §§ 987 ff. zum Deliktsrecht

117 Nach dem Normzweck der §§ 987 ff. (Rn. 101) ist für die **Anwendung der §§ 823 ff.** im Rahmen eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses grundsätzlich **kein Raum**. Anderes gilt nach § 992, wenn sich der Besitzer den Besitz durch verbotene Eigenmacht[85] oder durch eine Straftat verschafft hat. In diesem Fall haftet der Besitzer wegen etwaiger Eigentumsverletzungen[86] nach Maßgabe der §§ 823 ff. Die Vorschrift des **§ 992** enthält eine Rechts**grund**verweisung auf **§§ 823 ff.**[87]; ihre Bedeutung erschöpft sich also allein darin, die – grundsätzlich durch §§ 987 ff. verdrängten – Vorschriften des Deliktsrechts ausnahmsweise für anwendbar zu erklären. Neben den §§ 823 ff. bleiben die §§ 987 ff. anwendbar, so dass der Eigentümer in der Regel auch einen Anspruch aus §§ 989, 990 hat. Nach der Neuregelung des Verjährungsrechts ist dies indes ohne praktische Bedeutung. Im Gegenteil ist für den Eigentümer der deliktische Anspruch nicht nur mit Blick auf § 852, sondern auch deshalb von Vorteil, weil der Besitzer, wenn bereits die Besitzentziehung als unerlaubte Handlung anzusehen ist, der Zufallshaftung aus § 848 unterliegt. Auf die Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 S. 2 kommt es dann nicht an.

118 Nach ganz hM sind die §§ 823 ff. des Weiteren anwendbar, wenn der **unrechtmäßige Fremdbesitzer** die **Grenzen** seines vermeintlichen Besitzrechts **überschreitet**[88]. In der Tat lässt sich der das Dreipersonenverhältnis betreffenden Vorschrift des § 991 Abs. 2 (Rn. 111 f.) der Gedanke entnehmen, dass der unrechtmäßige Besitzer dem Eigentümer insoweit haftet, wie er bei Bestehen seines vermeintlichen Besitzrechts haften würde. Auch für das Zweipersonenverhältnis hat zu gelten, dass der unrechtmäßige Fremdbesitzer im Verhältnis zum Eigentümer nicht besser stehen darf als bei Wirksamkeit des Gebrauchsüberlassungsverhältnisses. Ein Fremdbesitzerexzess hat somit die Haftung nach §§ 823 ff. zur Folge.

82 BGH NJW 1996, 52; kritisch *Canaris* JZ 1996, 344, 345, der darauf hinweist, dass der neue Eigentümer insolvent sein könne, und vorschlägt, die Veräußerung der Wiedererlangung des Besitzes i.S.d. § 1001 gleichzustellen.
83 *Grunewald* § 28 Rn. 18.
84 BGH NJW 1996, 52; näher dazu in Rn. 124 ff.
85 Die hM verlangt Verschulden, s. Jauernig/*Berger* § 992 Rn. 2; dagegen aber MünchKomm-*Baldus* § 992 Rn. 5 mit zutr. Hinweis darauf, dass § 992 eine Rechtsgrundverweisung enthält und sich somit das Verschuldenserfordernis schon aus §§ 823 ff. ergibt. – Zum Tatbestand der verbotenen Eigenmacht s. auch BGH WM 2009, 1664 (unbefugtes Parken auf Privatgrundstück).
86 Die Verletzung des Besitzes ist unmittelbar nach §§ 823 ff. zu beurteilen, s. BGH WM 1960, 1148.
87 MünchKomm-*Baldus* § 992 Rn. 5; Jauernig/*Berger* § 992 Rn. 4; aA noch RGZ 117, 423, 425.
88 Jauernig/*Berger* vor §§ 987 ff. Rn. 12; *Medicus/Petersen* Rn. 586; *Musielak/Hau* Rn. 691 f.; *Baur/Stürner* § 11 Rn. 32, die zudem § 991 Abs. 2 analog als Anspruchsgrundlage heranziehen, was vor allem mit Blick auf die Anwendbarkeit von § 278 (dazu Rn. 109) von Bedeutung ist; dagegen aber zu Recht Staudinger/*Gursky* vor §§ 987 ff. Rn. 32.

Die Problematik tritt klar zutage, wenn man davon ausgeht, dass der Lkw aus **Fall 7** (Rn. 111) nicht gestohlen, sondern dem B von E aufgrund eines unwirksamen Mietvertrags überlassen worden ist. Ungeachtet der Unwirksamkeit des Mietvertrags kommt in diesem Fall zunächst ein Anspruch aus Schutzpflichtverletzung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2) in Betracht[89]. Jedenfalls aber unterliegt B der Haftung aus §§ 823 ff. Das Vorliegen eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil B auch bei Wirksamkeit des Mietvertrags (also als berechtigter Besitzer) deliktisch haften würde und somit der Normzweck der §§ 987 ff. (Rn. 101) die Haftung nachgerade gebietet. B haftet nach §§ 823 ff. so, wie er auch bei Wirksamkeit des Mietvertrags haften würde. Ihm kommen mithin die kurze Verjährung des § 548 Abs. 1[90] sowie etwaige Abreden über den Haftungsmaßstab zugute[91].

2. Verhältnis der §§ 987 ff. zum Bereicherungsrecht

a) Nutzungen

Zieht der unrechtmäßige Besitzer aus der Sache Nutzungen, so ist er an sich nach 119
§§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1 zum Ersatz verpflichtet. Die Vorschrift des § 993 Abs. 1 bringt allerdings klar zum Ausdruck, dass die uneingeschränkte Anwendung des Bereicherungsrechts im Widerspruch zum **Normzweck der §§ 987 ff.** stünde (Rn. 101). Vorbehaltlich des § 988 (Rn. 114) soll vielmehr der redliche und unverklagte Besitzer nach § 993 Abs. 1 allein zur Herausgabe der so genannten **Übermaßfrüchte** verpflichtet sein[92]; für die gewöhnlichen Früchte und für die sonstigen Nutzungen soll er dagegen keinen Ausgleich schulden. Grundsätzlich ist deshalb für die Geltung der §§ 812 ff., soweit es um die Verpflichtung des unrechtmäßigen Besitzers zur Herausgabe von Nutzungen geht (Rn. 122 f.), kein Raum.

Eine wesentliche Einschränkung dieses Grundsatzes ist allerdings für den Fall veran- 120
lasst, dass der Besitzer den **Besitz rechtsgrundlos erlangt** hat. Das Bedürfnis nach Anwendung der §§ 812 ff. zeigt die Überlegung, dass der Käufer, der Besitz und Eigentum an der gekauften Sache erlangt hat, bei Unwirksamkeit des Kaufvertrags nach §§ 812, 818 Abs. 1 unter anderem Herausgabe der gezogenen Nutzungen schuldet. Soll der Käufer, der, weil nicht nur der Kaufvertrag, sondern auch die Übereignung unwirksam ist, nur den Besitz an der Sache erlangt hat, tatsächlich besser stehen? Die ganz hM verneint diese Frage zu Recht. Zur Beseitigung des Wertungswiderspruchs stellt die Rechtsprechung den rechtsgrundlosen Besitzer dem unentgeltlichen gleich und gelangt auf diesem Weg zur (analogen) Anwendung des § 988[93]. Das Schrifttum plädiert dagegen überwiegend für eine Lockerung des Grundsatzes des Vorrangs der §§ 987 ff.: Ungeachtet des Bestehens eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses soll

89 Näher dazu *Medicus/Petersen* Rn. 203 mit weit. Nachw.
90 Zur Erstreckung auch auf deliktische Ansprüche des Vermieters s. BGHZ 55, 392, 398; *Medicus/Petersen* Rn. 639.
91 Jauernig/*Berger* vor §§ 987 ff. Rn. 12.
92 Es handelt sich bei § 993 Abs. 1 um eine Rechtsfolgenverweisung auf §§ 818 ff., s. Staudinger/*Gursky* § 993 Rn. 5.
93 RGZ 163, 348 ff.; **BGHZ 32, 76 ff.**; s. ferner BGH NJW 2008, 221.

der Eigentümer einen etwaigen Anspruch aus **Leistungskondiktion** geltend machen können[94].

121 Für den Fall, dass der Leistende mit dem Eigentümer identisch ist, gelangen beide Ansichten zu demselben Ergebnis. Anders verhält es sich dagegen innerhalb eines **Dreipersonenverhältnisses**, also etwa in dem Fall, dass Dieb D das dem Eigentümer E gestohlene Fahrrad an den gutgläubigen K verkauft und der Kaufvertrag unwirksam ist. Nach Ansicht der Rechtsprechung hat E in diesem Fall einen Anspruch aus § 988 analog, ohne dass K dem E entgegenhalten könnte, dass er an D einen Kaufpreis gezahlt hat. Nach der herrschenden Lehre beurteilt sich die Frage dagegen nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall. Danach ist zwar ein Anspruch aus Leistungskondiktion nicht schon wegen des Bestehens eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ausgeschlossen, wohl aber deshalb, weil K den Besitz durch Leistung des D erlangt hat und deshalb eine Nichtleistungskondiktion des E ausscheiden muss[95]. Nur die Lösung der herrschenden Lehre vermag zu überzeugen, stellt sie doch sicher, dass K seine Gegenrechte gegen D erhalten bleiben. Im Übrigen wäre der Weg über die analoge Anwendung des § 988 bei **Wirksamkeit** des Kaufvertrags zwischen K und D versperrt, ohne dass ein sachlicher Grund für die Verschiedenbehandlung zu erkennen wäre. Nach herrschender Lehre stünde dagegen einem Bereicherungsanspruch des E auch in diesem Fall die Leistung des D an K entgegen.

b) Sachsubstanz

122 Die §§ 987 ff. regeln nur Nebenansprüche des Eigentümers auf Schadensersatz und Nutzungsersatz. Für einen Vorrang der §§ 987 ff. gegenüber dem Bereicherungsrecht ist deshalb von vornherein kein Raum, soweit sich der Besitzer die Sachsubstanz zu Eigen macht, also die Sache **veräußert, verarbeitet oder anderweitig verbraucht**. In Fällen dieser Art erwachsen dem früheren Eigentümer an die Stelle des verlorenen Eigentums und des Anspruchs aus § 985 tretende Rechtsfortwirkungsansprüche. So kann der frühere Eigentümer bei wirksamer Verfügung nach § 816 Abs. 1 S. 1 den vom Verfügenden erzielten Veräußerungserlös beanspruchen[96]. Bei Verbrauch tritt die allgemeine Eingriffskondiktion an die Stelle des Eigentums[97]. Entsprechendes gilt nach § 951 bei Verlust des Eigentums durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung im Sinne der §§ 946 ff. Der unredliche oder verklagte Besitzer haftet jedoch in den genannten Fällen zusätzlich aus §§ 989, 990 auf Schadensersatz[98]; dies ist etwa von Bedeutung, wenn der erzielte Veräußerungserlös hinter dem Wert der Sache zurückbleibt oder der frühere Eigentümer einen über den Sachwert hinausgehenden Scha-

94 So *Medicus/Petersen* Rn. 600; *Grunewald* § 28 Rn. 11; *Baur/Stürner* § 11 Rn. 38; eingehend und mit weit. Nachw. Staudinger/*Gursky* vor §§ 987 ff. Rn. 43 ff.

95 Zum Ausschluss der Nichtleistungskondiktion bei Bestehen eines Leistungsverhältnisses s. *Medicus/Petersen* Rn. 727 f. mit weit. Nachw.

96 Bei unwirksamer Veräußerung kann der Eigentümer nach § 185 Abs. 2 S. 1 genehmigen, nach hM sogar noch dann, wenn das Eigentum schon untergegangen ist (etwa durch Verarbeitung), s. *Medicus/Petersen* Rn. 598. Genehmigt der Eigentümer nicht, kann er allerdings nicht nach § 285 vorgehen (Rn. 74).

97 BGHZ 14, 7, 8 ff.

98 BGH NJW 1960, 860.

den erlitten hat. Ein auf der Vorenthaltung der Sache beruhender Schaden kann allerdings nur nach Maßgabe der §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, 2, 286 geltend gemacht werden.[99]

123 Der Anwendung der §§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Fall (iVm. § 951), 816 Abs. 1 steht es nicht entgegen, dass der Schuldner den **Besitz** an der Sache durch Leistung eines Dritten erlangt hat (Rn. 120 f.). Die Eingriffskondiktion tritt nämlich in den in Rn. 122 erwähnten Fällen an die Stelle des verlorenen **Eigentums**; dieses aber hat der Schuldner nicht durch Leistung eines Dritten, sondern durch eigenmächtigen Zugriff erlangt.

Der Verdeutlichung diene unser **Fall 12**[100]: D stiehlt dem Landwirt L zwei Jungbullen und veräußert sie an den gutgläubigen F, der sie in seiner Fleischfabrik verwertet. L verlangt von F Wertersatz.

Der BGH[101] bejaht den **Anspruch aus § 951 Abs. 1 S. 1**[102]: Das Eigentum habe F nicht durch Leistung des E (§ 935 Abs. 1 S. 1!), sondern durch Verarbeitung nach § 950 erworben; § 950 bilde aber, wie § 951 zeige, keinen Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung. Auch § 993 Abs. 1 Halbs. 2 stehe der Haftung des F nicht entgegen, da der Anspruch aus § 951 Bereicherungs-, nicht Schadensersatzanspruch sei. F könne dem L auch nicht über § 818 Abs. 3 die Kaufpreiszahlung an D entgegenhalten, da der Anspruch aus § 951 an die Stelle des Anspruchs aus § 985 getreten sei, bei dem dieser Einwand ebenfalls nicht durchgreife.

c) Verwendungen

124 Die Frage nach dem Verhältnis der §§ 994 ff. zum Bereicherungsrecht ist im Zusammenhang mit dem Begriff der Verwendungen zu sehen.

Die Problematik sei am Beispiel von **Fall 13** verdeutlicht: B ist unrechtmäßiger Besitzer eines dem E gehörenden Grundstücks. Infolge grober Fahrlässigkeit hält er sich für den Eigentümer und errichtet auf dem Grundstück ein Gebäude.

Legt man den engen **Verwendungsbegriff** der Rechtsprechung zugrunde (Rn. 115), so kommt ein Anspruch des redlichen B[103] aus **§§ 994 ff.** schon deshalb nicht in Betracht, weil er keine Verwendungen getätigt hat. Aber auch ein **Anspruch aus §§ 951, 812** ist ausgeschlossen: Nach Ansicht des BGH enthalten die §§ 994 ff. auch insoweit eine abschließende Sonderregelung, als es um sachbezogene Aufwendungen geht, die

99 Dazu etwa BGH ZIP 2004, 80 f.

100 **BGHZ 55, 176**; dazu *Westermann* JuS 1972, 18.

101 BGHZ 55, 176 ff.

102 Er spricht dabei allgemein von einer Verweisung auf die Bereicherungsvorschriften. Ob auch § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, S. 2 Alt. 1 erfasst ist, ist aber umstritten, vgl. zum Meinungsstand etwa Palandt/*Bassenge* § 951 Rn. 2. Im vorliegenden Fall kommt es auf den Streit nicht an, da nur eine Eingriffskondiktion in Rede steht. Zur Subsidiarität der Eingriffskondiktion s. im Zusammenhang mit dem „Jungbullenfall" *Westermann* JuS 1972, 18 ff.

103 Nach zutr. Ansicht bestimmt sich die Gutgläubigkeit des Besitzers eines Grundstücks nach § 892, so dass Bösgläubigkeit nur durch positives Wissen begründet wird, s. *Wieling* § 12 II 3 c (Fn. 49); *Prütting* Rn. 527; aA die wohl hM, s. Jauernig/*Berger* § 990 Rn. 2; Staudinger/*Gursky* § 990 Rn. 10 f.

die Sache grundlegend verändern[104]. B hat danach also allenfalls das (nicht auf Verwendungen beschränkte) **Wegnahmerecht aus § 997**. Das überwiegende Schrifttum qualifiziert zwar gleichfalls die §§ 994 ff. als abschließende Sonderregelung, vertritt jedoch einen weiten, auch grundlegende Veränderungen wie etwa die Bebauung eines Grundstücks umfassenden Verwendungsbegriff[105]; danach könnte B also Ersatz seiner Aufwendungen nach Maßgabe der §§ 996, 1001 f. verlangen. Ein anderer Teil des Schrifttums spricht sich demgegenüber gegen den Vorrang der §§ 994 ff. aus und gewährt dem Besitzer für jegliche sachbezogene Aufwendungen einen Bereicherungsausgleich nach §§ 951, 812[106]. Andernfalls stünde der besitzende Verwender schlechter als der nicht besitzende Verwender. Danach könnte B auch unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 994 ff. Wertersatz nach §§ 818 f. verlangen, sofern nicht der Anspruch unter dem Gesichtspunkt der **aufgedrängten Bereicherung** ausgeschlossen ist[107].

Gegen die zuletzt genannte Ansicht spricht freilich, dass sie das nach der Art der Verwendungen und der Person des Besitzers differenzierende System der §§ 994 ff. einschließlich der in §§ 1001 ff. getroffenen Regelung über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen aushöhlt; insbesondere der bösgläubige Besitzer, dem nach § 996 kein Anspruch auf Ersatz nützlicher Verwendungen zustehen soll, würde entgegen der Absicht des Gesetzgebers privilegiert. Auch aus § 951 Abs. 2 S. 1 lässt sich nichts Gegenteiliges herleiten[108]. Umgekehrt vermag die Ansicht der Rechtsprechung nicht zu überzeugen, versagt sie doch im Ergebnis dem redlichen Besitzer jeglichen Ausgleich; das Wegnahmerecht aus § 997 vermag auch unabhängig von den mit seiner Ausübung verbundenen Kosten (§ 258) kaum einen angemessenen Interessenausgleich herbeizuführen[109]. Den Vorzug verdient deshalb der weite, auch Bebauungen umfassende Verwendungsbegriff der herrschenden Lehre. Die damit verbundene Geltung der §§ 994 ff. ermöglicht einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen, zumal der für den Ersatz nützlicher Verwendungen maßgebliche Wert im Sinne des § 996 **subjektiviert**, also aus der Sicht des Eigentümers bestimmt werden kann[110]. Nach allem umfasst der Begriff der Verwendungen sämtliche Aufwendungen,

104 **BGHZ 41, 157, 162 f.**; BGH NJW 1996, 52; möglicherweise distanzierend aber BGH NZM 2014, 906 Rn. 16. S. aber auch BGHZ 44, 321, 323 und BGH NJW 2001, 3118, 3119: Bereicherungsansprüche wegen Baumaßnahmen auf fremdem Grund und Boden, die von einem berechtigten Besitzer in der begründeten Erwartung des späteren Eigentumserwerbs vorgenommen werden, werden auch nach Wegfall des Besitzrechts nicht durch §§ 994 ff. ausgeschlossen.

105 So namentlich Soergel/*Stadler* Vor § 994 Rn. 11; Staudinger/*Gursky* vor §§ 994 ff. Rn. 8, 41; *Wieling* § 12 V 3 c; *Baur/Stürner* § 11 Rn. 55; *Prütting* Rn. 554; *Verse* (Fn. 42), S. 165 f.

106 So *Medicus/Petersen* Rn. 897; Staudinger/*Lorenz* vor §§ 812 ff. Rn. 43; *G. Hager* JuS 1987, 877, 880; *Verse* (Fn. 42) S. 119 ff.; im Grundsatz auch *Jakobs* AcP 167 (1967), 350, 370 ff.; für Rückgriff auf das Bereicherungsrecht, soweit Ersatz für Aufwendungen ohne Verwendungscharakter begehrt wird, *U. Huber* JuS 1970, 515, 519.

107 Dazu *Medicus/Petersen* Rn. 899.

108 Näher Staudinger/*Gursky* vor §§ 994 ff. Rn. 43.

109 Kommt ein Abriss des Gebäudes aus Gründen des öffentlichen Rechts nicht in Betracht, soll der Eigentümer nach § 242 zur Zahlung einer angemessenen Entschädigung verpflichtet sein, BGHZ 47, 157, 164 ff.

110 Zu entsprechenden Tendenzen s. Staudinger/*Gursky* § 996 Rn. 5 ff.; *Verse* (Fn. 42), S. 161 ff.

die einer Sache zugute kommen sollen und deren Identität unberührt lassen[111], mithin auch die Bebauung eines Grundstücks.

3. Verhältnis der §§ 987 ff. zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Was das Verhältnis der §§ 987 ff., 994 ff. zur GoA betrifft, so ist zu unterscheiden. 125

- Bei **echter GoA** finden die Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis keine Anwendung. Für den Fall der **berechtigten GoA** folgt dies schon daraus, dass der Geschäftsführer zum Besitz der Sache berechtigt ist und es somit an einer Vindikationslage fehlt[112]. Handelt der Geschäftsführer in **unberechtigter GoA**, so sollen die §§ 677 ff. und damit der Sache nach das durch § 684 S. 1 für anwendbar erklärte Bereicherungsrecht nach hM Vorrang vor den §§ 994 ff. haben[113].
- Bei **angemaßter Eigengeschäftsführung** hat der Eigentümer sowohl die Rechte aus § 687 Abs. 2 als auch die Rechte aus §§ 987 ff.[114]; der Besitzer hat dagegen nur die Ansprüche aus §§ 994 ff., nicht dagegen den Bereicherungsanspruch aus §§ 687 Abs. 2, 684 S. 1[115].
- Bei **irrtümlicher Eigengeschäftsführung** bewendet es nach § 687 Abs. 1 bei den allgemeinen Vorschriften und damit bei Geltung der §§ 987 ff., 994 ff.

§ 7 Abwehr- und Beseitigungsanspruch

I. Grundlagen

1. Funktion

Die rei vindicatio, die den Eigentümer gegen die rechtswidrige Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes schützt, findet ihre Ergänzung[116] in der **actio negatoria** des § 1004 Abs. 1. Danach kann der Eigentümer jede rechtswidrige Beeinträchtigung seines Eigentums, die nicht Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes ist, durch Geltendmachung eines Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs abwehren. Den Anspruch ausschließende **Duldungspflichten** des Eigentümers ergeben sich insbesondere aus §§ 904 ff., mithin unter anderem bei nur unwesentlich beeinträchtigenden Immissionen (§ 906 Abs. 1 S. 2, 3) sowie bei rechtmäßigem oder zwar rechtswidrigem, aber entschuldigtem Überbau (§ 912 Abs. 1).[117] Wie § 985 bezweckt auch § 1004 den Schutz des Eigentums an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache; auch § 1004 versteht 126

111 Andernfalls handelt es sich um eine Verarbeitung im Sinne des § 950, s. *Wieling* § 12 V 3 c.

112 Staudinger/*Gursky* vor §§ 987 ff. Rn. 70, vor §§ 994 ff. Rn. 51.

113 Staudinger/*Gursky* vor §§ 987 ff. Rn. 70, vor §§ 994 ff. Rn. 51 mit weit. Nachw.; MünchKomm-*Baldus* § 994 Rn. 51.

114 Staudinger/*Gursky* vor §§ 987 ff. Rn. 71; *Berg* JuS 1971, 310, 312.

115 BGHZ 39, 186, 188; MünchKomm-*Baldus* § 994 Rn. 51; Staudinger/*Gursky* vor §§ 994 ff. Rn. 53.

116 Näher zur Ergänzungsfunktion des § 1004 *Picker*, Festschrift für Bydlinski, 2002, S. 269, 290 ff.

117 Überblick bei MünchKomm-*Baldus* § 1004 Rn. 91 ff.; zum Anspruch aus § 1004 bei einem rechtswidrigen, nicht entschuldigten Überbau sowie zur Konkurrenz mit dem Anspruch aus § 985 auf Herausgabe der überbauten Fläche s. **BGH NJW 2011, 1069 Rn. 15 ff.**

7. Kreditsicherungsrecht

Aus: *Westerhoff, Ralph* Sachenrecht III – Kreditsicherungsrecht, 3. Auflage (2016)

1. Teil
Überblick

A. Bedeutung und Möglichkeiten der Kreditsicherung

I. Bedeutung und Grundstruktur der Kreditsicherung

1. Bedeutung der Kreditsicherung

Wer einen Kredit will, muss zunächst beweisen, dass er eigentlich keinen braucht. So oder ähnlich denken viele, wenn es um das Recht der Kreditsicherung geht. 1

Dabei gibt es wohl niemanden (gleich ob als Unternehmer oder als Verbraucher), der nicht mit der Kreditsicherung zu tun hat. Tatsächlich hatte nämlich ein durchschnittlicher Haushalt 2008 rund 5700 € Schulden bei der Bank. Das klassische Bankdarlehen ist zudem nach wie vor das wichtigste Finanzierungsinstrument für die gewerbliche Wirtschaft. Alle diese Kredite sind – in welcher rechtlichen Form auch immer – mit einem Instrument aus dem Baukasten des Kreditsicherungsrechts hinterlegt.

Aber nicht nur zur Absicherung von Darlehen dienen die Instrumente der Kreditsicherung. Jeder Ratenkauf wird (mindestens) durch den Eigentumsvorbehalt des liefernden Unternehmens abgesichert, genauso wie sich der Lieferant, der seinem Kunden ein Zahlungsziel einräumt, nahezu immer das Eigentum an den gelieferten Waren vorbehält.

Der Kredit ist also der wesentliche Schmierstoff, ohne den der Wirtschaftsmotor sofort blokkieren würde. Die Sicherheit dient der Abfederung – im Idealfall des Ausgleichs – für den Fall, dass der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann. Die Kreditsicherung ist somit, wie *Bülow* es formuliert, der Ausdruck des Misstrauens des Gläubigers in die künftige Solvenz des Schuldners.[1]

Das Kreditsicherungsrecht, das mithin die entscheidende Frage beantwortet, ob und gegebenenfalls wie viel der Gläubiger vom Sicherungsgeber im Fall des Ausfalls des Schuldners erhält, ist daher von immenser praktischer Relevanz und zugleich ein zentrales Element der von Ihnen abzulegenden juristischen Prüfung.

2. Grundstruktur der Kreditsicherung

Sämtliche im Nachfolgenden zu besprechenden Instrumenten der Kreditsicherung haben eine gemeinsame Struktur. Sie sind alle als Dreieckskonstellation ausgelegt. Es gibt immer einen Gläubiger, der von einem Schuldner etwas (fast immer Geld) verlangen kann. Diesen Anspruch sichert ein Dritter (Sicherungsgeber) ab. 2

Beispiel Abiturient A beabsichtigt, die Laufbahn eines Berufspiloten einzuschlagen. Er schreibt sich bei einer entsprechenden Flugschule ein. Die Kosten für die Ausbildung betragen 70 000 €. A kann von der B Bank ein entsprechendes Darlehen erhalten. B verlangt aber, dass der Vater von A eine Bürgschaft für den Rückzahlungsanspruch der B übernimmt.

1 *Bülow* Kreditsicherheit Rn. 1.

3 Natürlich kommt es (gar nicht selten) vor, dass Schuldner und Sicherungsgeber personenidentisch sind.

Beispiel Studienrat O erwirbt ein Grundstück mit Haus. Hierzu erhält er ein Darlehen über 100 000 €, das er durch die Bewilligung einer Grundschuld auf dem Grundstück absichert.

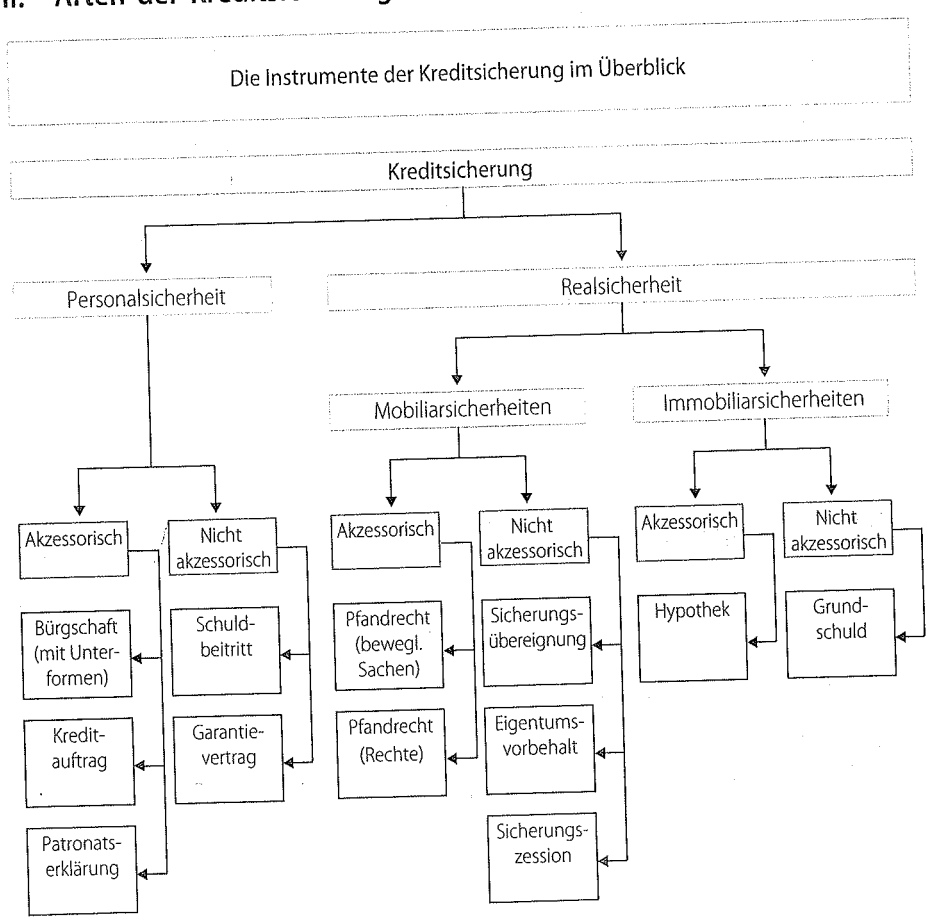
Doch auch in diesem Fall bleibt es dabei, dass die Kreditebene von der Sicherungsebene gedanklich zu trennen ist.

3. Weitere Darstellung

4 Ich möchte Ihnen zunächst einen Überblick über die Arten und Instrumente der Kreditsicherung geben. Das hat zwei entscheidende Vorteile: Erstens sehen Sie in einer gerafften Zusammenfassung, mit welchen Rechtsinstituten wir uns beschäftigen werden. Zweitens kann ich Ihnen die zentralen Begriffe der Akzessorietät sowie der fiduziarischen Sicherung sozusagen vor der Klammer erörtern. Das erspart uns bei der ab dem 2. Teil detaillierten Erarbeitung der einzelnen Anspruchsgrundlagen zeit- und nervtötende Wiederholungen.

II. Arten der Kreditsicherung

5



1. Unterscheidungsmerkmale

Wie Sie dem obigen Schaubild entnehmen können, wird im Kreditsicherungsrecht einmal zwischen den Personalsicherheiten einerseits und den Realsicherheiten andererseits unterschieden. Bei den Realsicherheiten unterteilen wir dann noch die Sicherheiten aufgrund von beweglichen Gegenständen (Sachen und Rechten) sowie die Sicherheiten, die an unbeweglichen Gegenständen (also Grundstücken)[2] entstehen können. In jeder der so entstehenden Gruppen unterscheiden wir dann, ob die Sicherung akzessorisch ist oder nicht. 6

Personalsicherheiten sind solche, bei denen die Bonität des Sicherungsgebers dem Gläubiger genügt. Bei den Personalsicherheiten geht es also immer um einen Zahlungsanspruch des Gläubigers gegen den Sicherungsgeber. 7

Realsicherheiten dagegen geben dem Gläubiger im Sicherungsfall das Recht, den Gegenstand (Sache, Recht, Grundstück), an dem das Recht bestellt ist, zu Geld machen zu dürfen. 8

Sowohl aber bei den Personalsicherheiten als auch bei den Realsicherheiten gibt es **akzessorische und nicht akzessorische Rechte**. 9

Was bedeutet nun Akzessorietät und welche Konsequenzen hat diese? 10

> Ein Sicherungsrecht ist dann akzessorisch, wenn sein Entstehen oder Erlöschen, sein Umfang, seine rechtliche Zuordnung und seine Durchsetzbarkeit vom Bestehen der Hauptschuld abhängt.[3]

Ein akzessorisches Sicherungsrecht ist unselbständig und hängt in seinem Bestand von der gesicherten Forderung ab. Gibt es die gesicherte Forderung nicht (mehr), gibt es auch keine Rechte (mehr) aus der Sicherheit.

Beispiel S hat bei P ein Darlehen von 1000 € aufgenommen. Zu Sicherung der Darlehensrückzahlung hat E seine Uhr zugunsten des P verpfändet. Zahlt S dem P das Darlehen vollständig zurück, hat P keinerlei Rechte mehr an der verpfändeten Uhr. Das Pfandrecht ist akzessorisch und erlischt folglich mit der Forderung (vgl. § 1252).[4]

Ganz anders, wenn E dem P Sicherungseigentum an der Uhr übertragen hätte. In diesem Fall führt das Erlöschen der Forderung P gegen S nicht automatisch zu einem Erlöschen bzw. „Rückfall" des Sicherungseigentums.

Außerdem lassen sich akzessorische Sicherungsrechte nicht isoliert übertragen, sondern immer nur zusammen mit der gesicherten Forderung (vgl. §§ 401, 1153, 1250).

Damit haben Ansprüche aus akzessorischen Sicherungsmitteln eine andere Struktur (und damit einen unterschiedlichen Prüfungsaufbau) als solche, die nicht akzessorisch sind. Auch die Fragen des Regresses (siehe Rn. 401 ff.) sowie des gutgläubigen Erwerbs sind unterschiedlich zu beantworten.

» Die Akzessorietät der Sicherheit ist eine der entscheidenden Verständnisfragen im Rahmen des Kreditsicherungsrechts. Hierauf sollten Sie viel Mühe verwenden. Wir werden diesen Begriff immer wieder brauchen. «

2 In diesem Skript werden die sehr speziellen Fragen der Schiffs- und Luftfahrzeugregister nicht erörtert.
3 Palandt-*Sprau* vor § 765 Rn. 2.
4 Siehe hierzu detailliert unter Rn. 150.

2. Die Personalsicherheiten im Überblick

a) Die akzessorischen Personalsicherheiten

11 Die mit Abstand wichtigste akzessorische Personalsicherheit ist die **Bürgschaft**. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass der Bürge sich verpflichtet, „im Fall der Fälle" für die Erfüllung der Schuld des Schuldners gegenüber dem Gläubiger einzustehen. Die Bürgschaft selber gibt es zwar in unterschiedlichen Ausprägungen (dazu ausführlich unter Rn. 109 ff.), alle Formen der Bürgschaft sind aber in ihrer Grundstruktur identisch.

12 Ein weiterer Anspruch eines Gläubigers gegen einen Dritten kann sich aus § 778 (lesen!) ergeben. Der Kreditauftrag führt im Ergebnis nämlich zu einer Haftung „wie ein Bürge". Diese Vorschrift hat folgende Fallkonstellation im Blick:

Jemand beauftragt z.B. eine Bank damit, einem anderen Kredit zu gewähren. Erfüllt die Bank diesen Auftrag und gewährt dem Dritten den Kredit, haftet ihr der Vertragspartner, als wenn er sich für den Kredit verbürgt hätte, obwohl er eine solche Willenserklärung gar nicht abgegeben hat.

» Lesen Sie hierzu §§ 17, 18 AktG. «

13 Drittens schließlich ist als akzessorisches Sicherungsmittel die **Patronatserklärung** zu erwähnen. Sie ist gesetzlich nicht geregelt. In der Praxis kommt sie insbesondere bei Konzernen im „Mutter-Tochter-Verhältnis" vor, also wenn eine Gesellschaft eine andere beherrscht. Wenn nun „die Muttergesellschaft" eine hohe Bonität hat, „die Tochtergesellschaft" hingegen unsicher dasteht, kommt es vor, dass Gläubiger bei „der Konzernmutter" eine solche Patronatserklärung einfordern. Wenn dann „die Konzernmutter" etwa erklärt: „Wir übernehmen die Verpflichtung, unsere Tochtergesellschaft finanziell so auszustatten, dass sie stets in der Lage ist, ihren Verbindlichkeiten Ihnen gegenüber nachzukommen", hat der Gläubiger bei Verletzung dieser Verpflichtung einen Anspruch gegen die Konzernmutter.

Gemeinsam mit der Bürgschaft hat der Anspruch aus einer solchen **harten Patronatserklärung**[5] die Akzessorietät. Nur dann, wenn auch der Anspruch gegen „die Tochter" besteht, besteht auch der Anspruch gegen „die Mutter".

Der konstruktiv entscheidende Unterschied liegt darin begründet, dass Anspruchsinhalt nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit der Tochtergesellschaft ist, sondern der Schadenersatz aus der Verletzung der Patronatsverpflichtung.

b) Die nicht akzessorischen Personalsicherheiten

14 Beim (gesetzlich nicht geregelten) **Schuldbeitritt** – auch „kumulative Schuldübernahme" genannt – will der Beitretende sich bildlich gesprochen neben den Schuldner als weiteren Schuldner stellen. Nach einem Schuldbeitritt ist der Sicherungsgeber somit Gesamtschuldner neben dem ursprünglich allein haftenden Schuldner.

Der Schuldbeitritt ist noch gefährlicher als die Bürgschaft – insbesondere die in § 766 angeordnete Schriftform gilt nicht – und wird deshalb nur unter sehr engen Voraussetzungen angenommen (siehe Rn. 123).

5 Zur Abgrenzung zur weichen Patronatserklärung siehe unten Rn. 121.

Schließlich kann ein Sicherungsgeber mit dem Gläubiger auch einen **Garantievertrag** schließen. Dieser begründet dann eine selbstständige Schuld des Sicherungsgebers und nicht nur eine akzessorische Haftung des Sicherungsgebers für eine fremde Schuld. Ein Garantievertrag wird wegen seiner weitreichenden Haftung (siehe Rn. 125) aber – ähnlich wie der Schuldbeitritt – nur unter sehr engen Voraussetzungen anerkannt. 15

3. Mobiliarsicherheiten

Wie bereits erwähnt, unterscheiden wir bei den Realsicherheiten solche, die Mobilien und solche, die Immobilien zum Gegenstand haben. Gemeinsam haben beide Formen der Kreditsicherung, dass der Gläubiger nicht auf die Zahlungsfähigkeit des Sicherungsgebers vertraut (so wie bei den Personalsicherheiten), sondern auf den Wert des Sicherungsgegenstandes. 16

Beispiel Wenn der künftige Pilot aus dem *Beispiel* in Rn. 2 keine Bürgschaft seines Vaters beibringt, sondern seine Großmutter überzeugen kann, zugunsten der Bank auf ihrem Grundstück eine Hypothek zu bewilligen, so wird die Bank nicht prüfen, ob die Großmutter aus eigenen Einkünften die Schuld des Flugschülers begleichen könnte, sondern vielmehr, ob der Wert des Grundstückes (nebst Gebäude sowie mithaftendes Zubehör) im Falle der Zwangsversteigerung das Darlehen wird ausgleichen können.

Die gesetzliche Grundform aller Mobiliarsicherheiten ist das **Pfandrecht**. Ein Pfandrecht kann an einer **beweglichen Sache (§§ 1204 ff.)** sowie **an Rechten (§§ 1273 ff.)** bestellt werden. Beide Pfandrechte gehören zu den **akzessorischen Sicherheiten**. Beiden ist zudem gemeinsam, dass sie vom Gesetzgeber als Instrumente der Kreditsicherung geschaffen wurden und beide haben schließlich die Gemeinsamkeit, dass ihre praktische Bedeutung gering ist. 17

Exkurs: Gelegentlich finden Sie in der Literatur die Unterscheidung zwischen *gesetzlichen* und *kautelarischen* Sicherungsmitteln[6].Gemeint ist damit Folgendes. Das BGB bot ursprünglich nur akzessorische Sicherungsmittel an. Bewegliche Sachen sollten zum Beispiel rechtsgeschäftlich nur dann verpfändet werden dürfen, wenn der Eigentümer für die Zeit des Pfandrechts den unmittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt. Dieses sogenannte Faustpfandrecht entsprach aber nicht den Bedürfnissen der Praxis. Es musste ein Sicherungsmittel gefunden werden, mit dem einerseits der Gläubiger gesichert ist, andererseits die Sache weiter genutzt werden kann. Die Kautelarpraxis entwickelte daher das Institut der Sicherungsübereignung.

Das **vertragliche Pfandrecht** an beweglichen Sachen entsteht durch ein Verfügungsgeschäft. 18

Hinweis

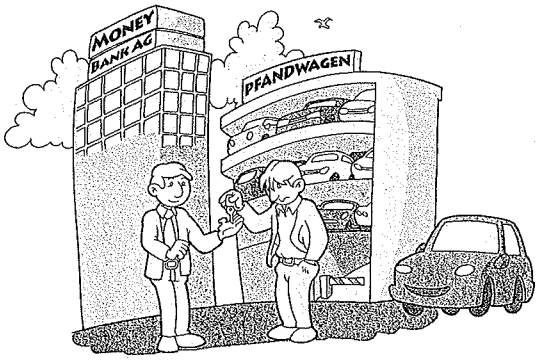
Sie erinnern sich: Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf die Aufhebung, Übertragung, Belastung oder inhaltliche Veränderung eines bestehenden Rechtes gerichtet ist.[7]

6 So für alle: *Bülow* Kreditsicherung ab Rn. 1543.
7 Palandt-*Ellenberger* vor § 104 Rn. 16.

» Lesen Sie hierzu §§ 1205, 1206 im Gesetz mit. «

Gemäß § 1205 muss der Eigentümer (Sicherungsgeber) mit dem Gläubiger darüber einig sein, dass ein Pfandrecht an der Sache entstehen soll, und muss ihm die Sache übergeben. Von der Struktur her ähnelt also § 1205 für die Bestellung des vertraglichen Pfandrechts dem § 929 bei der Eigentumsübertragung beweglicher Sachen.

19 Das Problem beim vertraglichen Pfandrecht liegt aber im Übergabeerfordernis. Da das vertragliche Pfandrecht die Übergabesurrogate der §§ 930 ff. nicht kennt,[8] verliert der verpfändende Eigentümer den Besitz und kann die verpfändete Sache bis zum Erlöschen des Pfandrechts nicht mehr nutzen.



Beispiel Zwar könnte man bei einem mithilfe eines Darlehens finanzierten Kauf eines Kraftfahrzeuges das Fahrzeug der Bank als Sicherheit verpfänden. Dazu muss aber die Bank alleinige Besitzerin werden – bildlich gesprochen muss das Auto also in der Tiefgarage der Bank stehen. Das ist aber mit dem wirtschaftlichen Sinn des finanzierten Abzahlungskaufs nicht zu vereinbaren.

Deshalb ist die Bedeutung des vertraglichen Pfandrechts gering. In der Praxis kommt es bei den Pfandleihhäusern vor sowie beim sog. Lombardgeschäft der Banken.[9] Das vertragliche Pfandrecht ist fast vollständig durch die Sicherungsübereignung (siehe Rn. 175 ff.) verdrängt worden.

20 Größere Bedeutung hat hingegen das **gesetzliche Pfandrecht**, das Sie vor allem aus dem Mietrecht (§ 562 ff.) und Werkvertragsrecht (§ 647) kennen.[10] Weil gemäß § 1257 die Regeln des vertraglichen Pfandrechts auch beim gesetzlichen Pfandrecht anwendbar sind, müssen wir zunächst das vertragliche Pfandrecht bearbeiten, bevor wir das gesetzliche Pfandrecht verstehen können.

21 Das gleiche Schicksal wie das vertragliche Pfandrecht an beweglichen Sachen hat das vertragliche Pfandrecht an Rechten ereilt. Ursprünglich vom (historischen) Gesetzgeber als Kreditsicherungsmittel gedacht, ist es für den praktisch wichtigsten Fall durch die Sicherungszession ersetzt. Die Ursache liegt in § 1280. Ist das zu verpfändende Recht nämlich eine Forderung, muss neben der Einigung zwischen Sicherungsgeber und Gläubiger auch noch eine Anzeige an den Drittschuldner erfolgen. Eine „stille Verpfändung" (ohne dass der Drittschuldner davon etwas mitbekommt) ist daher nach den §§ 1273 ff. nicht möglich.

22 Die größte praktische Bedeutung haben im Bereich der Mobiliarsicherheiten daher die **Sicherungsübereignung**, die **Sicherungszession** sowie der **Eigentumsvorbehalt**. Alle drei sind nicht akzessorische Sicherungsrechte. Und alle drei sind sogenannte **fiduziarische Sicherungsrechte**.[11] Dies bedeutet, dass der Gläubiger vom Sicherungsgeber mehr an Rechtsmacht erhält, als er im Innenverhältnis soll ausnutzen dürfen:

8 Vgl. §§ 1205, 1206.
9 Palandt-*Bassenge* vor § 1204 Rn. 1; auf das Lombardgeschäft werden wir nicht weiter eingehen.
10 Weitere Beispiele für das gesetzliche Pfandrecht siehe: Palandt-*Bassenge* § 1257 Rn. 1 sowie umfassend: *Schwerdtner* JURA 1988, S. 251 ff.
11 Zu diesem Begriff siehe *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 126 sowie Rn. 488 ff.

Bei der **Sicherungsübereignung** überträgt der Sicherungsgeber dem Gläubiger das volle Eigentum an der Sache nach den §§ 929 ff. Der große Vorteil hierbei: Im Gegensatz zum Pfandrecht kann ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart werden, sodass z.B. der Eigentümer eines Autos dieses zu Sicherheit übereignen kann und trotzdem weiter Besitzer bleiben darf. Die Probleme entstehen aber dadurch, dass der Gläubiger mehr erhält (volles Eigentum), als er wirtschaftlich erhalten soll (nur Absicherung seiner Forderung gegen den Schuldner). 23

Ganz ähnlich verhält es sich mit der **Sicherungszession**. Hier tritt der Sicherungsgeber eine (oder in der Praxis gleich mehrere) Forderungen gegen Drittschuldner an den Gläubiger ab. Wirtschaftlich soll aber nur die Verbindlichkeit des Schuldners abgesichert werden. Regelmäßig wird die Abtretung aber den Drittschuldnern nicht offenbart (angezeigt). Das ist bei der Zession auch nicht notwendig, wohl aber bei der Verpfändung (§ 1280, s.o. Rn. 21). 24

Daraus resultieren die Schwierigkeiten dieses Sicherungsinstrumentes: Die Drittschuldner können befreiend an den Sicherungsgeber zahlen (obwohl dieser gar nicht mehr Inhaber der Forderung ist). Das ergibt sich aus § 407.

Beim **Eigentumsvorbehalt** schließlich geht es um die Sicherung von Lieferantenkrediten. In der wirtschaftlichen Praxis liefern fast alle Unternehmen „auf Ziel". Das heißt im Ergebnis, dass sie ihre Ware liefern, bevor sie vom Käufer das Geld dafür erhalten.[12] In dieser Zeit ist der Verkäufer ungeschützt. Deshalb vereinbaren fast alle Lieferanten mit ihren Kunden einen sogenannten Eigentumsvorbehalt, der gesetzlich in § 449 anerkannt ist. 25

Wenn wir also die nicht akzessorischen Mobiliarsicherheiten erörtern, werden wir einen besonderen Schwerpunkt auf die aus dem Charakter der Sicherungsübereignung, des Eigentumsvorbehaltes sowie der Sicherungszession als fiduziarische Sicherungsrechte resultierenden Schwierigkeiten einzugehen haben. 26

4. Immobiliarsicherheiten

Die Tatsache, dass es nur zwei Arten der Realsicherheiten bei Immobilien gibt, mag zunächst zur Annahme verleiten, dass hier kein Schwerpunkt im Recht der Kreditsicherheiten liegt. Das Gegenteil ist, wie Sie bemerken werden, der Fall. 27

Außerdem kann man die Grundschuld (und die mit ihr verbundenen Probleme im Rahmen der Kreditsicherung) nur begreifen, wenn man zuvor die Hypothek verstanden hat. Dies wiederum setzt voraus, dass Ihnen der Begriff der Akzessorietät geläufig ist.[13] Im Überblick:

Eine **Hypothek** ist eine **akzessorische Realsicherheit**. Das klingt kompliziert, ist aber durch den Vergleich mit der Bürgschaft leicht zu verstehen: Auch der Bürge haftet nur soweit, wie die Forderung besteht. Geht sie unter oder ist sie erst gar nicht entstanden, gibt es auch keine Rechte aus der Bürgschaft. Ähnliches gilt für die Hypothek: Sie steht dem Gläubiger nicht zu, wenn die gesicherte Forderung nicht entsteht bzw. wieder erloschen ist, § 1163. 28

» Sehen Sie sich hierzu die §§ 401, 1113, 1153, 1163 an. «

Auch bei der Übertragung der Forderung wandert die Hypothek genauso mit wie die Bürgschaft. Eine isolierte Übertragung der Forderung ist also konstruktiv ausgeschlossen, § 1153. Oder, um es exakt zu formulieren: Eine Hypothek kann gar nicht abgetreten werden. Abgetreten wird immer nur die Forderung, an der die Hypothek „klebt".

12 Das durchschnittliche Zahlungsziel in Deutschland beträgt derzeit rund 30 Tage!

13 So auch eindringlich *Westermann* Sachenrecht Rn. 544.

29 Im Unterschied zur Bürgschaft kann man den Sicherungsgeber einer Hypothek (= Eigentümer des belasteten Grundstücks) aber nicht auf Zahlung verklagen, sondern „nur" auf Duldung der Zwangsvollstreckung, § 1147. Natürlich kann der Eigentümer zahlen, um das zu vermeiden (§ 1142). Dadurch erwirbt er die Forderung, wie sich aus § 1143 ergibt. Der Sicherungsgeber (= Eigentümer des Grundstücks) bezahlt also nicht etwa die Verbindlichkeit des Schuldners. Diese bleibt vielmehr bestehen und steht dem Eigentümer als Möglichkeit des Regresses zu (siehe gleich Rn. 32 f.).

Sie sehen also, dass die Hypothek nur ein „Anhängsel" der gesicherten Forderung ist. Sie ist eben akzessorisch.

30 Obwohl die in den §§ 1191 ff. geregelte **Grundschuld** ganz ähnlichen Zwecken dienen kann, wie die eben skizzierte Hypothek, ist sie doch völlig anders konstruiert. Im Unterschied zur Hypothek ist die Grundschuld nicht mit der gesicherten Forderung „verkoppelt". Sie ist eben nicht akzessorisch. Das sagt § 1192 ausdrücklich. Die Grundschuld ist mit der besicherten Forderung nur schuldrechtlich, sozusagen „locker" mit der besicherten Forderung durch den sogenannten Sicherungsvertrag verbunden. Sollte im Sicherungsvertrag als Zweck der Grundschuld die Absicherung einer Forderung vereinbart worden sein, spricht man von einer Sicherungsgrundschuld (siehe auch Wortlaut des § 1192 Abs. 1a)

31 Das hat weitreichende Konsequenzen. Kurz gesagt werden wir uns mit folgenden Problemen zu beschäftigen haben: Wie erhält der Sicherungsgeber „seine" Grundschuld zurück, wenn der besicherte Kredit (ob durch ihn oder den Schuldner) bezahlt wurde? Wie kann der Sicherungsgeber geschützt werden, wenn der Gläubiger (vertragswidrig) Forderung und Grundschuld trennt?

B. Der Regress

I. Die konstruktiven Möglichkeiten des Regresses

32 Der Regress, auch Rückgriff genannt, ist ein **Spezialfall des Aufwendungsersatzes**. Beim Aufwendungsersatz gibt es aber nur zwei Personen: Denjenigen, der Aufwendungen gemacht hat, und den, der daraus einen Vorteil zieht und deshalb die Aufwendungen zu erstatten hat.[14] Beim Spezialfall des Regresses sind aber **zwingend drei Personen** beteiligt.[15]

33 Sie erinnern sich: Alle Kreditsicherungen haben die gleiche Struktur (s. Rn. 2 ff.). In **jedem** Sachverhalt aus dem Bereich des Kreditsicherungsrechts gibt es (gedanklich) drei beteiligte Personen:

1. Der **Gläubiger**, also derjenige, der den Kredit zur Verfügung stellt.
2. Der **Schuldner**, also derjenige, der den Kredit erhält und
3. der **Sicherungsgeber**, also der, der mit einem Instrument des Kreditsicherungsrechts die Forderung absichert.

14 *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 905.
15 *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 905.

39 Schließlich kommen, wenn sozusagen alles nichts hilft, besondere Rückgriffsansprüche in Betracht. Wichtig sind in diesem Zusammenhang die **Regelungen in § 426 (Regress bei Gesamtschuld)**. Dann gibt es noch weitere Regressansprüche, die zwar juristisch hochinteressant sind, aber im Bereich des hier behandelten Kreditsicherungsrechts keine Rolle spielen.[18]

Hinweis

In der Rechtswirklichkeit sind Auseinandersetzungen wegen Regressansprüchen eher selten. Dies hat keine juristischen, sondern hauptsächlich wirtschaftliche Gründe. Wird nämlich ein Kredit notleidend und der Gläubiger nimmt dies zum Anlass, den Sicherungsgeber in Anspruch zu nehmen, so hat das in aller Regel seinen Grund darin, dass der Schuldner nicht mehr zahlungsfähig ist. Dann macht es aber für den Sicherungsgeber wenig Sinn, diesen ohnehin nicht mehr leistungsfähigen Schuldner zu verklagen, auch wenn er noch so „schöne" Ansprüche hat. Sinn macht das Vorgehen also nur, wenn der Gläubiger den Sicherungsgeber deswegen in Anspruch nimmt, weil dieser liquider als der Schuldner ist. Das ist dann z.B. der Fall, wenn der Schuldner zwar über Vermögen (Grundstücke, Beteiligungen etc.) verfügt, aber zum Fälligkeitszeitpunkt der Verbindlichkeit nicht genügend Barmittel hat.

II. Überblick über die Regressansprüche

1. Der Aufwendungsersatzanspruch

40 Wie gerade erwähnt, sollten Sie niemals vergessen, den Anspruch aus § 670 zu prüfen, wenn es in Ihrem Fall darum geht, dass der Sicherungsgeber in Anspruch genommen wurde und er nun den Schuldner in Regress nimmt. Dieser Anspruch gilt sowohl für die akzessorischen Sicherheiten als auch für die nichtakzessorischen Instrumente der Kreditsicherung.

2. Übergeleitete Ansprüche bei akzessorischen Sicherungen

41 Der (vor allem) für die Klausur wichtigste Regressanspruch des Sicherungsgebers ergibt sich bei akzessorischen Kreditsicherungen aus der kraft cessio legis übergangenen Forderung gegen den Schuldner. Der Forderungsübergang ist für die hier behandelten Instrumente für die folgenden drei Fälle gesetzlich angeordnet:

1. der zahlende Bürge: § 774 Abs. 1;
2. der zahlende Eigentümer im Falle der Hypothek, § 1143 Abs. 1;
3. der zahlende Verpfänder beim Pfandrecht, § 1225.

3. Regressansprüche bei nichtakzessorischen Sicherheiten

42 Die „Automatik" der Legalzession kann es bei den nichtakzessorischen Sicherheiten nicht geben. Denn die Forderung klebt nicht an der Sicherheit, sodass diese bei Zahlung auf die Sicherheit nicht automatisch übergeht.

18 Vgl. zur Rückgriffskondiktion im Skript „Schuldrecht BT II" Rn. 339 ff.

» Wiederholen Sie noch einmal die Regeln über den lastenfreien Eigentumserwerb, insbesondere nach § 936. «

167 Mit dem Erlöschen aufgrund **lastenfreien Eigentumserwerbs** haben wir uns bereits an anderer Stelle ausführlich beschäftigt.[38]

168 Selbstverständlich ist auch, dass das Pfand durch **Verzicht des Pfandgläubigers** (§ 1255) oder durch **Pfandverwertung** (§ 1242 Abs. 2) erlöschen muss. Gedanklich lässt sich der Verzicht mit der Eigentumsaufgabe nach § 928 bzw. § 959 vergleichen: Ein dinglich Begünstigter kann seine Position durch Kundgabe seiner privatautonomen Entscheidung wieder aufgeben. Bei der Pfandverwertung wird das Pfand als Sicherungsmittel verbraucht – das Pfand gibt dem Gläubiger kein Recht zur mehrmaligen Befriedigung.

169 Aus dem Charakter als Faustpfand und den Rechtsscheinswirkungen des Besitzes (vgl. § 1006) folgt, dass die **Rückgabe des Pfandobjekts** zu einem Erlöschen des Pfandes führt und eine Rückgabe unter Pfandvorbehalt unwirksam sein muss (vgl. § 1253 Abs. 1 S. 2).

170 Dass das **Erlöschen der gesicherten Hauptforderung** gemäß § 1252 zum Erlöschen des Pfandes führen muss, folgt aus dem Charakter des Pfandrechts als akzessorische Sicherheit (siehe Rn. 150).

171 Einen Sonderfall des Erlöschens behandelt § 1256: Wenn das **Pfandrecht und das Eigentum an der Sache in einer Person vereinigt werden**, erlischt das Pfandrecht, selbst wenn die Forderung noch weiter besteht. Denn es ist sinnlos, an einem beweglichen Gegenstand ein Pfandrecht zu haben, der einem selbst gehört.[39]

Beispiel: G verleiht an S Geld. Dafür verpfändet E dem G einen teuren Ring aus dem Familienbesitz des E. E verstirbt und hat den G als Alleinerben eingesetzt. Es wäre völlig überflüssig, das Pfandrecht weiter bestehen zu lassen. Denn zahlt S nicht, müsste G seinen eigenen Ring öffentlich versteigern lassen, mit der Folge, dass ihm dann das Geld zusteht. Als Eigentümer kann er den Ring aber auch ohne jedes Pfandrecht verwerten.

Es gibt also im Mobiliarpfandrecht kein „Eigentümerpfandrecht", wie es im Recht der unbeweglichen Sachen als Eigentümergrundschuld möglich ist (siehe dazu Rn. 281).

V. Gläubigerwechsel

» Lesen Sie dazu auch § 401 Abs. 1. «

172 § 1250 sorgt dafür, dass das Pfandrecht als akzessorisches Sicherungsrecht immer fest mit der gesicherten Forderung verbunden bleibt. Mit der Abtretung der Forderung geht das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. Gemäß § 1250 Abs. 1 S. 2 kann das Pfandrecht nicht ohne die Forderung übertragen werden. Wird bei der Abtretung der Übergang des Pfandrechts ausgeschlossen, erlischt es (§ 1250 Abs. 2). Eine Trennung von Forderung und Sicherheit[40] ist damit beim Mobiliarpfandrecht rechtstechnisch nicht möglich: Entweder erwirbt der Zessionar mit der Forderung das Pfandrecht (Regelfall des § 1250 Abs. 1 S. 1), oder er erwirbt nur die Forderung ohne das Pfandrecht mit der Folge, dass es erlischt (§ 1250 Abs. 2). Eine isolierte Abtretung des Pfandrechts ist nach § 1250 Abs. 1 S. 2 verboten.

38 Siehe dazu im Skript „Sachenrecht II" Rn. 173 ff.
39 *Westermann* Sachenrecht Rn. 573.
40 Ein beliebtes Problem bei der Grundschuld, siehe unten Rn. 395.

B. Das Pfandrecht an Rechten

173 Wie sich aus § 1273 ergibt, kann Gegenstand eines Pfandrechts auch ein Recht sein. Damit kann jedes übertragbare und durch Zwangsvollstreckung oder Einziehung verwertbare Recht auch zur Sicherung einer Forderung verpfändet werden.[41]

174 Warum das Pfandrecht an Rechten in diesem Skript nur am Rande behandelt wird, liegt an Folgendem. Für die Kreditsicherung *wäre* die Verpfändung von Geldforderungen wichtig. Natürlich können Geldforderungen verpfändet werden. Allerdings ist dafür Voraussetzung, dass dem Schuldner der verpfändeten Forderung die Tatsache der Verpfändung mitgeteilt wird (§ 1280). In gewisser Weise ist diese Anzeige die Fortsetzung des Publizitätserfordernisses bei der Verpfändung von Sachen (Besitz muss beim Gläubiger sein, Rn. 142). Bei der verpfändeten Forderung soll der Rechtsverkehr eben auch wissen, dass die Forderung nicht mehr unbelastet demjenigen zusteht, der die Gläubigerstellung innehat.

Genau das will die Praxis aber vermeiden. Typischerweise sollen die Drittschuldner (also die Schuldner der zur Sicherung zur Verfügung gestellten Forderung) nicht wissen, dass die Forderung abgetreten wurde. Außerdem kann der Drittschuldner nur an Gläubiger und Hauptschuldner gemeinschaftlich leisten (§ 1281), was unpraktikabel ist.

Insgesamt hat die Sicherungszession die Verpfändung als Kreditsicherungsmittel somit fast vollständig verdrängt.[42] Die Verpfändung von Rechten, insbesondere Forderungen wird daher hier nicht weiter behandelt.

Online-Wissens-Check

Kann eine Pfandrechtsbestellung in AGB geregelt werden?

Überprüfen Sie jetzt online Ihr Wissen zu den in diesem Abschnitt erarbeiteten Themen. Unter **www.juracademy.de/skripte/login** steht Ihnen ein Online-Wissens-Check speziell zu diesem Skript zur Verfügung, den Sie kostenlos nutzen können. Den Zugangscode hierzu finden Sie auf der Codeseite.

C. Die Sicherungsübereignung

I. Bedeutung und Struktur der Sicherungsübereignung – Ein Überblick

1. Bedeutung, Zulässigkeit und fiduziarischer Charakter

175 Neben dem gleich noch zu besprechenden Eigentumsvorbehalt ist die Sicherungsübereignung das mit Abstand wichtigste Sicherungsmittel aus dem Bereich der Mobiliarsicherheiten. Wie bereits erwähnt, wollte der (historische) Gesetzgeber diese Sicherungsform „eigentlich" nicht. Da das „Faustpfandrecht" als Kreditsicherungsmittel den Bedürfnissen vor allem der

41 Palandt-*Bassenge* § 1273 Rn. 1.
42 *Westermann* Sachenrecht Rn. 209; Palandt-*Bassenge* vor § 1273 Rn. 3.

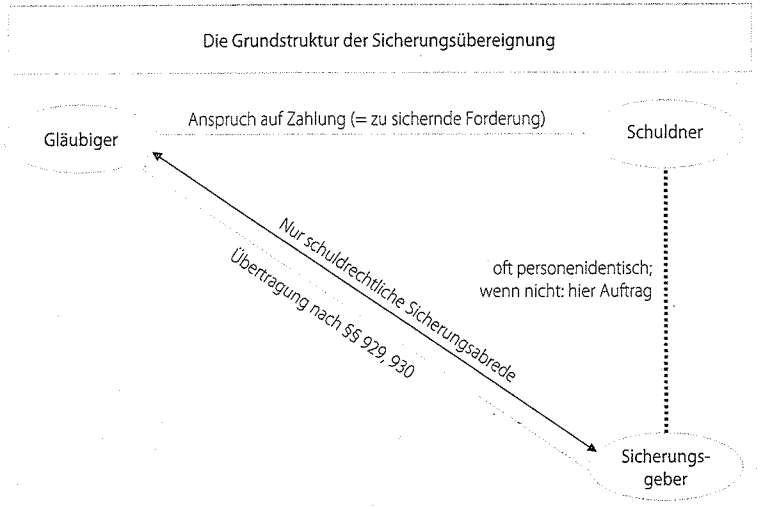
Wirtschaft nicht entsprach, hat die Praxis die Sicherungsübereignung ohne gesetzliches Vorbild entwickelt.[43] Seine grundsätzliche Anerkennung heute ist mit verschiedenen Begründungen[44] unstreitig.

176 Und doch: **Wirtschaftlich gewollt** ist auch heute eigentlich nur ein **Pfandrecht ohne unmittelbaren Besitz des Pfandgläubigers.** Weil dies rechtlich nicht geht, übereignet der Sicherungsgeber dem Gläubiger nach §§ 929, 930 das volle Eigentumsrecht. Er erhält also ein mehr an Rechtsmacht, als er aufgrund des Vertrages mit dem Sicherungsgeber (ehemaligen Eigentümer) ausnützen darf. Es handelt sich also um ein fiduziarisches Recht.[45]

Von einem fiduziarischen Recht spricht man, wenn der Treugeber dem Treunehmer einen Überschuss an Rechtsmacht einräumt.[46]

2. Grundstruktur der Sicherungsübereignung

177



Wie aus dem Schaubild ersichtlich, ist die Sicherungsübereignung im Gegensatz zum Pfandrecht nicht akzessorisch. Der Sicherungsgeber, der in Fällen der Sicherungsübereignung häufig gleichzeitig auch der Schuldner ist, überträgt das Eigentum auf den Sicherungsnehmer und schließt mit diesem gleichzeitig als Rechtsgrund für diese Übereignung einen Sicherungsvertrag. Im Vergleich zur strengen Akzessorietät werden Sicherheit und Forderung also durch ein nur „loses Band" verbunden.

43 *Westermann* Sachenrecht Rn. 163.
44 Vgl. oben Rn. 142.
45 *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 491.
46 Definition nach *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 488; ähnlich: *Habersack* Sachenrecht Rn. 213 („eigennütziges Treuhandverhältnis").

Hinweis

Während die im BGB geregelten Kreditsicherungen davon ausgehen, dass Sicherungsgeber und Schuldner personenverschieden sind, ist die Sicherungsübereignung in der Praxis dadurch gekennzeichnet, dass Schuldner und Eigentümer ein und dieselbe Person sind. Dennoch fördert es das Verständnis, die beiden Personen in ihrer jeweiligen Funktion gedanklich und rechtlich zu trennen (siehe auch Rn. 2 f.).

178 Der Eigentümer überträgt also dem Gläubiger nach §§ 929, 930 das Volleigentum, ohne dass es grundsätzlich dafür darauf ankommt, ob die zu sichernde Forderung überhaupt entsteht.[47] Ganz anders ist dies bei den akzessorischen Sicherungsrechten: ohne Forderung kein Pfandrecht (§§ 1204, 1250, 1252), keine Bürgschaft (§§ 765, 767) und (wie wir noch sehen werden) auch keine Hypothek (§ 1153, 1163). Das hat erhebliche Konsequenzen:

Wiederholen Sie an dieser Stelle noch einmal die Übertragung des Eigentums nach §§ 929, 930.

179 Zwischen Sicherungsgeber (Eigentümer) und Gläubiger wird nur eine schuldrechtlich wirkende Vereinbarung geschlossen (Sicherungsabrede). Nur auf sie kann der Rückgabeanspruch bei Wegfall des Sicherungszwecks (= Erfüllung der gesicherten Forderung) gestützt werden. Die Erfüllung der Forderung allein genügt nicht, damit das Eigentum wieder zurück an den Sicherungsgeber fällt.[48] Ist endlich der Sicherungsvertrag unwirksam, die Übereignung hingegen nicht, bleibt grundsätzlich nur ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Rückübereignung.

180 Während der Sicherungszeit ist der Gläubiger Volleigentümer. Er kann deshalb über das Eigentum verfügen. Wenn er dies (zwar vertragswidrig, aber grundsätzlich wirksam; siehe Rn. 190) tut, so stellt sich die Frage, wie der Sicherungsgeber (ehemalige Eigentümer) geschützt werden kann.

II. Erwerb und Bestand des Sicherungseigentums

1. Erwerb nach §§ 929, 930

181 Die Einräumung von Sicherungseigentum erfolgt nach den §§ 929, 930. Die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten bestimmen sich nach den Voraussetzungen des § 933. Mit den sich hier stellenden Fragen haben wir uns bereits an anderer Stelle ausführlich beschäftigt.[49] Wir wollen uns hier auf den Fortbestand des Sicherungseigentums konzentrieren.

Auch die Frage der Nichtigkeit nach § 138 ist Ihnen im Rahmen des Studiums des Sachenrechts bereits begegnet. Deshalb hier in aller Kürze:

Zunächst müssen wir uns ins Gedächtnis rufen, dass wir nicht den schuldrechtlichen Vertrag prüfen, sondern die eigentlich wertneutrale dingliche Einigung. Die Nichtigkeit des schuldenrechtlichen Geschäfts führt regelmäßig **nicht** dazu, dass auch das dingliche Geschäft nichtig ist. Anders ist es (sogenannte Fehleridentität), wenn der Mangel des schuldrechtlichen Geschäfts auch die dingliche Erfüllung erfasst. Anders gesprochen: Wenn die Unsittlichkeit

47 Zur Übereignung nach §§ 929, 930 siehe ausführlich im Skript „Sachenrecht II" Rn. 112 ff.
48 Zum Sonderfall der bedingten Einigung siehe sogleich Rn. 183.
49 Siehe dazu im Skript „Sachenrecht II" unter Rn. 65.

der schuldrechtlichen Vereinbarung gerade im Vollzug (also in der Übereignung) liegt, erfasst die Nichtigkeit des schuldenrechtlichen Vertrages auch die Einigung. Dies wird insbesondere bei der Nichtigkeit von Sicherungsübereignungen (und Sicherungszessionen) in den Fällen des § 138 angenommen.

JURIQ-Klausurtipp

Diese Unterscheidung zwischen schuldrechtlicher Verpflichtung und dinglicher Einigung müssen Sie in solchen Fällen erwähnen. Sie gehen dabei wie folgt vor:

1. Sie prüfen die Einigung und stellen fest, dass eine solche vorliegt.
2. Sie fragen, ob diese Einigung nicht nach § 138 nichtig sein könnte.
3. Dann erwähnen Sie, dass der mögliche Nichtigkeitsgrund das schuldrechtliche Geschäft betrifft und die sittlich neutrale Verfügung im Regelfall nicht tangiert.
4. Sie erwähnen, dass in den Fällen der Fehleridentität die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrages auch die dingliche Einigung mit erfasst. Bei sittenwidrigen Sicherungsübereignungen liegt das sittlich Verwerfliche gerade im Vollzug des Vertrags, sodass dann, wenn die Sicherungsabrede gegen § 138 verstößt, auch die Einigung nichtig ist.
5. Sie prüfen dann, ob eine der Fallgruppen der Nichtigkeit von Sicherungsübereignungen nach § 138 einschlägig ist.

Zur Erinnerung, verbunden mit der Aufforderung, die Details noch einmal im Skript „Sachenrecht II" nachzulesen, erwähne ich, dass eine Sittenwidrigkeit der Sicherungsübereignung besonders bei sogenannten Knebelungsverträgen, beabsichtigter Gläubigerbenachteiligung sowie bei der Frage der Übersicherung diskutiert wird.

2. Wegfall durch Erfüllung der gesicherten Forderung?

182 Das Sicherungseigentum ist ein **nichtakzessorisches Sicherungsrecht**. Besonders deutlich wird dies, wenn wir die Situation nach Erfüllung der gesicherten Forderung betrachten:

Während beim Pfandrecht die Erfüllung der gesicherten Forderung dazu führt, dass mit dieser das Pfandrecht erlischt (§ 1252, siehe Rn. 165), bleibt das Sicherungseigentum trotz Erfüllung der Forderung bestehen.

183 Es ist möglich, die Sicherungsübereignung mit einer **auflösenden Bedingung** zu versehen. Die Einigung zwischen Sicherungsgeber und Gläubiger auf Übertragung des Eigentums ist dann auflösend bedingt durch die Erfüllung der gesicherten Forderung. Gemäß § 158 Abs. 2 fällt das Sicherungseigentum damit automatisch an den Sicherungsgeber zurück.[50]

In einer solchen Konstellation hat die Sicherungsübereignung dann doch ein paar Elemente der Akzessorietät. Nur: In der Praxis – vor allem der Banken – findet man eine auflösend bedingte Sicherungsübereignung regelmäßig nicht.

184 Da das Sicherungseigentum zweckgebunden übertragen wurde, hat der Sicherungsgeber gegen den Sicherungsnehmer (Gläubiger) bei Erledigung des Sicherungszwecks (Wegfall der gesicherten Forderung) einen **schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch**, der sich aus

50 *Habersack* Sachenrecht Rn. 227; *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 498.

dem Sicherungsvertrag ergibt.[51] Sollte dies nicht (wie in der Praxis üblich) ausdrücklich geregelt sein, ergibt spätestens die (ergänzende) Auslegung des Vertrages, dass mit Erledigung des Sicherungszwecks das Eigentum am Sicherungsgut wieder zurückzuübertragen ist.[52]

Hinweis

Besondere Schwierigkeiten entstehen, wenn der Sicherungsvertrag unwirksam, die Sicherungsübereignung wegen ihres abstrakten Charakters aber wirksam bestellt ist. Dann nämlich gibt es keinen Vertrag, auf den der Rückübertragungsanspruch gestützt werden kann. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:[53]
Wurde die Sicherheit bestellt und stellt sich dann die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages heraus, ist die gegebene Sicherheit mit der Leistungskondiktion (condictio indebiti)[54] nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 zurückzugewähren.

Die Leistungskondiktion passt aber dann nicht, wenn die Sicherheit in Erwartung eines noch abzuschließenden Vertrages gewährt wurde und diese Erwartung sich dann zerschlägt. Hier muss man die condictio ob rem oder Kondiktion wegen Zweckverfehlung[55] genannt, anwenden.

3. Verlust des Sicherungseigentums an Dritte

a) Verfügung des Sicherungsgebers (Schuldners)

Wie wir gesehen haben, wird die Sicherungsübereignung häufig deswegen gewählt, damit der Schuldner mit seinem Sicherungsgut weiter „arbeiten" kann. Deshalb ist es gang und gäbe, dass der Schuldner in Sicherungsverträgen ermächtigt wird, die Waren zu veräußern oder zu verarbeiten (§ 185 Abs. 1). 185

Handelt der Schuldner im Rahmen dieser Einwilligung des Sicherungsnehmers (Gläubigers), so liegt eine Verfügung eines Berechtigten vor. Zwar ist der Schuldner nicht Eigentümer. Aber die mit Ermächtigung des Rechtsinhabers nach § 185 Abs. 1 getätigte Verfügung ist nicht etwa die Verfügung eines Nichtberechtigten, sondern die eines Berechtigten.[56] Eine Prüfung der §§ 932 ff. (Erwerb vom Nichtberechtigten) kommt daher nicht in Betracht. 186

Wenn aber der Schuldner ohne Einwilligung veräußert oder – häufiger – die Grenzen der Einwilligung überschreitet, verfügt er als Nichtberechtigter. Der Dritte kann dann nur unter den Voraussetzungen der §§ 932 ff. sowie § 366 Abs. 1 HGB Eigentum erwerben. 187

Beispiel Möbelhändler M hat sein Warenlager an seine Bank B zur Sicherheit übereignet. B erklärt in der Sicherungsabrede, dass M die Waren „im normalen Geschäftsgang" veräußern darf. Im Lager steht u.a. ein sehr teurer Tisch, der aber nur schwer veräußerbar ist. K interessiert sich für den Tisch. Er kauft und bezahlt ihn. Dann vereinbart er mit M, dass

51 *Habersack* Sachenrecht Rn. 227.
52 *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 498.
53 Siehe *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 495.
54 Zu ihr ausführlich im Skript „Schuldrecht BT III" Rn. 150 ff.
55 Vgl. zu diesem Anspruch im Skript „Schuldrecht BT III" Rn. 236 ff.
56 Palandt-*Bassenge* § 929 Rn. 33.

dieser den Tisch im Lager stehen lassen soll, bis er (K) von einer längeren Schiffsreise zurück ist. Kurz darauf kündigt die Bank das Darlehen und verlangt von M die Herausgabe der Sicherheiten, auch des Tisches.

188 Wenn M „im normalen Geschäftsgang" den Tisch an K übereignet hat, hat die Bank kein Eigentum (mehr). Dann hätte M sich nämlich mit K über den Eigentumsübergang geeinigt, mit ihm einen Verwahrvertrag geschlossen, der als Übergabesurrogat nach § 930 die tatsächliche Übergabe ersetzt und als Berechtigter gemäß § 185 Abs. 1 verfügt. K ist dann Eigentümer geworden.

189 Anders ist der Sachverhalt, wenn die Veräußerung an K ohne Einwilligung des Sicherungsnehmers (Bank) oder unter Überschreitung der Grenzen der Einwilligung erfolgte. Dies kann zum Beispiel in der Vereinbarung eines ungewöhnlichen Rabattes (Schleuderpreis) erblickt werden.

Hier kann K nur gutgläubig Eigentum erwerben. Da der Erwerbstatbestand nach den §§ 929, 930 vollzogen wurde, kommt hier die Gutglaubensvorschrift des § 933 in Betracht. Dazu müsste K bei der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes durch M noch in gutem Glauben gewesen sein. Dazu würde es im vorliegenden Fall nicht mehr kommen. Hier kann K nur über § 366 Abs. 1 HGB wegen guten Glaubens an die Ermächtigung des M Eigentum erwerben, wenn er von der Überschreitung der Ermächtigung keine Kenntnis hatte und auch nicht haben musste. Ein außergewöhnlicher Schleuderpreis gibt außerhalb von Räumungs- oder Schlussverkäufen Anlass zu Nachforschungen und steht einem gutgläubigen Erwerb entgegen.[57]

Hinweis

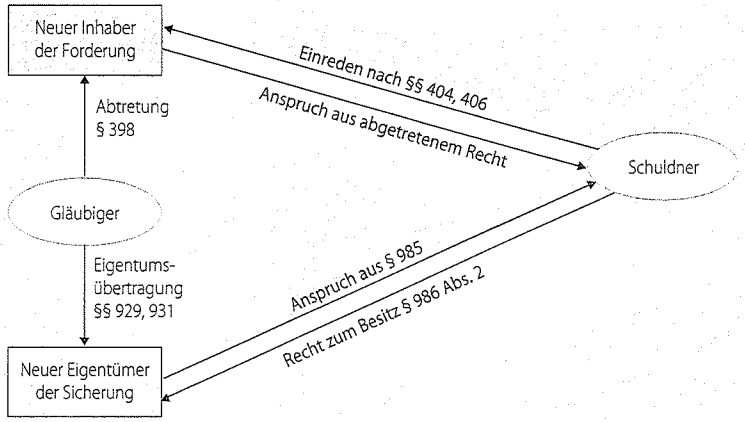
Aus diesem Grund sind Übereignungen nach §§ 929, 930 nicht ungefährlich, vor allem, wenn der Erwerber den Kaufpreis bezahlt hat.
Man sieht nämlich weder der Ware noch den handelnden Personen an, ob die Ware sicherungsübereignet ist und, wenn sie es sein sollte, ob der Schuldner in den Grenzen der Einwilligung gehandelt hat.

b) Verfügung des Sicherungsnehmers (Gläubigers)

190 Zu einer „verfahrenen Situation"[58] kann es schließlich dann kommen, wenn der Sicherungseigentümer selbst (also der Gläubiger) sein Eigentum an einen Dritten nach §§ 929, 931 durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs aus dem Sicherungsvertrag überträgt und zusätzlich die Forderung an eine andere Person nach § 398 abtritt. Die gefürchtete Trennung von Forderung und Sicherheit scheint dann einzutreten. Aber dem ist nicht so. Der Schuldner ist geschützt.

57 Koller/Roth/Morck-*Koller* HGB § 366 Rn. 3.
58 So wörtlich *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 504.

Die Rechtsverhältnisse bei Trennung von Sicherungseigentum und Forderung



Selbstverständlich **darf** der Gläubiger **schuldrechtlich nicht** die Forderung vom Sicherungseigentum **trennen**. Dennoch muss man sich vor Augen halten, dass er sowohl Inhaber der Forderung als auch Eigentümer der Gegenstände ist, über die er verfügt. Bei der Sicherungsübereignung gibt es eben nicht die strenge Akzessorietät, die eine solche Situation beim Pfandrecht unmöglich macht. Deshalb ist als erstes Zwischenergebnis festzuhalten: Sowohl die Abtretung als auch die Übereignung sind wirksam. Der Zessionar ist Inhaber der Forderung, der Erwerber der Gegenstände Eigentümer des Sicherungsgutes geworden. 191 Lesen Sie hierzu § 137.

Wenn aber jetzt der neue Eigentümer seinen Anspruch nach § 985 gegen den Schuldner geltend macht, kann sich dieser gemäß **§ 986 Abs. 2** darauf berufen, dass ihm der Sicherungsvertrag mit dem Gläubiger ein Besitzrecht gibt, sodass er an den Erwerber die Sache nicht herausgeben muss.[59] 192

Hinweis

Der Sicherungsvertrag gibt dem Sicherungsgeber (Schuldner) ein Recht zum Besitz. Erst mit Eintritt des Sicherungsfalles fällt das Recht zum Besitz für den Schuldner weg.

Gegen den abgetretenen Anspruch aus der Forderung kann der Schuldner gemäß **§ 404** alle Einreden geltend machen, die ihm auch gegen den ursprünglichen Gläubiger zustanden. Folglich kann er einwenden, dass er zur Zahlung nur gegen die Rückübertragung der Sicherheit verpflichtet sei. Dieser Einwand ist entweder eine Einrede nach § 273 oder eine solche nach § 320, je nachdem, ob man zwischen der Kreditrückzahlung und der Rückübereignung des Sicherungsgutes eine synallagmatische Verknüpfung annimmt oder nicht. 193

59 Siehe zu § 986 Abs. 2 im Skript „Sachenrecht I" unter Rn. 128.

194 Damit kommen wir zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass der Schuldner weder zu zahlen braucht, noch verpflichtet ist, die Sache herauszugeben. Aber diese „Merkwürdigkeit" ist auf das vertragswidrige Verhalten des Gläubigers zurückzuführen. Fraglich ist, wie dieser juristische Knoten aufgeknüpft werden kann.

195 Einmal kann der Schuldner selbst aktiv werden. Er rechnet mit dem neuen Gläubiger gemäß § 406 auf.[60] Seine Gegenforderung ist die Schadenersatzforderung gegen den Gläubiger aus dessen vertragswidriger Verfügung über den Gegenstand. Damit hat sich der Schuldner seiner Verbindlichkeit entledigt, allerdings mit der Folge, dass damit auch das Besitzrecht an dem zur Sicherheit übereigneten Gegenstand weggefallen ist. Der Schuldner wird dies wohl nur dann tun, wenn der Wert des Sicherungsgutes in etwa der geschuldeten Verbindlichkeit entspricht.

196 Wahrscheinlicher ist es aber, dass die Erwerber der Forderung bzw. des Eigentums gegen den Gläubiger vorgehen. Beide haben einen Anspruch auf Rückabwicklung (der Zessionar, weil seine Forderung nicht durchsetzbar, der Erwerber, weil der Gläubiger dauernd außerstande ist, ihm den unmittelbaren Besitz an der Sache zu verschaffen). Im Ergebnis werden dann diese Verträge (z.B. gemäß §§ 346, 434, 435, 437 Nr. 1) rückabgewickelt. Der Sicherungsnehmer (Gläubiger) ist dann wieder Forderungsinhaber und Sicherungseigentümer in einer Person, sodass der Schuldner wieder an ihn leisten kann.

c) Gesetzlicher Erwerb durch Dritte

197 Schließlich kann das Sicherungseigentum durch gesetzlichen Eigentumserwerb, insbesondere nach §§ 946 ff. erlöschen. Auf guten Glauben kommt es bei diesen Tatbeständen nicht an.[61]

III. Die Verwertung des Sicherungseigentums

198 Solange der Schuldner seine Schuld erfüllt, merkt niemand etwas von dem Sicherungseigentum. Die Sache bleibt im Besitz des Schuldners. Der Gläubiger kann sie nicht herausverlangen.

199 Ist die Schuld getilgt, muss entweder das Sicherungsgut zurückübertragen werden (so der Regelfall in der Praxis), es sei denn, die Einigung wurde auflösend bedingt für den Fall des Erlöschens der gesicherten Forderung geschlossen.

200 Mit Eintreten des Sicherungsfalles endet aber das Besitzrecht des Schuldners. Er muss dann die Sache auf Verlangen an den Eigentümer herausgeben, der sie dann verwerten kann. Wann der Sicherungsfall vorliegt, ergibt sich aus der Sicherungsabrede. Im Zweifel liegt der Sicherungsfall bei Zahlungsverzug des Schuldners vor.[62]

201 Die meisten professionellen Sicherungsabreden enthalten Regelungen darüber, wie die Sache im Sicherungsfall verwertet werden kann. Fehlt eine Regelung, so können die Vorschriften über den Pfandverkauf (s.o. Rn. 130) herangezogen werden.[63]

60 *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 508 (dort zur Grundschuld).
61 Siehe dazu ausführlich im Skript „Sachenrecht II".
62 *Habersack* Sachenrecht Rn. 229.
63 *Habersack* Sachenrecht Rn. 229.

Hinweis

Gerät der Schuldner und Sicherungsgeber in die Insolvenz, wird das Sicherungseigentum wie ein Pfandrecht behandelt. Der Gläubiger hat nur ein Absonderungsrecht nach § 51 InsO. Das bedeutet – kurz und vereinfachend gesagt – Folgendes: Normalerweise erhält der Eigentümer einer Sache diese vom Verwalter des in die Insolvenz geratenen Schuldners zurück. Dies regelt § 47 InsO. Das ist die sogenannte *Aussonderung*. Wer nur ein Pfandrecht hat, hat nur das Recht zu verlangen, dass die Sache verwertet wird und er aus dem Erlös den ihm gebührenden Teil verlangen kann. Dieses Recht nennt man *Absonderung*. Zwar ist das Sicherungseigentum zivilrechtlich Volleigentum. In der Insolvenz wird es aber behandelt, als wenn der Sicherungseigentümer ein bloßes Pfandrecht hätte.

D. Der Eigentumsvorbehalt

I. Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes

202 Es dürfte nur wenig Menschen geben, die noch nie in ihrem Leben etwas unter Eigentumsvorbehalt gekauft haben. Alle haben mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit schon Gegenstände von jemandem erworben, der nicht Eigentümer derselben war, weil er sie selber unter Eigentumsvorbehalt bezogen hatte.

203 Der Eigentumsvorbehalt ist ein Kreditsicherungsmittel. Er sichert den Warenkredit ab, den der Lieferant dem Unternehmer einräumt, wenn er ihm Waren, wie man so schön sagt, „auf Ziel" verkauft. Auch beim Verbraucher kommt der Eigentumsvorbehalt häufig vor. Nahezu immer dann, wenn der Verkäufer dem Verbraucher Ratenzahlung einräumt, wird das Instrument des Eigentumsvorbehalts zur Absicherung des Warenkredits verwandt.

204 Im Gegensatz zur Sicherungsübereignung kannte das BGB den Eigentumsvorbehalt seit jeher und widmet ihm die Regelungen in § 449 (bis 31.12.2001: § 455 a.F.).

II. Grundstruktur des Eigentumsvorbehaltes

205 Mit dem Eigentumsvorbehalt haben wir uns bereits im Zusammenhang mit der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen ausführlich beschäftigt.[64]

Hinweis

Da die Auflassung nach § 925 Abs. 2 bedingungsfeindlich ist, kann es bei der Veräußerung von Immobilien keinen Eigentumsvorbehalt geben.

64 Skript „Sachenrecht II" unter Rn. 145 ff.

Wir können uns hier deshalb auf einen Überblick beschränken:

206 Der Eigentumsvorbehalt hat eine schuldrechtliche und eine sachenrechtliche Seite.

Gemäß § 433 ist der Verkäufer eigentlich verpflichtet, dem Käufer unbedingtes Eigentum und den Besitz an der Sache zu verschaffen. Gleichzeitig aber ist der Käufer nach dem gesetzlichen Leitbild des Kaufvertrages verpflichtet, sofort den gesamten Kaufpreis zu zahlen.

207 Auf der **schuldrechtlichen Ebene** werden diese Ansprüche beim Eigentumsvorbehalt modifiziert. Der Verkäufer ist nur verpflichtet, dem Käufer Besitz an der Sache sowie eine aufschiebend bedingte Einigung auf Erwerb des Eigentums nach vollständiger Bezahlung des Kaufpreises (oder sonstiger Forderungen) zu verschaffen. Dafür muss der Käufer den Kaufpreis nicht sofort, sondern später oder ggf. in Raten (je nach Parteivereinbarung) zahlen.[65]

208 Scharf von dieser schuldrechtlichen Ebene ist die **sachenrechtliche Seite** des Verkaufs unter Eigentumsvorbehalt zu trennen. Bei der dinglichen Einigung erklärt der Vorbehaltsverkäufer, dass er nur unter der aufschiebenden Bedingung der endgültigen Zahlung des Kaufpreises das Eigentum übertragen möchte (§ 158 Abs. 1).[66]

209 Der Eigentumsvorbehalt führt zu einem „dinglichen Zwitter": Dem Veräußerer bleibt zwar noch das Vollrecht (Eigentum). Er kann aber nicht mehr einseitig verhindern, dass dieses mit Bedingungseintritt (z.B. Zahlung des Kaufpreises) auf den Erwerber übergeht. Diese Position bezeichnet man bekanntlich auch als Anwartschaftsrecht.[67]

III. Varianten des Eigentumsvorbehalts

1. Einfacher Eigentumsvorbehalt

210 Die Bedingungen, von denen der Eigentumserwerb abhängen soll, können unterschiedlich ausgestaltet sein: Je nachdem unterscheidet man den einfachen Eigentumsvorbehalt von den Varianten des erweiterten Eigentumsvorbehalts.

211 Beim „einfachen Eigentumsvorbehalt" behält sich der Verkäufer das Eigentum an einer verkauften Sache bis zur Bezahlung des für diese Sache geschuldeten Kaufpreises vor. Eine entsprechende Auslegungsregel enthält § 449 Abs. 1.

Hinweis

In diesen Fällen ist ein einseitiger nachträglicher Verzicht des Verkäufers auf den Eigentumsvorbehalt möglich. In diesem Falle tritt mit dem Verzicht der Eigentumserwerb beim Käufer ein.[68] Sein Anwartschaftsrecht „erstarkt" dann zum Vollrecht.

65 Siehe dazu im Skript „Schuldrecht BT I" Rn. 10, 86, 129.
66 Siehe zum Problem des „vertragswidrigen" Eigentumsvorbehalts Palandt-*Weidenkaff* § 449 Rn. 11.
67 Siehe dazu ausführlich im Skript „Sachenrecht II" unter Rn. 144 ff.
68 Palandt-*Weidenkaff* § 449 Rn. 14.

2. Erweiterter Eigentumsvorbehalt

Von einem „erweiterten Eigentumsvorbehalt" spricht man, wenn der Eigentumserwerb des Erwerbers nicht bereits mit der Erfüllung der Kaufpreisforderung aus dem konkreten Kaufvertrag, sondern erst mit der Erfüllung weiterer Forderungen eintritt. Die Bedingung wird also um weitere Forderungen erweitert. 212

Folgende Varianten kommen dabei in Betracht:

a) Der Kontokorrentvorbehalt

Beim „Kontokorrentvorbehalt" wird vereinbart, dass nicht nur die Kaufpreisforderung aus dem konkreten Kaufvertrag zu begleichen ist, sondern dass der Käufer erst dann Eigentümer wird, wenn er sämtliche Forderungen aus der laufenden[69] Geschäftsbeziehung zum Verkäufer erfüllt hat.[70] 213

b) Der Konzernvorbehalt

Ein „Konzernvorbehalt" (oder „Drittvorbehalt") liegt dann vor, wenn auch Forderungen gegen andere Lieferanten, die demselben Konzern angehören wie der Vorbehaltsverkäufer, in die Bedingung einbezogen werden sollen.[71] 214

Nach § 449 Abs. 3 ist der Konzernvorbehalt auf Verkäuferseite immer unwirksam. Zulässig ist es aber, wenn der Eigentumsübergang davon abhängig gemacht wird, dass Forderungen des Verkäufers gegenüber Dritten erfüllt werden, die mit dem Käufer konzernmäßig verbunden sind.[72]

3. Der nachgeschaltete Eigentumsvorbehalt

Von einem „nachgeschalteten Eigentumsvorbehalt" spricht man dann, wenn der Käufer, der die Sache nur unter Eigentumsvorbehalt erworben hat, ohne den Eigentumsvorbehalt seines Lieferanten offen zu legen, die Sache seinerseits unter „Eigentumsvorbehalt" (d.h. unter dem Vorbehalt seines – angeblichen – Eigentums) an einen Dritten veräußert.[73] 215

Beispiel V liefert dem Großhändler K 100 Fernsehgeräte unter Eigentumsvorbehalt. K veräußert diese Geräte, ebenfalls unter Eigentumsvorbehalt, an den Einzelhändler D.

Streng genommen liegt in diesem Fall im Verhältnis K – D kein wirklicher Eigentumsvorbehalt des K vor, weil K vor Erfüllung seiner Kaufpreiszahlungspflicht gegenüber V noch kein Eigentum erlangt hat, welches er sich D gegenüber „vorbehalten" könnte. D kann in diesem Fall grundsätzlich erst dann Eigentümer werden, wenn K seine Kaufpreisschuld gegenüber V, und D seine Kaufpreisschuld gegenüber K beglichen hat.

Allerdings besteht die Möglichkeit, dass D das Eigentum – schon vor Zahlung des K an V – nach §§ 929 S. 1, 158 Abs. 1, 932 gutgläubig erwirbt, wenn D den Kaufpreisanspruch des K erfüllt.[74]

69 Lat. „Currere" bedeutet „laufen".
70 Palandt-*Weidenkaff* § 449 Rn. 19.
71 Palandt-*Weidenkaff* § 449 Rn. 22.
72 Palandt-*Weidenkaff* § 449 Rn. 22.
73 Palandt-*Weidenkaff* § 449 Rn. 17.
74 *BGH* NJW 1971, 1038.

4. Der weitergeleitete Eigentumsvorbehalt

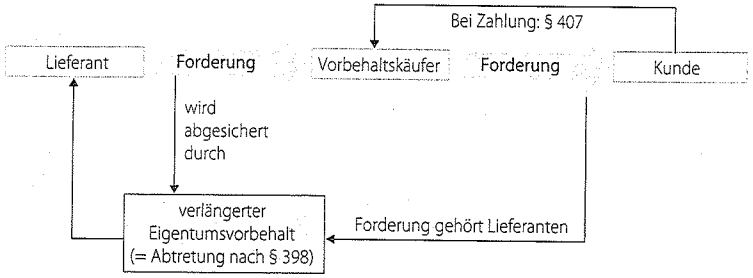
216 Ein „weitergeleiteter" Eigentumsvorbehalt liegt dann vor, wenn der Vorbehaltskäufer dem Dritten offen legt, dass er die Sache von dem Veräußerer unter Eigentumsvorbehalt erworben hat.[75] Der Dritte wird in diesem Fall erst dann Eigentümer, wenn K seine Kaufpreiszahlungspflicht gegenüber V erfüllt hat.

Beispiel K veräußert eine Sache an D „unter Vorbehalt des Eigentums des V".

5. Verlängerter Eigentumsvorbehalt

217

Die Grundstruktur des verlängerten Eigentumsvorbehalts (Zession der künftigen Forderung)



Eine weitere klausurwichtige Variante des Eigentumsvorbehalts ist der sog. „verlängerte Eigentumsvorbehalt", der regelmäßig dann zum Einsatz kommt, wenn der Verkäufer einen Händler oder Produzenten mit Waren beliefert. Dem Verkäufer droht hier ein Verlust seines Eigentums, weil er entweder den Vorbehaltskäufer nach § 185 ermächtigt hat, die Sache weiter zu veräußern bzw. durch gutgläubigen Erwerb der Kunden des Händlers (§§ 932 ff. und § 366 HGB) oder durch Verarbeitung durch den Vorbehaltskäufer (§ 946 ff.).

Durch eine Kombination mehrerer Vertragsklauseln will sich der Verkäufer ausreichende Sicherheiten verschaffen.

218 Der Verkäufer übereignet dem Käufer zunächst die Sache unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung (§§ 929, 158 Abs. 1), wobei auch die oben beschriebenen Erweiterungen denkbar sind.

219 Diese Bedingung wird für den Fall der **Belieferung eines Produzenten** kombiniert mit der sog. **„Mitherstellerklausel"**.[76]

Für den Fall einer Verarbeitung wird vereinbart, dass der Lieferant „Mithersteller" der neuen Ware i.S.v. § 950 ist. Die gesetzliche Folge einer solchen Vereinbarung besteht darin, dass der Verkäufer im Fall der Verarbeitung kraft Gesetzes Miteigentümer der neuen Sache wird. Sein Eigentumsvorbehalt endet also nicht in der Verarbeitung, sondern wird auf das neu hergestellte Gut „verlängert".

75 Palandt-*Weidenkaff* § 449 Rn. 16.
76 Zur Zulässigkeit dieser Klausel siehe im Skript „Sachenrecht II" unter Rn. 268.

Der Verkäufer ist natürlich daran interessiert, dass der Käufer die Ware an seine Kunden weiter veräußert und damit den Erlös erwirtschaftet, den er benötigt, um seine Kaufpreisschuld gegenüber dem Verkäufer zu tilgen. Der Verkäufer **ermächtigt** (§ 185 Abs. 1) den Käufer daher, die Ware im eigenen Namen – im gewöhnlichen Geschäftsverkehr – an Dritte weiter zu veräußern.[77] 220

Spätestens mit der Übereignung der Ware an die Kunden des Käufers erlischt nun jeglicher Eigentumsvorbehalt des Verkäufers. Der Verkäufer hat aber noch nicht unbedingt sein Geld bekommen. Um auch nach dem Vertrieb der Ware abgesichert zu sein, lässt sich der Verkäufer die aus der Weiterveräußerung entstehenden Forderungen durch den Käufer im Voraus zur Sicherung seiner eigenen Kaufpreisforderung abtreten, sog. **antizipierte Forderungsabtretung** nach § 398.[78] 221

Schließlich ermächtigt der Verkäufer den Käufer, die abgetretene Kaufpreisforderung im eigenen Namen einzuziehen. Diese Möglichkeit einer **Einziehungsermächtigung** ist in §§ 362 Abs. 2, 185 Abs. 1 vorgesehen. Die Ermächtigung ist gewöhnlicherweise mit der Verpflichtung des Käufers verbunden, die eingezogenen Beträge – im Umfang der noch offenen Kaufpreisschuld – an den Vorbehaltsverkäufer weiter zu leiten.[79] 222

E. Die Sicherungszession

I. Überblick über die Sicherungszession

Die Abtretung von Forderungen zur Absicherung von Krediten hat eine enorme praktische Bedeutung. Ähnlich wie die Sicherungsübereignung ist sie von der Praxis entwickelt worden, weil das vom historischen Gesetzgeber eigentlich vorgesehene Instrument „Verpfändung der Forderung" den Bedürfnissen der Wirtschaft nicht entspricht (s.o. Rn. 173 f.). 223

Erinnern Sie sich noch an den Vorzug der Sicherungszession gegenüber der Verpfändung einer Forderung?

Als Kreditsicherungsmittel kommt die Sicherungszession in der Praxis vor allem als Globalzession zugunsten einer Bank oder zugunsten des Warenlieferanten als „Baustein" beim sog. „verlängerten Eigentumsvorbehalt" zum Einsatz.

Beim **verlängerten Eigentumsvorbehalt** tritt der Erwerber einer unter Eigentumsvorbehalt stehenden Sache dem Lieferanten seine künftige Forderung aus der Weiterveräußerung ab (dazu Rn. 217). 224

Dasselbe gilt bei der Vereinbarung einer Verarbeitungsklausel, die mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt kombiniert wird. Hier wird zwar der Vorbehaltskäufer nicht Eigentümer der hergestellten Sache, sondern vielmehr der Lieferant (vgl. Rn. 219). Aber spätestens mit der (regelmäßig erlaubten) Veräußerung an den Dritten verliert der Lieferant sein Eigentum. An die Stelle des Eigentums tritt die Forderung des Käufers gegen den Dritten.

Die **Globalzession** ist das typische Kreditsicherungsmittel für den Geldkreditgeber.[80] 225

77 Palandt-*Weidenkaff* § 449 Rn. 18.
78 Siehe zur Sicherungszession auch Rn. 223 ff.
79 Palandt-*Weidenkaff* § 449 Rn. 18.
80 Palandt-*Grüneberg* § 398 Rn. 27.

Von einer Globalzession spricht man, wenn der Schuldner einem Gläubiger sämtliche oder jedenfalls in einem bestimmten Bereich sämtliche Forderungen zur Sicherheit abtritt.

Man kann wohl davon ausgehen, dass bei jenen Unternehmen, die in nennenswertem Umfang Bankkredite zur Finanzierung ihres Geschäftsbetriebes in Anspruch nehmen, die Forderungen aus Lieferung und Leistung im Rahmen einer Globalzession an die jeweiligen Banken abgetreten sind – mit anderen Worten: bei fast allen Unternehmen. Die Globalzession ist, wie die mit ihr dogmatisch sehr verwandte Sicherungsübereignung, ein fiduziarisches Sicherungsmittel: Der Schuldner überträgt dem Gläubiger das Vollrecht an den Forderungen, obwohl wirtschaftlich eigentlich nur die Absicherung der Forderung des Gläubigers, also ein Pfandrecht gewollt ist.

226 Wir wollen uns nun die Probleme der Sicherungszession anhand der klausurtypischen Prüfung (irgend)eines Anspruchs aus abgetretenem Recht ansehen. Die Prüfung erfolgt also aus der Perspektive des Sicherungsnehmers (Warenlieferant, Darlehensgeber).

II. Probleme in der Anspruchsprüfung

227 Anspruch aus abgetretenem Recht (Sicherungszession)

I. Anspruchsentstehung
1. Entstehung des abgetretenen Anspruchs
2. Wirksame Abtretung
   a) Abtretungsvereinbarung
      - Bestimmtheit Rn. [illegible]
   b) Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen
      - AGB – Klauseln Rn. [illegible]
      - Sittenwidrigkeit Rn. [illegible]
      - Kollision verlängerter EV/Globalzession Rn. [illegible]
   c) Abtretungsbefugnis des Zedenten
   d) (Keine) Abtretungsverbote (§§ 399, 400)
      - Vertragliche Abtretungsverbote Rn. [illegible]

II. Rechtsvernichtende Einwendungen
1. Allgemeine Regeln (§§ 404, 406, 407 beachten!)
2. Rückfall der Forderung wegen Bedingung
3. Gläubigerwechsel durch Zwischenverfügung
   - Verwertung durch Factoring Rn. [illegible]

III. Durchsetzbarkeit
1. Fälligkeit
2. Einreden (§ 404 beachten!)

1. Entstehung des Anspruchs aus abgetretenem Recht

a) Anspruch zwischen Zedent und Drittem

Hinweis 228

Bei der Abtretung nennt man den Abtretenden „Zedenten" und den Erwerber der Forderung „Zessionar". Diese beiden Begriffe werden gerne verwechselt. Vielleicht hilft Ihnen folgende Eselsbrücke: in Erwerber steckt das ‚R'. Deshalb ist er der ZessionaR.

Gegenstand der im Voraus abgetretenen Forderung ist der Anspruch zwischen dem Zedenten (Verkäufer, Darlehensnehmer) und dem Dritten (Anspruchsgegner). Dieser Anspruch muss natürlich seinerseits erst entstanden sein, weil ansonsten die Abtretung selbst ins Leere griffe.

Beispiel: Lieferant L verkauft unter verlängertem Eigentumsvorbehalt an Händler H Flachbildfernseher. Der 16-jährige K kauft bei H online einen solchen Fernseher ohne Einwilligung oder spätere Genehmigung seiner Eltern. H liefert den Fernseher gegen Rechnung an K.

Die Forderung des H gegen K ist wegen der Minderjährigkeit des K und fehlender Zustimmung der gesetzlichen Vertreter nach §§ 106, 107, 108 Abs. 1 nicht entstanden. Folglich gibt es auch keine Forderung, die H an L zur Sicherheit abtreten konnte.

Im Übrigen sind unter diesem Gliederungspunkt alle Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs des Zedenten gegen den Dritten nach den allgemeinen Regeln zu prüfen.

JURIQ-Klausurtipp

Sie können das Bestehen der abgetretenen Forderung aufbaumäßig auch erst unter Verfügungsbefugnis des Zedenten (siehe Rn. 237) behandeln.[81]

b) Wirksame Abtretung des Anspruchs

aa) Abtretungsvereinbarung

Die Abtretung nach § 398 ist wie die Übereignung nach § 929 ein dingliches Rechtsgeschäft mit Verfügungswirkung. Die Abtretung kommt durch einen Vertrag zustande, dessen Inhalt darin besteht, dass die Forderung des bisherigen Gläubigers (Zedent) auf den neuen Gläubiger (Zessionar) übergeht.[82] 229

Genauso wie die Übereignung vom schuldrechtlichen Grundgeschäft losgelöst zu betrachten ist (Rn. 179), ist auch die Abtretung ein vom Kausalgeschäft losgelöstes Rechtsgeschäft.

Deshalb verwundert es auch nicht, dass auch bei der Abtretung strukturell die gleichen Fragen auftreten wie bei der schon behandelten Übereignung. Es ist auch hier anerkannt, dass **künftige Forderungen** abgetreten werden können. Die Forderungen müssen in der „antizipierten" (= vorweggenommenen) Abtretungsvereinbarung nur **hinreichend bestimmbar** sein.[83] 230

81 So z.B. *Petersen* Allgemeines Schuldrecht Rn. 413.
82 Siehe zur Abtretung ausführlich im Skript „Schuldrecht AT I" Rn. 7 ff.
83 Siehe dazu im Skript „Schuldrecht AT I" Rn. 24 ff.

Das ist bei Forderungen, die aus dem **verlängerten Eigentumsvorbehalt** stammen, für sich genommen erst einmal einfach, da der Vorbehaltsverkäufer dabei auf seine Ware Bezug nehmen kann – der Vorbehaltsverkäufer vereinbart mit seinem Käufer etwa: „Sämtliche Forderungen des Händlers aus dem Verkauf einer von uns gelieferten Ware sind (in Höhe ihres Rechnungswertes) an uns abgetreten." Diese Formulierung ist bestimmt genug, da sich die abgetretenen Forderungen des Käufers eindeutig individualisieren lassen: Es sind alle Forderungen des Käufers gegen dessen Kunden aus dem Verkauf einer Ware, die der Käufer vom Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt bezogen hat; bei Verwendung des obigen Klammerzusatzes geht die Abtretung über den Rechnungsbetrag für die gelieferte Ware nicht hinaus.

Die Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes ist auch bei der **Globalzession** das geringere Problem. Entweder werden „alle Forderungen aus Lieferung und Leistung" abgetreten, was an Bestimmtheit nicht zu überbieten ist. Es kommen aber auch Fallgestaltungen vor, in denen dem Gläubiger die Forderungen gegen Kunden, deren Nachnamen mit z.B. „A bis einschließlich M" beginnen, abgetreten werden. Auch das ist bestimmt genug.

BGB-Klausurtipp

Im Fall einer antizipierten Abtretung einer Vielzahl von Forderungen müssen Sie an dieser Stelle noch kurz darauf hinweisen, ob die von Ihnen geprüfte Forderung des Zedenten gegen den Anspruchsgegner auch von der abstrakt gefassten Abtretungsvereinbarung erfasst ist.

bb) Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen

231 Für die Abtretung als vertragliches Rechtsgeschäft gelten die allgemeinen Regeln über die Wirksamkeit eines vertraglichen Rechtsgeschäfts.[84] Wir wollen hier nur auf eine Unwirksamkeit wegen Unwirksamkeit der Einbeziehung in AGB sowie **anfänglicher Übersicherung** eingehen:

(1) Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1

232 Da eine Abtretungsvereinbarung in der Regel durch Verwendung von **AGB** zustande kommt, ist aber fraglich, ob eine solche Abtretung nicht wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 unwirksam ist. Der BGH hat dies im Rahmen eines **verlängerten Eigentumsvorbehalts** grundsätzlich dann angenommen, wenn die Abtretung der Höhe nach nicht auf den Wert der Forderung des Verwenders (= Vorbehaltsverkäufer) beschränkt ist, da ansonsten von Anfang an eine unangemessene Übersicherung des Lieferanten droht.[85] Den Vorbehaltsverkäufern bleibt daher nichts anders übrig, als die Höhe der Forderung bei der Vereinbarung des verlängerten Eigentumsvorbehalts zu begrenzen. Der BGH hat eine Abtretung *„in Höhe des Rechnungswertes unserer Forderung"* für ausreichend bestimmt und wirksam gehalten.[86]

84 Siehe dazu im Skript „BGB AT II".
85 *BGH* NJW 1987, 487; Palandt-*Grüneberg*, § 398 Rn. 17.
86 *BGH* a.a.O.; siehe dazu auch im Skript „Schuldrecht AT I" unter Rn. 16.

(2) Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 1

233 Wenn bereits bei Abtretung feststeht, dass in dem – zeitlich noch ungewissen – Verwertungsfall ein **auffälliges Missverhältnis** zwischen dem realisierbaren Wert der abgetretenen Forderung und der gesicherten Forderung des Lieferanten bestehen wird, ist die Abtretung bei **Überschreitung bestimmter Wertgrenzen** und **rücksichtlosem Vorgehen** des Lieferanten wegen anfänglicher Übersicherung sittenwidrig und damit nichtig.[87] Dahinter steht der Gedanke, dass dem Händler in einem solchen Fall unnötig viele Forderungen entzogen werden, die dem Zedenten dann für andere Kreditgeschäfte nicht mehr als Sicherungsmittel zur Verfügung stehen.

234 Eine objektive Übersicherung wird vermutet, wenn der (realisierbare) Wert der abgetretenen Forderungen und sonstigen Sicherheiten bei Abtretung voraussichtlich mehr als 300 % des Werts der gesicherten Forderungen ausmacht.[88] Zur Ermittlung des realisierbaren Werts ist entsprechend § 237 S. 1 vom Nennbetrag einer Forderung ein Abschlag von 1/3 vorzunehmen.[89]

Beispiel Händler A tritt der B Bank zur Sicherung eines Darlehens in Höhe von 100 000 € alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen gegen seine Kunden mit den Anfangsbuchstaben der Nachnamen/Firmenbezeichnungen A – K ab.

Sein Umsatz mit diesen Kunden beträgt jährlich durchschnittlich 480 000 €.

Hier besteht eine anfängliche Übersicherung, da der realisierbare Wert der Forderungen entsprechend § 237 S. 1 mit 320 000 € anzusetzen ist und damit über 300 % der gesicherten Forderungen ausmacht. Liegt das Ausfallrisiko der B aufgrund zahlreicher Insolvenzen im Abnehmermarkt des A voraussichtlich bei 50 %, ist eine Wertkorrektur nicht nur in Höhe von 1/3, sondern in Höhe von 50 % gerechtfertigt. Dann liegt der realisierbare Wert der Forderungen etwa bei 240 000 €, so dass in dieser Konstellation eine anfängliche Übersicherung zu verneinen ist.

Eine anfängliche Übersicherung ist beim verlängerten Eigentumsvorbehalt nur dann denkbar, wenn mehrere Lieferanten Einzelteile geliefert haben, die dann zu einer wesentlich teureren Sachgesamtheit zusammengesetzt wurden oder wenn die durchsetzbare Gewinnmarge des Händlers tatsächlich so groß ist, dass sein Verkaufspreis und damit die abzutretende Forderung den Einkaufspreis um mehr als 200 % übersteigt.

235 In subjektiver Hinsicht erfordert die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1, dass der Lieferant die Umstände der Übersicherung kannte oder doch zumindest kennen musste.[90]

Hinweis

Beachten Sie bitte, dass bei Verwendung einer Abtretungsklausel in AGB eine Übersicherung bereits zur Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 führt, der als speziellere Regelung vor § 138 Abs. 1 geprüft wird und bei dem es weder auf bestimmte Wertgrenzen noch auf eine subjektive Vorwerfbarkeit ankommt.[91]

87 *BGH* NJW 1998, 2047; Palandt-*Ellenberger* § 138 Rn. 97.
88 Palandt-*Ellenberger* § 138 Rn. 97.
89 Palandt-*Ellenberger* Überbl v § 232 Rn. 2.
90 Palandt-*Ellenberger* § 138 Rn. 8.
91 Palandt-*Ellenberger* § 138 Rn. 16.

236 Droht eine Übersicherung erst durch Hinzutreten weiterer Umstände nach Abtretung, ist § 138 Abs. 1 mangels anfänglicher Übersicherung zu verneinen.

Eine nachträgliche Übersicherung kann gerade bei einer Globalzession schnell auftreten. Der abgetretene Forderungsbestand unterliegt einem ständigen Wechsel – sog. „revolvierender Bestand": Alte Forderungen werden erfüllt und erlöschen (§ 407!), neue werden begründet und treten aufgrund der globalen Vorausabtretung hinzu. Wenn nun der gesicherte Anspruch teilweise erlischt und/oder der Wert der hinzutretenden, abgetretenen Forderungen steigt, erhält der Zessionar auf einmal mehr Sicherheit als notwendig. Wegen dieser theoretisch stets gegebenen Möglichkeit ist die Abtretung aber nicht sittenwidrig, sondern nur, wenn die Übersicherung von Anfang an feststeht.

Stets begründet eine nachträgliche Übersicherung aber einen Anspruch auf Freigabe der überschießenden Sicherheit, auch wenn dieser Anspruch nicht ausdrücklich geregelt wird. Dieser Freigabeanspruch wird im Wege ergänzender Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 gewonnen – eine abweichende Regelung in AGB ist wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 unwirksam.[92] Ein solcher Anspruch entsteht, wenn der realisierbare Wert der Sicherungsgegenstände 110 % der gesicherten Forderungen und damit die sog. „Deckungsgrenze" überschreitet.[93] Entsprechend § 237 S. 1 ist der realisierbare Wert eines Sicherungsgegenstandes auch hier durch einen Abschlag von 1/3 vom Nenn- oder Verkehrswert zu ermitteln. Unter Berücksichtigung dieses Abschlages kann man auch so formulieren: Der Freigabeanspruch entsteht, wenn der Nennwert des Sicherungsgegenstandes 150 % der gesicherten Forderung übersteigt.[94] Die Werte für die Entstehung eines Freigabeanspruches liegen also deutlich unter den Werten, die eine Sittenwidrigkeit wegen anfänglicher Übersicherung begründen können.

cc) Verfügungsbefugnis des Zedenten

237 Wie jedes Verfügungsgeschäft bedarf auch die Abtretung zu ihrer Wirksamkeit der Verfügungsbefugnis des Veräußerers (= Zedenten). Grundsätzlich steht die Verfügungsberechtigung dem Gläubiger der abgetretenen Forderung zu.[95]

238 Bei der Abtretung gilt grundsätzlich das sogenannte **Prioritätsprinzip**, wonach die zeitlich frühere der zeitlich späteren Abtretung vorgeht.[96]

Beispiel: Händler H tritt im Rahmen einer Globalzession seiner Bank B sämtliche, auch künftige Forderungen aus Lieferung und Leistung ab. Danach schließt er mit Lieferant L einen Vertrag, wonach L den H mit Waren beliefert, sich das Eigentum an der Ware bis zur Kaufpreiszahlung vorbehält und ihm die aus der Weiterveräußerung der Ware entstehenden Forderungen des H in Höhe des Rechnungswertes der von L gelieferten Ware abgetreten werden.

92 *BGH* in BGHZ 137, 212 ff. = NJW 1998, 671 ff.; Palandt-*Grüneberg* § 307 Rn. 149.
93 *BGH* in BGHZ 137, 212 ff. = NJW 1998, 671 ff.
94 Palandt-*Ellenberger* § 138 Rn. 97.
95 Siehe dazu ausführlich im Skript „Schuldrecht AT I" Rn. 19 ff.
96 Das Prioritätsprinzip ist für sich genommen unstreitig: *Westermann* Sachenrecht Rn. 198; *Habersack* Sachenrecht Rn. 267; Palandt-*Grüneberg* § 398 Rn. 27.

Hier hat also der H der B seine Forderungen schon abgetreten, bevor er sie dem L noch einmal abtrat. Nach dem Prioritätsprinzip konnte der L durch die Abtretung somit nichts erwerben (vgl. § 185 Abs. 2 S. 2).[97]

239 Dies ist aber nur dann richtig, wenn die frühere Abtretung auch wirksam war. Die zwischen H und B vereinbarte Globalzession könnte wegen Verstoßes gegen § 138 nichtig sein. Da Globalzessionen typischerweise auch die künftigen Forderungen umfassen, ist der Konflikt mit einem Lieferanten, der nach Abschluss der Globalzession unter verlängertem Eigentumsvorbehalt liefert, vorprogrammiert.

Die herrschende Meinung (und insbesondere die Rechtsprechung) löst den Konflikt zugunsten des Lieferanten: Danach sind Globalzessionen in AGB nach § 307, sonst nach § 138 Abs. 1 unwirksam, wenn sie sich auch auf solche Forderungen erstrecken, die im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts abgetreten werden.[98]

Hinweis

Eine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 entfällt, wenn der Sicherungsnehmer (= Zessionar) nicht mit einer Kollision mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalts rechnen musste.[99] Es fehlt dann an der für die Sittenwidrigkeit regelmäßig erforderlichen verwerflichen Gesinnung.

Die Begründung der Rechtsprechung beruht auf der sog. „Vertragsbruchlehre": Eine Globalzession verleite den Kunden der Bank dazu, seine Lieferanten bei Abschluss des von diesen regelmäßig gewünschten Eigentumsvorbehalts darüber zu täuschen, dass er die künftigen Forderungen bereits abgetreten habe.

Entgehen kann die Bank der Nichtigkeitsfolge nur, wenn sie mit dem Schuldner eine sog. **„dingliche Teilverzichtsklausel"** vereinbart. Die Bank muss also mit dem Zedenten vereinbaren, dass solche Forderungen, die einem verlängerten Eigentumsvorbehalt unterliegen, nicht von der Globalzession umfasst sein sollen.[100]

Eine sog. „schuldrechtliche Verzichtsklausel", wonach die Bank sich verpflichtet, den Lieferanten, die unter verlängertem Eigentumsvorbehalt geliefert haben, die Forderung abzutreten, soll dagegen nicht genügen.

JURA-Klausurtipp

Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass diese Rechtsprechung alles andere als unumstritten ist.[101] Dies mit gutem Grund, denn die Begründung ist durchaus angreifbar. Für die Klausur im Examen empfehle ich aber dringend, diese Rechtsprechung zu übernehmen. Der Aufbau

97 Siehe dazu ausführlich im Skript „Schuldrecht AT I" Rn. 24 ff.
98 *BGH* NJW 1999, 940; Palandt-*Ellenberger* § 138 Rn. 77.
99 *BGH* NJW 1999, 940.
100 *Habersack* Sachenrecht Rn. 268.
101 Siehe nur *Westermann* Sachenrecht Rn. 198, der „nicht recht einsehen" will, warum der Lieferantenkredit wertvoller ist als der Bankkredit. Außerdem zweifelt er, dass ein „dinglicher Verzicht" zugunsten Dritter sachenrechtlich konstruiert werden kann.

einer Examensklausur folgt in aller Regel der gefestigten Rechtsprechung. Würden Sie dann entgegen dieser Rechtsprechung eine Nichtigkeit ablehnen, könnte es Ihnen passieren, dass Sie dann nicht mehr zu Folgeproblemen gelangen.

dd) (Keine) Abtretungsverbote

240 Wie wir bereits aus dem Allgemeinen Schuldrecht wissen, können der Wirksamkeit der Abtretung die Verbote der §§ 399, 400 entgegenstehen.[102]

Bitte lesen Sie ich § 399 jetzt inmal durch.

241 Wir konzentrieren uns hier auf den wichtigen Fall des **vereinbarten Abtretungsverbots nach § 399 Var. 2** (auch lateinisch „pactum de non cedendo" genannt).

Eine Forderung kann nach § 399 Var. 2 grundsätzlich nicht abgetreten werden, wenn zwischen dem Zedenten und dem Schuldner die Abtretung durch Vertrag ausgeschlossen wurde. Viele Teilnehmer am Wirtschaftsleben – gerade die großen Unternehmen und besonders auch die öffentliche Hand – hatten deshalb in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Abtretungsverbot vorgesehen. Damit wollten die Unternehmen den mit einer Abtretung verbundenen erhöhten Aufwand vermeiden. Das brachte viele Unternehmen in erhebliche Schwierigkeiten.

Es ist nämlich gängige Praxis, dass ein Produzent bzw. Händler seine Waren nur bekommt, wenn er mit dem Lieferanten einen verlängerten Eigentumsvorbehalt abschließt. Wenn aber der Kunde des Händlers seinerseits eine Abtretung der Forderung des Händlers ausschließt – wogegen sich mittelständische Unternehmen bei Großkunden kaum wehren konnten –, hatte der Händler im Grunde keine Wahl: Er musste gegenüber seinem Lieferanten vertragsbrüchig werden,[103] um Waren zu bekommen oder er musste auf den Auftrag verzichten, was oft wegen der Größe des Kunden keine wirtschaftlich vertretbare Alternative war. Also traten die Händler die Forderung trotz Abtretungsverbots an ihre Lieferanten ab. Solange alles gut geht, merkt das auch niemand (stille Zession). Zum Schwur kommt es aber regelmäßig in der Krisensituation.

242 Es wurde deshalb diskutiert, ob ein **formularmäßiges Abtretungsverbot** im Vertrag zwischen Zedenten und Schuldner gegen § 307 verstößt. Dies wurde von der Rechtsprechung ebenso verneint wie eine Nichtigkeit des Abtretungsverbotes wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1.[104]

JURIQ-Klausurtipp

Als Argument können Sie in einer Klausur ausführen, dass der Gesetzgeber in § 399 Var. 2 die Möglichkeit eines Abtretungsverbotes ohne besonderes Formerfordernis vorgesehen hat und der Verwender einer Verbotsklausel damit nur von einer gesetzlich zugelassenen Möglichkeit Gebrauch macht. Ferner ist das Interesse des Schuldners an Übersichtlichkeit und Eindeutigkeit seiner Verbindlichkeiten schutzwürdig.

102 Siehe dazu im Skript „Schuldrecht AT I" Rn. 29 ff.
103 Um nicht das böse Wort „Betrug" zu verwenden.
104 *BGH* NJW 1997, 3434 f.; siehe aus neuerer Zeit: *BGH* NJW 2006, 3486.

243 Der Gesetzgeber hat darauf mit der Einführung des **§ 354a HGB** reagiert. Ein vereinbartes Abtretungsverbot steht nach § 354a Abs. 1 S. 1 HGB der Abtretung einer **Geldforderung** (doch) nicht entgegen, wenn das Geschäft für beide Seiten ein Handelsgeschäft ist oder der Schuldner eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist.

Der Sinn dieser Vorschrift ist eindeutig: In diesen Fällen soll es möglich sein, den verlängerten Eigentumsvorbehalt mit dem Vorlieferanten vereinbaren zu können, ohne der Gefahr eines Vertragsbruches ausgesetzt zu sein.

Hinweis

Nach der Einführung des § 354a Abs. 2 HGB im Jahr 2008 gilt die Regelung des § 354a Abs. 1 HGB nicht für Forderungen aus Darlehensverträgen, deren Gläubiger ein Kreditinstitut i.S.d. KWG darstellt. Der Kaufmann kann also z.B. im Darlehensvertrag mit seiner Bank eine Abtretung der Ansprüche auf Zins und Tilgung an Dritte gem. § 399 Var. 2 wirksam ausschließen.

244 Ein vereinbartes Abtretungsverbot wird außerhalb des Geltungsbereichs des § 354a Abs. 1 HGB nicht nur im Zusammenhang mit der Prüfung des abgetretenen Anspruchs relevant. Ein wirksames Abtretungsverbot hat auch erhebliche Konsequenzen für den **dinglichen Rechtserwerb** der unter Eigentumsvorbehalt stehenden Sache durch den Kunden des Händlers. Zwar ist dem Händler beim verlängerten Eigentumsvorbehalt regelmäßig die Veräußerung der Sache gestattet. Insofern handelt er mit Ermächtigung des Eigentümers und damit als Berechtigter (s. Rn. 185 f.). Die Veräußerung an einen Dritten unter wirksamer Vereinbarung eines Abtretungsverbots ist aber nicht mehr von der Ermächtigung des Lieferanten gedeckt. Der Lieferant hat schließlich durch die Wahl der Abtretungsklausel im verlängerten Eigentumsvorbehalt zu erkennen gegeben, dass er zwar der Veräußerung der gelieferten Ware durch den Händler zustimmt, allerdings nur, wenn er durch die Abtretung des Kaufpreisanspruches gesichert ist.

Der Händler übereignet bei wirksamer Vereinbarung eines Abtretungsverbots – und wenn § 354a Abs. 1 HGB nicht eingreift[105] – also als Nichtberechtigter. Eigentum kann der Dritte dann also originär nur erwerben, wenn er gutgläubig war. Das Abtretungsverbot zeigt aber regelmäßig, dass der Dritte förmlich damit rechnet, dass sein Vertragspartner nicht Eigentümer ist, sondern die Ware unter verlängertem Eigentumsvorbehalt bezogen hat und deswegen seine Forderung abtreten will.[106] Dann ist der Dritte im Hinblick auf das Eigentum des Händlers bösgläubig. Außerdem scheidet auch eine Gutgläubigkeit in Bezug auf die Verfügungsbefugnis des Händlers i.S.d. § 366 Abs. 1 HGB aus, weil der Dritte angesichts seines Abtretungsverbots nicht mehr von einer Ermächtigung des Händlers ausgehen kann.[107]

105 Siehe dazu *K. Schmidt* NJW 1999, 440 f.
106 *Habersack* Sachenrecht Rn. 266; Palandt-*Grüneberg* § 399 Rn. 10.
107 *BGH* NJW 1999, 425 f.; *Habersack* Sachenrecht Rn. 266.

2. Rechtsvernichtende Einwendungen

a) Allgemeine Einwendungstatbestände

245 Auf den abgetretenen Anspruch finden die allgemeinen Regeln Anwendung. Er erlischt also insbesondere durch Erfüllung oder Erfüllungssurrogate. Wird der Zedent – wie beim „verlängerten Eigentumsvorbehalt" – vom Zessionar ermächtigt, die Forderung im eignen Namen einzuziehen, tritt Erfüllung nach § 362 Abs. 2 i.V.m. § 185 Abs. 1 ein, wenn der Schuldner die Leistung beim Zedenten bewirkt.

246 Alle bei Abtretung bereits begründeten Einwendungen bleiben dem Anspruchsgegner nach § 404 erhalten. Eine Aufrechnung, die dem Anspruchsgegner gegenüber dem Zedenten zum Zeitpunkt der Abtretung möglich gewesen wäre, kann er unter den Voraussetzungen des § 406 trotz der jetzt fehlenden Gegenseitigkeit gegenüber dem Zessionar ausüben.[108]

247 Da der Drittschuldner von der Zession erst einmal nichts erfährt („stille Zession"), ist schließlich an eine Schuldbefreiung nach § 407 durch Leistung an Zedenten (Altgläubiger) oder schuldbefreiendes Rechtsgeschäft mit diesem (etwa Aufrechnung gegenüber Zedent oder Leistung an Erfüllungs statt mit Zustimmung des Zedenten) zu denken.[109]

b) Forderungsrückfall an Sicherungsgeber bei Bedingung

248 Die Sicherungszession ist ein nichtakzessorisches Sicherungsrecht, dessen Bestand also nicht von der gesicherten Forderung abhängt. Im Rahmen der Vertragsfreiheit ist den Parteien aber unbenommen, der Erfüllung der gesicherten Forderung auch eine unmittelbare Wirkung auf die Sicherheit zu verleihen.

Lesen Sie jetzt bitte den § 158 im Gesetz mit!

Die Parteien können die Abtretung der Forderungen auflösend bedingt (§ 158 Abs. 2) vereinbaren oder eine aufschiebend bedingte (§ 158 Abs. 1) Rückabtretung an den Zedenten vereinbaren. Bedingung ist dann in beiden Fällen die Erfüllung der gesicherten Verbindlichkeit.[110]

Allerdings ist dies in der Praxis ebenso selten wie die gleiche Konstruktion bei der Sicherungsübereignung, wie wir oben Rn. 182 gesehen haben. Auch die verschiedentlichen Versuche, einen entsprechenden Parteiwillen in die Handlungen der Beteiligten hineinzuinterpretieren, scheitern in der Regel an der hinreichend klaren Vertragssprache.[111]

c) Gläubigerwechsel durch weitere Verfügung

aa) Weiterverfügung des Sicherungsnehmers

Lesen Sie hierzu bitte § 137.

249 Deutlich gefährlicher als die Sicherungsübereignung ist die Sicherungszession, wenn der Sicherungsnehmer (Warenlieferant oder Bank) die abgetretene Forderung entgegen der Sicherungsvereinbarung an einen Dritten abtritt.

108 Skript „Schuldrecht AT I" Rn. 225 ff.
109 Siehe dazu im Skript „Schuldrecht AT I" Rn. 182 ff. und Rn. 230.
110 *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 498.
111 *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 498.

Hinweis

Beachten Sie bitte, dass eine weitere Verfügung des Sicherungsnehmers im Sicherungsvertrag wegen § 137 S. 1 nicht wirksam ausgeschlossen werden kann. Ein Abtretungsverbot kann gem. § 399 Var. 2 nur zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbart werden (s.o. Rn. 240).[112] Der Sicherungsgeber (Zedent) kann bei der Sicherungszession dinglich also nicht verhindern, dass der Sicherungsnehmer (Zessionar) die ihm übertragene Forderung wirksam an einen Dritten abtritt.

Dieser Dritte kann nun als neuer Gläubiger gegen den Schuldner der abgetretenen Forderung vorgehen. Nur dann, wenn die Erfüllung der gesicherten Forderung Bedingung für eine schon vereinbarten Rückfall war (Rn. 248), ist der Sicherungsgeber (Vorbehaltskäufer, Darlehensnehmer) dinglich geschützt. Mit Eintritt der Bedingung fällt die Forderung mit Rückwirkung wieder an ihn zurück (§ 161 Abs. 1 S. 1, Abs. 2).

250 Ansonsten bleibt dem Sicherungsgeber nur der Schadenersatzanspruch gegen den Sicherungsnehmer, der pflichtwidrig[113] die zur Sicherheit abgetretenen Forderungen einem Dritten übertragen hat.[114] Mit diesem Anspruch kann er dann gegen die gesicherte Verbindlichkeit aufrechnen. Das nützt dem Sicherungsgeber allerdings wenig, wenn er die gesicherte Forderung bereits ganz oder im Wesentlichen getilgt hatte. Hier bleibt ihm nur, gegen seinen Gläubiger, also den Sicherungsnehmer, seinen Schadenersatzanspruch durchzusetzen.

Hinweis

Zur „Ehrenrettung" der Banken sei angemerkt, dass solche Verhaltensweisen eher die Ausnahme als die Regel sind.

bb) Weiterverfügung des Sicherungsgebers

251 Tritt der Sicherungsgeber seine Forderung ein weiteres Mal an einen Dritten ab, kann diese Folgeabtretung nach dem Prioritätsprinzip nicht wirksam sein. Das haben wir uns bereits oben beim „Aufeinanderprallen" von Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt angesehen.

252 Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn der Sicherungsnehmer (Zessionar) den Sicherungsgeber (Zedent) nach § 185 Abs. 1 ermächtigt hat, die abgetretene Forderung im eigenen Namen einziehen zu dürfen. Eine solche Ermächtigung ist regelmäßiger Bestandteil eines „verlängerten Eigentumsvorbehalts" (siehe Rn. 222). Nun bedeutet „Einziehen" vom Wortsinn her nicht „Abtreten". Allerdings kann der Sicherungsgeber (also der Vorbehaltskäufer beim verlängerten Eigentumsvorbehalt) durch die Veräußerung der Forderung im Wege des **„echten Factorings"** an einen Factor aus Sicht des Vorbehaltsverkäufers wirtschaftlich

112 Bei der Vorschrift des § 399 Var. 2 handelt es sich um eine gesetzliche Ausnahme vom Grundsatz des § 137 S. 1.
113 Verletzt wird – konstruktiv ist beides denkbar – entweder eine auf Unterlassung gerichtete Leistungspflicht aus dem Sicherungsvertrag oder eine Rücksichtspflicht gem. § 241 Abs. 2.
114 *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht Rn. 505.

dasselbe Ergebnis erzielen, das er erreicht hätte, wenn er die Forderung erlaubtermaßen selber von seinem Kunden eingezogen hätte.

Hinweis

Der „echte" Factoringvertrag ist ein Forderungskaufvertrag,[115] bei dem sich der Verkäufer gem. §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 verpflichtet, dem Käufer die verkaufte Forderung (durch Abtretung) zu verschaffen. Für die Bonität haftet der Verkäufer nicht, da diese weder einen Sach- noch Rechtsmangel der Forderung darstellt.[116] Dies unterscheidet das „echte" Factoring vom „unechten" Factoring, bei dem der Zedent das Ausfallrisiko[117] wegen fehlender Bonität des Schuldners übernimmt. Der vom Factor für die Forderung gezahlte Betrag steht dem Zedenten also nicht dauerhaft zu, sondern nur in Höhe des aus der Forderung realisierten Erlöses. Das „unechte Factoring" ist damit eine Kombination von Darlehen (des Factors) und Leistung erfüllungshalber (der Forderung).

253 Nach ganz überwiegender Auffassung stellt die Abtretung einer Forderung durch den Vorbehaltskäufer (Sicherungsgeber) an einen Factor im Wege des echten Factorings wirtschaftlich einen Fall der erlaubten Einziehung dar, der von einer Einziehungsermächtigung des Vorbehaltsverkäufers im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts gedeckt ist.[118] Die zur Sicherheit abgetretene Forderung des Vorbehaltskäufers beträgt regelmäßig mehr als die gesicherte Kaufpreisforderung des Vorbehaltsverkäufers, da der Vorbehaltskäufer auf den Einkaufspreis ja seine Spanne zur Deckung seiner Kosten und Gewinnmarge aufschlägt. Deshalb wird der Verkaufserlös aus dem Factoring die gesicherte Forderung des Vorbehaltsverkäufers regelmäßig nicht unterschreiten, auch wenn der Factor für die Forderung des Vorbehaltskäufers gegen dessen Kunden als Kaufpreis nicht den vollen Nominalwert bezahlt, sondern Abschläge zur Deckung seiner Kosten und Gewinnmarge vereinbart.

Beispiel: Hersteller V verkauft dem Händler H seine Ware für 100 €, wobei er seine Kaufpreisforderung durch verlängerten Eigentumsvorbehalt absichert. H verkauft die Ware für 150 € weiter an den Kunden K, der ebenfalls noch nicht bezahlt. Nun veräußert H die Kaufpreisforderung gegen K an den Factor F, der dem H dafür 110 € bezahlt. Im Wege des Factorings realisiert H hier zwar nicht den vollen Forderungswert von 150 €, sondern nur 110 €. Dieser Wert liegt aber immer noch über der gesicherten Kaufpreisforderung des V in Höhe von 100 €.

Das Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers wird durch die Verwertung der abgetretenen Forderung im Wege des echten Factorings daher im Regelfall nicht beeinträchtigt.[119] Methodisch erfolgt die Einbeziehung des echten Factorings durch eine entsprechende Auslegung der Einziehungsermächtigung nach §§ 133, 157.

115 H.M., vgl. im Skript „Schuldrecht BT I" Rn. 14.
116 Skript „Schuldrecht BT I" Rn. 216.
117 Dieses Risiko bezeichnet man auch als „Delkredererisiko".
118 *BGH* in BGHZ 72, 20 ff.; BGHZ 82, 288 ff.; Palandt-*Grüneberg* § 398 Rn. 39.
119 *BGH* NJW 1980, 772, 773 (sehr lesenswert!).

Hinweis

Anders liegt es nach h.M. bei einer Globalzession.[120] Die Einzugsermächtigung einer Bank, die sich die Forderung des Darlehensnehmers zur Sicherheit hat abtreten lassen, berechtigt den Darlehensnehmer im Zweifel nicht zur Verwertung einer abgetretenen Forderung durch Veräußerung im Wege echten Factorings. Denn die Abschläge des Factors schmälern ja das Vermögen des Darlehensnehmers; anders als bei der Kaufpreisforderung des Vorbehaltsverkäufers liegt das Darlehen wertmäßig nicht unbedingt unter dem Forderungsbestand der Globalzession. Die Abschläge des Factors „verkraftet" der Darlehensgeber also nicht so leicht wie der Vorbehaltsverkäufer, sodass sich die Einziehungsermächtigung des Darlehensgebers typischerweise nicht im oben beschriebenen Sinne auslegen lässt.[121]

3. Anspruch durchsetzbar

Die Fälligkeit des abgetretenen Anspruchs richtet sich nach den für diesen Anspruch geltenden Regeln. 254

Nach § 404 kann der Drittschuldner auch alle Einreden, die ihm bereits bei Abtretung gegenüber dem bisherigen Gläubiger (Zedent) zustanden, dem neuen Gläubiger entgegenhalten.[122]

120 Palandt-*Grüneberg* § 398 Rn. 39 m.w.N.
121 Ausdrücklich der *BGH* in NJW 1980, 772, 773 f.
122 „Weiter Einwendungsbegriff", Palandt-*Grüneberg* § 404 Rn. 2.